

Die Rechtsprechung
zur Bindungswirkung von Zielen der
Raumordnung in der Vorhabenzulassung

3. Auflage
(März 2003)

Rechtsgutachten

vorgelegt von der
Anders u. Thomé Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Bischofstraße 120
47809 Krefeld

Vorwort zur 3. Auflage

Die Überarbeitung der zweiten Auflage ergab sich anlässlich der Erstellung des Beitrags "Konzentrationszonen als Ziele der Raumordnung - Detailabwägung contra Globalabwägung", der soeben in der Zeitschrift für Umweltrecht 2003, Heft 2, Seite 81 ff. erschienen ist, wie von selbst (siehe zum Beispiel unter Ziffer 3.7.2.8).

Die Ergänzungen betreffen - wie schon bei der Überarbeitung der ersten Auflage - vornehmlich die Auswertung der Literaturstimmen zur gebotenen Abwägungsintensität (siehe unter Ziffer 3.6). Aber auch neue Erkenntnisse zur Praxis der Öffentlichkeitsbeteiligung in der Regionalplanung (siehe unter Ziffer 3.8) und Informationen über den Stand Gesetzgebung in den Ländern zur Umsetzung der Rahmenvorschriften des Raumordnungsgesetzes - vor allem in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Sachsen und Thüringen - konnten eingearbeitet werden (siehe unter Ziffer 2.2.3 sowie unter Ziffer 2.4). Schließlich waren die Fundstellen der bisher nur nach den amtlichen Abschriften zitierten, inzwischen aber veröffentlichten Entscheidungen anzugeben.

Die Revisionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (Aktenzeichen 4 C 15.01) zum Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 30.11.2001 (Aktenzeichen 7 A 4857/00) liegt noch nicht vor. Die Urteile des Oberverwaltungsgerichts Koblenz vom 20.02.2002 (Aktenzeichen 8 A 11089/01) und vom 28.02.2002 (Aktenzeichen 1 A 11625/01) sind nicht rechtskräftig (Aktenzeichen vor dem Bundesverwaltungsgericht 4 C 3.02 und 4 C 4.02).

Inhaltsübersicht:

1.	VORBEMERKUNG	1
1.1	RAUMORDNUNGSRECHT	1
1.2	FACHRECHT	4
1.3	INSBESONDERE : § 38 BAUGB.	6
1.4	UNGESCHRIEBENES TATBESTANDSMERKMAL: RAUMBEDEUTSAMKEIT	9
2.	ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGE	11
2.1	RECHTSPRECHUNG ZUR ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGE	11
2.1.1	<i>OVG Münster - 7. und 10. Senat</i>	11
2.1.2	<i>OVG Münster - 8. Senat vom 13.06.2002</i>	12
2.1.3	<i>VGH Kassel - 2. Senat</i>	12
2.1.4	<i>OVG Koblenz - 8. Senat</i>	13
2.1.5	<i>OVG Koblenz - 1. Senat</i>	14
2.1.6	<i>VG Dessau - 1. Kammer</i>	14
2.2	WÜRDIGUNG DER AUFFASSUNGEN	15
2.2.1	<i>Zur Erforderlichkeit einer Ermächtigungsgrundlage</i>	15
2.2.2	<i>Wortlautgrenzen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB</i>	17
2.2.3	<i>Systematik des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB</i>	18
2.2.4	<i>Ermächtigungsgrundlage aus dem Landesplanungsrecht</i>	22
2.2.5	<i>Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Flächennutzungsplänen</i>	24
2.3	AUFFASSUNGEN IM SCHRIFTTUM	27
2.4	FAZIT ZUR ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGE	34
3.	REGIONALPLANUNG UND ZULÄSSIGKEIT PRIVILEGIERTER VORHABEN	35
3.1	VORBEMERKUNG ZUR TERMINOLOGIE UND ZUR VERORTUNG DER AUSSCHLUSSWIRKUNG	36
3.1.1	<i>Terminologie</i>	36
3.1.2	<i>Ausschlusswirkung muss Bestandteil des Zieles sein</i>	37
3.2	DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS ZU § 35 ABS. 3 SATZ 2 UND 3 BAUGB	41
3.2.1	<i>BVerwG - 4. Senat vom 03.06.1998</i>	42
3.2.2	<i>BVerwG - 4. Senat vom 19.07.2001: § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB ist keine echte Raumordnungsklausel</i>	43
3.3	ZUR ÜBERTRAGBARKEIT DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS	48
3.4	RECHTSPRECHUNG ZUR ZIELQUALITÄT	53
3.4.1	<i>OVG Münster - 8. Senat vom 13.06.2002</i>	53
3.4.2	<i>OVG Münster - 20. Senat</i>	55
3.4.3	<i>OVG Koblenz - 1. und 8. Senat</i>	56
3.4.4	<i>VGH Kassel - 2. Senat</i>	56
3.4.5	<i>Ergebnis zur Zielqualität</i>	57
3.5	RECHTSPRECHUNG ZUR ABWÄGUNG	57
3.5.1	<i>Auffassung der Detailabwägung</i>	58
3.5.1.1	<i>BVerwG - 4. Senat</i>	59
3.5.1.2	<i>OVG Münster - 20. Senat</i>	61
3.5.1.3	<i>OVG Greifswald - 4. Senat vom 19.01.2001</i>	64
3.5.1.4	<i>OVG Greifswald - 4. Senat vom 07.09.2000</i>	66
3.5.1.5	<i>VGH Kassel - 2. Senat</i>	68
3.5.1.6	<i>OVG Koblenz - 8. Senat</i>	70
3.5.1.7	<i>OVG Lüneburg - 1. Senat vom 21.12.2001</i>	72
3.5.2	<i>Auffassung der Globalabwägung</i>	73
3.5.2.1	<i>OVG Münster - 8. Senat vom 13.06.2002</i>	73
3.5.2.2	<i>OVG Münster - 7. Senat</i>	76
3.5.2.3	<i>OVG Koblenz - 1. Senat</i>	80
3.5.2.4	<i>OVG Lüneburg - 1. Senat vom 21.07.1999</i>	83
3.5.2.5	<i>VGH München - 26. Senat</i>	87
3.5.3	<i>Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Auffassungen zur Abwägung</i>	93
3.5.4	<i>Positionen außerhalb der genannten Auffassungen</i>	94
3.5.4.1	<i>Absolute Einzelentscheidung: OVG Münster - 10. Senat</i>	94

3.5.4.2	Absolute Einzelentscheidung: VG Dessau - 1. Kammer.....	95
3.6	SCHRIFTTUM ZUR ABWÄGUNG	98
3.6.1	<i>Gebot gerechter Abwägung und Eingriffsintensität erfordern detaillierte Abwägung</i>	98
3.6.2	<i>Irreversible Rechtswirkungen erfordern eingehende Betroffenenbeteiligung und damit detaillierte Abwägung</i>	103
3.6.3	<i>Jedenfalls bei parzellenscharfer Festlegung Detailabwägung</i>	105
3.6.4	<i>Forderung nach einem "Sich-Auseinandersetzen" betrifft nicht die erforderliche Abwägungsgenauigkeit</i>	109
3.6.5	<i>Ergebnis zu 3.6</i>	110
3.7	BEWERTUNG DER RECHTSPRECHUNG	110
3.7.1	<i>Bewertung der Auffassung der Detailabwägung</i>	110
3.7.2	<i>Bewertung der Auffassung der Globalabwägung</i>	111
3.7.2.1	Aufhebung des Unterschieds zwischen "Zielen" und "Grundsätzen" der Raumordnung.....	112
3.7.2.2	Konsequenz: Verstoß gegen § 3 Nr. 2 ROG	113
3.7.2.3	System "wechselseitigen" Ausgleichs verkennt die unterschiedlichen Aufgaben von Planung gemäß § 3 Nr. 2 ROG und Rechtsanwendung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB	114
3.7.2.4	Eklatantes Missverhältnis zwischen hoher Eingriffsintensität und geringen Rechtfertigungsanforderungen wird nicht aufgelöst.....	117
3.7.2.5	Konsequenz: "Schlichte" Nichtdarstellung setzt sich ohne Abwägung durch.....	121
3.7.2.6	"Unzureichende Abwägung" als terminologischer Missgriff.....	121
3.7.2.7	"Unechte" Ziele? - Unaufgelöste Widersprüche im "System" der Auffassung der Globalabwägung (gebundene Entscheidung und Ermessen).....	123
3.7.2.8	Nichtige Ziele der Raumordnung und Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO	130
3.7.2.9	Verifizierung anhand der Rechtsprechung BVerwGE 77, 300.....	132
3.8	SCHLUSSFOLGERUNGEN ZUR RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT	136
3.8.1	<i>Zur Auslegung der Regelvermutung</i>	136
3.8.1.1	Bezugspunkt Ausschlusswirkung	136
3.8.1.2	Bezugspunkt öffentliche Belange	138
3.8.2	<i>Die Rechtsprechung und die Reichweite der "Ausnahme"</i>	140
3.8.3	<i>Kein Zwang zur flächendeckenden parzellenscharfen Raumplanung</i>	141
3.8.4	<i>Abhängigkeit der Abwägungsgenauigkeit vom Regelungsanspruch des Raumordnungsziels</i>	144
3.8.5	<i>Unzulässige Verlagerung der Abwägung in die Vorhabenzulassung</i>	145
3.8.6	<i>Zur Funktionsweise des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB</i>	147
3.8.6.1	Relative Inkorporation.....	147
3.8.6.2	Absolute Inkorporation	148
3.8.6.3	Stellungnahme.....	148
3.8.7	<i>Prüfprogramm für die Vorhabenzulassung gemäß §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB</i> 151	
3.8.8	<i>Unzutreffende Terminologie</i>	152
4.	ZUSAMMENFASSUNG	155
4.1	UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND	155
4.2	GANG UND ERGEBNISSE DER UNTERSUCHUNG.....	155
4.2.1	<i>Ermächtigungsgrundlage für Konzentrationsanordnungen</i>	155
4.2.2	<i>Auslegung des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB</i>	156
4.2.2.1	Unechte Raumordnungsklausel	157
4.2.2.2	Tatbestandsvoraussetzungen	157
4.2.2.2.1	Regelvermutung bezieht sich auf das Entgegenstehen öffentlicher Belange.....	157
4.2.2.2.2	Ausweisung an anderer Stelle als "Ziel der Raumordnung"	158
4.2.2.2.3	Anforderungen an die Zielabwägung.....	159
4.2.2.2.3.1	Auffassung der Detailabwägung.....	160
4.2.2.2.3.2	Auffassung der Globalabwägung ist gesetzeswidrig	161
4.2.2.2.3.3	Fazit zur gerichtlichen Kontrolle der Zielabwägung	162
4.2.2.2.4	"Nachvollziehende Abwägung": Liegt ein atypischer Sachverhalt vor?.....	163

1. Vorbemerkung

Die folgende Analyse der Rechtsprechung zur Bindungswirkung von Zielen der Raumordnung in der Vorhabenzulassung differenziert zwischen Vorhaben, die im Wege der Planfeststellung oder Plangenehmigung zugelassen werden und Vorhaben, deren Zulassung bei Vorliegen der Voraussetzungen beansprucht werden kann (gebundene Entscheidung). Zu der ersten Gruppe der gemäß § 31 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) planfestzustellenden Vorhaben gehören bei der Gewinnung oberflächennaher nichtenergetischer Rohstoffe vor allem Nassabgrabungen. Demgegenüber besteht auf die Zulassung von Trockenabgrabungen - bei Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen - ein Anspruch auf Zulassung nach dem Abtragungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (§ 3 Abs. 2 AbtrG NW; s. a. §§ 4 und 7 AbtrG NW). Gleiches gilt auch für die bergrechtliche Rahmenbetriebsplanzulassung hinsichtlich des Abbaus von dem Bundesberggesetz unterstehenden Bodenschätzen im Trockenabbau; auch sie ist eine gebundene Entscheidung. Die vorliegende Rechtsprechung betrifft vielfach die bau- bzw. immissionsschutzrechtliche Zulassung von Windkraftanlagen (vgl. § 4 BImSchG i.V.m. Nr. 1.6 zur Anlage zur Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen - 4. BImSchV).

Es erscheint sinnvoll, vorberemerkend knapp das System zu skizzieren, welches den Einfluss der Raumordnung auf die Vorhabenzulassung steuert.

1.1 Raumordnungsrecht

Im Bereich der Zulassung in der Form der Planfeststellung/Plangenehmigung ordnet § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ROG eine **Beachtungspflicht für Ziele** der Raumordnung an.

§ 4 Abs. 1 ROG lautet:

"(1) Ziele der Raumordnung sind von öffentlichen Stellen bei ihren raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen zu beachten. Dies gilt auch bei

1. Genehmigungen, Planfeststellungen und sonstigen behördlichen Entscheidungen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Maßnahmen öffentlicher Stellen,

2. Planfeststellungen und Genehmigungen mit der Rechtswirkung der Planfeststellung über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Maßnahmen von Personen des Privatrechts.

Demgegenüber entscheidet im Bereich der gebundenen Entscheidungen über die Vorhabenzulassung das jeweils anzuwendende Fachrecht über die **Berücksichtigung von Erfordernissen** der Raumordnung. Das ergibt sich aus § 4 Abs. 4 und 5 ROG.

"§ 4 Abs. 4 und 5 ROG lauten:

- (4) Bei Genehmigungen, Planfeststellungen und sonstigen behördlichen Entscheidungen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Maßnahmen von Personen des Privatrechts sind die Erfordernisse der Raumordnung nach Maßgabe der für diese Entscheidungen geltenden Vorschriften zu berücksichtigen. Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 bleibt unberührt. Bei Genehmigungen über die Errichtung und den Betrieb von öffentlich zugänglichen Abfallbeseitigungsanlagen von Personen des Privatrechts nach den Vorschriften des Bundesimmissionsschutzgesetzes sind die Erfordernisse der Raumordnung zu berücksichtigen.
- (5) Weitergehende Bindungswirkungen der Erfordernisse der Raumordnung aufgrund von Fachgesetzen bleiben unberührt."

§ 4 Abs. 4 Satz 1 ROG bestimmt, dass bei Genehmigungen, Planfeststellungen und sonstigen behördlichen Entscheidungen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Maßnahmen von Personen des Privatrechts die Erfordernisse der Raumordnung **nach Maßgabe der für diese Entscheidungen geltenden Vorschriften zu berücksichtigen** sind. Insoweit besteht also **keine Pflicht** der Behörden zur Beachtung der Ziele der Raumordnung, **wenn das Fachrecht dies nicht bestimmt**.

Für die gebundene Zulassung zum Beispiel einer Trockenabgrabung oder die Zulassung von Windkraftanlagen kommt es also darauf an, ob und inwieweit das Abgrabungs- oder Baurecht die Berücksichtigung von Erfordernissen der Raumordnung in das Prüfprogramm aufnimmt. Vorschriften im Sinne von § 4 Abs. 4 Satz 1 ROG werden als **'Raumordnungsklauseln'** bezeichnet. Wenn § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für näher bestimmte **Ziele** der Raumordnung in der Regel die Wirkung eines entgegenstehenden Belangs vermutet, handelt es sich

um eine Vorschrift des Fachrechts im Sinne des § 4 Abs. 4 Satz 1 ROG, also um eine "Raumordnungsklausel".

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 [1857] = UPR 2002, 33 = BauR 2002, 41 = NuR 2002, 49 = ZfBR 2002, 65:

"In diesem Punkt ist dann auf der Ebene der Raumordnung und Landesplanung (vgl. Art. 75 Abs. 1 Nr. 4 GG) eine Letztentscheidung gefallen, die aufgrund ihrer Übernahme (Inkorporation) in die städtebauliche Raumordnungsklausel eine bodenrechtliche Funktion (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) erhält."

Auf den ersten Blick könnte ein **Widerspruch** darin bestehen, dass § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG und § 4 Abs. 4 Satz 1 ROG gleichermaßen die **Planfeststellung** erwähnen. Wenn für die Planfeststellung schon nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG **strikte Beachtungspflicht** besteht, könnte man meinen, die erneute Erwähnung in § 4 Abs. 4 Satz 1 ROG sei überflüssig. Dieser scheinbare Widerspruch lässt sich aber mit Blick auf § 4 Abs. 4 Satz 2 ROG und § 4 **Abs. 5** ROG auflösen. Zum einen bezieht sich Abs. 4 anders als Abs. 1 nicht nur auf die **Ziele** der Raumordnung, sondern auf **Erfordernisse der Raumordnung**. Dieser Begriff ist gemäß § 3 Nr. 1 ROG ein Sammelbegriff, der Ziele der Raumordnung, Grundsätze der Raumordnung und sonstige Erfordernisse der Raumordnung einschließt.

"§ 3 Nr. 1 ROG lautet:

Im Sinne dieses Gesetzes sind

1. Erfordernisse der Raumordnung: Ziele der Raumordnung, Grundsätze der Raumordnung und sonstige Erfordernisse der Raumordnung, [...]"

Nach § 4 **Abs. 4 Satz 2** ROG bleibt die Beachtungspflicht für Ziele der Raumordnung in § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG unberührt. Die Vorschrift soll also für den Bereich der **Planfeststellung** sicherstellen, dass das Fachrecht bei der Ausgestaltung der **Berücksichtigungspflichten** jedenfalls nicht hinter der für **Ziele der Raumordnung** geltenden **Beachtungspflicht** in § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG zurückbleibt. **Ziele** sind in der Planfeststellung also **immer strikt zu beachten**.

1.2 Fachrecht

Das Fachrecht kann aber nach §4 **Abs. 5** ROG **weitergehende Bindungswirkungen** für **Erfordernisse** der Raumordnung anordnen. So ist es prinzipiell denkbar, dass es - unabhängig von der Ausgestaltung der Zulassungsentscheidung als Genehmigung oder Planfeststellung - etwa auch für **Grundsätze**, die gemäß § 3 Nr. 1 ROG zu den Erfordernissen der Raumordnung zählen, die Berücksichtigung in der Form der strikten Beachtung anordnet.

Ob das Fachrecht strikte Bindungswirkung anordnet, wird nicht stets übereinstimmend beurteilt. Im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB hatte der Verfassungsgerichtshof Kassel Satz 2 dieser Regelung zum Beispiel strikte Bindungswirkung beigemessen.

Vgl. zum Beispiel VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [302]:

"Die Zulassung des Vorhabens der Kl. ist jedoch nach § 35 Abs. 3 BauGB an die Ziele der Raumordnung und Landesplanung gebunden. Nach Satz 2 dieser Regelung dürfen raumbedeutsame Vorhaben nach den Absätzen 1 und 2 den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen. Insoweit liegt auch eine **strikte Zielbindung** vor, die **nicht durch eine Abwägung überwunden werden kann** [...]. Insoweit ist der **Wortlaut** der Regelung **eindeutig**."

Anmerkung:

Die **Hervorhebungen** innerhalb der hier wiedergegebenen wörtlichen Zitate finden sich nicht im Original. Die zum Teil von der hiesigen abweichende Zitierweise hinsichtlich der maßgeblichen Gesetzesvorschriften wurde vereinheitlicht.

Das Bundesverwaltungsgericht ist in seiner Entscheidung vom 19.07.2001 demgegenüber für die gleich lautende Fassung des § 35 Abs. 3 Satz 3, 1. Halbsatz BauGB 1987 zu dem Ergebnis gekommen, dass es sich nicht um eine strikte Beachtungspflicht auslösende Raumordnungsklausel handeln kann.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 = UPR 2002, 33 = BauR 2002, 41 = NuR 2002, 49 = ZfBR 2002, 65 (dort Leitsatz 1):

"§ 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz BauGB 1987 verleiht den Zielen der Raumordnung und Landesplanung bei der Entscheidung über die

Zulässigkeit eines raumbedeutsamen Außenbereichsvorhabens **keinen strikten und unabdingbaren Geltungsanspruch.**"

Dieses System, welches den Einfluss der Raumordnung auf die Vorhabenzulassung steuert, wird unter anderem ausführlich vom 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster,

vgl. OVG Münster, Urteil vom 01.10.2001, Az.: 20 A 1945/99, n. v., Urteilsabschrift, Seite 84 ff.

"Landesplanerische Festlegungen ohne die Eigenschaft als Ziele der Raumordnung können nur öffentliche Belange sein, die im Planfeststellungsverfahren zur Zulassung eines Nassabgrabungsvorhabens Teil des **Materials der planerischen Abwägung** sind. Ziele der Raumordnung sind verbindliche, räumlich und sachlich bestimmte oder bestimmbare Vorgaben mit näher umschriebenen Voraussetzungen (§ 3 Nr. 2 des Raumordnungsgesetzes - ROG -). Sie sind auch bei Planfeststellungen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Maßnahmen von Personen des Privatrechts zu beachten (§ 4 Abs. 4 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG); sonstige Erfordernisse der Raumordnung sind lediglich zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 4 Satz 1, Abs. 2 ROG). Bauplanerisch dürfen raumbedeutsame Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB, zu denen Nassabgrabungsvorhaben als ortsgebundene gewerbliche Anlagen gehören können (§§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 1 Nr. 3, 38 Satz 1 BauGB), den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen (§ 35 Abs. 3 Satz 2 1. Hs. BauGB). Einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB stehen öffentliche Belange in der Regel auch entgegen, soweit hierfür als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist (§ 35 Abs. 3 Satz 3 2. Alt. BauGB). Damit **können private Träger** von Nassabgrabungsvorhaben **von der verbindlichen Beachtungspflicht** der Ziele der Raumordnung **betroffen sein**, sei es durch die wegen der Konzentrationswirkung der Planfeststellung grundsätzlich zu bedenkende Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 BauGB oder, sei es, wenn diese wegen "überörtlicher Bedeutung" im Sinne des § 38 Satz 1 BauGB nicht einschlägig ist, unmittelbar über § 4 ROG.",

vom 2. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Kassel,

vgl. VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [301 f]:

"Aus dieser Verweisung folgt, dass die Ziele der Raumordnung und Landesplanung Bindungen nur im Verhältnis zu Trägern öffentlicher Verwaltung erzeugen. Gegenüber Dritten wirken sie dagegen nicht. Für die Zulassung privater Vorhaben kann eine Zielbindung deshalb nur dann gegeben sein, wenn das maßgebende Fachgesetz die Berücksichtigung dieser Ziele vorgibt. Insoweit bedürfen die Ziele der

Raumordnung und Landesplanung, wie sie in einem regionalen Raumordnungsplan festgelegt sind, der **Transformation**. Ihnen muss, wie das BVerwG ausführt, "ein **Platz im Entscheidungsprogramm**" des Fachgesetzes zugewiesen sein. Fehlt es an einer solchen **Integration**, so sind die Ziele der Raumordnung und Landesplanung für die Einzelentscheidung über die Zulassung eines privaten Vorhabens **ohne Bedeutung** (vgl. BVerwG, NVwZ 1994, 285 [287]; vgl. jetzt § 4 Abs. 4 ROG 1997). Ist aber das Raumordnungsgesetz 1997 anzuwenden, so ergibt § 4 Abs. 4 ROG, dass die Erfordernisse der Raumordnung und Landesplanung bei privaten Vorhaben nur nach Maßgabe der für diese Entscheidung geltenden Vorschriften zu berücksichtigen sind. Unter welchen Voraussetzungen demnach Erfordernisse der Raumordnung und Landesplanung Berücksichtigung finden, richtet sich deshalb nach dem Bundesberggesetz und dem Baugesetzbuch.",

sowie von Runkel in der Kommentarliteratur,

vgl. Runkel in Bielenberg/Erbguth/Söfker, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Bd. 2 (Stand: Juli 2001, 40. EL), K § 4, Rdn. 145 ff. und 225 ff.
Ferner Kment, UPR 2002, 428 ff.,

dargestellt.

Die bisher bekannt gewordenen Entscheidungen betreffen Windkraftanlagen, Nass- und Trockenabgrabungen oder Abgrabungsvorhaben des Bergbaus.

1.3 Insbesondere: § 38 BauGB

Da im Folgenden der bauplanungsrechtlichen Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entscheidende Bedeutung zukommt, ist daran zu erinnern, dass über deren Anwendbarkeit § 38 BauGB befindet. Die Vorschrift nimmt vor allem planfeststellungspflichtige Vorhaben überörtlicher Bedeutung vom Anwendungsbereich der §§ 29 bis 37 BauGB und somit auch von der Geltung der Raumordnungsklausel in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aus.

§ 38 Satz 1 Halbsatz 1 BauGB lautet:

"Auf Planfeststellungsverfahren und sonstige Verfahren mit den Rechtswirkungen der Planfeststellung für Vorhaben von überörtlicher Bedeutung sowie auf die aufgrund des Bundes-Immissionsschutzgesetzes für die Errichtung und den Betrieb öffentlich zugänglicher Abfallbeseiti-

gungsanlagen geltenden Verfahren sind die §§ 29 bis 37 nicht anzuwenden, wenn die Gemeinde beteiligt wird; [...]."

Für planfestzustellende Vorhaben überörtlicher Bedeutung gilt § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB infolgedessen nicht. Am Beispiel eines Abgrabungsvorhabens in Nordrhein-Westfalen wird dies deutlich. Trockenabgrabungen sind nicht planfeststellungspflichtig und erfüllen deshalb die Voraussetzungen des § 38 Satz 1 Var. 1 BauGB nicht. Auch um ein Verfahren mit den Rechtswirkungen einer Planfeststellung im Sinne von § 38 Satz 1 Var. 2 BauGB handelt es sich beim Genehmigungsverfahren nach den §§ 3, 4, 7 AbgrG NW nicht, denn die Abgrabungsgenehmigung schließt gemäß § 7 Abs. 3 AbgrG NW nur die dort genannten Zulassungen ein. Auf Trockenabgrabungen als **gebundene Entscheidung** bleiben die §§ 29 bis 37 BauGB und somit auch die Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 BauGB anwendbar.

Bei nach § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG planfeststellungspflichtigen Nassabgrabungen scheidet die Anwendung der §§ 29 bis 37 BauGB demgegenüber aus. Sowohl Planfeststellungspflichtigkeit als auch **überörtliche Bedeutung** liegen vor. Letztere ist für nach Bundesrecht planfeststellungspflichtige Vorhaben generell anzunehmen, denn es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber für diejenigen Vorhaben **überörtlichen Koordinierungsbedarf** annimmt, für die er ein planerisches, von der Abwägung unterschiedlicher privater und öffentlicher Belange bestimmtes Verfahren anordnet.

Insoweit entnimmt das Schrifttum der Planfeststellungspflichtigkeit eines Vorhabens indiziell überörtliche Bedeutung im Sinne des § 38 Satz 1 BauGB.

So Runkel in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand Februar 2000, § 38 Rdn. 33.

"Begründet ein bundesrechtliches Fachgesetz für ein Vorhaben seines Geltungsbereiches eine eigene Planungsnotwendigkeit losgelöst von der kommunalen Bauleitplanung, so dürfte dies als maßgebliches Indiz dafür zu gelten haben, dass regelmäßig Vorhaben von überörtlicher Bedeutung in Rede stehen."

Kirchberg, UPR 2001, 12 [15]:

"Vorhaben, für die kein bauplanungs- bzw. bauordnungsrechtliches, sondern ein fachplanungsrechtliches Verfahren vorgesehen ist, ha-

ben in der Regel eine Bedeutung, der die Planungskraft einer Gemeinde nicht gerecht werden kann. [...]

Die zwingend vorgegebene Planfeststellungs- bzw. Genehmigungspflicht als solche entfaltet insoweit **indizielle Wirkung**."

Gaentzsch, NVwZ 1998, 889 [896]:

"Jedenfalls nach der Neufassung des §38 BauGB durch das Bau- und Raumordnungsgesetz erscheint es überzeugender, für die Abgrenzung zwischen örtlicher und überörtlicher Fachplanung nicht auf das konkrete Vorhaben und das Merkmal der Grenzüberschreitung abzustellen, sondern darauf, ob das Fachplanungsrecht Vorhaben bestimmter Art generell als solche von örtlicher oder überörtlicher Bedeutung einstuft. **Der Gesetzgeber geht für alle bundes- und landesrechtlichen Planfeststellungsverfahren von einem abstrakten Begriff des Vorhabens von überörtlicher Bedeutung aus.** Demnach kommt es nicht darauf an, ob das Vorhaben im Einzelfall die Gemeindegrenze überschreitet oder nicht [...]. Was ein Vorhaben von überörtlicher Bedeutung ist, bestimmt sich - **abstrakt und typisierend** - in erster Linie nach dem für das planfeststellungsbedürftige Vorhaben geltenden Fachgesetz. Begründet das Fachgesetz für das Vorhaben eine nicht-gemeindliche, der Bauleitplanung übergeordnete Planungszuständigkeit, so dürfte das ein maßgebliches Kriterium für die Beantwortung der Frage sein, ob es sich um ein "Vorhaben von überörtlicher Bedeutung" handelt. Das würde dafür sprechen, **Nassauskiesungen, soweit sie zur Herstellung oder Erweiterung eines Gewässers auf Dauer führen und deshalb planfeststellungsbedürftig sind, allgemein als überörtliche Vorhaben im Sinne des § 38 BauGB anzusehen.**"

Vgl. ferner Dippel, NVwZ 1999, 921 [926];
Hoppe/Spoerr, UPR 1999, 246 [247 f.];
Gelzer/Bracher/Reidt, BauplanungsR, 6. Aufl. [2001], Rdn. 80.
Vor Änderung des Baugesetzbuchs 1998 ähnlich schon
Jäde, BayVBl. 1989, 459 [460].

Judikate des Bundesverwaltungsgerichts zu § 38 BauGB liegen zwar noch nicht vor. Die Änderung des Wortlauts in § 38 BauGB spricht nach Auffassung des Gerichts jedoch dafür, nicht mehr - wie in der bisherigen Rechtsprechung - auf die planerische Kraft der im Einzelfall betroffenen Gemeinde abzustellen, **sondern überörtliche Bezüge eines Vorhabens für die Zuerkennung des in § 38 BauGB zum Ausdruck gebrachten grundsätzlichen Vorrangs der Fachplanung gegenüber der Planungshoheit der Gemeinde generell ausreichen zu lassen.**

BVerwG, Beschluss vom 31.07.2000, Az.: 11 VR 5.00, UPR 2000, 34:
"Zu der Neufassung des § 38 BauGB durch das Bau- und Raumordnungsgesetz vom 18.08.1997 (BGBl. I S. 2081), wonach nicht mehr zwischen bundesrechtlich und landesrechtlich geregelten Planungsverfahren unterschieden wird und wonach es nicht mehr auf die Überörtlichkeit der Planung, sondern auf die **überörtliche Bedeutung des Vorhabens** ankommt, liegt Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts noch nicht vor. Der veränderte Wortlaut spricht allerdings dafür, nicht mehr auf die voraussichtliche planerische Kraft der im Einzelfall betroffenen Gemeinde abzustellen, sondern **überörtliche Bezüge eines Vorhabens für die Zuerkennung des in § 38 BauGB zum Ausdruck gebrachten grundsätzlichen Vorrangs der Fachplanung** gegenüber der Planungshoheit der Gemeinde **generell ausreichen zu lassen.**"

Ebenso BVerwG, Beschluss vom 31.10.2000, Az.: 11 VR 12.00, NVwZ 2001, 90 = UPR 2001, 77 = ZfBR 2001, 206 = NuR 2001, 226 = BauR 2001, 928 = BRS 63 Nr. 35.

Dabei nimmt das Gericht das bereits erwähnte Schrifttum zur **Indizwirkung der Planfeststellungspflichtigkeit** ausdrücklich in Bezug:

BVerwG, Beschluss vom 31.07.2000, Az.: 11 VR 5.00, UPR 2000, 34:
"Auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird für die Abgrenzung zwischen örtlicher und überörtlicher Fachplanung nach der Neufassung des § 38 BauGB eine **typisierende Betrachtungsweise** bevorzugt, wonach die durch ein Fachplanungsgesetz begründete nicht-gemeindliche, überörtliche Planungszuständigkeit die überörtliche Bedeutung des Vorhabens **indiziert** [...]."

Daraus folgt, dass planfestzustellende Vorhaben **stets überörtliche Bedeutung haben**. § 38 Satz 1 BauGB sperrt für planfeststellungspflichtige Vorhaben die Anwendung der §§ 29 bis 37 BauGB; die Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist auf Nassabgrabungen infolgedessen nicht anzuwenden.

1.4 Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Raumbedeutsamkeit

Weist ein Vorhaben überörtliche Bedeutung nicht auf, ist die Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 **Satz 3** BauGB anzuwenden. Sie setzt ihrerseits **Raumbedeutsamkeit** des Vorhabens voraus, auch wenn nur **Satz 2** dieses Tatbestandsmerkmal ausdrücklich erwähnt. Es handelt sich ersichtlich um eine ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung.

Dazu OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = BRC.pdf = NuR 2002, 415 [415]:

"Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang die Anwendbarkeit des §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auf sein Vorhaben in Frage stellt, weil dieses nicht raumbedeutsam sei, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Allerdings ist, obwohl diese Bestimmung als Voraussetzung für ihr Eingreifen die Raumbedeutsamkeit eines Vorhabens nicht ausdrücklich nennt, davon auszugehen, dass wegen des systematischen Zusammenhangs von §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und Satz 2, der expressis verbis raumbedeutsame Vorhaben zur Grundlage seiner Regelung macht, **die Anwendbarkeit des in Rede stehenden Satzes 3 ein raumbedeutsames Vorhaben voraussetzt.**"

Aus der Literatur Söfker Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand: Jan. 2002, §35 Rdn. 129; Runkel, DVBl. 1997, 275 [278]; Schmidt, DVBl. 1998, 669 [674]. Siehe auch Kment, Rechtsschutz im Hinblick auf Raumordnungspläne (2002), Seite 83 f., ders. in Jarass (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in der Raumordnung, 2002, Seite 63 [80 ff.] und Gaentzsch, NVwZ 1998, 889 [895], die die Geltung des Satzes 3 für raumbedeutsame Vorhaben gar nicht thematisieren, sondern davon ausgehen. Ähnlich Greiving/Schröder, UPR 2003, 13 [15]; so wohl auch VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [302].

Vgl. auch Hopp/Hüting, Rechtsgutachterliche Stellungnahme für die CDU-Fraktion im Regionalrat Köln zum Gebietsentwicklungsplanentwurf Köln, Teilabschnitt Region Aachen, Stand: 21.02.2002, (unveröffentlicht), S. 55 ff. [57] m.w.N.

Die Rechtsfolgen des §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB treten also nur bei raumbedeutsamen Vorhaben ein. Was raumbedeutsam ist, bestimmt §3 Nr. 6 ROG in einer Legaldefinition.

Vor diesem normativen Hintergrund ist zu unterscheiden.

2. Ermächtigungsgrundlage

Uneinheitlich wird die vom jeweiligen Zulassungsverfahren unabhängige Frage beantwortet, ob bzw. inwieweit eine **Ermächtigungs- oder Befugnisgrundlage (im Folgenden nur noch Ermächtigungsgrundlage) für die Ausweisung von Konzentrationszonen** mit gesamträumlicher Ausschlusswirkung für außerhalb der Zone belegene Vorhaben (im Folgenden nur noch Konzentrationszonen) **erforderlich** ist.

Nach einem Überblick über die maßgeblichen Aussagen der Rechtsprechung soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob und aus welchen Gründen eine Ermächtigungsgrundlage gegeben sein muss.

2.1 Rechtsprechung zur Ermächtigungsgrundlage

Der nachfolgende Überblick über die Rechtsprechung zeigt, dass sich nur einige Obergerichte ausdrücklich mit der **Frage der Ermächtigungsgrundlage** beschäftigt haben mussten.

2.1.1 OVG Münster - 7. und 10. Senat

Die Entscheidungen des 7. und 10. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster betrafen ausschließlich oder schwerpunktmäßig Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan, sodass sich beide Senate nicht zum Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für Konzentrationszonen im Gebietsentwicklungsplan äußern mussten,

vgl. OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001, Az.: 7 A 4857/00, DVBl. 2002, 723 [LS] = ZUR 2002, 300 [LS] StUGR 2002, 33 = NuR 2002, 431 = UPR 2002 [nur LS];
OVG Münster, Urteil vom 28.10.1997, Az.: 10 A 4574/94, BRS 59 Nr. 246 = EStT NW 1998, 256 = ZfBR 1998, 160 = StuGR 1998, 223.

2.1.2 OVG Münster - 8. Senat vom 13.06.2002

Der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster hat in einem Urteil vom 13.06.2002 zu § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB das Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage bejaht. Sie soll sich unmittelbar aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ergeben.

OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, NuR 2003, 47 [49] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = RechtsCentrum.de, Urteilsabschrift, Seite 22:

"Mit dieser Darstellung hat die Bezirksregierung Köln von der **ihr gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eingeräumten Befugnis** Gebrauch gemacht, Abgrabungsflächen im Gebietsentwicklungsplan mit dem Ziel darzustellen, den Abbau von abgrabungswürdigen Bodenschätzen zu konzentrieren und in den übrigen Gebieten möglichst zu verhindern. **§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB** legt nicht lediglich die aus den Zielen der Raumordnung folgenden Rechtsfolgen fest, sondern **ermächtigt die Regionalplanungsbehörde dazu, durch Darstellung von Eignungsflächen an einer oder auch mehreren Stellen im Plangebiet den übrigen Planungsraum von den in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bezeichneten privilegierten Vorhaben freizuhalten.**"

Die Klägerin beehrte - im Ergebnis erfolglos - die Neubescheidung ihres Antrages auf Erteilung einer Genehmigung zur Trockenabgrabung von Sand und Kies. Derselbe Senat hatte in einer ebenfalls zu einer Trockenabgrabung kaum 2 Monate zuvor getroffenen Entscheidung die Ermächtigungsgrundlage für Konzentrationszonen nicht einmal angesprochen,

vgl. die außerordentlich knappen Ausführungen bei OVG Münster, Urteil vom 23.04.2002, Az.: 8 A 3365/99, n. v. = RechtsCentrum.de, dort unter 1. b) bb).

2.1.3 VGH Kassel - 2. Senat

Der Verwaltungsgerichtshof Kassel, den auch der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster für seine Auffassung anführt, entnimmt die Ermächtigungsgrundlage ebenfalls direkt § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Er führt in seiner Entscheidung über die Ablehnung eines Antrags auf Rahmenbetriebsplanzulassung für den Abbau von Quarzkies aus:

"Nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB können Ziele der Raumordnung und Landesplanung dem von der Klägerin geplanten Kiesabbau in zweifacher Hinsicht entgegenstehen. Dies ist einmal nach **§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB** dann der Fall, wenn in dem Regionalen Raumordnungsplan für die Region Mittelhessen (RROP) 1995 eine Ausweisung für das Vorhaben an anderer Stelle erfolgt ist. **Diese Regelung ermächtigt die Regionale Planungsversammlung, so genannte Konzentrationszonen zu schaffen** mit der Folge, dass der Abbau von Kies nur an der ausgewiesenen Stelle zulässig und im übrigen Außenbereich zu vermeiden ist [...]."

Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [302].

Aus dem Zusammenhang ergibt sich eindeutig, dass mit "diese Regelung" nicht der RROP, sondern § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gemeint ist.

2.1.4 OVG Koblenz - 8. Senat

Abweichend davon findet sich beim 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz folgende Überlegung:

"Der Planungsvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gibt zwar den Planungsträgern die **Möglichkeit, solche Anlagen auf bestimmte Bereiche zu konzentrieren**, dies setzt jedoch eine positive Standortentscheidung aufgrund einer Abwägung der konkret betroffenen Belange voraus."

Urteil vom 20.02.2002, Az.: 8 A 11089/01, DVBl. 2002, A 120 (Heft 4) = RechtsCentrum.de.

Sofern der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz von einer "Möglichkeit" spricht, handelt es sich erkennbar nicht um Ausführungen zur Ermächtigung, weil die Ausführungen im Rahmen der Abwägung getroffen werden. Natürlich hat der Plangeber die Möglichkeit, bei der Formulierung von Zielen die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB so zu berücksichtigen, dass diese auch eintreten können. Das sagt jedoch nichts über die Ausnutzung anderweitig eingeräumter Ermächtigungen.

Im vom Oberverwaltungsgericht Koblenz entschiedenen Fall ging es übrigens um ein Ziel im Raumordnungsplan, das ähnlich § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB formuliert:

"Der regionale Raumordnungsplan kennzeichnet die Bereiche, die aufgrund erheblicher regional bedeutsamer Nutzungskonflikte für den Bau und Betrieb von raumbedeutsamen Windkraftanlagen nicht geeignet sind. Raumbedeutsame Windkraftanlagen sind daher in diesen Bereichen mit den Zielen von Raumordnung und Landesplanung **in der Regel** nicht in Einklang zu bringen."

Zitiert nach OVG Koblenz, Urteil vom 20.02.2002, Az.: 8 A 11089/01, DVBl. 2002, A 120 (Heft 4) = RechtsCentrum.de.

Das so formulierte Ziel sollte nicht selbst eine abschließende Standortentscheidung treffen, sondern die erforderliche Abwägungsentscheidung sollte gerade einem anderen Planungsträger vorbehalten bleiben.

2.1.5 OVG Koblenz - 1. Senat

Einen soweit ersichtlich bisher nicht anderweitig vertretenen Standpunkt bezog der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz, der die Ermächtigungsgrundlage für die Ausweisung von Konzentrationszonen nicht § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entnimmt, sondern sie in der im rheinland-pfälzischen Landesplanungsrecht "enthaltenen allgemeinen gesetzlichen Ermächtigung zur Raumordnungsplanung und insbesondere zur Aufstellung von regionalen Raumordnungsplänen" sieht.

OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = RechtsCentrum.de = NuR 2002, 415:

"Vielmehr ist durch die vorstehend wiedergegebene Zielbestimmung des regionalen Raumordnungsplans die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorausgesetzte landesplanerische Konzentrationsentscheidung erfolgt. In diesem Zusammenhang **kann auch nicht zweifelhaft sein**, dass der regionale Raumordnungsplan die vom Kläger als unwirksam erachteten Regelungen treffen durfte. **Ermächtigungsgrundlage** hierfür ist nämlich § 12 Abs. 1 und 3 LPIG in Verbindung mit §§ 10 und 2 LPIG. **Die darin enthaltene allgemeine gesetzliche Ermächtigung zur Raumordnungsplanung und hier insbesondere zur Aufstellung von regionalen Raumordnungsplänen umfasst nämlich auch die Festlegung von Zielen mit negativplanerischer Funktion.**"

2.1.6 VG Dessau - 1. Kammer

Keine Ausführungen zum Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage finden sich beim Verwaltungsgericht Dessau. Das Gericht scheint die Ermächtigungsgrund-

lage aber § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB oder § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG entnehmen zu wollen.

Vgl. VG Dessau, Urteil vom 22.11.2000, Az.: 1 A 121/99 DE, NVwZ-RR 2001, 423 [424]:

"Zweck des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist es, den Gemeinden und Raumordnungsbehörden ein **Steuerungsinstrument** gegenüber bestimmten grundsätzlich in den Außenbereich gehörenden, privilegierten Vorhaben zu vermitteln. Die Regionalplanung und die Gemeinden sollen die **Möglichkeit** erhalten, durch positive Standortzuweisungen in einer oder auch an mehreren Stellen im Plangebiet den übrigen Planungsraum von den durch den Gesetzgeber privilegierten Anlagen **freizuhalten** (vgl. Ausschussbericht, BT-Dr 13/4978, S. 7). Eine solche positive Standortzuweisung wird auch durch die Festlegung als Eignungsgebiet erreicht. **Nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG kommt eine derartige Festlegung für Gebiete in Betracht**, die für bestimmte, raumbedeutsame Maßnahmen geeignet sind, die städtebaulich nach § 35 BauGB zu beurteilen sind und an anderer Stelle im Planungsraum ausgeschlossen werden."

2.2 Würdigung der Auffassungen

Zunächst ist die Frage zu beantworten, warum eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist. Sodann ist zu untersuchen, welchen Normen sie entnommen werden kann.

2.2.1 Zur Erforderlichkeit einer Ermächtigungsgrundlage

Der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster geht - ohne dies näher zu problematisieren, im Ergebnis aber zutreffend - davon aus, dass eine Ermächtigungsgrundlage für die Darstellung von Konzentrationszonen erforderlich ist. Nach der Dogmatik zum **Vorbehalt des Gesetzes** ist eine gesetzliche Ermächtigungsnorm zu fordern, wenn die Verwaltung zu Eingriffen in grundrechtliche Freiheiten berechtigt werden soll (**Eingriff mit Grundrechtsrelevanz**). Der Gesetzgeber ist verpflichtet,

"in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen".

Vgl. BVerfGE 49, 86 [126]; BVerfGE 88, 103 [116] - Wesentlichkeits-/Parlamentsvorbehalt.

Eingriff ist nach der weiten Definition jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, gleichgültig ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich (faktisch, informal, mit oder ohne Befehl und Zwang erfolgt,

vgl. Bleckmann/Eckhoff, DVBl. 1988, 373 [377 ff.].

Ohne weiteres ist auf dieser Grundlage die Grundrechtsrelevanz von Konzentrationszonen im Gebietsentwicklungsplan zu bejahen, da die Baufreiheit bezüglich privilegierter Vorhaben im Außenbereich berührt, der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG betroffen ist. Davon geht die Rechtsprechung entweder aus oder formuliert dies - zumindest indirekt - eindeutig.

Vgl. in anderem Zusammenhang VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [303]:
"Daraus folgt für die Abwägung im Rahmen der Raumordnung, dass die Belange des Eigentümers auch eingestellt werden müssen, sofern die Abwägung vor Art. 14 GG Bestand haben soll."

Vgl. ferner OVG Greifswald, Urteil vom 07.09.2000, Az.: 4 K 28/99, NVwZ-RR 2001, 565 [567] = ZfB 2001, 194 = BRS 63 Nr. 49 = DVBl. 2001, 939 [LS] = UPR 2001, 236 [LS] = BauR 2001, 1799:
"Wegen der darin liegenden baurechtlich begründeten endgültigen Verbindlichkeit muss die Festlegung des Ziels im regionalen Raumordnungsprogramm Ergebnis einer abschließenden Abwägung im Sinne einer konkreten Standortentscheidung sein, da ansonsten die Ausschlusswirkung des §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB rechtswidrig in das Recht des betreffenden Bürgers **eingreifen** würde."

Eingriff ist zudem auch der **mittelbare Eingriff** in die Grundrechte der Bürger. Wenn der Gebietsentwicklungsplan einen **zwingenden Versagungsgrund** enthält, dann greift er oder die auf ihn gestützten Einzelmaßnahmen in die Rechte von Grundrechtsträgern ein. Der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalens geht überdies von der **Grundrechtsrelevanz** für Braunkohlenpläne aus,

vgl. VerfGH NW, Entscheidung vom 29.04.1997, DVBl. 1997, 824.

Hinsichtlich der Abgrabungskonzentrationszonen folgt sie aus **§ 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG** bzw. **§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB**: Ist nämlich über die Zulassung eines Abgrabungsvorhabens zu entscheiden, käme einer Abgrabungskonzentrationszone die Bedeutung einer so genannten **'Vornorm'** für den anschließenden **Grundrechtseingriff** der Verwaltung im Zulassungsverfahren in Form der ablehnenden Entscheidung zu.

Vgl. Redeker, Flächenkonzentration durch Ziele der Raumordnung, in: Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte (Hrsg.), Planung - Festschrift für Werner Hoppe (2000), Seite 329 [335 f.].

2.2.2 Wortlautgrenzen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

Der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster und der 2. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Kassel leiten aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine Ermächtigung zu Konzentrationszonen her.

Es sei für die Wortlautargumentation noch einmal an den Text des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erinnert:

Öffentliche Belange stehen Vorhaben gemäß § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.

Schon bei unbefangenen Lesen geht es der Vorschrift erkennbar nicht darum, den regionalen Planungsbehörden ein **Recht zu einem Tun oder Unterlassen** einzuräumen. Eindeutig ist beabsichtigt, **anderweitig getroffene** Darstellungen zu öffentlichen Belangen zu erklären. Nach welchen Regelungen die anderweitig getroffenen Darstellungen getroffen werden (dürfen), ist für die Regelungsaussage des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ohne jeden erkennbaren Belang.

Auch die Verwendung des außergesetzlichen Begriffs **"Planvorbehalt"** in den Materialien zum Bau- und Raumordnungsgesetz 1998,

vgl. die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau zum Entwurf des Bau- und Raumordnungsgesetzes der Bundesregierung vom 19.06.1996, BT-DrS. 13/4978, Seite 7; ferner OVG Münster, Urteil vom 28.10.1997, Az.: 10 A 4574/94, BRS 59 Nr. 246 [Seite 776] = ZfBR 1998, 160,

rechtfertigt den Schluss auf eine **Ermächtigung zum Grundrechtseingriff nicht**. Bei § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB handelt es sich nicht einmal um eine Aufgabenzuweisungsnorm, der das Bundesverwaltungsgericht in anderen Fällen meint, eine Eingriffsermächtigung entnehmen zu können,

vgl. dazu BVerwG, BVerwGE 87, 37 = DVBl. 1991, 699 - Glykolwein; BVerwGE 82, 76 [79 ff.] - Jugendsekten; BVerwGE 90, 112 [122 f.]; BVerwG, DVBl. 1996, 807 = NJW 1996, 3161 - Warentests; vgl. a. BVerfG, UPR 1997, 184 [185] = BVerfGE 95, 173 = DVBl. 1997, 548 = EuGRZ 1997, 205 - Warnhinweise Verbraucherschutz; zu Recht kritisch zur Herleitung von Befugnissen aus Aufgabenzuweisungen Schoch, DVBl. 1991, 667 [672].

Der Tatbestand des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB **setzt** seiner Formulierung zufolge ersichtlich die Darstellung von Konzentrationszonen **voraus**,

vgl. OVG Münster, Urteil vom 28.10.1997, Az.: 10 A 4574/94, BRS 59 Nr. 246 [Seite 776] = ZfBR 1998, 160, das - insoweit im Ergebnis zutreffend, und ohne das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage anzusprechen - von einer durch § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB '**vorausgesetzten Darstellungssituation**' spricht; ähnlich auch OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = RechtsCentrum.de = NuR 2002, 415: "die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorausgesetzte landesplanerische Konzentrationsentscheidung".

Die Vorschrift verhält sich nach alledem überhaupt nicht dazu, auf welche Rechtsgrundlagen die Darstellung von Konzentrationszonen mit gesamtträumlicher Ausschlusswirkung zu stützen ist.

2.2.3 Systematik des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

Das ist auch gar nicht notwendig, weil die Eingriffsermächtigungen anderweitig normiert sind. Auf der Grundlage der - insoweit verfehlten - Rechtsprechung

des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster stellt sich die Frage, warum der Bundesgesetzgeber eine Eingriffsermächtigung im Baugesetzbuch hätte schaffen sollen, wenn er sie bereits im Raumordnungsgesetz eingeräumt hat.

Gemäß **§ 7 Abs. 4 Satz 2 ROG** können **Vorranggebiete** zusätzlich die Wirkungen von **Eignungsgebieten** - also eine negative Ausschluss- bzw. Sperrwirkung - haben. Unterstellt, der Bundesgesetzgeber habe im BauGB Ermächtigungen für die Darstellung von Konzentrationszonen regeln wollen (und können), so wären sie doch zugleich eindeutig von den weitaus detailschärferen Vorschriften des ROG als **lex specialis** verdrängt.

Diese speziellen Regelungen gehören allerdings dem Abschnitt 2 über die **Rahmengesetzgebung** an und entfalten selbst keine unmittelbare Außenwirkung, sondern verweisen in das den Rahmen ausfüllende **Landesrecht**.

Vgl. auch die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 - BauROG) der Bundesregierung vom 04.12.1996, BT-DrS. 13/6392 (im Folgenden BauROGE 13/6392), Seite 32.;

Siehe auch Jarass, NVwZ 1996, 1041 [1047]:

"Die Rechtslage hat sich [...] durch die neue Regelung des Art. 75 Abs. 2 GG nicht unerheblich verändert. Zunächst sind 'in Einheiten gehende' Regelungen grundsätzlich ausgeschlossen. Damit sind sog. Vollregelungen in der Regel unzulässig, also Regelungen, mit denen eine bestimmte Frage vom Bund vollständig geregelt wird und keine weitere Regelung erforderlich ist. Des Weiteren kann der Bund nach Art. 75 Abs. 2 GG im Regelfall keine unmittelbar geltenden Vorschriften erlassen, also Regelungen, die das Verhältnis Staat/Bürger betreffen. Vielmehr kann er nur Verpflichtungen für den Landesgesetzgeber statuieren. Für den in der Sache betroffenen Normadressaten werden die Regelungen erst durch den Erlass des entsprechenden Landesrechts wirksam."

Aufgabe des Landesgesetzgebers ist es, die rechtlichen Grundlagen für die Ausweisung von Raumordnungsgebieten nach dem ROG zu schaffen (arg. e "... kann vorgesehen werden ..." in § 7 Abs. 4 Satz 2 ROG),

ausdrücklich so OVG Greifswald, Urteil vom 19.01.2001, Az.: 4 K 9/99, NVwZ 2001, 1063;

anders OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01,
UPR 2002, 196 = RechtsCentrum.de.

Dies ist zudem gesicherter Erkenntnisstand im Schrifttum,

siehe Anders/Collisy/Jankowski, Zulässigkeit von Abgrabungen, Tübingen 2001, S. 129 f.; Runkel, Symposium ZIR 1998, S. 10, hier zitiert nach Hoppe/Spoerr, Bergrecht und Raumordnung, S. 76, dort bei FN. 107; Spiecker, Raumordnung und Private, 1999, S. 377 - dort m.w.N.

Im Landesrecht Nordrhein-Westfalens findet sich bisher jedoch keine **Ermächtigungsgrundlage**. In seiner geltenden Fassung ist das Landesplanungsrecht (LPLG NW) **allgemein formuliert** und gilt für **positive Festlegungen**, nicht aber für die Schaffung **negativer Sperrwirkungen** im Sinne des § 7 Abs. 4 ROG, denen das Gewicht **zwingender Versagungsgründe bei der konkreten Vorhabenzulassung** zukommt. Dies entspricht im Übrigen auch der Auffassung der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen,

vgl. Landesplanungsbericht 2001, November 2001, herausgegeben vom Chef der Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen, Landesplanungsbehörde NRW, S. 40 ff.

Ebenso: Hopp/Hüting, Rechtsgutachterliche Stellungnahme für die CDU-Fraktion im Regionalrat Köln zum Gebietsentwicklungsplanentwurf Köln, Teilabschnitt Region Aachen, Stand: 21.02.2002, (unveröffentlicht), S. 61 f.

Daraus folgt: **Wäre die Auffassung des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster zutreffend, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Ermächtigungsgrundlage für die Festlegung von Konzentrationszonen enthält, so würde der Bundesgesetzgeber das den Ländern gesetzte Rahmenrecht in § 7 ROG selbst mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ausfüllen.** Dies bedeutete einen Widerspruch des Bundesgesetzgebers zu seinen eigenen Maßgaben, den er noch dazu im selben Gesetzgebungsverfahren zum BauROG 1998 aufgeworfen hätte.

Das Ausmaß der systematischen Verwerfungen, die die Auslegung des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster mit sich bringt, wird deutlich, wenn man sie - was angesichts der bundesrechtlichen Norm des §35 BauGB nach Maßgabe dieser Rechtsprechung zwangsläufig möglich wäre - auf **andere Bundesländer** überträgt, die ihre Landesplanungsgesetze bereits novelliert und bewusst auf die Übernahme von Eignungsgebieten gemäß §7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG in das Landesplanungsrecht **verzichtet** haben (Hessen, Sachsen, Thüringen).

Siehe § 2 Abs. 2 Satz 2 LPIG Sachsen (vom 14.12.2001); § 11 Abs. 2 Satz 3 LPIG Thüringen (vom 18.12.2001); § 6 Abs. 3 LPIG Hessen (vom 06.02.2002). In diesen Ländern ist die Ausschlusswirkung von Konzentrationszonen an die Verknüpfung mit einer Vorrangausweisung für die entsprechenden Nutzungen (zum Beispiel Windkraft, Rohstoffgewinnung) gebunden.

Entsprechende Novellierungsabsichten bestehen in Baden-Württemberg - siehe Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg, § 8 Abs. 7 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes, Az.: 7-2402/29, Stand: Dezember 2002, S. 51 - und dem Vernehmen nach in Bayern.

Siehe zur Zulässigkeit einer selektiven Übernahme der Gebietstypisierungen des § 7 Abs. 4 ROG in das jeweilige Landesplanungsgesetz die unveröffentlichte gutachterliche Stellungnahme "Zur gebietlichen Steuerung der Windkraftnutzung" des baden-württembergischen Justizministeriums für den Wirtschaftsausschuss des Landtags Baden-Württemberg vom 06.05.2002 (Az.: 7017/0226):

"Im Ergebnis dürfte damit eine rahmenrechtliche Verpflichtung des Landes, die Kategorie 'Eignungsgebiete' im Sinne des § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 ROG in das Landesplanungsgesetz (...) zu übernehmen, nicht gegeben sein."

Vgl. dazu auch die entsprechenden Ausschussberichte, Drucksachen 13/885 und 13/1637, www.landtag-bw.de.

Dem 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster zufolge wären die im Wesen des ausfüllungsbedürftigen optionalen Rahmenrechts liegenden Entscheidungen der diversen Landesgesetzgeber gegen Eignungsgebiete als Ziele der Raumordnung in Regionalplänen schlicht **Makulatur**, weil völlig unbeachtlich. Die regionalen Planungsträger könnten sich über die landesgesetzlichen Schranken hinwegsetzen und Eignungsgebiete als Ziele der Raumordnung ausweisen, ohne dass dadurch nachteilig betroffene Private im Falle einer darauf

gestützten behördlichen Vorhabensablehnung nach §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB dagegen richterliche Hilfe in Anspruch nehmen könnten. Dies ist mit der Dispositionsbefugnis des Landesgesetzgebers bei der Umsetzung von Rahmenrecht nicht vereinbar und verstößt gegen fundamentale verfassungsrechtliche Prinzipien des föderalen Staatsaufbaus.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass für die Ausweisung von Abgrabbungskonzentrationszonen als Ziele der Raumordnung, die für Private verbindlich sind, derzeit im Landesplanungsrecht die verfassungsrechtlich zu fordernde landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage fehlt. Der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster hätte die Prüfung an dieser Stelle - keine Ermächtigungsgrundlage, damit keine Rechtfertigungsgrundlage für den Eingriff - abbrechen müssen.

2.2.4 Ermächtigungsgrundlage aus dem Landesplanungsrecht

Gegenüber der schon im Ansatz verfehlten Ansicht des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster sucht der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz die Befugnis - im Ausgangspunkt richtigerweise - im **Landesplanungsrecht**. Dort fand er jedoch keine hinreichend ausdrücklich formulierten Ermächtigungsnormen. Der Grund dafür liegt wie in Nordrhein-Westfalen auch in Rheinland-Pfalz darin, dass das Rahmenrecht des BauROG 1998 noch nicht umgesetzt worden ist.

Um die Prüfung an dieser Stelle nicht abbrechen zu müssen, meinte sich der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz mit einem Rückgriff auf die "allgemeine gesetzliche Ermächtigung zur Raumordnungsplanung" behelfen zu können. Eine Ermächtigungsgrundlage lässt sich jedoch in Ansehung des Wesentlichkeitsvorbehalts nicht ohne weiteres aus einem "Normkonvolut" herleiten. Die vom 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz in Bezug genommenen Vorschriften, deren Lektüre sich in diesem Zusammenhang lohnt,

vgl. § 12 Abs. 1 Satz 1 LPIG RP: "Die regionalen Raumordnungspläne sollen das Landesentwicklungsprogramm für die jeweilige Region

(§ 1 des Regionengesetzes) vertiefen. Sie sollen in beschreibender Weise und zeichnerischer Darstellung im Wesentlichen angeben:

1. die besonderen Funktionen von Gemeinden, [...]
4. die zur Verwirklichung der Raumordnung geeignet erscheinenden Maßnahmen und
5. die überörtlichen Erfordernisse und Maßnahmen zur Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege [...]"

§ 12 Abs. 3 LPIG RP: "Zur Vertiefung der regionalen Raumordnungspläne können fachlich oder räumlich begrenzte Teilpläne aufgestellt werden";

§ 10 Abs. 1 LPIG RP: "Das Landesentwicklungsprogramm enthält die Ziele und Grundsätze der Landesplanung. Es beschreibt [...]"

§ 10 Abs. 2 LPIG RP: "Die regionalen Raumordnungspläne sollen bei der Erarbeitung des Landesentwicklungsprogramms berücksichtigt werden, soweit es die Belange des größeren Raumes zulassen";

die Überschrift zu § 2 Abs. 2 LPIG RP lautet: "Aufgaben und Leitvorstellungen der Landesplanung",

geben auch in ihrer Gesamtheit nichts für die **Berechtigung** der Regionalplanung zu **Eingriffen in Grundrechte des Bürgers** her. Dass regionale Raumordnungspläne das Landesentwicklungsprogramm vertiefen sollen, dafür Teilpläne aufgestellt werden sollen und dass die Landesplanung bestimmte Leitvorstellungen verfolgt, ist für die Frage, ob der Landesgesetzgeber der Regionalversammlung eine **Eingriffsermächtigung** eingeräumt hat, evidentermaßen unerheblich.

Der Bundesgesetzgeber hat mit dem ROG 1998 ausdrücklich neue Rechtsnormen schaffen wollen, die vorher im Recht der Raumordnung fehlten,

vgl. BauROGE 13/6392, Seite 41, unter II. .2. c):

"Durch rechtliche Gebietstypen (Vorrang-, Vorbehalts- und Eigenschaftsgebiete) soll eine großräumige Steuerung von raumbedeutsamen Nutzungen, wie Kiesabbau oder Naherholung, und von Raumfunktionen, wie zur Wasservorsorge, **möglich werden** (§ 7 Abs. 4 Entwurf)."

Vgl. Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (18. Ausschuss) zum BauROGE 13/6392 u. a., BT-DrS. 13/7589, Seite 23:

"In der zentralen rahmenrechtlichen Vorschrift über die Raumordnungsplanung in den Ländern (§ 7) werden **erstmals die Kerninhalte** von Raumordnungsplänen in den Bereichen Siedlungs-, Freiraum- und Infrastruktur benannt und durch Beispiele verdeutlicht.

[...] Des Weiteren werden durch den Gesetzentwurf die in den Ländern überwiegend verwandten Gebietskategorien Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebiete zur großräumigen Steuerung von raumbedeutsamen Nutzungen und Raumfunktionen **definiert.**"

Wenn die Steuerung erst **möglich werden** soll, so ist aus dieser Einschätzung des Gesetzgebers im Umkehrschluss zu folgern, dass sie **bisher nicht eröffnet war**. Die Betonung auf die **Verrechtlichung** der Gebietstypen verdeutlicht, dass der Bundesgesetzgeber das normative Gerüst schaffen wollte, welches zuvor nicht existierte. Das Bedürfnis für die Aufnahme von Ermächtigungsnormen in das Landesrecht hat er gesehen und bejaht (§ 7 ROG 1998).

Der Grund dafür liegt darin, dass im Gegensatz zur Flächennutzungsplanung im Raumordnungsrecht des Bundes und der Länder keine den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts genügenden Eingriffsermächtigungen normiert sind. Das Bedürfnis für die Steuerung der Vorhabenzulassung schon auf der Stufe der Regionalplanung hatte der Bundesgesetzgeber vorher so nicht gesehen,

vgl. BauROGE 13/6392, Seite 40, dort unter Ziffer II.2.b).

Diese Ausgangslage hat auch im Gesetzeswortlaut des § 7 Abs. 4 Satz 2 ROG deutlichen Niederschlag gefunden:

"Es kann vorgesehen werden, dass Vorranggebiete für raumbedeutsame Nutzungen zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten für raumbedeutsame Maßnahmen nach Satz 1 Nr. 3 haben können."

Folglich kann es keine "allgemeine Ermächtigung zur Raumordnung" im Landesrecht geben, der sich solche rechtlichen Gebietstypen entnehmen ließen.

2.2.5 Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Flächennutzungsplänen

Darüber hinaus geht der Schluss des 1. Senats des Oberverwaltungsgerichts Koblenz fehl, der Gesetzgeber habe mit seiner Referenz an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Flächennutzungsplanung,

vgl. BVerwG, Urteil vom 22.05.1987, Az.: 4 C 57/84, BVerwGE 77, 300 = NVwZ 1988, 54 = DVBl. 1987, 1008 = DÖV 1987, 1015 = BauR 1987, 651 = UPR 1987, 427 = ZfBR 1987, 293 = BRS 47 Nr. 5 = NuR 1989, 125,

und der "Gleichsetzung" von Flächennutzungsplan und Gebietsentwicklungsplan in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine **Eingriffsermächtigung** verankern wollen.

OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = RechtsCentrum.de = NuR 2002, 415:

"Dies kann aus der oben genannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts [gemeint ist die vorerwähnte Entscheidung des BVerwG] abgeleitet werden, in der bereits den Kommunen die Befugnis zugesprochen wurde, im Flächennutzungsplan durch "Konzentrationszonen" negativplanerische Ausweisungen zu treffen. Da der Gesetzgeber mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ausdrücklich diese Rechtsprechung aufgreifen wollte und er im Übrigen in der vorerwähnten Bestimmung die Darstellungen im Flächennutzungsplan und die Ziele der Raumordnung bei der Ausweisung einer "Konzentrationszone" **in ihren Auswirkungen gleichgesetzt** hat, muss die **vom Bundesverwaltungsgericht vertretene Rechtsansicht ebenso für die Begründung der Ermächtigung zur Festsetzung negativplanerischer Ziele in regionalen Raumordnungsplänen gelten.**"

Wenn diese Argumentation richtig wäre, hätte der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz überhaupt nicht auf die nach Landesplanungsrecht - angeblich - bestehende Ermächtigungsgrundlage, sondern gleich auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB abstellen können und - diese Frage kann hier offen bleiben - müssen.

In keiner Weise zwingt die Erwähnung von Flächennutzungsplan und Zielen der Raumordnung in derselben Vorschrift (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) zu dem Schluss, der Bundesgesetzgeber habe damit die **Ermächtigung** zu Konzentrationsregelungen überhaupt schaffen wollen. Im Ergebnis liefe das darauf hinaus, dass die für den Flächennutzungsplan bestehende Ermächtigung auch für Zielfestlegungen im Raumordnungsrecht gelten würde. Die Erwähnung eines raumordnungsrechtlichen Instruments (Ziel) im Bauplanungsrecht kann keinesfalls die raumordnungsrechtliche Ermächtigung schaffen. Wenn der Bundesgesetzgeber eine bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage für die Ausweisung von Konzentrationszonen hätte schaffen wollen, hätte es näher gelegen, sie

ausdrücklich im ROG zu normieren, anstatt sie in einer anderen Rechtsmaterie (Bauplanungsrecht) im Wege der "Gleichstellung" zweier Planungsinstrumente und dann auch noch indirekt in einer Raumordnungsklausel niederzulegen. Überdies käme es zu der merkwürdigen Situation, dass sich eine Ermächtigungsgrundlage für die regionalplanerische Ausweisung von Konzentrationszonen weder im ROG noch im Landesplanungsrecht, wohl aber im Bauplanungsrecht finden ließe. Das wäre systematisch nicht nur außerordentlich ungewöhnlich, sondern verfehlt. Welchen Sinn machte es, den Ländern über § 7 ROG im Einzelnen Vorgaben für die Gestaltung landesplanungsrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen zu machen, wenn sich die Ermächtigungsgrundlage ohnedies schon im allgemeinen Baurecht findet und den Gesetzgebungsrahmen sogleich wieder einschränkt?

Der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz liefert selbst das Argument gegen seine eigene These, wenn er ausführt, der Bundesgesetzgeber habe Konzentrationszonen **in ihren Auswirkungen gleichstellen** wollen. Dass Konzentrationszonen (nur) in ihren Wirkungen gleichgestellt werden sollen, hätte zu der Erkenntnis führen müssen, dass es § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB tatsächlich nur darauf ankommt, wie **außerhalb des Bodenrechts** gesetzeskonform geschaffene Darstellungen **im Bodenrecht** wirken. Dies belegt unmissverständlich, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gerade nichts dafür zu entnehmen ist, auf welchen rechtlichen Grundlagen die Festlegung von Konzentrationszonen (außerbodenrechtlicher Provenienz) beruht.

Die Darstellung von Konzentrationszonen auf der Ebene der Raumordnung ist materiell Raumordnungsrecht und nicht Bauplanungsrecht. Schon deswegen lässt sich die zitierte Rechtsprechung auf die Landes- und Regionalplanung nicht unmittelbar übertragen, weil die erforderlichen Ermächtigungsgrundlagen, die sich für die Flächennutzungsplanung im BauGB finden (§ 1 Abs. 1, 2, 6 und 7 BauGB sowie § 8 Abs. 2 und § 7 BauGB), im Raumordnungsrecht der Länder nicht existieren.

2.3 Auffassungen im Schrifttum

Soweit ersichtlich ist § 35 Abs. 3 BauGB bisher nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Ausweisung von Konzentrationszonen herangezogen worden,

- vgl. Anders/Collisy/Jankowski, Zulässigkeit von Abgrabungen, Tübingen 2001, S. 4 ff., unter Hinweis auf Spiecker, Raumordnung und Private, 1999, S. 377, die auch die kompetenzrechtliche Seite der Problematik aufarbeitet - dort m.w.N.;
- Bartlsperger, Raumordnungsgebiete mit besonderer Funktion, in: Akademie für Raumforschung und Landesplanung (Hrsg.), Zur Novellierung des Landesplanungsrechts aus Anlass des Raumordnungsgesetzes 1998, Arbeitsmaterial Nr. 266 (2000), Seite 119 [123];
- Spiecker, BayVBl. 2001, 673 [681];
- Runkel, Symposium ZIR 1998, S. 10 (zustimmend zitiert bei Hoppe/Spoerr, Bergrecht und Raumordnung, S. 76);
- Hopp/Hüting, Rechtsgutachterliche Stellungnahme für die CDU-Fraktion im Regionalrat Köln zum Gebietsentwicklungsplanentwurf Köln, Teilabschnitt Region Aachen, Stand: 21.02.2002, (unveröffentlicht), S. 61 ff. [63 f.]

Die Frage der Ermächtigungsgrundlage wird - ähnlich der Rechtsprechung - zum Teil überhaupt nicht angesprochen.

- Vgl. Lüers, ZfBR 1996, 297; Rühl, UPR 2001, 413;
Zehnder, SächsVBl. 1999, 140.

Im Übrigen wird unter Hinweis auf die Eingriffs- und Eigentumsdogmatik - soweit ersichtlich - mehrheitlich eine landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage gefordert.

- So bei Bartlsperger in ARL (Hrsg.), Novellierung des Landesplanungsrechts, Nr. 266 (2000), Seite 119 [123 f.; 129 f.; 144 f.]:
- "Zum Zweiten ist es für den Fall und im Rahmen einer Übernahme der betreffenden Instrumente des § 7 Abs. 4 ROG in das Landesplanungsrecht **aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend geboten, landesgesetzliche Regelungen zu treffen, die** den Gesetzesvorbehalten für Eingriffe in die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG [...] sowie für die Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums nach **Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, insbesondere den für diese Gesetzesvorbehalte**

geltenden Regelungs- und Bestimmtheitsanforderungen genügen. [...]"

Ähnl. Schmidt, Wirkung von Raumordnungszielen auf die Zulässigkeit privilegierter Außenbereichsvorhaben, 1997, Seite 98 ff. (insbesondere 106 ff.), 150 f.; ders., DVBl. 1998, 669 [675 f.].

Kment, Rechtsschutz im Hinblick auf Raumordnungspläne (2002), Seite 196 ff.

Ebenso speziell zur Rechtslage in NRW auch Hopp/Hüting, Rechtsgutachterliche Stellungnahme für die CDU-Fraktion im Regionalrat Köln zum Gebietsentwicklungsplanentwurf Köln, Teilabschnitt Region Aachen, Stand: 21.02.2002, (unveröffentlicht), S. 61 ff. [64 f.]:

"Die Festlegung von Raumordnungsgebieten mit strikter Konzentrationswirkung dürfte somit ohne eine ausdrückliche landesrechtliche Umsetzung der in § 7 Abs. 4 ROG enthaltenen Bestimmungen zu Eignungsgebieten und Vorranggebieten mit der Wirkung von Eignungsgebieten nicht zulässig sein. ... Regionalplanerische Festlegungen mit strikt verbindlicher Konzentrationswirkung im Sinne einer Zielbeachtungspflicht könnten (...) erst nach einer landesrechtlichen Umsetzung des § 7 Abs. 4 ROG erfolgen."

Vgl. zur Rechtslage unter Geltung des BBauG schon Paßlick, Die Ziele der Raumordnung und Landesplanung [1986], Seite 272, der eine Ermächtigungsgrundlage für den mit dem Darstellungsprivileg verbundenen Eingriff in die "gemeindlichen und fachbehördlichen Planungskompetenzen" fordert. Ähnlich Schmidt-Aßmann, DÖV 1981, 237 [243 f.].

Neben die Forderung einer Ermächtigungsgrundlage treten Ausführungen zu ihrer Gestaltung, etwa dahin, dass die Eingriffsvoraussetzungen im Einzelnen vom Landesgesetzgeber zu normieren sind.

Bartlsperger in ARL (Hrsg.), Novellierung des Landesplanungsrechts, Nr. 266 (2000), Seite 119 [123 f.; 129 f.; 144 f.]:

[Seite 129 f.] Es ist jedoch mit Nachdruck festzustellen, dass eine künftige Verwendung der Gebietsbezeichnungen von Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebieten sowie ihrer möglichen Kombinationen eine jeweilige **ausdrückliche, den einschlägigen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Ermächtigungsgrundlage** in einem förmlichen Gesetz **verlangt**. Dieser schon angesprochene Gesetzesvorbehalt ergibt sich aus den **rechtlichen Eingriffswirkungen**, die mit einer Verwendung der betreffenden Gebietsbezeichnung in Festlegungen von Raumordnungsplänen zum einen in Bezug auf die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie bzw. Planungshoheit und zum anderen im Rahmen der Außenbereichsregelungen von § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB zur Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums verbunden sind. Sowohl die

Verfassungsgarantie gemeindlicher Selbstverwaltung [...] als auch die Regelung des **Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zur Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums** fordern eine **spezifische Eingriffsermächtigung durch förmliches Gesetz mit einer dem jeweiligen Eingriffstatbestand und** den betreffenden Schrankenbestimmungen entsprechenden **Regelung der Eingriffsvoraussetzungen** [...]. Auch für die Anwendung der Gebietsbezeichnung und von § 7 Abs. 4 ROG in den Raumordnungsplänen ist dies zwischenzeitlich erkannt und, soweit ersichtlich, nicht mehr in Frage gestellt [...].

[Seite 144] Eine ausdrückliche Aufnahme dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen in die notwendigen landesrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen erscheint [...] geboten.

[Seite 144 f.] Dagegen erscheint es [...] geboten, in den hierfür notwendigen landesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen die **besonderen sachlichen Voraussetzungen ausdrücklich hervorzuheben**, unter denen die Verhältnismäßigkeit bzw. Zumutbarkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen des betroffenen Grundeigentums zu beurteilen ist."

Einzelne Formulierungen scheinen darauf schließen zu lassen, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB teilweise als Ermächtigungsgrundlage betrachtet wird.

Vgl. zum Beispiel Enders/ Bendermacher, ZfBR 2001, 450 [450]:
"Möchte die Gemeinde also effektiv auf die Windkraftnutzung Einfluss nehmen, muss sie entsprechend der Vorschrift des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Konzentrationsflächen ausweisen [...]."
Indifferent auch Holz, NWVBl. 1998, 81 [85].

Weder jedoch findet sich hierfür ein ausdrückliches Votum (Holz), noch können diese Aussagen verwertet werden, weil sie die Flächennutzungsplanung betreffen (Enders/Bendermacher).

Zu Recht vereinzelt geblieben ist eine Auffassung, die die Ermächtigungsgrundlage - ähnlich dem Oberverwaltungsgericht Koblenz,

vgl. dazu schon oben unter Ziffer 2.1.5, OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = Rechts-Centrum.de = NuR 2002, 415, -

der "allgemeinen Planungsermächtigung im Zusammenspiel mit dem Rohstoff-sicherungsgrundsatz" (§ 2 Abs. 2 Nr. 9 Satz 3 ROG) in Verbindung mit dem

"Bodenschutzgrundsatz" (§ 2 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 ROG) und der "Vorsorgefunktion der Raumordnung" (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG) zu entnehmen sucht.

Spiecker, BayVBl. 2001, 673 [681].

Die hinreichende Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit des Eingriffs im Sinne der Wesentlichkeitsrechtsprechung sei auch ohne landesrechtliche Ermächtigungen gewährt, "solange die Länder den Einsatz von Eignungsgebieten nicht ausdrücklich ausschließen,

vgl. Spiecker, BayVBl. 2001, 673 [681].

Diese Auffassung beantwortet nicht die von ihr zugleich aufgeworfene Frage, warum der Bundesgesetzgeber in § 7 Abs. 4 ROG detaillierte rahmenrechtliche Vorgaben an die Landesgesetzgebung formuliert haben sollte, wenn die Landes- und Regionalplanungsbehörden jederzeit unter Berufung auf eine - von der vorstehend zitierten Auffassung angenommene - generelle, bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage Festlegungen der dort beschriebenen Art treffen können. Konsequenz der Auffassung von der "bundesrechtlichen Generalermächtigung" ist, dass es auf die vom Bundesgesetzgeber detailliert und ausdrücklich formulierten rahmenrechtlichen Vorgaben für das raumplanerische Instrumentarium in den Ländern gar nicht mehr ankommt, weil die Berechtigung zur Nutzung des Instrumentariums - einschließlich der Berechtigung zum Grundrechtseingriff (!) - schon aus bundesgesetzgeberischen Zielvorstellungen und Grundsätzen ableitbar ist.

Das wirft - unbeantwortete - kompetenzrechtliche Fragen auf, weil es dem Bundesgesetzgeber bei Wahrnehmung seiner Kompetenz zur Rahmengesetzgebung im Regelfall versagt ist, unmittelbar geltende Regelungen zu schaffen,

vgl. Degenhart in Sachs (Hrsg.), GG, 1. Aufl. [1996], Art. 75 Rdn. 9.

Eine unmittelbare Ermächtigungsgrundlage für die Landesplanung darf das ROG demzufolge grundsätzlich nicht enthalten.

Schmidt, Wirkung von Raumordnungszielen auf die Zulässigkeit privilegierter Außenbereichsvorhaben, 1997, Seite 103 f.

Abgesehen von der Frage, ob die Voraussetzungen des Art. 75 Abs. 2 GG vorliegen, fragt sich überdies, wie der Landesgesetzgeber den "ausdrücklichen Ausschluss" gesetzlich soll fixieren können. Er müsste sich ausdrücklich in einer Norm des Landesplanungsrechts dazu bekennen, rahmenrechtliche Bundesvorschriften des Raumordnungsgesetzes nicht ausfüllen zu wollen. Dessen bedurfte es bisher keiner landesgesetzlichen Ausführungen. Ein Schweigen des Landesgesetzgebers ist bei (fakultativer) Rahmengesetzgebung selbstverständlich "beredt".

Widersprüche ergeben sich überdies daraus, dass die "bundesrechtliche Generalermächtigung" (Spiecker) auf nicht-rahmensetzenden Vorschriften beruht. Sollte der Landesgesetzgeber sich dazu entschließen, eine Ermächtigung zur Ausweisung von Konzentrationszonen nur sehr eingeschränkt zu eröffnen, bestünde insoweit eine Kollision mit der weitergehenden "bundesrechtlichen Generalermächtigung". Das wirft die Frage nach dem Verhältnis einer generellen bundesrechtlichen Norm zur landesrechtlichen Spezialnorm auf. Sie wäre über Art. 31 GG mit der Folge zu lösen, dass die bundesrechtliche Ermächtigung, die die Ausweisung von Konzentrationszonen eher zulässt als die landesrechtliche, Landesrecht bricht. Es tritt also die Konstellation ein, in der die Ausfüllung von Rahmenrecht durch den Landesgesetzgeber einen Fall des Art. 31 GG darstellt.

Die zitierte Auffassung (Spiecker) führt die Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,

vgl. BVerfGE 47, 46 [78],

ad absurdum. Sie berücksichtigt nicht, dass die negative Ausschlusswirkung einer Ausweisung an anderer Stelle einen Eingriff von hoher Intensität darstellt, der daher ein hohes Maß an Rechtfertigung fordert. Deswegen verlangt die Literatur eine die Eingriffsvoraussetzungen im Einzelnen festlegende Vorschrift des Landesrechts.

Bartlsperger in ARL (Hrsg.), Novellierung des Landesplanungsrechts, Nr. 266 (2000), Seite 119 [129 f.]; siehe auch die obigen Angaben.

Die Auffassung von der "bundesrechtlichen Generalermächtigung" ist entgegen den Maßgaben des Gesetzesvorbehalts in der Lage, einen Grundrechtseingriff zum Beispiel im Gefahrenabwehrrecht aus dem Gedanken der einem Kompetensträger zugewiesenen allgemeinen Gefahrenabwehraufgabe im "Zusammenspiel" mit dem Grundsatz möglichst effektiver Gefahrvermeidung und dem Vorsorgegedanken zu rechtfertigen, ohne dass es einer besonderen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Eine solche "Ermächtigungsgrundlage" entbehrte jeder Konturierung.

Überdies lässt die Auffassung von der "bundesrechtlichen Generalermächtigung" (Spiecker) den Zusammenhang mit verfahrensrechtlichen Sicherungen völlig unberücksichtigt. Immerhin hat der Bundesgesetzgeber in § 7 Abs. 4 ROG nicht nur rahmenrechtlich Vorgaben für Grundrechtseingriffe gemacht, sondern hat diese auch mit der **Forderung nach einer Öffentlichkeitsbeteiligung** in § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG flankiert, die indes in einigen Landesplanungsgesetzen noch fehlt.

Vgl. dazu beispielhaft einerseits das Landesplanungsgesetz in Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg, andererseits § 3 Abs. 8 des Landesplanungsgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt und § 8 Abs. 2 Nr. 6 des Niedersächsischen Gesetzes über Raumordnung und Landesplanung (Betroffenenbeteiligung) sowie §§ 8 Abs. 4, 10 Abs. 3 Thüringer Landesplanungsgesetz, §§ 6 Abs. 6, 10 Abs. 3 Hessisches Landesplanungsgesetz, § 6 Abs. 3 und Abs. 4 Gesetz zur Raumordnung und Landesplanung des Freistaates Sachsen (jeweils zwingende Öffentlichkeitsbeteiligung); zur beabsichtigten Einführung einer zwingenden Öffentlichkeitsbeteiligung: Mitteilung der Niedersächsischen Staatskanzlei, <http://mitglied.lycos.de/WilfriedHeck/aufstell.htm>; Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes, Az.: 7-2402/29, S. 51.

Vgl. Schmidt, DVBl. 1998, 669 [676]; Schmidt, Wirkung von Raumordnungszielen auf die Zulässigkeit privilegierter Außenbereichsvorhaben, 1997, Seite 99 ff. und 150 f.; Anders/Collisy/Jankowski, Zulässigkeit von Abgrabungen, Tübingen 2001, S. 4 ff.

Gerade hieraus ist zu schließen, dass sich der Bundesgesetzgeber der Eingriffswirkungen von Festlegungen bewusst war und ein - verfassungsrechtliches - Bedürfnis für die Beteiligung der Betroffenen deswegen ausdrücklich in das Raumordnungsrecht aufgenommen hat.

Zur Frage der insoweit verfassungsgebotenen Öffentlichkeitsbeteiligung Anders/Collisy/Jankowski, Zulässigkeit von Abgrabungen, Tübingen 2001, S. 15;
zustimmend Kment, Rechtsschutz im Hinblick auf Raumordnungspläne (2002), Seite 123;
Kment, UPR 2002, 428 [431, dort in und bei FN 54 m.w.N.];
Hendler, DVBl. 2001, 1233 [1240 f.]; ders. Hendler, Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums durch Raumordnung, in: Akademie für Raumforschung und Landesplanung (Hrsg.), Raumordnungspläne unter den neuen Anforderungen von Umweltschutz und Eigentumsgarantie, Arbeitsmaterial Nr. 278 (2001), Seite 39 [50 f.];
Hoppe/Spoerr, NVwZ 1999, 945 [948];
Greiving/Schröder, UPR 2003, 1233 [1241];
Grotefels in: Institut für Landes- und Stadtentwicklungsforschung des Landes Nordrhein-Westfalen - ILS - (Hrsg.): Instrumente und Verfahren der Landesplanung, 2002, Seite 31 ff. und Reitzig (ebenda), Seite 37 ff., veröffentlicht unter http://www.ils.nrw.de/publik/sonder/instrumente_landespln.htm
Zu den - sonstigen - Gründen für eine Öffentlichkeitsbeteiligung in der Regionalplanung Danielzyk in Jarass (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in der Raumordnung, 2002, Seite 43 ff.: "nicht nur [...] gesetzlich geforderte »Pflichtübung«".
Aus der Rechtsprechung OVG Nds, 20.12.2001, Az.: 1 MA 3579/01, UPR 2002, 153 [154] = NVwZ-RR 2002, 332 = DVBl. 2002, 717 = ZUR 2002, 301 [LS];
Siehe dazu: Mitteilung der Niedersächsischen Staatskanzlei, veröffentlicht unter <http://mitglied.lycos.de/WilfriedHeck/aufstell.htm> und Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes, Az.: 7-2402/29, S. 51.
Von Nicolai, NVwZ 2002, 1078 [1080] meint demgegenüber, seine insoweit ablehnende Haltung auf das "Wesen einer überörtlichen Planung" stützen zu können; vgl. dazu erneut die Ausführungen bei BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, DVBl. 2001, 1855 [1859 f.].

Diese Überlegungen zeigen, warum der Auffassung von der "bundesrechtlichen Generalermächtigung" bisher zu Recht die Gefolgschaft versagt geblieben ist.

2.4 Fazit zur Ermächtigungsgrundlage

Die erforderliche Ermächtigungsgrundlage findet sich weder ausdrücklich in den Vorschriften des Landesplanungsgesetzes, des Raumordnungsgesetzes des Bundes oder gar in §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, noch ergibt sich aus der Gesamtheit dieser Normen eine allgemeine Ermächtigungsgrundlage.

3. Regionalplanung und Zulässigkeit privilegierter Vorhaben

Obwohl damit klar erwiesen ist, dass für die Festlegung von Konzentrationszonen in Nordrhein-Westfalen derzeit keine Ermächtigungsgrundlage besteht, gibt die Rechtsprechung Anlass zu der Untersuchung, welche Anforderungen zu beachten wären, wenn die erforderlichen Ermächtigungen existieren würden.

Vom Tatbestand des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bzw. des § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG ausgehend ist eine Festlegung mit Zielqualität erforderlich. Ziele der Raumordnung definiert § 3 Nr. 2 ROG als verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Landes- oder Regionalplanung **abschließend abgewogenen** Festlegungen.

Die Rechtsprechung zur Abwägung bei der Festlegung von Konzentrationszonen variiert scheinbar nuancenreich. Mit Ausnahme des 10. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster, der auf die Abwägung in einer Entscheidung zum Flächennutzungsplan überhaupt nicht eingeht, finden sich in jeder Entscheidung Ausführungen zur Abwägung. Dabei unterscheiden die Gerichte nicht immer eindeutig, wann sich ihre Überlegungen auf die abwägungsabhängige Zielqualität beziehen und wann sie Anforderungen an die Abwägung hinsichtlich der Bindungswirkungen gegenüber dem Bürger formulieren.

Mit Fragen der Abwägung bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung hatte sich im Jahre 2001 auch das Bundesverwaltungsgericht zu beschäftigen. Im Folgenden soll deshalb zunächst darauf eingegangen werden, welche Maßgaben das Bundesverwaltungsgericht insoweit formuliert hat. Da die Entscheidung zur alten Fassung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erging, ist weiter zu untersuchen, ob sie auch für die Neufassung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Geltung beansprucht, sich ihr also allgemein gültige Aussagen entnehmen lassen. Schließlich ist zu untersuchen, welche Konsequenzen die nachgeordnete Rechtsprechung daraus für die vorliegende Fragestellung gezogen hat.

3.1 Vorbemerkung zur Terminologie und zur Verortung der Ausschlusswirkung

Zwei Vorbemerkungen sind noch veranlasst.

3.1.1 Terminologie

Die Analyse des scheinbar nuancenreichen Bildes der Rechtsprechung wird darüber hinaus teilweise durch terminologische Unklarheiten verkompliziert.

Im Unterschied zur Entscheidung des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 13.06.2002 wird im Folgenden für den Begriff der "Bereiche für die Sicherung und den Abbau oberflächennaher Bodenschätze" die - folgerichtige - Abkürzung BSAB verwendet.

Ferner folgen die hiesigen Ausführungen dem 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster insoweit jedenfalls nicht, als er die Bezirksplanungsbehörde als Trägerin der Regionalplanung anspricht. Entgegen den Ausführungen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster kann es keine "Abwägungsfehler der Bezirksplanungsbehörde" geben.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, NuR 2003, 47 [50] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = Rechts-Centrum.de
Urteilsabschrift, Seite 27.

Die Bezirksplanungsbehörde wägt nicht ab; ihr kann infolgedessen auch kein Abwägungsfehler unterlaufen. Gemäß §§ 7, 15 LPIG NW ist Planautor nicht die Bezirksregierung Köln als Bezirksplanungsbehörde, sondern der Regionalrat. Ihn spricht das LPIG NW als Planautor an und er ist es, der zum Beispiel die Aufstellung beschließt (§§ 7 Abs. 1 Satz 1 und 15 Abs. 3 Satz 1 LPIG), während die Bezirksplanungsbehörde das Verfahren durchzuführen, selbst aber keine originäre Planungskompetenz oder Planungsbefugnis hat (vgl. §§ 3 Abs. 2, 7 Abs. 1 Satz 2 LPIG). Solche Ausführungen sind entweder Schreibfehler oder of-

fenbaren Verständnislücken in Bezug auf evidente landesplanungsrechtliche Zusammenhänge.

Der 2. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Kassel hat das Zusammenwirken von Regionalversammlung in Hessen (entspricht dem Regionalrat in Nordrhein-Westfalen) und der Regionalen Planungsbehörde (entspricht der Bezirksplanungsbehörde in Nordrhein-Westfalen) treffend dahingehend zusammengefasst, dass die von der Regionalversammlung beschlossene Planaussage auch die Regionale Planungsbehörde bindet und von ihr nicht erweitert werden kann.

Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [302]:

"Maßgebend sind insoweit die in dem Regionalen Raumordnungsplan getroffenen Aussagen und die dazu gegebene Begründung und nicht die Bewertung der Regionalen Planungsbehörde [...]. Denn die von der Regionalversammlung nach § 18 HessLPIG beschlossene Planaussage ist **auch für die Regionale Planungsbehörde bindend** und kann von dieser nicht erweitert werden."

Das gilt uneingeschränkt auch in Nordrhein-Westfalen, weil § 7 Abs. 1 und Abs. 4 sowie § 15 LPIG NW der vom Verwaltungsgerichtshof Kassel in Bezug genommenen Vorschrift des § 18 HessLPIG entsprechen.

3.1.2 Ausschlusswirkung muss Bestandteil des Zieles sein

In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass einige Gerichte die **Ausschlusswirkung eines Ziels der Raumordnung** unmittelbar aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herleiten,

vgl. OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001, Az.: 7 A 4857/00, DVBl. 2002, 723 [LS] = ZUR 2002, 300 [LS] StUGR 2002, 33 = NuR 2002, 431 = UPR 2002 [LS];
OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsab-schrift, Seite 23 = NuR 2003, 47 [49 f.] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = RechtsCentrum.de;
OVG Münster, Urteil vom 23.04.2002, Az.: 8 A 3365/99, n. v. = RechtsCentrum.de;
OVG Greifswald, Urteil vom 07.09.2000, Az.: 4 K 28/99, NVwZ-RR 2001, 565 [567] = ZfB 2001, 194 = BRS 63 Nr. 49 = DVBl. 2001, 939 [LS] = UPR 2001, 236 [LS] = BauR 2001, 1799;

so im Ergebnis auch der BayVGH, Urteil vom 22.05.2002, Aktenzeichen 26 B 01.2234, NuR 2002, 555 = ZUR 2002, 360 = GewArch 2002, 346, siehe dazu ausführlicher noch unten unter Ziffer 3.5.2.5).

Insbesondere der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster verwechselt Ursache und Wirkung, wenn er ausführt:

"Mit der landesplanerischen Festlegung von Konzentrationszonen für die Gewinnung von Rohstoffen ist die Entscheidung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Abgrabungen außerhalb dieser Gebiete nicht abschließend gefallen. Die **Ausschlusswirkung** der Konzentrationszone tritt nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur "in der Regel" ein. Durch diese **gesetzlich** nur regelmäßig **angeordnete Ausschlusswirkung** ist gewährleistet, [...]."

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsab-schrift, Seite 23 f. unten = NuR 2003, 47 [49 f.] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = RechtsCentrum.de.

"§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vermittelt keine strikte Bindung an Ziele der Raumordnung. Die **Ausschlusswirkung** der in der Raumplanung aus-gewiesenen Konzentrationszonen tritt nach dieser **Vorschrift** nur "in der Regel" ein [...]."

Vgl. ferner OVG Münster a.a.O., Seite 30 = NuR 2003, 47 [50].

Mit diesen Ausführungen entfernt sich das Gericht vom Gesetzeswortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, der hier deswegen in Erinnerung gerufen werden soll:

"Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist."

Dem Gesetzeswortlaut ist für eine Ausschlusswirkung beliebiger landesplanerischer Festlegungen an anderer Stelle nichts zu entnehmen. Zu Beginn nennt die Vorschrift die öffentlichen Belange. Sie sind es, die in der Regel einem Vorhaben entgegen stehen, **soweit** - um in der verkürzenden Terminologie des

8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster zu bleiben - "Konzentrationszonen festgelegt" sind,

statt vieler nur Anders/Collisy/Jankowski, Zulässigkeit von Abgrabungen, Tübingen 2001, S. 128;
Rühl, UPR 2002, 413 [414].

Gerade das Wort "**soweit**" bedeutet, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Ausschlusswirkung **voraussetzt**, sie aber eben **nicht anordnet**.

Zum anderen beachtet der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster auch nicht den Wortlaut des § 7 Abs. 4 Satz 2 ROG, der eine der Möglichkeiten zur Konzentration mit negativer gesamträumlicher Ausschluss- oder Sperrwirkung beschreibt:

"Es kann vorgesehen werden, dass Vorranggebiete für raumbedeutsame Nutzungen zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten für raumbedeutsame Maßnahmen nach Satz 1 Nr. 3 **haben können**."

Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass die Ausschlusswirkung allein in den Regionalplänen selbst ihren Ursprung hat. Denn es sind die Festlegungen in Regionalplänen, die bestimmte Wirkungen haben können. Sie werden auf der Grundlage landesrechtlicher Normen beschlossen, die ihrerseits wiederum § 7 Abs. 4 Satz 2 ROG umsetzen. Weder aber ergibt sich die Ausschlusswirkung aus den landesrechtlichen Normen, noch aus § 7 Abs. 4 ROG. Und § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB schreibt nur vor, ob und wie eine **vorhandene** und **gerechtfertigte** (!) Ausschlusswirkung in der bauplanungsrechtlichen Vorhabenzulassung zu beachten ist.

An anderer Stelle formuliert der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster - richtigerweise -, gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB trete bei Konzentrationszonen regelmäßig die Wirkung des Ziels als entgegenstehender Belang ein.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsabschrift, Seite 29 f. = NuR 2003, 47 [51] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = RechtsCentrum.de:

"Erweisen sich somit die im Gebietsentwicklungsplan ausgewiesenen BASB als rechtswirksam, so wäre das Vorhaben der Klägerin nur dann bauplanungsrechtlich zulässig, wenn die im Gebietsentwicklungsplan dargestellten Konzentrationszonen ihre gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB regelmäßig eintretende **Wirkung als entgegenstehender Belang** nicht erfüllen würden."

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsab-schrift, Seite 23 = NuR 2003, 47 [49]:

"Eine umfassende, alle widerstreitenden Belange berücksichtigende Abwägung auf der Stufe der Regionalplanung gebietet auch **die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB angeordnete bodenrechtliche Wirkung** der Ziele der Raumordnung nicht. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verleiht den Zielen der Raumordnung keine unmittelbare, die Zu-lässigkeit eines privilegierten Vorhabens unabdingbar ausschlie-ßende Wirkung im Sinne einer "echten" (strikten) Raumordnungs-klausel."

Der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster verwendet die Terminologie also auch noch uneinheitlich.

Der 7. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster schreibt § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ebenfalls den normativen Eintritt der Ausschlusswirkung zu, in-dem ausgeführt wird:

"Wird der Entwurf der Ausweisung einer Vorrangzone öffentlich ausgelegt, bedarf es bei der Bekanntmachung der Offenlegung keines ausdrückli-chen Hinweises auf die **sich aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ergebende Ausschlusswirkung**. [Leitsatz 6]

Eine Ausnahme von der **regelmäßigen Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB** ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände zu be-jahren."

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001, Az.: 7 A 4857/00, NuR 2002, 431 vielerorts, insbesondere Leitsätze 6 und 7.

An anderer Stelle wird aber formuliert, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB "die re-gelmäßige Folge des Entgegenstehens öffentlicher Belange daran [knüpft], dass 'eine Ausweisung an anderer Stelle' erfolgt ist",

vgl. OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001, Az.: 7 A 4857/00, NuR 2002, 431 vielerorts:

"§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB knüpft die **regelmäßige Folge des Entgegenstehens öffentlicher Belange** daran, dass "eine Ausweisung an anderer Stelle" erfolgt ist."

Beide Formulierungen lassen sich nicht miteinander in Einklang bringen. Denn regelmäßige Folge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann nicht zum einen der - angebliche - Eintritt der Ausschlusswirkung sein, zum anderen das Entgegenstehen öffentlicher Belange. Auch diese Interpretation steht in ihrem ersten Teil mit dem Wortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht in Einklang, weil die Vorschrift die Ausschlusswirkung des Ziels voraussetzt und nicht begründet.

Zutreffend sind die Ausführungen zu diesem Komplex hingegen beim 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz und beim Verwaltungsgerichtshof Kassel,

vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 20.02.2002, Az.: 8 A 11089/01, DVBl. 2002, A 120 (Heft 4) = RechtsCentrum.de;
OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = RechtsCentrum.de = NuR 2002, 415;
VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300,

denn beide Gerichte unterziehen die Ausweisungen der Regionalpläne einer **Auslegung**, die erst ermittelt, **ob überhaupt ein Ziel mit Ausschlusswirkung vorliegt**.

Vgl. auch Rühl, UPR 2002, 413 [414] zum Flächennutzungsplan:
"In Zweifelsfällen dürfte ein Gericht zur Annahme einer Ausweisung ohne Ausschlussfunktion neigen, da die **Darlegungslast** für die Ausschöpfung des Planvorbehalts beim Planungsträger liegt und die **Auslegung** eine Ausschlusswirkung nahe legen muss."

3.2 Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bisher mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ersichtlich erst in zwei Fällen beschäftigt.

3.2.1 BVerwG - 4. Senat vom 03.06.1998

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich mit §35 Abs. 3 Satz 4 BauGB, der textgleichen Vorgängerfassung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in einer Entscheidung zum Flächennutzungsplan zu befassen. Nach Auffassung des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts ordnet die Vorschrift nicht die Ausschlusswirkung an; sie ist vielmehr der Festlegung der Konzentrationszone zu entnehmen,

vgl. BVerwG, Beschluss vom 03.06.1998, Az.: 4 B 6.98, NVwZ 1998, 960 [960] = ZfBR 1998, 262 = NuR 1998, 484 = BauR 1998, 991 = RdE 1998, 241 = DÖV 1998, 927 = UPR 1998, 452 = ZfIR 1998, 729 = BRS 60 Nr. 90:

"Der Senat hat entschieden, dass eine solche Darstellung [gemeint ist eine Konzentrationszone im Flächennutzungsplan, die Verf.] und Berücksichtigung des Erläuterungsberichts auch mit ihrer **negativen Aussage** das Gewicht eines öffentlichen Belangs haben kann [...]. Hieran anknüpfend hat der Gesetzgeber **Darstellungen** im Flächennutzungsplan (oder Ziele der Raumordnung), die eine standortbezogene Aussage für bestimmte privilegierte Außenbereichsvorhaben **mit dem Ziel des Ausschlusses** dieser Vorhaben auf anderen Flächen **verbinden**, ausdrücklich in den Rang öffentlicher Belange erhoben [...]."

Das Bundesverwaltungsgericht geht also davon aus, dass eine standortbezogene Aussage mit dem Ziel des gesamträumlichen Ausschlusses verbunden werden kann. Erst dem Bauplanungsrecht kommt danach die Aufgabe zu, die standortbezogene Aussage einschließlich der Ausschlusswirkung in den Rang öffentlicher Belange zu erheben. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB soll also die Behandlung einer raumplanerischen Konzentrationszone **mit** Ausschlusswirkung als entgegenstehendem Belang im Sinne des Bodenrechts ermöglichen, da sich ohne diese Klausel für Private ansonsten keine Sperrwirkungen ergäben. Denn das Recht der Raumordnung ist zunächst Innenrecht der staatlichen Verwaltung und wendet sich ausschließlich an die verschiedenen Planungsträger.

3.2.2 BVerwG - 4. Senat vom 19.07.2001: § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB ist keine echte Raumordnungsklausel

Eine Entscheidung des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts,

BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 = Info BRS 2001, Heft 6, 7 = UPR 2002, 33 = BauR 2002, 41 = DÖV 2002, 76 = NuR 2002, 49 = ZfBR 2002, 65 = Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 349,

betrifft ein Gipsabbauvorhaben (Trockenabgrabung; immissionsschutzrechtliche Genehmigung). Zum Entscheidungsprogramm zählte die alte Fassung des § 35 Abs. 3 **Satz 3** BauGB, die lautete:

"Raumbedeutsame Vorhaben nach den Absätzen 1 und 2 dürfen den Zielen der Raumordnung und Landesplanung nicht widersprechen; öffentliche Belange stehen raumbedeutsamen Vorhaben nach Absatz 1 nicht entgegen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der Raumordnung und Landesplanung in Programmen und Plänen im Sinne des § 5 des Raumordnungsgesetzes abgewogen worden sind."

Der 1. Halbsatz der damaligen Fassung entspricht heute § 35 Abs. 3 **Satz 2**, 1. Halbsatz BauGB. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts verleiht der 1. Halbsatz (des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB alte Fassung und § 35 Abs. 3 Satz 2 1. Halbsatz BauGB der neuen Fassung) den Zielen der Raumordnung und Landesplanung bei der Entscheidung über die Zulässigkeit eines raumbedeutsamen Außenbereichsvorhabens **keinen strikten** und unabdingbaren Geltungsanspruch (siehe schon oben Ziffer 1.2). Es handelt sich also **nicht** um eine **strikte Raumordnungsklausel**. Die Frage, ob ein Außenbereichsvorhaben einem Raumordnungsziel widerspricht, ist daher - wegen der im Wesentlichen gleich lautenden neuen Fassung auch heute noch - aufgrund einer die gesetzlichen Vorgaben "**nachvollziehenden Abwägung**" zu entscheiden, in der das konkrete Vorhaben den berührten raumordnerischen Zielen gegenüberzustellen ist. Damit kann der von dieser Auffassung abweichenden Rechtsprechung,

vgl. zum Beispiel VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [302];

VGH Mannheim, Urteil vom 18.05.1999, Az.: 10 S 1443/97, ZfBR 2000, 63 mit weiteren Nennungen (Vorinstanz zu BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855),

und dem Schrifttum anderer Ansicht,

vgl. zu § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 1998 Bartlsperger in ARL (Hrsg.), Novellierung des Landesplanungsrechts, Nr. 266 (2000), Seite 119 [120 ff.];
Hendler, DVBl. 2001, 1233 [1235] mit weiteren Angaben in FN 15;
Hendler, Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums durch Raumordnung, in: Akademie für Raumforschung und Landesplanung (Hrsg.), Raumordnungspläne unter den neuen Anforderungen von Umweltschutz und Eigentumsgarantie, Arbeitsmaterial Nr. 278 (2001), Seite 39 [42], dort bei FN 8; Spoerr, DVBl. 2001, 90 [91],

nicht gefolgt werden, die in § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB (alt) eine strikte Raumordnungsklausel sah.

Das Bundesverwaltungsgericht stützt dies auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Eigentumsschutzes in Art. 14 Abs. 1 GG. Es geht zunächst davon aus, dass vor Schaffung des Baugesetzbuches 1987 auf der Grundlage des Bundesbaugesetzes Raumordnungsziele keine strikte Bindungswirkung auslösten. Die zu § 35 BBauGB entwickelte "**nachvollziehende Abwägung**" habe gewährleistet, dass sich die Ziele der Raumordnung und Landesplanung als öffentliche Belange nicht unverhältnismäßig auf ein konkretes (Abbau-) Vorhaben im Außenbereich auswirkten.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 [1858] u. a.

Auch bei der Prüfung, ob ein Außenbereichsvorhaben einem Raumordnungsziel widerspreche (Rechtslage ab 1987), sei diese **nachvollziehende Abwägung**, der eine **eigentumssichernde Funktion** zukomme,

vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 [1859] u. a.:

"Diese **eigentumssichernde Funktion** der (nachvollziehenden) Abwägung ...",

nicht ausgeschlossen. Dies bedeutet aber auch, dass eine echte (strikte) Raumordnungsklausel im Wege nachvollziehender Abwägung nicht überwunden werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht führt aus, dass die nachvollziehende Abwägung dann verzichtbar ist, wenn die durch das Außenbereichsvorhaben berührten **privaten Belange bereits bei der Zielfestlegung auf der Ebene der raumplanerischen Abwägung ausreichende Berücksichtigung gefunden haben.**

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 [1859] u. a.:

"Diese **eigentumssichernde Funktion** der (nachvollziehenden) Abwägung wäre möglicherweise verzichtbar gewesen, wenn die durch das Außenbereichsvorhaben berührten privaten Belange bereits bei der **Zielfestlegung auf der Ebene der raumplanerischen Abwägung** ausreichende Berücksichtigung hätten finden können und müssen."

"Jedenfalls" für die Rechtslage unter dem BauGB 1987 sah das Bundesverwaltungsgericht keinen Anhaltspunkt, dass der Gesetzgeber über eine strikte Bindungswirkung in § 35 Abs. 3 Satz 3, 1. Halbsatz BauGB die **Vorverlagerung des Eigentumsschutzes** auf die Abwägungsebene der Raumordnung beabsichtigt habe. Damit hätte er die Träger der Regionalplanung unter Abwägungs- bzw. Rechtfertigungsdruck gesetzt, der auf mehrere Planungsstufen angelegten Raumordnung eigentlich fremd ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 [1859] u. a.:

"**Die Vorverlagerung des Eigentumsschutzes auf die Abwägungsebene der Raumordnung wäre dann die Kehrseite der Einführung einer "strikten" Raumordnungsklausel für den Außenbereich.** Damit wären Raumordnungsziele, die als Beurteilungsmaßstab für die Vorhabenzulassung im Einzelfall hinreichend konkret und bestimmt waren, auf der Ebene der Landes- und Regionalplanung allerdings unter **Rechtfertigungsbedingungen** geraten, die für **Bodennutzungsregelungen** gelten, denen sie aber in ihrem primären und eigenständigen Regelungsbereich **typischerweise bisher gerade nicht unterworfen** waren [...]. Eine derartige **raumordnerische Einbindung privater Eigen-**

tumsbelange, die mit einem raumbedeutsamen privilegierten Außenbereichsvorhaben verbunden waren, lässt sich **jedenfalls** für den Geltungszeitraum des § 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz BauGB 1987 **nicht** feststellen. Die Überantwortung dieser **eigentumssichernden Aufgabe** an die Träger der Landes- und Regionalplanung hätte einer klaren und unmissverständlichen Anordnung des Gesetzgebers bedurft. Das war ein Gebot des **effektiven Eigentumsschutzes**. [...]

§ 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz BauGB 1987 signalisierte den Trägern der Landes- und Regionalplanung **nicht in der gebotenen Klarheit, dass die raumplanerische Abwägung nunmehr erhöhten eigentumssichernden Anforderungen unterliegen sollte.**"

Zudem hätte eine **echte** (strikte) **Raumordnungsklausel** auch verfahrensrechtliche Sicherungen zur Information und Beteiligung der von den Rechtswirkungen der Ziele betroffenen Privaten erforderlich gemacht. Denn Art. 14 Abs. 1 GG fordert, dass jeder Betroffene seine Eigentumsbelange geltend machen kann, bevor ihn irreversible, nachteilige Rechtswirkungen treffen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 [1860 f.] u. a.:

"Hätte der Gesetzgeber sich in § 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz BauGB 1987 für eine "echte" Raumordnungsklausel entschieden, nach der die Ziele der Raumordnung und Landesplanung **unmittelbar und unabdingbar (strikt) auf die Zulässigkeit eines Außenbereichsvorhabens durchschlagen**, wären zudem **verfahrensrechtliche Vorkehrungen** erforderlich gewesen, die gewährleisten, dass eine **Abwägung** der Grundsätze der Raumordnung (§ 2 Abs. 1 und 2 ROG a. F.) mit den **betroffenen privaten Eigentumsbelangen** stattfand. Hierzu hätte es auf der Stufe der Landes- und Regionalplanung eines **Verfahrens** bedurft, in dem die betroffenen Privatpersonen **informiert** und **beteiligt** werden konnten. Die Eigenart der Aufgaben und Ziele der Raumordnung und ihrer Grundsätze (vgl. §§ 1, 2 ROG a. F.) verlangte die Einführung eines derartigen Verfahrens nicht. Die Revision verweist auf Recht darauf, dass die fehlende Beteiligung von Bürgern an übergeordneten Planungen mit der Erwägung gerechtfertigt werden kann, dem Gesetzgeber stehe es ungeachtet der Grundrechte und ihrer **verfahrensspezifischen Garantiefunktion** frei, **Systeme vorausliegender Planungsstufen** einzuführen und die Beteiligungsrechte Dritter auf die letzte, zur außenverbindlichen Entscheidung führende Verfahrensstufe zu begrenzen [...]. Dies setzt jedoch voraus, dass von den **vorgelagerten Planungsstufen keine irreversiblen, nachteiligen Rechtswirkungen für den Einzelnen** ausgehen [...]. Eine strikte Rechtsbindung Privater an

Zielaussagen eines Regionalplans kann deshalb nur dann in Betracht gezogen werden, wenn auf der Stufe der Regionalplanung **verfahrensrechtlich sichergestellt** ist, dass die betroffenen Privatpersonen ihre **Eigentumsbelange geltend machen können**. Ein derartiges **Beteiligungserfordernis** sahen weder das Raumordnungsgesetz a. F. noch das baden-württembergische Landesplanungsgesetz vom 10.10.1983 (GVBl. S. 621) vor. Einem Träger der Regionalplanung blieb es allerdings unbenommen, im Interesse einer erhöhten Richtigkeitsgewähr seiner raumordnerischen Zielaussagen ihm bekannte oder an ihn herangetragene raumbedeutsame Eigentumsbelange privater Einzelner bei der Abwägung zu berücksichtigen."

Das Bundesverwaltungsgericht hat für die **Zielqualität** anhand der alten Fassung des § 5 Abs. 2 Satz 1 ROG inhaltliche Anforderungen an die Bestimmtheit gestellt. Zur Begründung verweist es darauf, dass Ziele über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 1987 ohne den **Zwischenschritt** der gemeindlichen Planung **unmittelbar auf die Vorhabenzulassung durchschlagen**.

BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 [1856 f] u. a.:

"Im Anwendungsbereich von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 1987 entfällt die **Zwischenebene der gemeindlichen Planung**. Die landesplanerischen Ziele werden ohne **konkretisierenden Zwischenschritt** in den Tatbestand der Zulassungsregelung **inkorporiert** und **schlagen** damit unmittelbar **auf die Vorhabenzulassung** im Einzelfall **durch**. Das erfordert eine besondere **inhaltliche Qualität und Bestimmtheit der Zielaussagen**. Sie können nur dann als Beurteilungsmaßstab für die Zulässigkeit eines raumbedeutsamen Außenbereichsvorhabens dienen, wenn sie sachlich, räumlich und zeitlich hinreichend konkret sind. Sie müssen inhaltlich so bestimmt sein, dass sie der unmittelbaren Rechtsanwendung im Einzelfall zugänglich sind."

Ziele der übergeordneten, überörtlichen und zusammenfassenden Planung schaffen danach typischerweise relativ offene Rahmenbedingungen, die erst in der Bauleitplanung zielkonform ausgestaltet werden. Allerdings sind danach auch flächenkonkrete und relativ funktionsscharfe Raumfunktionsbestimmungen zulässig.

3.3 Zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

In der Rechtsprechung ist eine Kontroverse darum entbrannt, ob der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.07.2001 etwas für § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (1998) zu entnehmen ist. Der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz hat die Frage - ohne Begründung - verneint,

vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = RechtsCentrum.de = NuR 2002, 415:

"Denn in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ging es um § 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz **BauGB 1987** (= § 35 Abs. 3 Satz 2 1. Halbsatz BauGB 1998) [...]. Vorliegend steht jedoch § 35 Abs. 3 Satz 3 **BauGB 1998** in Rede. Zwar neigt das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht [...] dazu, die vom Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit § 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz BauGB 1987 **geäußerten Bedenken** ebenfalls auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 1998 zu beziehen. Der Senat sieht jedoch angesichts seiner vorstehenden **Ausführungen** keinen Anlass, der Rechtsansicht des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts zu folgen."

Der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz hatte in den Ausführungen zu § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 1998 - zwar nicht ausdrücklich, aber der Sache nach - an der nachvollziehenden Abwägung festgehalten.

Vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = RechtsCentrum.de = NuR 2002, 415:

"Angesichts dessen ist die Regionalplanung hier der Fachplanung angenähert mit der Folge, dass auch entsprechende Abwägungskontrollmaßstäbe nicht außer Acht gelassen werden sollten. Hierbei sind jedoch keine solchen hohen Anforderungen - wie etwa bei der Bauleitplanung - zu stellen, zumal ein **Ausgleich zwischen den Zielen der Raumordnung und anderen Belangen bei auftretenden Unverhältnismäßigkeitsgesichtspunkten mit Hilfe von Ausnahmeregelungen** ("in der Regel") herbeigeführt werden kann."

Nach Auffassung des Gerichts hätte es nur dann zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.07.2001 gelangen müssen, wenn es § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als echte (strikte) Raumordnungsklausel hätte behandeln wollen.

Tatsächlich hat das Bundesverwaltungsgericht aber die dogmatisch zwingenden Konsequenzen aufgezeigt, wenn man § 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz BauGB 1987 den Charakter einer echten (strikten) Raumordnungsklausel beilegen wollte. Kein Zweifel kann im Übrigen daran bestehen, dass das Gericht eine dahingehende Interpretation **abgelehnt und nicht nur abstrakt "Bedenken" vorgetragen hat.**

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 = UPR 2002, 33 = BauR 2002, 41 = NuR 2002, 49 = ZfBR 2002, 65:
"Die Auffassung, § 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz BauGB 1987 habe hinreichend konkreten Zielen der Raumordnung und Landesplanung nach Art einer **"echten"** Raumordnungsklausel einen strikten und unabdingbaren Geltungsanspruch beigemessen und sie dem Regime der **"hachvollziehenden Abwägung"** entzogen, begegnet **durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken**. Die Auffassung ist mit der Eigentumsgarantie in Art. 14 Abs. 1 GG **nicht vereinbar.**"

Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg hat den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts am 21.12.2001 entnommen, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB **jedenfalls** dann "wohl" **kein strikter und unabdingbarer Geltungsanspruch** beigemessen werden kann, **wenn die verfassungsgeforderte Beteiligung der Öffentlichkeit unterblieben** ist.

Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 20.12.2001, Az.: 1 MA 3579/01, UPR 2002, 153 = NVwZ-RR 2002, 332 = DVBl. 2002, 717 = ZUR 2002, 301 [LS]:
"Es kommt hinzu, dass den Zielen der Raumordnung auch im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bei der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Außenbereichsvorhabens **wohl kein strikter und unabdingbarer Geltungsanspruch** beigemessen werden kann, **soweit** das Regionale Raumordnungsprogramm ohne Beteiligung Privater aufgestellt werden und damit die Berücksichtigung der **Belange der privaten Eigentümer in der Abwägung zu kurz kommt**. Die **verfassungsrechtlichen Gründe**, die das BVerwG im Urteil vom 19.07.2001 [...] bewogen haben, § 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz BauGB 1987 (= § 35 Abs. 3 Satz 2, 1. Halbsatz BauGB 1998) einen **strikten Geltungsanspruch** abzusprechen, **gelten auch für § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 1998**. Bei der Aufstellung des Regionalen Raumordnungsprogramms werden die **Eigentümer**, deren Flächen für die Aufstellung von Windkraftanlagen geeignet sind, **nicht beteiligt**, dementsprechend ist auch **nicht gewährleistet**, dass ihre **Belange** vom Träger der Re-

gionalplanung angemessen berücksichtigt werden. Wären die **Eigentümer** der 50 für Windenergienutzung geeigneten Standorte am Verfahren zur Aufstellung des Regionalen Raumordnungsprogramms des Ag. **beteiligt worden**, wäre wohl auch die Aufnahme von Standorten in das Regionale Raumordnungsprogramm nicht ausschlaggebend vom Einvernehmen der Gemeinde abhängig gemacht worden."

Zu den Schlussfolgerungen der Gubernative: Mitteilung der Niedersächsischen Staatskanzlei, <http://mitglied.lycos.de/WilfriedHeck/aufstell.htm>; Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes, Az.: 7-2402/29, S. 51.

Ausführlich in diesem Sinne hierzu auch Spiecker, Eigentumsbelange bei der raumordnerischen Standortzuweisung und beim raumordnerischen Standortausschluss von Vorhaben, in: Akademie für Raumforschung und Landesplanung (Hrsg.), Raumordnungspläne unter neuen Anforderungen von Umweltschutz und Eigentumsgarantie, Arbeitsmaterial Nr. 278 (2001), Seite 54 [61 ff.].

Ohne die Geltung der Feststellungen des BVerwG für die Regionalplanung in Frage zu stellen auch Ziekow, NuR 2002, 701 [701]:

"Hier hat das Bundesverwaltungsgericht **für die Regionalplanung die Feststellung** getroffen, dass eine Pflicht zur Beteiligung Rechtsbetroffener besteht, wenn auf der *betreffenden* Planungsstufe irreversible Rechtswirkungen begründet werden [...]. **Die Beteiligung Rechtsbetroffener ist mithin vorgegeben** [...]."

Ders. in Jarass (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in der Raumordnung, 2002, Seite 1 [3].

Nichts ist dafür erkennbar, dass die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur **verfassungsrechtlichen Situation** nach der Neufassung des Raumordnungsgesetzes durch das Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 vom 18.08.1997 (BGBl. I S. 2081 - BauROG 1998) an Gültigkeit verloren hätten. Dies gilt schon allein deshalb, weil sich durch den Wortlaut des heutigen § 35 Abs. 3 Satz 2, 1. Halbsatz BauGB nichts geändert hat und der neue Satz 3 die Rechtsprechung zu Auskiesungskonzentrationszonen mit nachvollziehender Abwägung sogar aufgegriffen und im Wortlaut zum Ausdruck gebracht hat. Deswegen behalten die Aussagen dazu, dass Eingriffsregelungen ins Eigentum einer Abwägung einerseits und verfahrensrechtlicher Sicherungen andererseits bedürfen, uneingeschränkt ihre volle Gültigkeit.

Weitergehend ist für Fälle, die auf der Grundlage des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu beurteilen sind, deshalb die Frage zu beantworten, wie sich das BauROG 1998 auf das Verständnis von § 35 Abs. 3 Satz 2, 1. Halbsatz BauGB 1998 (= § 35 Abs. 3 Satz 3, 1. Halbsatz BauGB 1987) ausgewirkt hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage offen lassen können,

vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 [1860] u. a.

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage müssen dabei die Vorschriften des ROG sein. Nach § 7 Abs. 6 ROG kann (im Recht der Landesplanung) vorgesehen werden, dass die **Öffentlichkeit bei der Aufstellung der Raumordnungspläne einzubeziehen oder zu beteiligen** ist. Gemäß § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG sind sonstige öffentliche Belange sowie **private Belange in der Abwägung zu berücksichtigen, soweit** sie auf der jeweiligen Planungsebene **erkennbar** und **von Bedeutung** sind. Hinzu kommt, dass § 3 Nr. 2 ROG unter Zielen der Raumordnung verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Landes- oder Regionalplanung **abschließend abgewogenen** Festlegungen versteht.

Der Bundesgesetzgeber hat vor allem mit den beiden zuletzt genannten Vorschriften unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er eine private Belange - auch verfahrensrechtlich - berücksichtigende Abwägung hinsichtlich konzentrierender Festlegungen für erforderlich hält. Das Gebot der Berücksichtigung privater Belange in der Abwägung (§ 7 Abs. 7 Satz 2 ROG) ist - im Gegensatz zur Öffentlichkeitsbeteiligung - **nicht** der landesgesetzgeberischen Disposition überlassen. Schafft der Landesgesetzgeber also Ermächtigungsgrundlagen, die die Träger der Regionalplanung zur Festlegung von Konzentrationszonen berechtigen, so verbleibt ihm **kein Rahmen**, innerhalb dessen er eine **Abwägung für verzichtbar** halten oder erklären könnte. Das macht der Gesetzestext in § 7 Abs. 7 ROG unmissverständlich deutlich:

"Für die Aufstellung der Raumordnungspläne **ist vorzusehen**, dass die Grundsätze der Raumordnung gegeneinander und untereinander abzuwägen sind. Sonstige öffentliche Belange sowie private Belange **sind** in der Abwägung zu berücksichtigen, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind."

Wenn eine **ausdrücklich private Belange berücksichtigende Abwägung** nunmehr insbesondere für die Festlegung von Konzentrationszonen im Landesrecht vorzuschreiben ist und die Legaldefinition der Ziele in § 3 Nr. 2 ROG eine **abschließende Abwägung** verlangt, unterscheidet sich die neue Rechtslage insoweit erheblich von derjenigen auf der Grundlage des ROG 1998 abgelösten alten Raumordnungsgesetzes. Eine **abschließende Abwägung** ist nach den vorgenannten Bestimmungen des ROG 1998 **jedenfalls** dann erforderlich, wenn der Träger der Regionalplanung **parzellenscharfe Festlegungen** darstellt, denen er den Verbindlichkeitsanspruch einer endgültigen planerischen Bewältigung konfligierender Belange - auch in ihren konkret standortbedingten und einzelfallbezogenen Besonderheiten - einräumt .

Wenn der Gesetzgeber mit dem BauROG 1998 neue Steuerungsmöglichkeiten im Außenbereich ermöglichen wollte, so besteht die Kehrseite darin, konsequent die Rechtfertigungsanforderungen für die - optionale - Nutzung solcher Steuerungsmöglichkeiten zu akzentuieren. Weil die Anforderungen der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) insoweit gleich bleiben, sind die Aussagen des Bundesverwaltungsgerichts auch dann, wenn sie zu einer alten Fassung von § 35 Abs. 3 BauGB ergangen sind, **uneingeschränkt** aussagekräftig.

Das bedeutet, dass sich die Neufassung des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB nicht auf die Geltung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 35 Abs. 3 S. 3 1. Halbsatz BauGB 1987 auswirkt. Solange die Eigentümerbelange nicht bereits auf der Ebene der Zielfestlegung berücksichtigt werden müssen (durch unmissverständliche bundesgesetzliche Anordnungen), muss also die nachvollziehende Abwägung die eigentumsichernde Funktion übernehmen. § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB 1998 ist eine **"unechte Raumordnungsklausel"**.

3.4 Rechtsprechung zur Zielqualität

Unterschiedlich beurteilen die Gerichte, ob die **Zielqualität** im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine abschließende, landesplanerische Abwägung voraussetzt oder ob eine globale, grobmaschigere Abwägung ausreicht.

Dabei ist klarzustellen, dass die Zielqualität Tatbestandsvoraussetzung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist. Erst ihre Bejahung eröffnet den Anwendungsbereich der Raumordnungsklausel.

3.4.1 OVG Münster - 8. Senat vom 13.06.2002

Für den 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster (betreffend Trockenabgrabung) hängt die Zielqualität ausdrücklich nicht davon ab, ob der Plangeber des Gebietsentwicklungsplanes eine abschließende Abwägung durchgeführt hat oder nicht,

vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsabschrift, Seite 23 = NuR 2003, 47 [49] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = RechtsCentrum.de:

"Dass diese Abwägung entsprechend der Planungsstufe der Regionalplanung nicht abschließend ist und namentlich die privaten Belange betroffener Grundstückseigentümer oder einzelner abgrabungswilliger Privater nicht abschließend berücksichtigt, nimmt den BASB nicht ihre Zielqualität. Eine abschließende Abwägung aller betroffenen Belange ist wegen der Grobmaschigkeit und der lediglich rahmensetzenden Funktion der raumordnerischen Gesamtplanung nicht erforderlich."

Bei diesen Ausführungen zur Zielqualität hätte der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster es bewenden lassen können. Er meint dennoch unmittelbar im Anschluss an diese Ausführungen, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB den Zielen der Raumordnung keine "unmittelbar" ausschließende Wirkung verleiht, dafür aber mittelbar.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsabschrift, Seite 23 = NuR 2003, 47 [49] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = RechtsCentrum.de:

"Eine umfassende, alle widerstreitenden Belange berücksichtigende Abwägung auf der Stufe der Regionalplanung gebietet auch die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB angeordnete bodenrechtliche Wirkung der Ziele der Raumordnung nicht. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB **verleiht** den Zielen der Raumordnung **keine unmittelbare**, die Zulässigkeit eines privilegierten Vorhabens **unabdingbar ausschließende Wirkung** im Sinne einer **"echten" (strikten) Raumordnungsklausel.**"

Die Ausführungen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster stehen im Zusammenhang mit der Erwägung, ob der konkreten Festlegung im Gebietsentwicklungsplan raumordnerische Zielqualität zukommt. Das führt zu dem Schluss, § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verleihe der Festsetzung im Gebietsentwicklungsplan "mittelbar" ausschließende Wirkung und damit auch Zielqualität, ohne dass es auf die vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Kriterien hierfür noch ankomme.

Es fragt sich deshalb, welchen Einfluss § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB überhaupt auf die Zielqualität eines Gebietsentwicklungsplanes haben könnte. Dem Wortlaut ist zu entnehmen, dass die Vorschrift Zielqualität nicht erzeugt, sondern voraussetzt. Ob eine Darstellung in einem Gebietsentwicklungsplan Zielqualität hat, entscheidet nicht § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, sondern ganz allein das Raumordnungsrecht in § 3 Nr. 2 ROG.

Vgl. Kment, Rechtsschutz im Hinblick auf Raumordnungspläne, Münster, 2002, S. 41.

Raumordnungsklauseln haben - aus kompetenzrechtlichen Gründen,

vgl. zu dieser Frage Runkel in Bielenberg/Erbguth/Söfker, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Bd. 2, K §§ 3-5, Rdn. 21 -

die Aufgabe, raumordnungsrechtlichen Festlegungen in Rechtsbereichen Geltung zu verschaffen, für die dem Gesetzgeber des Raumordnungsgesetzes kein Kompetenztitel zusteht. Denn dem Recht der Raumordnung ist der **'bodenrechtliche Durchgriff'** auf raumbedeutsame Vorhaben Privater nach herrschender Auffassung **verwehrt**,

Runkel in Bielenberg/Erbguth/Söfker, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Bd. 2, K §§ 3-5, Rdn. 21.

Wenn also § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB den Darstellungen eines Gebietsentwicklungsplanes überhaupt erst bodenrechtliche Wirkung vermittelt, dann kann der Gesetzgeber für diese Wirkung auch eigene Anforderungen formulieren. Bei § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hat er dies zum Beispiel dadurch getan, dass er nur "Ziele" der Raumordnung als öffentliche Belange anerkennt, bloße "Erfordernisse" der Raumordnung hingegen nicht. Dies lässt aber die Frage, ob eine raumordnerische Darstellung **Zielqualität** entfaltet, ersichtlich unberührt. Eine "mittelbar" über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herzuleitende Zielqualität einer GEP-Darstellung ist damit nicht begründbar.

3.4.2 OVG Münster - 20. Senat

Demgegenüber verweist der 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster auf die entscheidende Norm des § 3 Nr. 2 ROG.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 01.10.2002, Az.: 20 A 1945/99, n. v., Urteilsabschrift, Seite 83 f.:
"Ziele der Raumordnung sind verbindliche, räumlich und sachlich bestimmte oder bestimmbarere Vorgaben mit näher umschriebenen Voraussetzungen (§ 3 Nr. 2 des Raumordnungsgesetzes - ROG -)."

Für den 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster erfüllen - in Übereinstimmung mit dem Bundesverwaltungsgericht - nur Festlegungen Zielqualität, wenn sie den Charakter **landesplanerischer Letztentscheidungen** aufweisen.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 01.10.2002, Az.: 20 A 1945/99, n. v., Urteilsabschrift, Seite 84:
"Nach dem Bundesverwaltungsgericht waren die als **landesplanerische Letztentscheidungen** bezeichneten Ziele der Raumordnung als die räumliche und sachliche Konkretisierung der Entwicklung des Planungsraums das Ergebnis planerischer Abwägung."
So a. Kment in Jarass (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in der Raumordnung, 2002, Seite 63 [80].

3.4.3 OVG Koblenz - 1. und 8. Senat

Der **1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz** geht einfach davon aus, dass Raumordnungsziele landesplanerisch eine Letztentscheidung über einen Standort treffen.

OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = RechtsCentrum.de = NuR 2002, 415:

"Demgegenüber darf aber auch nicht verkannt werden, dass es sich bei den hier festgesetzten Vorrang- und Vorbehaltsgebieten für Windenergieanlagen und der damit beabsichtigten Ausschlusswirkung auf außerhalb davon gelegene Flächen um Raumordnungsziele handelt, die **landesplanerische Letztentscheidungen** über den Standort beinhalten."

Noch dichter formuliert der **8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz**, dass die Zielqualität eine abschließende Abwägung für eine raumordnerische Letztentscheidung enthalten muss.

OVG Koblenz, Urteil vom 20.02.2002, Az.: 8 A 11089/01, DVBl. 2002, A 120 (Heft 4) = RechtsCentrum.de:

- "Eine dahingehende, die Konzentrationswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auslösende **raumordnerische Letztentscheidung** kann der Senat mit dem Verwaltungsgericht in der Ausweisung von Entwicklungsbereichen nicht erkennen."
- "Ein solches, eine strikte Bindungswirkung auslösendes Ziel liegt nämlich nur vor, wenn es sich um eine **räumlich und sachlich bestimmte** und vom Träger der Landes- oder Regionalplanung **abschließend abgewogene Standortfestlegung** handelt, die die betreffende Nutzung auf bestimmte Bereiche konzentrieren und ihre Zulässigkeit für alle anderen Bereiche ausschließen soll."

3.4.4 VGH Kassel - 2. Senat

Ausdrücklich stellt der Verwaltungsgerichtshof Kassel die Anforderungen an die Zielqualität heraus. Es muss sich um eine konkrete standortbezogene Aussage handeln, der eindeutig zu entnehmen ist, welche konkrete Maßnahme oder Planung durch die Zulassung des beantragten Außenbereichsvorhabens beeinträchtigt werden kann. Sie muss im Ergebnis eine anderweitige Verplanung des Standorts enthalten, und diese Ausweisung hat schließlich das Ergebnis einer überörtlichen und überfachlichen gesamtplanerischen Interessenabwägung und Konfliktbewältigung zu sein, wenn ihr Zielqualität zukommen soll.

VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [302]:

"Voraussetzung für eine solche Zielvorgabe und -bindung ist jedoch, dass eine **konkrete standortbezogene Aussage** vorliegt. Es muss **eindeutig erkennbar** sein, welche konkrete Maßnahme oder Planung durch die Zulassung des beantragten Außenbereichsvorhabens **beeinträchtigt** werden kann. Insoweit muss im Ergebnis ein **anderweitig verplanter Standort** vorliegen. Die Planaussage muss über das hinausgehen, was bereits in § 35 Abs. 2 und 3 BauGB für den Außenbereich formuliert ist [...]. Zudem muss die Ausweisung **Ergebnis einer überörtlichen und überfachlichen gesamtplanerischen Interessenabwägung und Konfliktbewältigung** sein, wenn sie **Zielqualität** besitzen soll [...]."

VGH Kassel, a.a.O., Seite 303: "Da nicht ersichtlich ist, dass eine solche Abwägung erfolgt ist, kann auch aus diesem Grund von einer **Zielqualität** nicht ausgegangen werden."

3.4.5 Ergebnis zur Zielqualität

Einzig der **8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster** hält die **Zielqualität** von Darstellungen in einem Raumordnungsplan auch dann schon für gegeben, wenn auf der Ebene der Raumordnung, gemessen an der Parzellenschärfe des Ziels, nicht räumlich konkret und damit **nicht abschließend** abgewogen worden ist. Es besteht insoweit ein **evidenter Widerspruch** zum Wortlaut des **§ 3 Nr. 2 ROG**, demzufolge Ziele **abschließend abgewogene** textliche oder zeichnerische Festlegungen darstellen. Die gesamte übrige Rechtsprechung geht hingegen davon aus, dass Festlegungen nur Zielqualität haben, wenn sie den Charakter landesplanerischer Letztentscheidungen haben.

3.5 Rechtsprechung zur Abwägung

Unterschiedlich behandelt die Rechtsprechung auch die Anforderungen, die an die **Abwägung** zu stellen sind. Darauf hatte bereits der 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster hingewiesen,

vgl. OVG Münster, Urteil vom 01.10.2002, Az.: 20 A 1945/99, n. v., Urteilsabschrift, Seite 85 f.:

"Welche **Anforderungen an die Abwägung** von Zielen der Raumordnung in Anbetracht dessen zu stellen sind, dass sie ohne konkretisierende Planung auf nachgeordneter Ebene **unmittelbar auf die Vorhabenzulassung im Einzelfall durchschlagen**, wird mit **uneinheitlichen Standpunkten erörtert**. Kein Einverneh-

men besteht insbesondere im Hinblick auf die Abwägung der Belange bei der Festlegung von Zielen zur Verweisung bestimmter Vorhaben auf konkrete Standorte, also zur Zulassung bestimmter Nutzungen in bestimmt bezeichneten Gebieten bei gleichzeitigem Ausschluss an anderer Stelle ("Konzentrationszonen"; § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG, § 35 Abs. 3 Satz 3 2. Alt. BauGB). Vgl. OVG Greifswald, Urteil vom 19.01.2001, Az.: 4 K 9/99, BauR 2001, 1379; Hess. VGH, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVWZ-RR 2001, 300; Schulte, Ziele der Raumordnung, NVwZ 1999, 942 [944 f.]; Schmidt, Die Raumordnungsklauseln in § 35 BauGB und ihre Bedeutung für Windkraftvorhaben, DVBl. 1998, 669 [671 f., 675]."

Im Wesentlichen lassen sich zwei Strömungen ausmachen. Die eine befürwortet - was sich bereits oben im Zusammenhang mit der Zielqualität angedeutet hat - das Erfordernis einer **abschließenden Abwägung**, deren Dichte sich nach der beabsichtigten Konkretetheit der Zielfestlegung richtet. Sie lässt sich schlagwortartig als "**Auffassung der Detailabwägung**" bezeichnen.

Die andere befürwortet eine Lockerung der Anforderungen auf der Ebene der Regionalplanung und meint, dass selbst eine solche "globale", "gröbere" oder "grobmaschigere" Abwägung nicht die Annahme der Ausschlusswirkung einer Konzentrationszone auf der Ebene des Bodenrechts verhindere. Im Extremfall würden also der **schlichte Wille** des Trägers der Regionalplanung **zum gesamtäumlichen Ausschluss** und die bloße Darstellung einer Konzentrationszone genügen, um die Wirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auszulösen. Korrekturen ließen sich über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im Wege der Ausnahme von der Regelwirkung erzielen. Diese Auffassung lässt sich schlagwortartig als "**Auffassung der Globalabwägung**" bezeichnen, weil sie die Anforderungen an die Abwägung gegenüber dem Wortlaut des § 3 Nr. 2 ROG völlig relativiert.

3.5.1 Auffassung der Detailabwägung

Entgegen den Befürwortern einer Globalabwägung fordern die Vertreter dieser Auffassung eine Detailabwägung auf der Ebene der Zielfestlegung, die auch vor Art. 14 Abs. 1 GG Bestand hat.

3.5.1.1 BVerwG - 4. Senat

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt die Auffassung der Detailabwägung.

Aufgrund der Besonderheiten des Revisionsrechtes hat sich das Bundesverwaltungsgericht zwar nur **allgemein** zu den Voraussetzungen für eine Letztentscheidung auf der Ebene der Raumordnung geäußert und die Auslegung des Zieles durch das Berufungsgericht nach Maßgabe des inzwischen von der Neufassung abgelösten § 35 Abs. 3 Satz 3, 1. Halbsatz BauGB 1987 als ausreichend erachtet.

BVerwG Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4/00, DVBl. 2001, 1855, 1856 f.:

Das erfordert eine besondere inhaltliche Qualität und Bestimmtheit der Zielaussagen. Sie können nur dann als Beurteilungsmaßstab für die Zulässigkeit eines raumbedeutsamen Außenbereichsvorhabens dienen, wenn sie sachlich, räumlich und zeitlich hinreichend konkret sind. Sie müssen inhaltlich so bestimmt sein, dass sie der unmittelbaren Rechtsanwendung im Einzelfall zugänglich sind. Diese Kriterien hat der Senat bereits zur Auslegung von § 35 Abs. 3 Satz 1 1. Spiegelstrich BBauG entwickelt [...]. Für die Auslegung von § 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz BauGB 1987 gilt nichts anderes.

Nicht alle Ziele der Raumordnung und Landesplanung erfüllen diese inhaltlichen Voraussetzungen. ...

Trotz ihrer tendenziell auf Rahmensetzung angelegten Rechtswirkung können Raumordnungsziele jedoch zulässigerweise auch flächenkonkrete und relativ funktionsscharfe Raumfunktionsbestimmungen treffen, wenn dies im überörtlichen Interesse erforderlich ist [...]. Solchen Raumordnungszielen können dann auch ohne weitere konkretisierende Bauleitplanung Aussagen über die Zulässigkeit einzelner Vorhaben entnommen werden. [...] Zielqualität im Sinne der Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 BauGB kommt jedoch nur solchen Planaussagen zu, die über den Regelungsgehalt des § 35 Abs. 2 und 3 BauGB hinausgehen, sich also **nicht in allgemeinen Standortzuweisungen** erschöpfen, die der Gesetzgeber bereits dem Grunde nach selbst für den Außenbereich vorgenommen hat. [...] In diesem Punkt ist dann auf der Ebene der Raumordnung und Landesplanung (vgl. Art. 75 Abs. 1 Nr. 4 GG) eine **Letztentscheidung** gefallen, die aufgrund ihrer Übernahme (Inkorporation) in die städtebauliche Raumordnungsklausel eine bodenrechtliche Funktion (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) erhält.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts erfüllt die **Zielaussage** [...] die inhaltlichen Anforderungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz BauGB 1987.

[...] In Verbindung mit der zeichnerischen Darstellung des Regionalplans [...] sind diese Kriterien durchaus geeignet, den **erforderlichen räumlichen und sachlichen Konkretisierungsgrad der Zielaussage** herzustellen. [...] Es versteht die Zielaussage und ihre Begründung dahin, dass der Plangeber die potenziell konkurrierenden Ansprüche an die Raumnutzung **in diesem Gebiet abschließend** zu Gunsten des Erholungsziels **abgewogen** und für den Fall des Konfliktes mit anderen Nutzungsansprüchen dem Erholungszweck einen unbedingten (absoluten) Nutzungsvorrang zugewiesen habe. Das entspricht den vom Senat [...] entwickelten bundesrechtlichen Vorgaben.

Im Hinblick auf die geänderte Fassung des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB verweist das Revisionsgericht ausdrücklich auf den Inhalt des § 7 Abs. 6 und Abs. 7 Satz 2 ROG. Diese Vorschriften stellen erhöhte Anforderungen an die Abwägungsdichte und die Einbeziehung der Belange betroffener Privater, soweit sie auf der Planungsebene **erkennbar** sind. Deshalb kann kein Zweifel bestehen, dass aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts nach Maßgabe des neueren Rechtes die **Ermittlung und Einstellung der privaten Belange** bereits auf der Ebene der Zielausweisung, das heißt sehr detailliert, zu erfolgen hat, um als Darstellung in Plänen der Raumordnung überhaupt Zielqualität im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB erreichen zu können.

Diese durch den Gesetzgeber gesteigerten Anforderungen an die Abwägung gelten sowohl für den Fall, dass Ziele der Raumordnung über § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB 1998 nach wie vor nicht strikt zu befolgen sind, als auch für den Fall, dass die geänderten Anforderungen für die Abwägung von Zielen und die Einbeziehung der Belange Privater im insoweit geänderten Raumordnungsgesetz eine Auslegung des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB als "echte" Raumordnungsklausel nahe legen.

Unter Zugrundelegung einer echten Raumordnungsklausel ist eine Detailabwägung aus den vom Bundesverwaltungsgericht dargelegten verfassungsrechtlichen Gründen **unverzichtbar**, weil ansonsten die "eigentumssichernde Funktion" der nachvollziehenden Abwägung weggefallen wäre. Gegen die Annahme einer echten Raumordnungsklausel spricht allerdings bei so genannten Konzentrationszonen insbesondere schon der klare Wortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (... in der Regel ...). Zum anderen hat der **Bundesgesetzgeber**

die vom Bundesverwaltungsgericht aus verfassungsrechtlichen Gründen bei einer strikten Raumordnungsklausel für **zwingend** und **unerlässlich** erklärte **Öffentlichkeitsbeteiligung** nur **fakultativ** eingeführt. Es würde demzufolge von der Umsetzung des Raumordnungsgesetzes im jeweiligen Landesplanungsrecht abhängen, ob die bundesrechtliche Norm des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB 1998 eine echte oder unechte Raumordnungsklausel ist oder nicht. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass es aus verfassungsrechtlichen Gründen verbietet, § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB so auszulegen, dass seine Anwendbarkeit von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich wäre, je nachdem, ob eine Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Aufstellung von Zielen der Raumordnung vorgesehen ist oder nicht.

Handelt es sich nach den Maßstäben des Bundesverwaltungsgerichts bei § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB nach allem bei verfassungskonformer Auslegung auch weiterhin um eine unechte Raumordnungsklausel, gebietet § 3 Nr. 2 i.V.m. § 7 Abs. 6 und Abs. 7 Satz 2 ROG **eine detaillierte Abwägung** bereits bei der Aufstellung der parzellenscharf wirkenden Ziele, die in die Abwägung die Belange aller Betroffenen **räumlich konkret** einbezieht.

3.5.1.2 OVG Münster - 20. Senat

Eingehend - aber in einem obiter dictum - hat sich auch der 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster mit der Wechselwirkung von Zielkonkretheit und Abwägungsintensität im Rahmen einer Entscheidung über die Zulassung einer Nassabgrabung nach § 31 WHG befasst. Im Unterschied zum 8. Senat bezweifelt der 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster, ob der Planautor eines Gebietsentwicklungsplans sich bei der Abwägung auf globale Gesichtspunkte stützen kann. Denn Ziele versteht er als "landesplanerische Letztentscheidung". Unter Hinweis auf § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG sei dem Träger der Raumplanung eine Abwägung "zumindest nicht verwehrt".

OVG Münster, Urteil vom 01.10.2002, Az.: 20 A 1945/99, n. v., Urteilsab-schrift, Seite 84 ff.:

"Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Darstellung einer Abgrabungskonzentrationszone in einem Flächennutzungsplan

nach dem Bundesbaugesetz (BBauG) konnte eine "globalere Abwägung in Bezug auf die von Abgrabungen ausgeschlossenen Flächen abwägungsfehlerfrei sein, [...], beeinflusste jedoch das Durchsetzungsvermögen der Darstellung als öffentlicher Belang in der nach § 35 Abs. 1 und 2 BBauG/BauGB gebotenen nachvollziehenden Abwägung. **Selbst wenn im Anschluss daran eine solche vergrößernde Betrachtung auch bei der Festlegung einer als Ziel der Raumordnung strikt zu beachtenden Abgrabungskonzentrationszone für abwägungsfehlerfrei möglich gehalten wird, ist der landesplanerischen Raumordnung bei der Aufstellung der Ziele der Raumordnung eine konkret standortbezogene, die privaten Belange der Nutzungsinteressenten einbeziehende Abwägung auch hinsichtlich der ausgeschlossenen Flächen zumindest nicht verwehrt** (§ 7 Abs. 7 Satz 2 ROG)."

Unabhängig davon bejaht der 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster den Zusammenhang zwischen Zielkonkretheit und dem zu leistenden Abwägungsaufwand. Denn wenn der Träger der Raumplanung parzellenscharf abwäge, dann müsse eben diese Abwägung zutreffend sein.

OVG Münster, Urteil vom 01.10.2002, Az.: 20 A 1945/99, n. v., Urteilsabschrift, Seite 84 ff.:

"Das **Erfordernis der Abwägung und dessen Beziehung zu der Konkretisierung der landesplanerischen Festlegung** waren bereits vor der Neuregelung des Raumordnungsrechts durch das Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 vom 18.08.1997, BGBl. I S. 2081, geklärt. Nach dem Bundesverwaltungsgericht waren die als landesplanerische Letztentscheidungen bezeichneten Ziele der Raumordnung als die räumliche und sachliche Konkretisierung der Entwicklung des Planungsraums das Ergebnis planerischer Abwägung. [...]

Die **Abwägung ist danach in engem inhaltlichem Zusammenhang zu sehen mit dem Konkretisierungsgrad eines Zieles der Raumordnung**. An den Folgen von Abwägungsfehlern bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung hat sich durch das Gesetz vom 18.08.1997 ebenfalls nichts geändert. Eine rechtserhebliche Verletzung des Abwägungsgebotes zog schon nach früherem Recht die Unwirksamkeit des Zieles der Raumordnung nach sich. [...]

Der dieser Auffassung zugrunde liegende Rechtsgedanke trifft nach wie vor zu. Die Rechtsverbindlichkeit der Ziele der Raumordnung findet ihre Rechtfertigung in der Abwägung (§ 7 Abs. 7 ROG).

Der 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster legt - wie der 4. Senat des Oberverwaltungsgerichts Greifswald (siehe oben unter Ziffer 3.5.1.1 f.) - dar, dass nicht nur die Zielkonkretheit der Abwägungsdichte folgt, sondern auch umgekehrt die Abwägungsdichte der Zielkonkretheit zu folgen hat.

Wenn der Plangeber in der Regionalplanung die gesamträumliche Ausschlusswirkung einer Darstellung von Konzentrationszonen mit Blick auf die Regelvermutung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB beabsichtigt, dann muss er auch den Abwägungsaufwand leisten, den der Normgeber bodenrechtlicher Regelungen, etwa eine Gemeinde im Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans, zu leisten hätte.

Der Möglichkeit zur "Ausnahme" von der Regelwirkung kommt dann die Funktion zu, den § 31 BauGB in beplanten Gebieten übernimmt. In der Sache handelt es sich beim Abgehen von der Regelvermutung **nicht um eine "Ausnahme"**, sondern um eine **Befreiung** im Rechtssinne. Die Notwendigkeit dafür besteht zum einen, weil § 31 Abs. 2 BauGB nur für beplante Bereiche anwendbar ist. **Zum anderen besteht das über § 31 Abs. 2 BauGB zu befriedigende Bedürfnis nach einer Abweichung von den Festsetzungen eines Bauleitplans aber gleichermaßen für ins Bodenrecht "inkorporierte" bzw. "transformierte" Regionalpläne.** Auch hier besteht ein Bedürfnis, von ihren Festlegungen im Einzelfall abweichen zu können, ohne dabei zugleich die Gültigkeit des Plans selbst in Frage stellen zu müssen. **Gerade dies aber spricht dafür, dass die Möglichkeit zur "Ausnahme" keinerlei Relativierung der Anforderungen an die Abwägungen rechtfertigt.**

Der 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster hat in Konsequenz dazu ausgeführt, dass im Rahmen der Überprüfung der Abwägung **nicht auf globalere Gesichtspunkte zurückgegriffen werden darf**, wenn sich der Träger der Regionalplanung zur parzellenscharfen Abwägung entschließt.

OVG Münster, Urteil vom 01.10.2002, Az.: 20 A 1945/99, n. v., Urteilsab-schrift, Seite 84 ff.:

"Wird in dieser Weise landesplanerisch **"parzellenscharf"** mit dem Verbindlichkeitsanspruch einer endgültigen planerischen Bewältigung des durch die widerstreitenden Belange sich ergebenden Konflikts auch in seinen konkret standortbedingten und einzelfallbezogenen Besonderheiten **abgewogen**, muss eben diese Abwägung frei von entscheidungserheblichen Fehlern sein, ohne dass **bei der Überprüfung der Abwägung maßgeblich auf globalere Gesichtspunkte zurückgegriffen werden darf.** Nach den für die planerische Abwägung allgemein gelten-

den Grundsätzen dürfen die in die Abwägung eingestellten Belange nicht in ihrem tatsächlichen oder rechtlichen Gewicht verkannt werden."

Keine Ausführungen finden sich beim 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster zu der Frage, wann eine **"Ausnahme"** von der Regelvermutung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eintritt. Das ist auch - anders als beim 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster - konsequent, denn wenn der Plangeber mit der Darstellung einer Konzentrationszone im Gebietsentwicklungsplan den Anspruch erhebt, den Konflikt zwischen widerstreitenden Belangen endgültig planerisch bewältigen zu können und zu wollen, so bleibt auf dieser Grundlage - konsequenterweise - für "Ausnahmen" lediglich in atypischen Konstellationen Raum.

Überdies betrafen die Ausführungen des 20. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster die Zulässigkeit einer planfeststellungspflichtigen Nassabgrabung, bei deren Prüfung die Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB über § 38 Satz 1 BauGB ausgeschlossen ist (siehe bereits oben unter Ziffer 1.3).

3.5.1.3 OVG Greifswald - 4. Senat vom 19.01.2001

Das Oberverwaltungsgericht Greifswald hatte in einer Normenkontrollentscheidung das Verhältnis von Raumordnungs- zur Fachplanung für die Ausweisung von Flächen für die Nutzung der Windenergie behandelt. Die Konkretetheit der Zieldarstellung und der Abwägungsaufwand **bedingen** sich danach **wechselseitig**, und dieses Zusammenspiel verfolgt das Oberverwaltungsgericht Greifswald, konsequent.

Vgl. OVG Greifswald, Urteil vom 19.01.2001, Az.: 4 K 9/99, NVwZ 2001, 1063 [1064] = BauR 2001, 1379 [1382]:

"Das bedeutet, dass das in die Abwägung einzustellende Abwägungsmaterial je nach Grad der Konkretetheit der raumordnungsrechtlichen Zielbestimmung in unterschiedlichem Maße einzelne Belange zusammenfassend und vergrößert darstellen darf."

Die Aussage ist im Ergebnis klar, da die Berechtigung zur globaleren Abwägung nach Auffassung des 4. Senats des Oberverwaltungsgerichts Greifswald nicht mit der beabsichtigten Ausschlusswirkung vereinbar ist.

Wenn der Regionalrat abschließend konkrete raumordnungsrechtliche Zielsetzungen mit verbindlicher Ausschlusswirkung verfolgt, dann muss sowohl die **Zusammenstellung des Abwägungsmaterials** als auch der **Abwägungsvorgang** selbst sich den Anforderungen an eine Abwägung (im Fachplanungsrecht) annähern. Mit anderen Worten: **Je höher der Anspruch des Plangebers ist, eine abschließende Entscheidung zu treffen, umso detailgenauer bzw. umso dichter hat er abzuwägen.** Deswegen ergibt sich das Maß der für die einzelnen raumordnerischen Festlegungen verfassungsgeborenen Abwägung aus dem Anspruch, mit dem sie auftreten,

vgl. OVG Greifswald, Urteil vom 19.01.2001, Az.: 4 K 9/99, NVwZ 2001, 1063 (1064) = BauR 2001, 1379 (1382):

"Das bedeutet **umgekehrt** aber auch, dass bei einer **abschließenden konkreten raumordnungsrechtlichen Zielsetzung, die für die Fachplanung verbindlich Ausschlusswirkungen hervorruft, die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials und der Abwägungsvorgang selbst sich den Anforderungen an die Abwägung bei Fachplanungen annähern.** Das Maß der Abwägung muss daher für die einzelnen raumordnerischen Festlegungen jeweils konkret ermittelt werden (vgl. Senat, Urteil vom 30.08.2000, Az.: 4 K 28/99, Urteilsabschrift, Seite 14)."

Methodisch bedeutet dies natürlich, dass anhand einer detaillierten Auslegung der Planfestlegungen zunächst überhaupt erst ermittelt werden muss, welchen Anforderungen die Abwägung zu folgen hat. Ob der Regionalrat abschließend konkrete raumordnungsrechtliche Zielsetzungen mit verbindlicher Ausschlusswirkung schaffen wollte, ist durch **Auslegung** zu ermitteln. Das Ergebnis der Auslegung entscheidet über das Maß bzw. die Intensität, in welchem bzw. mit welcher der Regionalrat abwägen musste.

OVG Greifswald, Urteil vom 19.01.2001, Az.: 4 K 28/99, NVwZ-RR 2001, 565 = ZfB 2001, 194 = BRS 63 Nr. 49 = DVBl. 2001, 939 [LS] = UPR 2001, 236 [LS] = BauR 2001, 1799 [LS]:

"Dies setzt voraus, dass es sich um eine Festlegung handelt, der **eindeutig eine endgültige Abwägung zwischen den maßgeblichen Be-**

langen zugrunde liegt. Ob eine solche Art der Festlegung im Regionalen Raumordnungsprogramm getroffen wurde, ist dem Regionalen Raumordnungsprogramm im Wege der **Auslegung** zu entnehmen."

3.5.1.4 OVG Greifswald - 4. Senat vom 07.09.2000

Auf der Linie der Entscheidung vom 19.01.2001 liegt auch eine frühere Normenkontrollentscheidung desselben Senats des Oberverwaltungsgerichts Greifswald. Es ging um die Gültigkeit der Ausweisung von Flächen als Vorsorge- raum für Naturschutz- und Landschaftspflege bzw. als Tourismusentwicklungs- raum im Regionalen Raumordnungsprogramm "Mecklenburgische Seenplatte" und ihren Einfluss auf die zukünftigen Hauptbetriebs- oder Rahmenbetriebs- planzulassungen in Ansehung bestehenden Bergwerkseigentums bzw. berg- rechtlicher Bewilligungen. Neben einigen wortgleichen Passagen,

vgl. OVG Greifswald, Urteil vom 07.09.2000, Az.: 4 K 28/99, NVwZ-RR 2001, 565 [567] = ZfB 2001, 194 = BRS 63 Nr. 49 = DVBl. 2001, 939 [LS] = UPR 2001, 236 [LS] = BauR 2001, 1799:

"Der **Abwägungsvorgang** bei der Aufstellung von Raumordnungs- programmen orientiert sich im Grundsatz an den Vorgaben, die für die Aufstellung von **Bauleitplänen** und die dabei zu beachtenden Abwägungsschritte entwickelt worden sind. Insbesondere sind auch im Raumordnungsverfahren das Gebot der gerechten Abwägung und die daraus entwickelten Grundsätze zu beachten. [...] Dabei ist allerdings zu bedenken, dass es sich bei der Raumordnung **nicht um eine Fachplanung** handelt, sondern um eine **rahmenrechtli- che Planung**, die in der Regel nicht tarifgetreu [gemeint ist wohl: detailgetreu o. ä.] ist, sondern der Fachplanung noch Raum lässt für eigene Abwägungsentscheidungen. Das bedeutet, dass das in die Abwägung einzustellende **Abwägungsmaterial je nach Grad der Konkretheit der raumordnungsrechtlichen Zielbestim- mung in unterschiedlichem Maße einzelne Belange zusam- menfassend und vergrößert darstellen darf**. Das bedeutet **umgekehrt** aber auch, dass bei einer **abschließenden konkre- ten raumordnungsrechtlichen Zielsetzung, die für die Fach- planung verbindlich Ausschlusswirkungen hervorruft, die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials und der Abwä- gungsvorgang selbst sich den Anforderungen an die Abwä- gung bei Fachplanungen annähert**. Das Maß der Abwägung muss daher für die einzelnen raumordnerischen Festlegungen je- weils konkret ermittelt werden."

lohnt es sich, die hier interessierende **Hauptaussage** wörtlich wiederzugeben:

Redeker, Flächenkonzentration durch Ziele der Raumordnung, in: Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte (Hrsg.), Planung - Festschrift für Werner Hoppe (2000), Seite 329 [337]:

"Mit dieser Begründung wird [...] deutlich, dass eine **endgültige Abwägung** mit dem Ergebnis, dass außerhalb der festgelegten Vorrang- bzw. Vorsorgegebiete der Abbau von Bergschätzen in Ausnutzung bereits erteilter bergrechtlicher Erlaubnisse unzulässig wäre, nicht stattgefunden hat. Auch diese "negative Regelung" könnte daher nicht über § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB einer Betriebsplanzulassung entgegen gehalten werden. Nach diesen baurechtlichen Bestimmungen ist ein Vorhaben im Außenbereich in der Regel unzulässig, wenn eine Ausweisung an anderer Stelle als Ziel der Raumordnung erfolgt ist. Wegen der darin liegenden baurechtlich begründeten endgültigen Verbindlichkeit muss die Festlegung des Ziels im Regionalen Raumordnungsprogramm Ergebnis einer abschließenden Abwägung im Sinne einer konkreten Standortentscheidung sein, da ansonsten die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB rechtswidrig in das Recht des betr. Bürgers eingreifen würde."

Vgl. OVG Greifswald, Urteil vom 07.09.2000, Az.: 4 K 28/99, NVwZ-RR 2001, 565 [567] = ZfB 2001, 194 = BRS 63 Nr. 49 = DVBl. 2001, 939 [LS] = UPR 2001, 236 [LS] = BauR 2001, 1799.

Interessant ist neben der bodenrechtlich fundierten Herleitung, auf welche Weise der 4. Senat des Oberverwaltungsgerichts Greifswald die Abwägung in **tatsächlicher Hinsicht** überprüft. Ihm reicht nicht, dass der Träger der Regionalplanung bei der Bestimmung, welche Flächen des Planungsraums von der Ausschlusswirkung erfasst werden sollen, lediglich auf eine anderweitige Schutzgebietseinstufung abstellt. Stattdessen fordert der 4. Senat des Oberverwaltungsgerichts Greifswald, dass die Belange von Eigentümern oder sonst Berechtigten **im Einzelnen** in die Abwägung eingestellt werden.

OVG Greifswald, Urteil vom 07.09.2000, Az.: 4 K 28/99, NVwZ-RR 2001, 565 [567] = ZfB 2001, 194 = BRS 63 Nr. 49 = DVBl. 2001, 939 [LS] = UPR 2001, 236 [LS] = BauR 2001, 1799:

"Dass eine solche abschließende Abwägung offenbar nicht erfolgt ist, lässt sich auch damit belegen, dass ausweislich der vorgelegten Unterlagen die Berechtigungen der Ast. an den Bewilligungsfeldern in **die Abwägung nicht als eigener Belang eingestellt** und auch nicht die in den einschlägigen Landschaftsschutzverordnungen enthaltenen Öffnungsklauseln für Altberechtigungen in den Blick genommen wurden, **vielmehr der Umstand der Einstufung als Landschaftsschutzgebiet für sich genommen schon als maßgeblich angesehen wurde.**"

Damit reicht es keinesfalls aus, wenn der Träger der Raumplanung im Rahmen der Ausweisung von Konzentrationsflächen im Ausgangspunkt alle Flächen des Planungsraums ausscheidet, die als Schutzgebiet ausgewiesen worden sind.

3.5.1.5 VGH Kassel - 2. Senat

Der Verwaltungsgerichtshof Kassel machte im Zusammenhang mit dem Abbau eines Quarzkiesaufkommens (Bergrecht) - schon - die Zielqualität der Darstellung im Regionalplan von einer überörtlichen und überfachlichen gesamtplanerischen Interessenabwägung und Konfliktbewältigung, deren Ausdruck die Ausweisung sein muss, abhängig.

Vgl. oben unter Ziffer 3.4.4, Seite 56, sowie erneut VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [302]:
"Zudem muss die Ausweisung Ergebnis einer **überörtlichen und überfachlichen gesamtplanerischen Interessenabwägung** und Konfliktbewältigung sein, wenn sie **Zielqualität** besitzen soll."
Und a.a.O. auf Seite 303: "Da nicht ersichtlich ist, dass eine solche Abwägung erfolgt ist, kann auch aus diesem Grund von einer **Zielqualität** nicht ausgegangen werden."

Der Verwaltungsgerichtshof Kassel legt die Ausweisungen des streitigen Regionalplans aus. Auch für ihn ergibt sich die Ausschlusswirkung daher nicht kraft Gesetzes aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [302]:
"Zur **Auslegung** der Planaussagen kann deshalb nur das herangezogen werden, was der Plan selbst regelt und zu seiner Begründung angegeben hat. Bei der Auslegung der insoweit maßgebenden Aussagen zur Rohstoffsicherung [...] kann **nicht davon ausgegangen werden, dass mit der Ausweisung das Ziel verbunden worden ist**, die Bodenschatzgewinnung auf die ausgewiesenen Gebiete zu beschränken und sie auf allen übrigen ausgewiesenen Flächen auszuschließen."

Bei seiner Auslegung des Raumordnungsplans differenziert der Verwaltungsgerichtshof Kassel in **regionalplanerische Zielaussage** einerseits und **'allgemeines Vermeidungsgebot für störende Einflüsse'** andererseits:

Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ–RR 2001, 300 [303]:

"Damit ist eine sachliche und räumliche Zuweisung für einen bestimmten Zweck nicht mehr gegeben, wie sie eine Zielbindung voraussetzt [...]. Abgesehen davon kann der Regelung auch nicht entnommen werden, dass in Fremdenverkehrsgebieten grundsätzlich kein Bergbau möglich sein soll. Insoweit enthält die Regelung **nur ein allgemeines Vermeidungsgebot für störende Einflüsse**. Eine **Abwägung** der Belange der Rohstoffsicherung nach § 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG und der Eigentümerbelange der Bergbauberechtigten im Hinblick auf die Eignung von Gebieten für den Fremdenverkehr **kann zudem den Regelungen nicht entnommen werden**. Damit **fehlt** auch eine **hinreichende Interessenabwägung**. [...] Schließlich kann der Planaussage auch nicht entnommen werden, dass eine **hinreichende Abwägung** mit dem öffentlichen Interesse an der Rohstoffversorgung, wie es in §§ 1 Nr. 1, 48 Abs. 1 Satz 2 BBergG dokumentiert ist, erfolgt ist. **Auch ist nicht ersichtlich, dass die Belange des Eigentümers eingestellt worden sind.**"

Eine Zielaussage liegt für den Verwaltungsgerichtshof Kassel infolgedessen nur vor, wenn in die gebotene Abwägung **auch die Belange des Eigentümers** eingestellt werden. Nicht einmal, wenn eine Konzentrationszone bereits in einem Flächennutzungsplan dargestellt ist, kann danach auf diese Abwägung verzichtet werden.

Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ–RR 2001, 300 [304]:

"Sollte in dem Flächennutzungsplan eine Konzentrationsfläche für den Abbau ausgewiesen sein oder mit der Ausweisung des streitigen Abbaugebietes als Fläche für die Landwirtschaft die Aussage verbunden sein, dass dort kein Bergbau betrieben werden soll, entbindet dies den Beklagten nicht von der nach § 35 Abs. 1 BauGB vorgesehenen **Abwägung** [...]."

Die **Hauptaussage** aber besteht darin, dass für den Verwaltungsgerichtshof Kassel auch auf der Ebene der Regionalplanung eine **abschließende, die Belange des Eigentümers einstellende Abwägung** jedenfalls dann zu erfolgen hat, wenn diese vor Art. 14 GG Bestand haben soll.

Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ–RR 2001, 300 [304]:

"**Daraus folgt für die Abwägung im Rahmen der Raumordnung, dass die Belange des Eigentümers auch eingestellt**

werden müssen, sofern die Abwägung vor Art. 14 GG Bestand haben soll."

Ein Ziel der Raumordnung, dem der Träger der Regionalplanung mit Blick auf die Regelwirkung in §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Ausschlusswirkung beilegt, erfordert nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs Kassel eine abschließende Abwägung, weil damit die bodenrechtliche Wirkung in der Vorhabenzulassung verbunden ist.

3.5.1.6 OVG Koblenz - 8. Senat

Gegenstand der Entscheidung war der Regionale Raumordnungsplan Region Trier "Teilfortschreibung für den Bereich Windkraft" (im Folgenden: RROP Windkraft). Aus Sicht des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Koblenz liegt die strikte Bindungswirkung eines Zieles der Raumordnung in dem Ziel selbst und wird nicht erst von §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB angeordnet. Der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz setzt voraus, dass die Konzentrationszone selbst die gesamträumliche Ausschlusswirkung entfaltet; soll sie Ausschlusswirkung haben, ist - konsequenterweise - eine **abschließende Abwägung** zu fordern.

OVG Koblenz, Urteil vom 20.02.2002, Az.: 8 A 11089/01, DVBl. 2002, A 120 (Heft 4) = RechtsCentrum.de = Juris-Dok.-Nr. MWRE102340200:

"Der **Planungsvorbehalt** in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gibt zwar den Planungsträgern die Möglichkeit, solche Anlagen auf bestimmte Bereiche zu konzentrieren, dies setzt jedoch eine positive Standortentscheidung **aufgrund einer Abwägung der konkret betroffenen Belange voraus.**" [...]

"Der RROP Windkraft enthält auch keine als Ziel der Raumordnung verbindliche Ausweisung von Flächen für Windenergieanlagen an anderer Stelle im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. **Ein solches, eine strikte Bindungswirkung auslösendes Ziel liegt nämlich nur vor, wenn es sich um eine räumlich und sachlich bestimmte und vom Träger der Landes- oder Regionalplanung abschließend abgewogene Standortfestlegung handelt, die die betreffende Nutzung auf bestimmte Bereiche konzentrieren und ihre Zulässigkeit für alle anderen Bereiche ausschließen soll.**"

Wegen § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB wäre nach diesem Verständnis zwischen Zielen mit Ausschlusswirkung und Zielen ohne Ausschlusswirkung zu unterscheiden.

den. Eine als Ziel formulierte Konzentrationszone kann daher nicht **ein Ziel im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB** sein, wenn der Plangeber selbst ihr eine Ausschlusswirkung nicht beilegen wollte. Ob der Plangeber die strikte Bindungs- bzw. Ausschlusswirkung beabsichtigt, ist durch **Auslegung** zu ermitteln,

vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 20.02.2002, Az.: 8 A 11089/01, DVBl. 2002, A 120 (Heft 4) = RechtsCentrum.de = Juris-Dok.-Nr. MWRE102340200:

"An einer solchen abschließenden Abwägung schon auf der Ebene der Regionalplanung fehlt es jedenfalls [...]. Dies **ergibt sich** aus den textlichen und zeichnerischen Festsetzungen ebenso wie aus den Unterlagen über die Aufstellung des RROP Windkraft."

Diesen Ausführungen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Koblenz liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Ausschlusswirkung vom landesplanerischen Ziel ausgeht und nicht etwa - wie der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster fälschlich meint - von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB angeordnet wird.

Der Plangeber hatte im vorliegenden Fall tatsächlich aus regionalplanerischer Sicht von vornherein nicht sämtliche Flächen in der Region im Hinblick auf ihre Eignung und Verträglichkeit für die Ansiedlung von Windenergieanlagen abschließend untersucht. Stattdessen hatte er sich auf die Festlegung der Bereiche beschränkt, die aufgrund **großräumiger Ausschlussfaktoren** und sonstiger Nutzungskonkurrenzen nicht in Betracht kamen, und andererseits positive Standortausweisungen nur für Flächen ab einer bestimmten Größe getroffen. Darin lag nach Auffassung des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Koblenz nicht die erforderliche abschließende Abwägung. Das Gericht erwähnt die betroffenen Belange der **Windenergienutzung** einerseits sowie der entgegenstehenden **öffentlichen Belange** andererseits.

OVG Koblenz, Urteil vom 20.02.2002, Az.: 8 A 11089/01, DVBl. 2002, A 120 (Heft 4) = RechtsCentrum.de = Juris-Dok.-Nr. MWRE102340200:

"Eine **abschließende abwägende Entscheidung** für die restlichen Gebiete ist in dem RROP Windkraft dagegen nicht getroffen worden. [...] Eine **Standortentscheidung** aufgrund einer Ermittlung und Abwägung der betroffenen Belange der **Windenergienutzung** einerseits so-

wie der entgegenstehenden **öffentlichen Belange** andererseits ist dadurch aber nicht getroffen worden."

Da der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz die Zielqualität im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verneinte, brauchte er sich nicht der Frage zuzuwenden, wann eine Ausnahme von der Regelvermutung vorliegt.

3.5.1.7 OVG Lüneburg - 1. Senat vom 21.12.2001

Noch weiter als die übrigen Vertreter der Auffassung der Detailabwägung geht das Oberverwaltungsgericht Lüneburg in seiner Entscheidung vom 21.12.2001.

Bis auf den 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster haben die oben aufgeführten Obergerichte die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur alten Fassung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ignoriert und befassten sich nur mit der Frage, welche materiellen Anforderungen an eine Abwägung zu stellen sind. Dabei blieb die vom Bundesverwaltungsgericht angesprochene verfahrensrechtliche Seite außer Betracht.

Neben dem 20. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster hat sich noch das **Oberverwaltungsgericht Lüneburg** (betreffend Windenergieanlage), **das in der Sache die Auffassung von der Detailabwägung vertritt**, diesem Aspekt gewidmet. Allerdings geschah dies im Rahmen einer summarischen Prüfung im vorläufigen Rechtsschutz und in einem obiter dictum. Nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg kann einem Ziel der Raumordnung kein strikter und unabdingbarer Geltungsanspruch beigemessen werden, **soweit** nicht der Regionalplan unter Beteiligung Privater aufgestellt und damit die Berücksichtigung der Belange der privaten Eigentümer in die Abwägung eingestellt wurde.

Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 20.12.2001, Az.: 1 MA 3579/01, UPR 2002, 153 = NVwZ-RR 2002, 332 = DVBl. 2002, 717 = ZUR 2002, 301 [LS]:

"Es kommt hinzu, dass den Zielen der Raumordnung auch im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bei der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Außenbereichsvorhabens **wohl kein strikter und unabdingbarer Geltungsanspruch** beigemessen werden

kann, **soweit** das Regionale Raumordnungsprogramm ohne Beteiligung Privater aufgestellt werden und damit die Berücksichtigung der **Belange der privaten Eigentümer in der Abwägung zu kurz kommt**. Die **verfassungsrechtlichen Gründe**, die das BVerwG im Urteil vom 19.07.2001 [...] bewogen haben, § 35 Abs. 3 Satz 3, 1. Halbsatz BauGB 1987 (= § 35 Abs. 3 Satz 2, 1. Halbsatz BauGB 1998) eines **strikten Geltungsanspruch** abzuschreiben, gelten auch für § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 1998. Bei der Aufstellung des Regionalen Raumordnungsprogramms werden die **Eigentümer**, deren Flächen für die Aufstellung von Windkraftanlagen geeignet sind, **nicht beteiligt**, dementsprechend ist auch **nicht gewährleistet**, dass ihre **Belange** vom Träger der Regionalplanung angemessen berücksichtigt werden. Wären die Eigentümer der 50 für Windenergienutzung geeigneten Standorte am Verfahren zur Aufstellung des Regionalen Raumordnungsprogramms des Ag. beteiligt worden, wäre wohl auch die Aufnahme von Standorten in das Regionale Raumordnungsprogramm nicht ausschlaggebend vom Einvernehmen der Gemeinde abhängig gemacht worden."

3.5.2 Auffassung der Globalabwägung

Die Auffassung der Globalabwägung wird vor allem vom 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster vertreten.

3.5.2.1 OVG Münster - 8. Senat vom 13.06.2002

Der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster geht im Rahmen seiner eine Trockenabgrabung betreffenden Entscheidung davon aus, dass Belange der von der Ausschlusswirkung Betroffenen wegen der auf der Ebene der Regionalplanung nur globalen und grobmaschigen Betrachtung auch **nicht** oder **nur unzureichend eingestellt** werden können, ohne dabei zur Ungültigkeit der Zielangabe zu führen. Der Regionalrat (der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster stellt in der Formulierung evident unzutreffend auf die Bezirksplanungsbehörde ab, siehe schon oben unter Ziffer 3.1.1) sei bei der Darstellung von Konzentrationszonen **nicht zu einer abschließenden (detailscharfen) Abwägung** verpflichtet,

so **ausdrücklich** OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsabschrift, Seite 23 f. unten = NuR 2003, 47 [51] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = Rechts-Centrum.de:

"Zu einer **detailschärferen Abwägung**, namentlich zur Einstellung der Belange einzelner abgrabungswilliger Privater, war die **Bezirksplanungsbehörde nicht verpflichtet.**"

Es überrascht, dass das Gericht weder Ausführungen zum unmittelbar widersprechenden Wortlaut des § 3 Nr. 2 ROG veranlasst sieht, noch diese Vorschrift auch nur an einer Stelle erwähnt. Die dort formulierten Anforderungen an eine **abschließende Abwägung** auf der Ebene der Regionalplanung werden relativiert und damit negiert.

Da sich § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im Wortlaut ausdrücklich auf **Ziele der Raumordnung**" bezieht, ist anhand der Entscheidungsgründe nicht erklärlich, warum das raumordnungsrechtliche Gebot des § 3 Nr. 2 ROG zur **abschließenden Abwägung** im Bodenrecht, für das Art. 14 Abs. 1 GG unmittelbar den Eingriffsmaßstab enthält, nicht gelten soll oder woraus sich die Rechtfertigung für Relativierungen ergeben.

Nur gemutmaßt werden kann, dass der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster die Antwort dem Regel-Ausnahme-Verhältnis entnehmen will. Wegen der nur in der Regel "kraft § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eintretenden Ausschlusswirkung", lassen sich dem 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster zufolge allerdings Ausnahmen im Wege einer **nachvollziehenden Einzelabwägung** berücksichtigen.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsabschrift, Seite 23 f. unten = NuR 2003, 47 [50] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = RechtsCentrum.de:

"Durch diese **gesetzlich nur regelmäßig angeordnete Ausschlusswirkung** ist gewährleistet, dass im Rahmen der gesamtplanerischen Festlegung von Konzentrationszonen nicht oder wegen der dort nur möglichen **globalen und groben** Betrachtung nur **unzureichend eingestellte Belange** im Rahmen der "**nachvollziehenden**" **Einzelabwägung** Berücksichtigung finden und sich bei entsprechendem Gewicht auch gegenüber den landesplanerischen Zielen durchsetzen."

Vgl. wiederholend OVG Münster a.a.O., Seite 30 = NuR 2003, 47 [51]:
"Die Ausschlusswirkung der in der Raumplanung ausgewiesenen Konzentrationszonen tritt nach dieser Vorschrift nur "in der Regel" ein. Aufgrund dieses **Regel-Ausnahme-Verhältnisses** ist sicher-

gestellt, dass im Rahmen der raumplanerischen Entscheidung wegen deren **Grobmaschigkeit nicht oder nur unzureichend berücksichtigte Belange** bei der "**nachvollziehenden**" Einzelabwägung Berücksichtigung finden."

Zum Teil scheinen die Ausführungen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster mit zum Beispiel denen des 4. Senats des Oberverwaltungsgerichts Greifswald übereinzustimmen. So findet sich auch beim 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster die Aussage, dass sich die an die raumordnerische Abwägung zu stellenden Anforderungen den für die Bauleitplanung entwickelten Vorgaben umso mehr annähern, je konkreter die raumordnerische Zielsetzung und je höher ihr Verbindlichkeitsgrad ist.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsab-schrift, Seite 27 = NuR 2003, 47 [50] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = RechtsCentrum.de:

"Umgekehrt nähern sich die an die raumordnerische Abwägung zu stellenden Anforderungen den für die Bauleitplanung entwickelten Vorgaben an, je konkreter die raumordnerische Zielsetzung und je höher ihr Verbindlichkeitsgrad ist."

Während diese **Abhängigkeit von Zielkonkretheit und Abwägungsgenauigkeit** beim 4. Senat des Oberverwaltungsgerichts Greifswald Teil einer strukturell durchgehaltenen Konzeption ist, bleibt sie beim 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster hingegen **unreflektierte Behauptung** ohne erkennbare Auswirkung auf Prüfung oder Ergebnis.

Indem der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster, der den 4. Senat des Oberverwaltungsgerichts Greifswald als Quelle für seine **Auffassung der Globalabwägung** auf Seite 27 des Urteilsabdrucks benennt, seine Ausführungen aber darauf beschränkt, dass der Plangeber eines Regionalplans nicht abschließend abwägen muss, unterschlägt er unzulässigerweise die maßgebliche Erkenntnis, die das Oberverwaltungsgericht Greifswald einem Umkehrschluss entnimmt (vgl. dazu oben unter Ziffer 3.5.1.1 f.): Bei einer abschließenden konkreten raumordnungsrechtlichen Zielsetzung, die für die Fachplanung verbindlich Ausschlusswirkungen hervorruft, muss sich die Zusammenstellung des

Abwägungsmaterials und der Abwägungsvorgang selbst den Anforderungen an die Abwägung bei Fachplanungen annähern.

Der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster hätte durch die von ihm in Bezug genommenen Ausführungen des 4. Senats des Oberverwaltungsgerichts Greifswald Anlass zu der Prüfung sehen müssen, was der Plangeber des Gebietsentwicklungsplans Köln, Teilabschnitt "Region Köln", mit Ziel 1 Satz 5 unter D.2.5 beabsichtigte. Die dortige Aussage, dass außerhalb der zeichnerisch dargestellten BSAB neue Abgrabungen "auszuschließen sind", spricht für die Absicht zur planerischen Letztentscheidung, die verbindlich Ausschlusswirkung hervorrufen soll. An diesem **Geltungsanspruch** hätte der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster seine Prüfung, inwieweit bzw. mit welcher Intensität abzuwägen ist, ausrichten müssen. Seine - abstrakt betrachtete richtige - Aussage zur Wechselbezüglichkeit von Zielkonkretheit und Abwägungsaufwand steht hingegen ohne konkrete Aussagen völlig isoliert und ist **nicht vollständig abgearbeitet** worden.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsab-schrift, Seite 26 f. = NuR 2003, 47 [49 f.] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = RechtsCentrum.de:

Es bleibt daran zu erinnern, dass die Ausführungen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster nur Fälle betreffen, in denen § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB überhaupt anwendbar und nicht - wegen der überörtlichen Bedeutung des Vorhabens kraft Planfeststellungspflichtigkeit - über § 38 Satz 1 BauGB ausgeschlossen ist (siehe dazu bereits ausführlich oben unter Ziffer 1.3).

3.5.2.2 OVG Münster - 7. Senat

Zwar formulierte der 7. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster zu dem Flächennutzungsplan einer Gemeinde ähnlich. Es ging um die verweigerte Genehmigung für eine Trockenabgrabung nach Abgrabungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen. Die Ausführungen des 7. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster, auf die sich der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster aus-

drücklich bei der Frage der Ausnahmeerteilung (Urteilsabdruck Seite 31 f.) bezieht, scheinen für den 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster Vorbild gewesen zu sein.

Im Übrigen gehen die Ausführungen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster zum Flächennutzungsplan im Wesentlichen mit den früheren des 7. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster konform.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001, Az.: 7 A 4857/00, NuR 2002, 431 vielerorts:

"Allerdings kann die Ermittlung und Festlegung von Vorrang- oder Konzentrationszonen nur dann **sachgerecht abgewogen** werden, wenn die Gemeinde ein in sich schlüssiges, hinreichend städtebaulich motiviertes Plankonzept für das gesamte Gemeindegebiet verfolgt." [...]

"Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Gemeinde bei der Ausweisung einer Vorrang- oder Konzentrationszone für Windenergieanlagen, der zugleich eine regelmäßige Ausschlusswirkung für das übrige Gemeindegebiet zukommen soll, ihre Abwägung an **mehr oder weniger global und pauschalierend festgelegten Kriterien für die Ungeeignetheit der von der Ausschlusswirkung** erfassten Bereiche **ausrichten kann.**"

Der 7. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster sieht die Gemeinde bei der Flächennutzungsplanung **nicht dazu verpflichtet, parzellenscharf zu betrachten**; die "Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB" könne gleichwohl eintreten.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001, Az.: 7 A 4857/00, NuR 2002, 431:

"Der Flächennutzungsplan stellt gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB die sich aus der beabsichtigten städtebaulichen Entwicklung ergebende Art der Bodennutzung nach den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde nur "in den Grundzügen" dar. Dies **erfordert keine gleichsam parzellenscharfe Betrachtung aller Flächen**, die von der Ausschlusswirkung der Ausweisung einer Vorrang- oder Konzentrationszone nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfasst werden [...]. Die planende Gemeinde kann sich bei der Würdigung, ob der positiven Ausweisung einer oder mehrerer Vorrang- oder Konzentrationszone(n) Ausschlusswirkung für das gesamte übrige Gemeindegebiet zukommen soll, vielmehr zulässigerweise darauf beschränken, in einer für die Flächennutzungsplanung typischen Weise [...] **mehr oder weniger pauschalisierte Betrachtungen der**

Nichteignung bestimmter Flächen zur Nutzung der Windenergie anzustellen."

Es besteht auch kein Bedarf dafür, von der Gemeinde eine **detailliertere, gleichsam parzellenscharfe Prüfung** der einzelnen Ausschlussgründe für das gesamte übrige Gemeindegebiet zu fordern."

Allerdings löst die gesetzliche Vermutungsregel des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Überlegungen zur **Ausnahme** von der Vermutung aus. Ungleich klarer und in sich schlüssiger als beim 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster geht der 7. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster allerdings auf das Verhältnis von **Abwägungsintensität** einerseits und Anforderungen an die Gewährung einer **Ausnahme** andererseits ein.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001, Az.: 7 A 4857/00, NuR 2002, 431:

"Mit der Festlegung einer oder mehrerer Vorrang- oder Konzentrationszone(n) ist die Entscheidung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Windenergieanlagen noch nicht abschließend gefallen, denn die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB tritt nur "in der Regel" ein. Diese Worte "in der Regel" sind als gesetzliche **Vermutung** zu verstehen, die **im Einzelfall widerlegbar** ist."

Dichte und Schärfe der Betrachtungen bei der Würdigung der Ausschlussgründe einerseits und die Möglichkeiten einer Ausnahme von der regelmäßigen Ausschlusswirkung andererseits beeinflussen sich nach Auffassung des 7. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster **wechselseitig**.

Je enger und präziser die Gemeinde das Raster der Kriterien für die ihrer Meinung nach ungeeigneten und damit nicht als Vorrangzone(n) auszuweisenden Bereiche fasst, umso geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Regelfall der Ausschlusswirkung für Vorhaben, die in diesen Bereichen vorgesehen sind, nicht greift,

vgl. OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001, Az.: 7 A 4857/00, NuR 2002, 431:

"Der Sache nach ist eine Ausnahme von der regelmäßigen Ausschlusswirkung daher (nur) bei **Vorliegen besonderer Umstände** zu bejahen. In Betracht kommen insoweit **Umstände, die bei der Festlegung der Vorrang- oder Konzentrationszone(n) gerade**

nicht berücksichtigt wurden, oder auch solche **Umstände**, die **zwar** bei der Prüfung der ungeeigneten Bereiche **berücksichtigt** wurden, **im Einzelfall** wegen der notwendigerweise nur **groben Betrachtung** der von der Ausschlusswirkung erfassten übrigen Bereiche aber **tatsächlich nicht greifen**. **Dabei beeinflussen sich die Dichte und Schärfe der Betrachtungen bei der Würdigung der Ausschlussgründe einerseits und die Möglichkeiten einer Ausnahme von der regelmäßigen Ausschlusswirkung andererseits wechselseitig**. Je enger und präziser die Gemeinde das Raster der Kriterien für die ihrer Meinung nach ungeeigneten und damit nicht als Vorrangzone(n) auszuweisenden Bereiche fasst, umso geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Regelfall der Ausschlusswirkung für Vorhaben, die in diesen Bereichen vorgesehen sind, nicht greift."

Der 7. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster untersucht im **ersten Schritt**, welche Gesichtspunkte bei Schaffung der Konzentrationszone eingestellt wurden. Daraus ergibt sich der **Prüfungsmaßstab** für die nachfolgende Frage, ob für das konkrete Vorhaben eine Ausnahme vom nach §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB regelmäßigen Entgegenstehen öffentlicher Belange vorliegt. Im **zweiten Schritt** prüft der 7. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster im Rahmen der **nachvollziehenden Abwägung**, ob der Ausschluss des begehrten Standorts dem Plankonzept entspricht.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001, Az.: 7 A 4857/00, NuR 2002, 431:

"Für die hier strittige Windenergieanlage streiten keine **Gesichtspunkte**, die bei der Ausweisung der Vorrangzone durch die Beigeladene **nicht berücksichtigt** wurden. Sie ist vielmehr gerade eine solche Anlage, deren Zulässigkeit im übrigen Gemeindegebiet die Beigeladene mit ihrer Vorrangausweisung regelmäßig ausschließen wollte. [...] Es liegen auch **keine besonderen Umstände** vor, nach denen der vorgesehene Standort trotz seiner Lage außerhalb der Vorrangzone ausnahmsweise keines der Kriterien erfüllt, die nach dem Plankonzept der Beigeladenen eine Nutzung für Windenergie ausschließen."

Ausdrücklich stellt der 7. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster an dieser Stelle darauf ab, ob die Konzentrationszone "ihre gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB regelmäßig eintretende Wirkung als entgegenstehender öffentlicher Belang" erfüllen wird. In diesen Worten kommt das Verständnis vom Zu-

sammenspiel einer Zieldarstellung einerseits und dem Entgegenstehen öffentlicher Belange andererseits zum Ausdruck.

3.5.2.3 OVG Koblenz - 1. Senat

Nicht einschränkungslos zur Auffassung der Globalabwägung passt die Entscheidung des 1. Senats des Oberverwaltungsgerichts Koblenz. Dennoch ist sie wegen ihres Ausgangspunktes hier zu erwähnen. In Übereinstimmung mit dem 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz geht der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz ebenfalls davon aus, dass die Ausschlusswirkung **aus dem Ziel** resultiert und nicht von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB angeordnet wird.

OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = RechtsCentrum.de = NuR 2002, 415:

"Vielmehr ist durch die vorstehend wiedergegebene Zielbestimmung des Regionalen Raumordnungsplans die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorausgesetzte landesplanerische Konzentrationsentscheidung erfolgt."

Klar bekennt sich der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz - im Gegensatz zum 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster - zum Erfordernis einer der Ausschlusswirkung entsprechenden Abwägungsentscheidung des Trägers der Regionalplanung. Dennoch billigt das Gericht dem Plangeber in der Raumordnung - zumindest im Ausgangspunkt - einen etwas gröberen Maßstab bei der Abwägung zu, sieht bei Zieldarstellungen, die eine gesamtäumliche Ausschlusswirkung beabsichtigen, eine der Fachplanung angenäherte, wenn auch nicht mit der Bauleitplanung vergleichbar dichte Abwägung geboten. Die üblicherweise geltenden Maßstäbe "**sollten**" zwar nicht außer Acht gelassen werden. Die Rechtfertigung für die insoweit gelockerten Anforderungen sieht das Gericht darin, dass bei "**auf tretenden Unverhältnismäßigkeitsgesichtspunkten**" ein "**Ausgleich**" mit Hilfe von Ausnahmeregelungen ("in der Regel") herbeigeführt werden könne.

OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = RechtsCentrum.de = NuR 2002, 415:

"Dabei [bei der Abwägung, die Verf.] ist allerdings zu berücksichtigen, dass die **Raumordnung keine Fachplanung**, sondern eine Rahmenplanung ist und von daher **regelmäßig etwas gröberen Maßstäben**

und damit einer **globaleren Abwägung** unterliegt. Demgegenüber darf aber auch nicht verkannt werden, dass es sich bei den hier festgesetzten Vorrang- und Vorbehaltsgebieten für Windenergieanlagen und der damit **beabsichtigen Ausschlusswirkung** auf außerhalb davon gelegene Flächen um Raumordnungsziele handelt, die **landesplanerische Letztentscheidungen** über den Standort beinhalten. **Angesichts dessen ist die Regionalplanung hier der Fachplanung angenähert mit der Folge, dass auch entsprechende Abwägungskontrollmaßstäbe nicht außer Acht gelassen werden sollten.** Hierbei sind jedoch **keine solchen hohen Anforderungen - wie etwa bei der Bauleitplanung - zu stellen, zumal ein Ausgleich zwischen den Zielen der Raumordnung und anderen Belangen bei auftretenden Unverhältnismäßigkeitsgesichtspunkten mit Hilfe von Ausnahmeregelungen ("in der Regel") herbeigeführt werden kann.** "

Erstaunlicherweise nimmt das Gericht **ausdrücklich** an, eine gegebenenfalls raumordnungsrechtliche "**Unverhältnismäßigkeit**" ließe sich im Wege der bodenrechtlichen Ausnahmegestattung ausgleichen. Dann führt die Unverhältnismäßigkeit im Raumordnungsrecht offenbar nicht zur Ungültigkeit der Zielfestlegung. Damit käme § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Funktion einer raumordnungsrechtlichen Norm zur **Planerhaltung** zu. Der Widerspruch lässt sich nur damit auflösen, dass der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz offenbar davon ausgeht, dass eine Festlegung im Regionalplan den raumordnungsrechtlichen Anforderungen genügen, aus bodenrechtlicher Perspektive aber unverhältnismäßig sein kann. Dies würde auf zwei Zielkategorien hinauslaufen: eine raumordnungsrechtliche und eine bodenrechtliche. Die Abwägung bei der bodenrechtlichen Zielkategorie vollzieht sich dann teilweise oder vollständig im Rahmen der Prüfung, ob eine Ausnahme von der Regelwirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ausnahmsweise eintritt.

Im vorliegenden Fall kam der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz zu dem Ergebnis, der Plangeber habe sorgfältig abgewogen. Deswegen konnten die Ausführungen zur **Ausnahme** von der Regelwirkung knapp ausfallen. Für einen "atypischen Fall, den der Plangeber an dieser Stelle nicht ausschließen wollte", sei weder etwas **vorgetragen**, noch lägen Anhaltspunkte dafür vor.

OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = RechtsCentrum.de = NuR 2002, 415:

"Eine **Ausnahme von der gesetzlichen Regelvermutung** des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ("in der Regel") greift vorliegend nicht ein. Dann müsste es sich um einen **atypischen Fall** handeln, den der Plangeber an dieser Stelle nicht ausschließen wollte [...]. Dafür ist aber hier **weder** etwas **ersichtlich**, **noch** von der Klägerseite etwas **vorgetragen** worden."

Es überrascht, wenn der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz nach der Senkung der Anforderungen an eine Abwägung das Vorliegen eines **atypischen Falls** zur Voraussetzung einer Ausnahme von der Regelvermutung macht. Die "Atypik" hat (nach noch herrschender Auffassung) bei der Gestattung von Befreiungen, vor allem bei § 31 BauGB, ihren Sinn und steht dort für Fälle, die der Plangeber trotz seiner Verpflichtung zur umfassenden Abwägung unter den Voraussetzungen zulässiger Typisierung ausblenden durfte. Rechtlich musste er sie nicht einbeziehen, brauchte mit ihrem Auftreten also nicht zu rechnen, so dass es bei der Gültigkeit eines Bebauungsplans bleibt.

Die Fälle der die Gültigkeit eines Plans nicht antastenden "Atypik" unterscheiden sich jedoch von denjenigen unzulänglicher, fehlerhafter und deshalb zur Ungültigkeit der Zielfestlegung führenden Abwägung. Sie lassen sich - ganz abgesehen von der Frage, ob dann überhaupt ein Ziel vorliegt - nicht über die Gewährung einer "Ausnahme" von der Regelwirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB lösen. Von der Befreiungssituation im Baurecht weicht das Verständnis des 1. Senats des Oberverwaltungsgerichts Koblenz zum Zusammenspiel von Raumordnungsplan und Bodenrecht ersichtlich ab. Wenn die Abwägung in tatsächlicher Hinsicht eigentlich ausgeschlossen ist, weil der Träger der Raumplanung nur unter immensem Aufwand für jede einzelne Parzelle eine Letztentscheidung treffen könnte, die Abwägung deshalb lückenhaft (global) sein darf, dann geht es bei **nicht berücksichtigten Fällen** gerade nicht um **atypische Fälle**. Es kann bei der so verstandenen Ausnahme nur darum gehen, die aus bodenrechtlicher Sicht lückenhafte Abwägungsentscheidung zu **reparieren**.

Der systemwidrige Widerspruch dieses Vorgehens liegt darin, dass das Gericht eine globale Abwägung auf der Ebene der Raumordnung genügen lässt, um sie über die Ausnahmeentscheidung "korrigieren" zu können. Eigentlich müsste

diese "Großzügigkeit" gegenüber dem Träger der Regionalplanung einem entsprechend weiten bzw. erweiterten "Ausnahmeermessen" korrespondieren. Das ist aber nicht so, denn im Rahmen der Ausnahmeentscheidung verlangt das Gericht "Atypik". Die Atypik betrifft eine bodenrechtliche Überplanung durch einen Bebauungsplan und ist gerechtfertigt, weil eine solche Planung die Nutzbarkeit des Grundstücks vollständig und abschließend regelt. Während der Raumordnungsplan im Gegensatz zum Bebauungsplan defizitär abgewogen sein darf, gelten für die Ausnahmeentscheidung hingegen die - strengen - Regeln der "Atypik" für das Abweichen von einem gerade nicht defizitär abgewogenen Plan.

Geht es aus der Sicht des 1. Senats des Oberverwaltungsgerichts Koblenz bei der "nachvollziehenden Abwägung" also in Wahrheit darum, die aus bodenrechtlicher Sicht erforderliche, aber nicht durchgeführte Abwägung **erst nachzuholen**, verkürzt die Forderung nach der Lösung über die Atypik die Rechte des Betroffenen, mit seinen Belangen schon bei der ihn konkret betreffenden Zielfeststellung berücksichtigt zu werden.

3.5.2.4 OVG Lüneburg - 1. Senat vom 21.07.1999

Bevor der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg am 21.12.2001 die erwähnte (siehe oben unter Ziffer 3.5.1.7) Entscheidung zur Detailabwägung traf, hatte derselbe Senat sich am 21.07.1999 mit der Zulässigkeit einer Windkraftanlage am Maßstab eines Flächennutzungsplans zu befassen.

Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Auskiesungskonzentrationszonen aus dem Jahre 1987,

vgl. BVerwG, vom 22.05.1987 [4 C 57/84], BVerwGE 77, 300 = NVwZ 1988, 54 = DVBl. 1987, 1008 = DÖV 1987, 1015 = BauR 1987, 651 = UPR 1987, 427 = ZfBR 1987, 293 = BRS 47 Nr. 5 = NuR 1989, 125,

vertrat das Gericht die Auffassung, dass eine Gemeinde zwangsläufig pauschal bzw. global abwägen müsse.

OVG Lüneburg, Urteil vom 21.07.1999, Az.: 1 L 5203/96, NVwZ 1999, 1358 [1358] = RdL 2000, 64 = VR 2000, 392 = BRS 62 Nr. 110:

"Diesen Anforderungen genügt die Darstellung eines Sondergebietes für Windenergieanlagen im Bereich M. der Beigel. unterlaufenen Abwägungsfehler bei der negativen Darstellung der Flächen, auf denen Windenergieanlagen nicht zulässig sind, führen nicht zur Nichtigkeit des Planes. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die Abwägung hinsichtlich der **Kehrseite der positiven Standortzuweisung**, also hinsichtlich der negativen Darstellung eines Verbotes, Windenergieanlagen auf den übrigen Flächen zu errichten, **zwangsläufig pauschaler ausfallen muss, weil die Gemeinde nicht für jede Fläche parzellenscharf die städtebaulichen Hinderungsgründe darlegen kann [...].**"

In § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sah das Oberverwaltungsgericht Lüneburg die Öffnung des Gesetzes gegenüber einer "nachvollziehenden Abwägung" nach dem Modell der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Konzentrationszonen.

OVG Lüneburg, Urteil vom 21.07.1999, Az.: 1 L 5203/96, NVwZ 1999, 1358 [1359 f.] = RdL 2000, 64 = VR 2000, 392 = BRS 62 Nr. 110:

"Die Verwendung von "in der Regel" in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zeigt zwar, dass im Rahmen einer **nachvollziehenden, die allgemeine gesetzliche Wertung für den Einzelfall konkretisierenden Abwägung** das Interesse des Klägers an der Verwirklichung des privilegierten Vorhabens und die jeweils berührten öffentlichen Belange zu gewichten sind. Diese Gewichtung fällt aber regelmäßig zu Ungunsten des privilegierten Vorhabens aus, wenn sich die Gemeinde - wie hier - **mit der Frage der Zulässigkeit** von Windenergieanlagen **außerhalb der von ihr besonders dargestellten Eignungsflächen** im Rahmen einer entsprechenden negativen Darstellung **im Flächennutzungsplan auseinander gesetzt hat** (Lüers, ZfBR 1996, 297). Gesichtspunkte, die für eine ausnahmsweise Durchsetzung des privilegierten Vorhabens sprechen könnten, hat der Kläger nicht vorgetragen."

Bemerkenswerterweise fällt der Begriff der Abwägung nur im Zusammenhang mit der Vorhabenzulassung und wird nicht auch auf die "Auseinandersetzung" mit der Zulässigkeit von Windkraftanlagen bezogen, die das Gericht im Rahmen einer negativen Darstellung fordert. Nach dem Lesen der Passage entsteht damit der - fehlsame - Eindruck, die Gemeinde habe sich **lediglich überhaupt** mit der Zulässigkeit der ausgeschlossenen Vorhaben zu beschäftigen, der Vorgang einer Abwägung sei aber letztlich der Vorhabenzulassung vorbehalten.

Das insoweit angeführte Schrifttum, enthält zwar eine im Wortlaut ähnliche Äußerung.

Vgl. Lüers, ZfBR 1996, 297 [300]:

"Diese Vermutung ist freilich widerlegbar, wie sich dies durch die Aufnahme der Worte "in der Regel" ergibt. **Wenn sich zum Beispiel aus den Umständen ergibt, dass sich die Gemeinde mit der Frage der Zulässigkeit von Windkraftanlagen außerhalb der von ihr besonders dargestellten Eignungsflächen nicht auseinander gesetzt hat, kann die Regelvermutung nicht greifen.** Den Plangebern ist daher dringend anzuraten, im Erläuterungsbericht deutlich zu machen, welche Funktion die dargestellte Eignungsfläche haben soll, nur rein unterstützende Funktion ohne Auswirkungen für die Zulässigkeit von Anlagen außerhalb des Gebiets oder auch eine Ausschlussfunktion für andere Standorte des Plangebiets."

Sie fällt dort aber ersichtlich nicht im Zusammenhang mit Erwägungen zur gebotenen Abwägungsdichte, sondern soll nur daran erinnern, dass der Plangeber seine Ausschlussintention überhaupt **dokumentieren** muss, damit die Festlegung auch in ihrer negativen Dimension - gerichtlich - erfasst werden kann.

Vgl. auch Rühl, UPR 2002, 413 [414] zum Flächennutzungsplan:

"In Zweifelsfällen dürfte ein Gericht zur Annahme einer Ausweisung ohne Ausschlussfunktion neigen, da die Darlegungslast für die Ausschöpfung des Planvorbehalts beim Planungsträger liegt und die Auslegung eine Ausschlusswirkung nahe legen muss."

Die erwähnte Literaturauffassung hatte offensichtlich auch nicht die vorliegend interessierenden Fälle **maximalen Steuerungs- und Regelungsanspruchs** im Blick, in denen der Plangeber auf einer höheren Planungsstufe Regelungen trifft, um die Freiheitsausübung des Bürgers schon hier endgültig zu steuern und dies nicht den Plangebern auf den nachfolgenden Planungsstufen überlässt.

Die Äußerung bezieht sich darüber hinaus erkennbar auf die **Auslegung der Festlegung** des Plangebers und nicht auf deren (planerische) **Rechtfertigung**. Wenn das Schrifttum ausreichen ließe, dass schon das "Sich-Auseinandersetzen" zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs genügt, so bedeutete dies die Verabschiedung vom Erfordernis einer Abwägung und der Abwägungsdogmatik insgesamt. Denn der außerordentlich vage Begriff des

"Sich-Auseinandersetzens" schließt nicht zwingend den Vorgang des Abwägens, sondern auch das "Sich-Gedanken-Machen" oder das unverbindliche "Erwägen" ein. Er brächte auf der Ebene der Eingriffsrechtfertigung also nicht den - nach allen Judikaten - gebotenen Erkenntnisgewinn, der nur über eine Abwägung zu erreichen ist.

Ersichtlich ging es der Auffassung auch gar nicht um die Rechtfertigung des Eingriffs, sondern um die hinreichende Dokumentation des planerischen Willens. Wenn sich der Plangeber anlässlich der positiven Konzentrationsfestlegung auch mit deren negativer Seite, also mit der Frage der Zulässigkeit von Windkraftanlagen außerhalb der Konzentrationszonen auseinander gesetzt, also beschäftigt hat, so folgt hieraus der Wille zur Ausschlusswirkung. Umgekehrt folgt aus der schlichten Nichtbefassung mit dieser Frage, dass dann keine Ausschlusswirkung vorliegen kann. Im ersten Fall ist die Frage, ob der Plangeber den Ausschluss auch betreiben durfte, damit nicht beantwortet und sie soll auch damit nicht beantwortet sein. Im zweiten Falle stellt sie sich gar nicht.

Es wäre ein **folgenschweres Missverständnis**, wenn man die vorgenannte Auffassung im Rahmen der Rechtfertigung der negativen Seite einer Konzentrationsfestlegung heranziehen wollte.

So offenbar aber Balensiefen, DVBl. 2002, 1501 [1505];
ähnlich wohl auch Rühl, UPR 2001, 413
[414: "abwägende, planerische Auseinandersetzung"].

Der Begriff des "Sich-Auseinandersetzens" eignet sich weder als eigenständiger Topos in der bestehenden Abwägungsdogmatik, noch als Begriff innerhalb der Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs. Es kommt insoweit bekanntlich nicht darauf an, ob ein Plangeber sich mit einem Konflikt "auseinander gesetzt" oder er sich "Gedanken zu einem bestimmten Konflikt gemacht" hat, sondern ob er die Interessen gerecht gegeneinander abgewogen hat. Jede andere Sichtweise verstieße gegen das landesplanerische Abwägungsgebot in § 3 Nr. 2 ROG (siehe auch § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG).

In Anbetracht seiner eigenen in der Folgezeit ergangenen und oben referierten Rechtsprechung (siehe dazu oben unter Ziffer 3.5.1.7), die die ebenfalls zeitlich nachfolgende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.07.2001 (siehe dazu oben unter Ziffer 3.2.2) ausdrücklich in Bezug nimmt, ist davon auszugehen, dass das Oberverwaltungsgericht Lüneburg seine Auffassung aus der Entscheidung vom 21.07.1999 nicht mehr aufrechterhalten wird.

3.5.2.5 VGH München - 26. Senat

Eine Sonderstellung unter den Vertretern der Auffassung der Globalabwägung nimmt der Verwaltungsgerichtshof München (betreffend Windkraftanlage) ein.

Er überprüfte die Zulässigkeit eines Vorhabens, welches außerhalb der von ihm als Eignungsgebiete angesehenen Flächen verwirklicht werden sollte, am Maßstab des § 35 Abs. 3 **Satz 2** BauGB. Das Gericht ist der Auffassung, dass es auf § 35 Abs. 3 **Satz 3** BauGB nicht ankommt, wenn nach **Satz 2** der Vorschrift ein **Zielwiderspruch** zu der Festlegung eines Eignungsgebiets zu bejahen ist.

VGH München, Urteil vom 22.05.2002, Az.: 26 B 01.2234, NuR 2002, 555 [557] = ZUR 2002, 360 [362] = GewArch 2002, 346:

" **Wegen der mit dem Eignungsgebiet unmittelbar verbundenen Ausschlusswirkung** kommt es auf die Anwendbarkeit der **Vermutungsregelung** des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im vorliegenden Fall nicht an."

Im konkreten Fall bejahte es einen Widerspruch zu den als "Soll"-Formulierungen ausgestalteten Festlegungen, die es als Eignungsgebiet wertete (im Sinne von § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG).

Dieser andere Ausgangspunkt des Verwaltungsgerichtshofs München ändert nichts an der grundsätzlichen Verwertbarkeit seiner Erwägungen, wenngleich sie überdies nicht für planfeststellungspflichtige Vorhaben gelten können (siehe oben unter Ziffer 1.3). Wenn die **gesamträumliche Ausschlusswirkung** nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs München **unmittelbar** aus der Festsetzung eines Eignungsgebietes im Sinne von § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG resultiert, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass die Ausschlusswirkung in ande-

ren Fällen (außerhalb der Eignungsgebiete) der Vermutungsregel des § 35 Abs. 3 **Satz 3** BauGB entnommen werden müsste, wenn nicht eine Kombination mit einem Eignungsgebiet festgelegt wird. Abgesehen davon, dass die Ausschlusswirkung nicht von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB angeordnet wird, sondern von der jeweiligen Zielfestlegung (siehe dazu bereits oben unter Ziffer 3.1.2 sowie unten unter Ziffer 3.8.1.1), ist die Herkunft der gesamtträumlichen Ausschlusswirkung für die Frage ihrer planerischen Rechtfertigung unerheblich.

Dass der Verwaltungsgerichtshof München nur auf § 35 Abs. 3 **Satz 2** BauGB abstellt, ändert nichts daran, dass seine Ausführungen in Bezug auf die Abwägung der Auffassung der Globalabwägung zuzuordnen sind:

VGH München, Urteil vom 22.05.2002, Az.: 26 B 01.2234, NuR 2002, 555 [557] = ZUR 2002, 360 [362] = GewArch 2002, 346:

"Als Teilbereich der Raumordnung und Landesplanung ist der Regionalplanung im Gegensatz zum Bodenrecht eine **überörtliche Perspektive** immanent, die auf den **Detailliertheitsgrad der regionalplanerischen Abwägung** durchschlägt. Anders als im Bauleitplanungsrecht setzt die Abwägung auf der Stufe der Regionalplanung in der Regel **keine kleinteilige Ermittlung von Belangen voraus, sondern folgt einem großräumigeren Ansatz**. Konkurrierende Ansprüche an die Raumnutzung müssen deshalb **nicht mit dem Abwägungsmaßstab der Parzellenschärfe** erfasst und ausgeglichen werden."

Die vom Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 19.07.2001 (siehe ausführlich oben unter Ziffer 3.2.2) zur Vorgängerfassung des § 35 Abs. 3 **Satz 2** Halbsatz 1 **BauGB 1998** (also § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 1987) aufgeworfene Problematik stellt sich nach Auffassung des Senats "eigentlich nicht", weil das zu überprüfende Eignungsgebiet unter der Geltung des BauROG 1998 geschaffen worden ist.

VGH München, Urteil vom 22.05.2002, Az.: 26 B 01.2234, NuR 2002, 555 [557] = ZUR 2002, 360 [362] = GewArch 2002, 346:

"Die vom Bundesverwaltungsgericht [...] konstatierte intertemporale Problematik, dass bei dem Verständnis des dort angewendeten § 35 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 1 BauGB 1987 als echter, eine nachvollziehende Abwägung ausschließenden Raumordnungsklausel Reibungen aufgetreten wären, weil individuelle Eigentumsbelange zu jener Zeit unter der damaligen Fassung des ROG noch nicht auf landesplanerische Festlegungen durchzuschlagen vermochten [...], stellt sich bei der hier vorliegen-

den, am 10. April 1999 beschlossenen und am 2. Juli 1999 für verbindlich erklärten Änderung des Regionalplans **eigentlich nicht.**"

Mit der Relativierung "eigentlich" will der Verwaltungsgerichtshof München offensichtlich Distanz zu der vom Bundesverwaltungsgericht aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Problemstellung gewinnen. Er kommt zu dem Ergebnis, dass sich das Vorhaben selbst dann, wenn man mit dem Bundesverwaltungsgericht eine "nachvollziehende Abwägung" für geboten halten sollte, nicht gegenüber der ausschließenden Wirkung der Darstellung des Eignungsgebiets durchzusetzen vermag.

VGH München, Urteil vom 22.05.2002, Az.: 26 B 01.2234, NuR 2002, 555 [557] = ZUR 2002, 360 [362] = GewArch 2002, 346:

"Diese Frage kann aber letztlich **dahinstehen**, da sich das Vorhaben selbst bei Durchführung einer entsprechenden, die Belange des von der Zielfestlegung im Regionalplan betroffenen Grundeigentums sichernden »nachvollziehenden Abwägung« nicht durchzusetzen vermag."

Darüber hinaus verneint das Gericht die Voraussetzungen für eine abwägende Überwindung der raumplanerischen Zielaussagen:

VGH München, Urteil vom 22.05.2002, Az.: 26 B 01.2234, NuR 2002, 555 [557] = ZUR 2002, 360 [362] = GewArch 2002, 346:

"Eine abwägende Überwindung der raumplanerischen Zielaussagen auf der Ebene der Vorhabenzulassung hat das Bundesverwaltungsgericht [...] für zwei Fallgruppen in Betracht gezogen, die hier nicht einschlägig sind: Weder wurde im Regionalplan die besondere Eignung der [...] erfassten Teilräume für die Windenergienutzung übersehen [...], noch liegt ein Fall des gesetzlich vermittelten eigentumsrechtlichen Bestandsschutzes vor. Auch **anders geartete Ausnahmekonstellationen** sind nicht erkennbar, sodass die Abwägung zu Gunsten des im Regionalplan verankerten Landschaftsschutzes und gegen das mit dem Vorhaben verbundene Interesse ausfällt. Damit scheidet die Erteilung des beantragten Vorbescheids gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB aus. Wegen der mit dem Eignungsgebiet unmittelbar verbundenen Ausschlusswirkung kommt es auf die Anwendbarkeit der Vermutungsregelung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im vorliegenden Fall nicht an. Angesichts des **Zielwiderspruchs** bedarf es auch keiner Entscheidung, ob dem privilegierten Vorhaben öffentliche Belange infolge einer qualifizierten Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) entgegenstünden."

Weil das Gericht die Ausnahme dabei nicht auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stützen kann, den es - wie gezeigt - für unanwendbar hält, scheint es die "anders gearteten Ausnahmekonstellationen" unmittelbar der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.07.2001 (siehe oben unter Ziffer 3.5.1.1) zu entnehmen. Der Grund für das Ausnahmeerfordernis bleibt im Dunkeln.

Die Antwort darauf, dass es bei Bejahung eines Zielwiderspruchs im Sinne von § 35 Abs. 3 **Satz 2** BauGB auf die Vermutungsregel des § 35 Abs. 3 **Satz 3** BauGB nicht ankommt, führt zu der Frage nach dem - umstrittenen - Verhältnis von Satz 2 zu Satz 3 in § 35 Abs. 3 BauGB 1998.

Vgl. zu dieser Streitfrage statt vieler Spoerr, DVBl. 2001, 90 [94], dort mit weiteren Nennungen in FN 38 ff.

Da der Verwaltungsgerichtshof München eine Anwendung von **Satz 3** unter Hinweis auf das Vorliegen der mit der Festlegung eines Eignungsgebiets verbundenen Ausschlusswirkung verneint, stellt er den Anwendungsbereich des **§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB** insgesamt in Frage. Die Vorschrift würde nur noch für Zielausweisungen an anderer Stelle gelten, die nicht Eignungsgebiet (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG) oder Vorranggebiet mit den Wirkungen von Eignungsgebieten (§ 7 Abs. 4 Satz 2 ROG) sind. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB könnte nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs München infolgedessen nur noch für Vorrang- und Vorbehaltsgebiete (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 ROG) gelten, die die Ausschlusswirkung anordnen, ohne Eignungsgebiet zu sein.

Abgesehen von diesem fraglichen Ergebnis, trifft **zum einen** die Ausgangsposition des Verwaltungsgerichtshofs München nicht zu: Der Gesetzgeber geht in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB davon aus, dass die Ausschlusswirkung den Regionalplänen zu entnehmen ist (siehe dazu bereits oben unter Ziffer 3.1.2 sowie unten unter Ziffer 3.8.1.1). Weder ergibt sie sich aus den landesrechtlichen Normen, noch aus § 7 Abs. 4 ROG. Und § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB schreibt nur vor, wann und wie eine regionalplanerische Ausschlusswirkung in der bodenrechtlichen Vorhabenzulassung zu beachten ist.

Zum anderen verstößt die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs München gegen Systematik und Teleologie des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, weil sie den Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge verkennt. **Satz 3 ist gegenüber Satz 2 die abschließend speziellere Norm.**

Zunächst weist schon die **Stellung** im Gefüge des Absatzes 3 den Satz 3 als eine gegenüber Satz 2 - zumindest teilweise - speziellere Vorschrift aus. Satz 2 erfasst **tatbestandlich** nämlich **jeden Fall** der Gegensätzlichkeit zwischen Vorhaben und positiver landesplanerischer Festlegung im Sinne einer Unvereinbarkeit und schließt insofern allgemein **jeden Zielwiderspruch** ein. **Rechtsfolge** ist die Unzulässigkeit des Vorhabens.

Satz 3 regelt demgegenüber ersichtlich nur **bestimmte Fälle**, nämlich die, in denen ein Vorhaben außerhalb einer qualifizierten planerischen Ausweisung an anderer Stelle **liegt**. **Tatbestandlich** fordert Satz 3 nur eine solche qualifizierte Ausweisung an anderer Stelle **und** die Lage des Vorhabens außerhalb derselben. Im Unterschied zu Satz 2 fordert Satz 3 nicht auch einen Widerspruch zu der qualifizierten planerischen Ausweisung. Satz 3 ist somit schon im Tatbestand eine Bestimmung für **besondere**, eine gesamträumliche Steuerung bezweckende Ziele. Insofern ist er gegenüber Satz 2 **spezieller**.

Aber auch in der **Rechtsfolge** unterscheidet sich Satz 3 von Satz 2. Sie besteht nicht in der Ausschlusswirkung, sondern in der Beantwortung der Frage, ob die Ausweisung an anderer Stelle das Vorhaben letztlich verhindert. Dies ist keine Frage des Zielwiderspruchs. Denn mit der Lage außerhalb der qualifizierten Ausweisung ist das Vorhaben nicht unmittelbar unzulässig, sondern es stehen ihm nur **in der Regel** öffentliche Belange entgegen. Auch hinsichtlich der Rechtsfolge ist Satz 3 gegenüber Satz 2 also **spezieller**. Es handelt sich bei Satz 3 erkennbar um eine **abschließende Spezialvorschrift gegenüber Satz 2**.

Spoerr, DVBl. 2001, 90 [94].

Damit stellt sich die Frage, welchen Sinn es haben würde, wenn § 35 Abs. 3 BauGB für Fallgruppen, in denen eine qualifizierte Ausweisung an anderer Stelle als entgegenstehender Belang in Betracht kommt, gleichzeitig eine Lösung nach Satz 2 und nach Satz 3 normierte. Dass die einen Zielfestlegungen (Eignungs- bzw. Vorranggebiete mit den Wirkungen von Eignungsgebieten) die Qualifizierungsanforderungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eher erfüllen mögen als die anderen (Vorrang- und Vorbehaltsgebiete), rechtfertigt eine solche Annahme nicht.

Das **Hauptargument** gegen das methodische Vorgehen des Verwaltungsgerichtshofs München ist jedoch, dass es der Intention des Gesetzgebers nicht hinreichend Rechnung trägt. Ziel des Gesetzgebers war, das **Gewicht**, welches die **negative Seite einer qualifizierten Ausweisung** an anderer Stelle als **Belang** in der nachvollziehenden Abwägung hat, zu steigern und damit die Privilegierungen des § 35 Abs. 1 BauGB im Wege der Teilüberplanung des Außenbereichs wieder rückgängig zu machen (**Entprivilegierung**). Einem privilegierten Vorhaben sollte eine solchermaßen qualifizierte Ausweisung in der Regel entgegenstehen. **Diese Gewichtsvorgabe macht der Gesetzgeber aber nur im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB; bei § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB käme sie nicht zum Tragen.** Vielmehr müsste innerhalb der Prüfung des Satzes 2 bzw. der Voraussetzung des Zielwiderspruchs die gesetzgeberische Intention aus Satz 3 Eingang finden. Folglich **sperrt** Satz 3 die Anwendung des Satzes 2 auf Fälle einer **qualifizierten** planerischen Ausweisung an anderer Stelle.

Mit der Anwendung von § 35 Abs. 3 **Satz 2** Halbsatz 1 BauGB erteilt der Verwaltungsgerichtshof München allen Versuchen der anderen Obergerichte, die auf der Ebene der Raumordnungsplanung möglicherweise zu global getroffene Entscheidung zu korrigieren oder zu reparieren, eine Absage.

Warum er das von ihm gefundene negative Ergebnis dennoch anhand einer - auf der Grundlage seiner Auffassung ja gar nicht gebotenen - "nachvollziehenden Abwägung" zu verifizieren sucht, klärt er nicht auf. Passagenweise wortgleich übernimmt der Verwaltungsgerichtshof München insoweit die abs-

trakten Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts aus der bereits erwähnten Entscheidung vom 19.07.2001 (siehe ausführlich oben unter Ziffer 3.2.2), die es ausdrücklich auf die Vorgängerfassung des jetzigen Satzes 2 - also den nahezu wortgleichen § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 1987 - bezogen wissen wollte.

BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 [1865].

3.5.3 Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Auffassungen zur Abwägung

Beide Auffassungen haben - zumindest teilweise - gemeinsam, dass sie auf **Wechselbezüglichkeit** abstellen. Während die Auffassung der Detailabwägung die Wechselwirkung zwischen Zielkonkretheit einerseits und Abwägungsanforderungen andererseits ausmacht,

vgl. OVG Greifswald, Urteil vom 19.01.2001, Az.: 4 K 9/99, NVwZ 2001, 1063 (1064) = BauR 2001, 1379 (1382):

"Das bedeutet, dass das in die Abwägung einzustellende Abwägungsmaterial **je nach Grad der Konkretheit der raumordnungsrechtlichen Zielbestimmung in unterschiedlichem Maße einzelne Belange zusammenfassend und vergrößert darstellen darf**",

stellen Befürworter der Globalabwägung auf die Wechselwirkung von Abwägungsdichte auf der regionalplanerischen Ebene einerseits und den Anforderungen an eine Ausnahme von der Regelwirkung andererseits ab,

vgl. OVG Münster, Urteil vom 30.11.2001, Az.: 7 A 4857/00, NuR 2002, 431:

"Dabei beeinflussen sich die **Dichte und Schärfe der Betrachtungen** bei der **Würdigung der Ausschlussgründe** einerseits und die **Möglichkeiten einer Ausnahme von der regelmäßigen Ausschlusswirkung** andererseits wechselseitig. Je enger und präziser die Gemeinde das Raster der Kriterien für die ihrer Meinung nach ungeeigneten und damit nicht als Vorrangzone(n) auszuweisenden Bereiche fasst, umso geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Regelfall der Ausschlusswirkung für Vorhaben, die in diesen Bereichen vorgesehen sind, nicht greift."

Dieser Vergleich zeigt zugleich den gravierenden Unterschied beider Auffassungen.

3.5.4 Positionen außerhalb der genannten Auffassungen

Die weiteren Entscheidungen lassen sich eindeutig weder der einen noch der anderen Auffassung zuordnen.

3.5.4.1 Absolute Einzelentscheidung: OVG Münster - 10. Senat

Für den 10. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster (betreffend Trockenabgrabung) sollte die Wirkung einer positiven Standortzuweisung über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gesetzlich gesichert werden, wenn damit privilegierte Nutzungen konzentriert werden und dem die planerische Zielsetzung zugrunde liegt, den übrigen Planungsraum von diesen gesetzlich privilegierten Vorhaben freizuhalten,

vgl. OVG Münster, vom 28.10.1997, Az.: 10 A 4574/94, ZfBR 1998, 160 = StuGR 1998, 223 = BRS 59 Nr. 246.

Der 10. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster sah darin einen deutlichen Bedeutungszuwachs zu Gunsten von Konzentrationsdarstellungen überhaupt. Die bundesgesetzliche Regelvermutung spreche nunmehr **'bei entsprechenden Darstellungen'** dafür, dass die planerische Aussage zugleich mit einem Ausschlussziel für andere Standorte verbunden ist **und** sie sich entsprechend gegenüber dem Vorhaben durchsetzt. Allerdings sei die Vermutung widerleglich.

Mit dem 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster sieht auch der 10. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster in Verkennung des Wortlauts in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine Norm, die **die Ausschlusswirkung begründet**.

Zu den gegen diese Auffassung sprechenden Argumenten aus Wortlaut und Systematik kommt ein weiteres hinzu: Wäre die Auslegung des 10. und des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster richtig, schriebe Bundesrecht (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) dem (gemeindlichen) Plangeber gewissermaßen Planungsintentionen zu. Es wäre wegen § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in der Regel vom Willen des Plangebers zur gesamträumlichen Ausschlusswirkung auszuge-

hen. Zur Ausschlusswirkung einer Konzentrationszone müsste der Plangeber danach weder eine Abwägung durchführen, noch wäre eine solche gerichtlich überprüfbar. Demzufolge könnte zum Beispiel die Frage der landesplanerischen Ermächtigung für Konzentrationszonen oder die Frage der Beteiligung der betroffenen Grundstückseigentümer dahinstehen. Das ist bei Flächennutzungsplänen weder mit der Planungshoheit der Gemeinden noch mit der Kompetenzordnung vereinbar. Erst recht ist dies bei Zielen der Raumordnung schon im Hinblick auf § 3 Nr. 2 ROG abwegig.

Wohl aus diesen Gründen ist diese Rechtsprechung des 10. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster eine absolute Einzelentscheidung geblieben. Und auch im Schrifttum fehlt - soweit ersichtlich - eine positive Würdigung,

vgl. Anders/Collisy/Jankowski, Zulässigkeit von Abgrabungen, Tübingen 2001; Spiecker, Raumordnung und Private, 1999, S. 325 ff., 340, dort bei FN 318.

Die Annahmen des 10. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster müssen fehlgehen, weil §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB jedenfalls Zielqualität verlangt. Es genügt also nicht, dass überhaupt eine Ausweisung bestimmter Standorte oder Abgrabungsbereiche erfolgt ist, sondern die Ausweisung hat den Anforderungen zu entsprechen, die das Raumordnungsrecht an ein Ziel mit Ausschluss- bzw. Sperrwirkung stellt. Diese Anforderungen sind in § 3 Nr. 2 ROG formuliert. Einer Darstellung kommt infolgedessen nur dann Zielqualität zu, wenn die dortigen Anforderungen erfüllt sind, und nur dann auch kann sie als öffentlicher Belang einem Vorhaben entgegenstehen.

3.5.4.2 Absolute Einzelentscheidung: VG Dessau - 1. Kammer

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Dessau (betreffend Windenergieanlagen) enthält keine Ausführungen zur Abwägung. In Übereinstimmung mit dem 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster spricht das Gericht von der "Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB"; im Unterschied stellt es heraus, dass nicht nur Vorrang- (im Sinne von § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ROG),

sondern bereits Eignungsgebiete (im Sinne von § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG) diese Ausschlusswirkung aufweisen könnten,

vgl. VG Dessau, Urteil vom 22.11.2000, Az.: 1 A 121/99, NVwZ-RR 2001, 423 [424].

"Die regionalplanerische Festlegung von Eignungsgebieten für die Nutzung der Windenergie stellt eine "Ausweisung" i.S. von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB dar. Die gegenteilige Auffassung (vgl. Schmidt, DVBl. 1998, 669 [674]), dass nur eine zielförmige Flächenausweisung in Form eines absoluten Vorrangs den erforderlichen Ausweisungscharakter besitze, findet in dem Wortlaut von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB keine Stütze. Auch nach dem erkennbaren Zweck dieser Vorschrift ist die Ausschlusswirkung der Darstellung als Ziele der Raumordnung und Landesplanung nicht auf Vorranggebiete beschränkt."

Die "zielförmige Flächenausweisung in Form eines absoluten Vorrangs" sei nicht erforderlich, um den Charakter einer Ausweisung im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bejahen zu können. Infolgedessen genügt es dem Verwaltungsgericht Dessau, wenn der Träger der Regionalplanung die von ihm bezeichneten Flächen aufgrund ihrer naturräumlichen Eigenschaften als für eine bestimmte Nutzung **geeignet** einstuft und damit eine den Anlagenstandort ermöglichende Entscheidung trifft; eine darüber hinausgehende konkrete standortsichernde Entscheidung durch Darstellung als **Vorranggebiet** sei für die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB **nicht notwendig**.

Ausdrücklich spricht das Verwaltungsgericht Dessau im Zusammenhang mit den Ausnahmen von der Regelvermutung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB von einem "**Darstellungsprivileg**".

Vgl. VG Dessau, Urteil vom 22.11.2000, Az.: 1 A 121/99, NVwZ-RR 2001, 423 [424]:

"Folge der Ausweisung an anderer Stelle ist, dass öffentliche Belange "in der Regel" entgegenstehen. Die Einschränkung bringt zum Ausdruck, dass die Auswirkung nicht für Sonderfälle gilt, die typischerweise nicht in die Zielrichtung des Darstellungsprivilegs fallen sollen [...]"

Diese Ausführungen sprechen auf den ersten Blick dafür, dass das Verwaltungsgericht Dessau der "schlichten Darstellung" Vorrang einräumt und zu Fra-

gen einer materiellen Abwägungs- bzw. Letztentscheidung des Plangebers bezüglich der Ausschlusswirkung erst im Rahmen der Abwägung kommt.

Dem ist aber nicht so, denn für das Verwaltungsgericht Dessau ist die Frage nach einer **Ausnahme von der Regelvermutung** keine Frage planerischen Willens. Die Beantwortung richtet sich "nach dem jeweiligen Vorhaben im Verhältnis zu der Zielsetzung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB".

VG Dessau, Urteil vom 22.11.2000, Az.: 1 A 121/99, NVwZ-RR 2001, 423 [424]:

"Ob ein Sonderfall vorliegt, ist nach dem jeweiligen Vorhaben im Verhältnis zu der Zielsetzung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu beurteilen. Ob dabei das jeweilige Vorhaben auch in Bezug zu dem konkreten Inhalt der Darstellung des Eignungsgebiets zu setzen ist, ist zweifelhaft."

Das Gericht bezweifelt - ernsthaft -, ob das jeweilige Vorhaben auch in Bezug zu dem konkreten **Inhalt der Darstellung** des Eignungsgebiets zu setzen ist. Maßstab ist bei der Ausnahmeentscheidung also nicht der Wille des Planautors, sondern die "Zielsetzung des §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB". Welches "Ziel" § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verfolgt, erhellt das Verwaltungsgericht Dessau allerdings nicht. Den Zweck sieht es in der Steuerung von Außenbereichsvorhaben. Nach der Auffassung des Verwaltungsgerichts Dessau wäre also in diesem Zusammenhang zu fragen, ob §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB selbst steuert und deshalb das Ziel hat, das konkrete Vorhaben auszuschließen.

Damit wird - im Gegensatz zu allen anderen in der Rechtsprechung vertretenen Auffassungen - die Frage der Ausschlusswirkung vollständig von im Regionalplan niedergelegten materiellen Gehalten abgekoppelt. Dass diese Auffassung unhaltbar ist, ist evident und braucht nach allem nicht vertieft zu werden. Ebenso wie beim 8. und 10. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster verkennt das Verwaltungsgericht Dessau sowohl Wortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als auch die systematischen Zusammenhänge.

3.6 Schrifttum zur Abwägung

Ergänzend sind die Auffassungen zum Abwägungserfordernis und der Abwägungsintensität im Schrifttum darzustellen. Nicht alle Veröffentlichungen widmen sich Fragen der Abwägung,

vgl. - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - Wolf, ZUR 2002, 331 [334; 338]; Wachs/Greiving, NWVBl. 1998, 7 [10] erörtern Fragen der Abwägung nur im Zusammenhang mit der gemeindlichen Flächennutzungsplanung; nur eher cursorische Abhandlungen bei Lüers, ZfBR 1996, 297, Zehnder, SächsVBl. 1999, 140 und Rühl, UPR 2001, 413.

Soweit dies aber unternommen wird, werden unterschiedliche Anknüpfungspunkte für die Argumentation gewählt. Da sie jedoch zu demselben Ergebnis gelangen, soll die den nachfolgenden Ausführungen vorangestellt werden: Kein Vertreter im Schrifttum vertritt die Auffassung von der Globalabwägung in der von der Rechtsprechung entwickelten Form.

3.6.1 Gebot gerechter Abwägung und Eingriffsintensität erfordern detaillierte Abwägung

Soweit Fragen der Abwägung angeschnitten werden, wird ganz überwiegend eine **Detailabwägung** für geboten gehalten oder gefordert,

vgl. Bartlsperger in ARL (Hrsg.), Novellierung des Landesplanungsrechts, Nr. 266 (2000), Seite 119 [145 f.];
prononciert Redeker, Flächenkonzentration durch Ziele der Raumordnung, in: Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte (Hrsg.), Planung - Festschrift für Werner Hoppe (2000), Seite 329 [336 ff.; 341];
Specker in ARL (Hrsg.), Raumordnungspläne - Eigentumsgarantie, Nr. 278 (2001), Seite 54 [59 f.], dort zu Vorranggebieten; wohl auch Wolf, ZUR 2002, 331 [338]; Hender, DVBl. 2001, 1233 [1241]; Reitzig in Institut für Landes- und Stadtentwicklungsforschung des Landes Nordrhein-Westfalen - ILS - (Hrsg.): Instrumente und Verfahren der Landesplanung, 2002, Seite 37 [40, 48 f.] - veröffentlicht unter
http://www.ils.nrw.de/publik/sonder/instrumente_landespln.htm
In diesem Sinne unter dem Aspekt des Rechtsschutzes Kment, Rechtsschutz im Hinblick auf Raumordnungspläne (2002), Seite 100 ff. und 125 ff.; ders., UPR 2002, 428 [431 f.]; ders. in Jarass

(Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in der Raumordnung, 2002, Seite 63 [78 ff.].

Indifferent hingegen Schidlowski, NVwZ 2001, 388 [391; 389] und Schmidt in ARL (Hrsg.), Raumordnungspläne - Eigentums-garantie, Nr. 278 (2001), Seite 66 [70 f.]; ebenso Stürer/Vildomec, BauR 1998, 427 [432]; vgl. ferner Böttger/Brosch, UPR 2002, 420 [426]. zur Rechtslage des BBauG Paßlick, Die Ziele der Raumordnung und Landesplanung [1986], Seite 270 ff., 274 f., 283; Hoppe, DVBl. 1991, 1277 [1286 f.].

Vgl. auch Anders/Collisy/Jankowski, Zulässigkeit von Abgrabungen, Tübingen 2001, S. 86 ff.

Unveröffentlicht: Hopp/Hüting, Rechtsgutachterliche Stellungnahme für die CDU-Fraktion im Regionalrat Köln zum Gebietsentwicklungsplanentwurf Köln, Teilabschnitt Region Aachen, Stand: 21.02.2002, S. 65 ff. [67], die im Ergebnis eine Detailabwägung bei der Steuerung der Windkraftanlagen für unverzichtbar erachten.

Zumeist wird die Forderung nach einer **konkreten Abwägung** unter Hinweis auf das Gebot gerechter Abwägung und die Eigentums-garantie erhoben.

Statt vieler nur beispielhaft:

- Spiecker in ARL (Hrsg.), Raumordnungspläne - Eigentums-garantie, Nr. 278 (2001), Seite 54 [60]:

"Die Planungsträger müssen bei der Formulierung und Festlegung von Vorranggebieten **äußerste Vorsicht walten lassen**, da diese Standortplanungen hinsichtlich der in ihr vorgenommenen standortbezogenen Aussagen letztverbindlich sind und **eigentums-gestaltende Wirkung** haben. **Sie unterliegen folglich den strengen Anforderungen einer konkreten Abwägung**. In der Regel kennen die Träger der Raumordnungsplanung allerdings die örtlichen Verhältnisse und die konkreten Individualinteressen nicht im Detail. Ihnen fehlt in der Praxis die notwendige Orts- und Bürger-nähe. Angesichts des großen Plangebiets werden sie auch häufig nicht alle Belange ermitteln können, die für eine Vorranggebietsausweisung an sich in die Abwägung eingestellt werden müssten, um dem **Gebot rechtsstaatlicher Planung** gerecht zu werden.

Sofern der Plangeber **sich** bei der Festlegung von Raumordnungszielen **nicht in der Lage sieht**, dem **Gebot gerechter Abwägung** hinreichend gerecht zu werden, muss er durch **Ausnahmeregelungen** deutlich machen, dass er bestimmte Konstellationen **noch keiner abschließenden Abwägung unterzogen hat**. **Diese müssen dementsprechend von der Zielbindung ausgeschlossen bleiben.**"

Redeker, in: Erbguth et al. (Hrsg.), Planung - FS Hoppe (2000), Seite 329 [337 f.; 340 f.]:

"Die Festlegung muss vom Träger der Landes- oder Regionalplanung "abschließend" abgewogen sein. Mit der Abkoppelung entsprechender Festlegung und aus der Abwägung des § 35 und der Bindung an die Zielfestlegung muss der Abwägungsvorgang vollständig in der Stufe der Regionalplanung vorgenommen werden. Das Gebot gerechter Abwägung hat nach der Rechtsprechung des BVerwG Verfassungsrang. Wenn Ergebnis der Festlegung die **Regelung der Nutzbarkeit bestimmter Grundstücke** für bestimmte Vorhaben oder der Ausschuss hiervon ist, **setzt dies eine Abwägung voraus, die der eines Bebauungsplanes entspricht**. Während bisher man davon ausgegangen ist, dass der Raumordnungsplan keine Maßnahmeplanung oder Maßnahmevollziehung enthalte, kann dies dann nicht gelten, wenn das Ziel der Raumordnung für **das einzelne Grundstück Festlegungen** trifft, also **unmittelbar auf die Entscheidung im Genehmigungsverfahren durchschlägt. Hier hat die Abwägung "erschöpfend" zu sein**. Alles was in der Festlegung entschieden wird, bedarf der **vollständigen Abwägung**. In die Abwägung sind deshalb auch die privaten Belange einzubeziehen, soweit die Festlegung sie berührt.

[Seite 340 f.] Nur bedeutet dies, dass nun auch im Außenbereich punktuelle, für das Einzelvorhaben bestimmende und ausweisende Regelungen erfolgen. Sie setzen aber, gleich in welcher Planungsstufe sie erfolgen, eine **umfassende verfahrensrechtlich und inhaltlich einwandfreie Abwägung voraus**. Wenn der Gesetzgeber sich entschlossen hat, hierfür die Rechtsinstitute des Raumordnungsplanes und des Flächennutzungsplanes zu benutzen, obwohl sie **ihrem Herkommen nach keine Außenwirkung haben**, so kann er sich diesen Konsequenzen nicht entziehen [...]. **Denn das Verfassungsgebot der gerechten Abwägung unter Einbeziehung privater Interessen führt notwendig zu entsprechenden Bindungen und ihren Kontrollen.**"

Teilweise wird hierfür auf normativ-systematische Aspekte zurückgegriffen, zum Beispiel auf das Verhältnis der Sätze 2 und 3 in § 35 Abs. 3 BauGB oder auf die Existenz von § 10 ROG.

Vgl. Redeker, in: Erbguth et al. (Hrsg.), Planung - FS Hoppe (2000), Seite 329 [333]:

"Die positive Bestimmung nach **Satz 2** gegenüber entgegengesetzten öffentlichen Belangen **setzt voraus**, dass diese **Belange insoweit bei der Zielfestlegung abgewogen worden sind**. **Satz 3** sieht dies nicht ausdrücklich vor. Man wird aber unterstellen können, dass das **"negative Spiegelbild" auf der positiven Seite eine solche Abwägung voraussetzt**; in diese Abwägung müssen aber auch die negativen Folgen einbezogen sein."

Im Zusammenhang mit Fragen des Rechtsschutzes gegen Raumordnungspläne wird unter Verweis auf die Nähe von regionalplanerischen Zielfestlegungen zum Bebauungsplan nebenbei und wie selbstverständlich auf das Erfordernis einer der Bebauungsplanung gleichartigen Abwägung eingegangen:

Kment in Jarass (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in der Raumordnung, 2002, Seite 63 [83 f.]:

"Ruft man sich erneut die nachgewiesenen Parallelen zwischen Bebauungsplan und Zielen der Raumordnung in ihrer Anwendung im Rahmen der §§ 30 und 35 BauGB ins Gedächtnis zurück (Wortlaut, Funktionen, strikte Bindung, Öffentlichkeitsbeteiligung, Begründung und **Abwägungsvorgaben**), so dürfte man nicht umhinkommen, die Aussagen zum Bebauungsplan auch auf die Ziele der Raumordnung zu übertragen. D. h., die unmittelbare Außenwirkung des Bebauungsplans dürfte mit der Art und Weise, wie Ziele der Raumordnung im Rahmen des § 35 wirken, gleichgesetzt werden können [...]."

Aus dieser Überlegung folgt, dass der mit einer Zielfestlegung verbundene Durchgriff auf die bodenrechtliche Zulässigkeit einzelner Vorhaben den Abwägungsvorgaben zu genügen hat, denen auch ein Bebauungsplan zu genügen hätte. Auch in den Ausführungen, dass Ziele der Raumordnung die Funktion eines Planersatzes übernehmen, wird dies deutlich.

Kment in Jarass (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in der Raumordnung, 2002, Seite 63 [85 f.]:

"Jedoch läuft das Transformationsmodell ins Leere. Es fehlen nachgeordnete Planungsakte, wie etwa ein Bebauungsplan, die die Außenrechtsbeziehung zum Bürger herstellen könnten. Das Feld ist gerade den Zielfestlegungen der Raumordnungspläne und dem Flächennutzungsplan überlassen, die gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2, Satz 3 BauGB für den Außenbereich die Funktion eines »Planersatzes« erfüllen sollen [...]. **Infolgedessen können die Ziele der Raumordnung weder transformiert noch konkretisiert werden. Sie müssen ihre Aufgabe so wahrnehmen, wie sie sich im Raumordnungsplan stellt.**"

Da die Aus- oder Auffüllung global abgewogener Ziele keine Aufgabe des Verfahrens der Zulassung von Einzelvorhaben ist, müssen Ziele bereits auf der Ebene des Raumordnungsplans alle Anforderungen erfüllen, die auch an Festsetzungen in den durch sie ersetzten Planaussagen zu stellen sind. Die Anforderungen an die Abwägung bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung und bei Festsetzungen in Bebauungsplänen decken sich nach dieser Auffas-

sung. Demnach kann und darf ein Plangeber mit Zielfestlegungen die planerische Konfliktbewältigung ebenso wenig der Vorhabenzulassung überlassen wie der Plangeber eines Bebauungsplans dies könnte.

Das Argument von der "zwangsnotwendig" "grobmaschigen", "globalen" oder sonst geminderten Detailschärfe der Abwägung lässt das Schrifttum ganz überwiegend **nicht gelten**. Dabei wird daran erinnert, dass es sich bei Eigentumsgebieten um **zielförmige Negativplanungen** handelt, die **intensive Eingriffswirkungen** auslösen.

Bartlsperger in ARL (Hrsg.), Novellierung des Landesplanungsrechts, Nr. 266 (2000), Seite 119 [145]:

"Ein wesentlicher und notwendiger Bestandteil von landesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen zur Festlegung zielförmiger Negativplanungen in Raumordnungsplänen ist es im Übrigen, dass in solchen Regelungen **ausdrücklich die Verpflichtung zur Ermittlung und Berücksichtigung individuell betroffener Eigentumsbelange bei der raumordnerischen Abwägung bestimmt wird** [...]. Hiergegen wird möglicherweise gesetzestechnisch eingewendet, dass die bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen durchzuführende raumordnerische Abwägung nach der hierfür allgemein geltenden Vorschrift des § 7 Abs. 7 Satz 1 und 2 ROG ohnedies schon eine Berücksichtigung "privater Belange" zu umfassen habe, soweit solche auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind. Jedoch dürfte diese allgemeine gesetzliche Bestimmung **im gegenständlichen Zusammenhang zielförmiger Negativplanungen durch Raumordnungspläne nicht ausreichen**. Abgesehen von einer **sinnvollen Klarstellung für die landesplanerische Praxis** liegt gerade in dem Vorbehalt des § 7 Abs. 7 S. 2 ROG ein Problem, wonach eine Berücksichtigung von privaten Eigentumsbelangen nur unter der Voraussetzung von deren Erkennbarkeit und Bedeutung "auf der jeweiligen Planungsebene" geboten ist. Denn diese ebenen- bzw. raumordnungsspezifische **Einschränkung der Abwägungsgenauigkeit kann für die zielförmigen Negativplanungen wegen deren hier ausführlich erörterter, unmittelbarer Durchgriffswirkung auf konkrete individuelle Eigentumspositionen keine Geltung beanspruchen**. Vielmehr müssen die betreffenden landesgesetzlichen **Ermächtigungsvorschriften** speziell und ausdrücklich bestimmen, dass bei der **Festlegung einer zielförmigen Negativplanung** in Raumordnungsplänen und bei der Abgrenzung von deren "Planungsraum" die **betreffenden privaten Eigentumsbelange auf der konkreten und individuellen Ebene zu berücksichtigen sind**. Die **allgemeine Einschränkung der raumordnerischen Abwägung auf das "in der jeweiligen Planungsebene" Erkennbare und Bedeutsame kann insofern keine Geltung beanspruchen**."

Vgl. Böttger/Brosch, UPR 2002, 420
[425: "irreversible Planungsentscheidungen"].

Siehe auch Hopp/Hüting, Rechtsgutachterliche Stellungnahme für die CDU-Fraktion im Regionalrat Köln zum Gebietsentwicklungsplanentwurf Köln, Teilabschnitt Region Aachen, Stand: 21.02.2002, (unveröffentlicht), S. 65 ff. [67], zu den Schlussfolgerungen in Bezug auf die Steuerung der Windenergieanlagen im Gebietsentwicklungsplan Köln:

"Ein Argument gegen die regionalplanerische Steuerung von Windenergieanlagen ist auch der hohe Planungsaufwand, der insoweit erforderlich ist. Dazu gehören die umfassende Ermittlung der Windverhältnisse in der Region, entgegenstehender Raumnutzungen und -funktionen sowie möglicherweise kollidierender anderer raumbedeutsamer Maßnahmen. Die Festlegung von Gebieten mit Konzentrationswirkung stellt zudem erhöhte Anforderungen an die planerische Abwägung, weil damit die Zulässigkeit von Windenergieanlagen außerhalb der festgelegten Gebiete jedenfalls in der Regel ausgeschlossen ist. Eine derartige Festlegung dürfte abwägungsfehlerfrei nur bei einer flächendeckenden Ermittlung der Bedingungen für die Windenergienutzung möglich sein."

Konsequenterweise wird für Fälle eines Vorranggebiets mit den Wirkungen eines Eignungsgebiets (§ 7 Abs. 4 Satz 2 ROG) der Sichtweise eine Absage erteilt, der zufolge der Träger der Raumplanung lediglich die Eigentümerbelange berücksichtigen muss, die er auf seiner Planungsstufe (im Sinne des § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG) auch erkennen kann.

Bartlsperger in ARL (Hrsg.), Novellierung des Landesplanungsrechts, Nr. 266 (2000), Seite 119 [145]:

"Die allgemeine Einschränkung der raumordnerischen Abwägung auf das „in der jeweiligen Planungsebene“ Erkennbare und Bedeutsame kann insofern keine Geltung beanspruchen."

Anders hingegen Schmidt, Eigentumsbelange in der raumordnerischen Steuerung privilegierter Außenbereichsvorhaben, in: Akademie für Raumforschung und Landesplanung (Hrsg.), Raumordnungspläne unter neuen Anforderungen von Umweltschutz und Eigentumsgarantie, Arbeitsmaterial Nr. 278 (2001), Seite 66 [70 f.].

3.6.2 Irreversible Rechtswirkungen erfordern eingehende Betroffenenbeteiligung und damit detaillierte Abwägung

In diesem Zusammenhang sind auch Äußerungen des Schrifttums zu sehen, die nicht ausdrücklich auf die Abwägungsgenauigkeit, wohl aber auf die in § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG vom Bundesgesetzgeber selbst verankerte **Beteiligung** ab-

stellen. **Fehlt** eine der Eingriffswirkung entsprechende **Beteiligung** der Planbetroffenen, entfalten die Festlegungen **keine Zielbindung**.

Hendler, DVBl. 2001, 1233 [1241]:

"Wenn daher die Länder bei der Beteiligung Privater an der Raumordnungsplanung **nicht über das ihnen in § 7 Abs. 5 ROG Vorgeschriebene hinausgehen**, läuft § 35 Abs. 3 Sätze 2, 3 BauGB teilweise ins Leere. Denn in diesem Fall **besteht** für die betroffenen Grundrechtsträger insoweit, als sie nicht schon mit Rücksicht auf § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 ROG an der Aufstellung der Raumordnungsziele **beteiligt** worden sind, bei der Verwirklichung von Außenbereichsvorhaben **keine Zielbindung**."

Greiving/Schröder, UPR 2003, 13 [14]:

"Unabdingbare Voraussetzung für die Wirksamkeit derartiger Zielbindungen dürfte angesichts des Eigentumsschutzes des Art. 14 GG daher verfahrensmäßig zumindest eine individuelle Beteiligung der betroffenen Grundeigentümer bzw. Vorhabenträger an der Aufstellung der raumordnerischen Ziele sein. **Materiell sind die privaten Belange explizit in der raumordnerischen Abwägung zu berücksichtigen**. Vor diesem Hintergrund ist es verwunderlich, dass in Dokumenten, wie dem Windenergieerlass des Landes Nordrhein-Westfalen [...] oder auch dem Windleitfaden aus Sachsen [...] diese Problematik der unmittelbaren Beteiligung der betroffenen Grundeigentümer nicht angesprochen wird, obwohl in beiden Ländern eine regelmäßige Öffentlichkeitsbeteiligung bisher in den Landesplanungsgesetzen nicht vorgesehen ist."

Vgl. auch Ziekow, NuR 2002, 701 [701]:

"Die Verwendung des Begriffs der Öffentlichkeitsbeteiligung ist deshalb nur dann sinnvoll, wenn er einen besonderen Aussagegehalt enthält. Von vornherein ausscheiden sollten daher die Fälle der **Rechtbetroffenenbeteiligung**. **Hier hat das Bundesverwaltungsgericht für die Regionalplanung die Feststellung getroffen, dass eine Pflicht zur Beteiligung Rechtsbetroffener besteht, wenn auf der betreffenden Planungsstufe irreversible Rechtswirkungen begründet werden** [Verweis auf BVerwG, siehe oben unter Ziffer 3.2.2]. Die **Beteiligung Rechtsbetroffener ist mithin vorgegeben** und trägt zum Begriff der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht bei."

Ebenso, ders. in Jarass (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in der Raumordnung, 2002, Seite 1 [3].

Diese Erkenntnis steht sowohl in Übereinstimmung mit den Aussagen des Bundesverwaltungsgerichts,

vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855,

als auch denen des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg vom 21.12.2001,

vgl. dazu ausführlich oben unter Ziffer 3.5.1.7 bei OVG Lüneburg, 20.12.2001, Az.: 1 MA 3579/01, UPR 2002, 153 [154] = NVwZ-RR 2002, 332 = DVBl. 2002, 717 = ZUR 2002, 301 [LS].

Letztverbindlichkeit und eigentumsgestaltende Wirkung gebieten nach Auffassung des überwiegenden Teils des Schrifttums eine konkrete Abwägung.

3.6.3 Jedenfalls bei parzellenscharfer Festlegung Detailabwägung

Der andere Teil der Literatur bezieht - anders als die Rechtsprechung - zwar nicht ausdrücklich Stellung für eine Globalabwägung, seine Formulierungen lassen aber eine gewisse Nähe zu dieser Auffassung vermuten,

vgl. Enders/Bendermacher, ZfBR 2001, 450 [451 f, 452];
Holz, NWVBl. 1998, 81 [83, 85, 86];
Schmidt, DVBl. 1998, 669 [672 ff., insbes. 675];
ders., Wirkung von Raumordnungszielen auf die Zulässigkeit privilegierter Außenbereichsvorhaben, 1997, Seite 115; zum Flächennutzungsplan Wachs/Greiving, NWVBl. 1998, 7 [10];
indifferent Schidlowski, NVwZ 2001, 388 [389; 391];
pointiert aus der Perspektive der Ministerialverwaltung hingegen von Nicolai, NVwZ 2002, 1078 [1081];
vgl. ferner Böttger/Broosch, UPR 2002, 420 [426].

Wie weit die Nähe reicht, lässt sich nicht ohne weiteres zweifelsfrei feststellen. Zum einen relativieren die vorgenannten Stimmen die Aussage von der Zulässigkeit einer Globalabwägung damit, dass die **Durchsetzungskraft** eines global oder globaler abgewogenen Ziels schwächer ist,

vgl. etwa Wachs/Greiving, NWVBl. 1998, 7 [10]:
"Mit der planerischen Wahrnehmung dieses **Darstellungsprivileges** soll dabei ein öffentlicher Belang geschaffen werden, der einem privilegierten Vorhaben bei der Vorhabensgenehmigung außerhalb der Konzentrationszonen entgegenstehen **kann** [...]. Dies führt bei der geforderten **nachvollziehenden Abwägung** im Rahmen der Vorhabensgenehmigung zwischen der Privilegierung einerseits und entgegenstehenden öffentlichen Belangen andererseits zu der Regelvermutung einer Unvereinbarkeit von Nutzungen, die nur im Einzelfall widerlegt werden kann. **Dabei wird diese Regelvermutung im Ein-**

zelfall umso sicherer anzunehmen sein, je eindeutiger, räumlich konkretisierter und für die Abwägung im Einzelfall hinreichend operationalisierbar der planerischen Steuerung ein fundiertes Konzept zugrunde liegt.

[...] Dies ist auch deswegen von größter Bedeutung, weil ohnehin die besonderen Umstände jedes Einzelfalls bei der eher **globalen Konkretisierung** des öffentlichen Belanges im Flächennutzungsplan durch die mittelbare Negativausweisung eine geringere Rolle spielen, als dies im Allgemeinen bei einer positiven standortbezogenen Darstellung der Fall ist [...]. **Insofern ist das Gewicht und die Durchsetzungskraft im Einzelfall keineswegs in jedem Fall geeignet, eine der planerischen Konzeption der Gemeinde widersprechende Vorhabensgenehmigung zu verhindern [...].**

Fehlt es an der angesprochenen positiv-planerischen Konzeption, würde bei **pauschalen Aussagen** im Rahmen der einzelnen Vorhabensgenehmigung der der Positivdarstellung im Umkehrschluss zuzubilligenden **mittelbar ausschließenden Wirkung** an anderer Stelle im Plangebiet **kein ausreichendes Gewicht beigemessen werden können.**"

Dabei orientiert sich diese Einschätzung ersichtlich an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Konzentrationszonen von 1987, die ebenfalls von einer geminderten Durchsetzungsfähigkeit global abgewogener Festsetzungen (in Flächennutzungsplänen) ausging.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.05.1987, Az.: 4 C 57/84, BVerwGE 77, 300 [307 f.] = BRS 47 Nr. 5 = NuR 1989, 125:

"Auf der anderen Seite hat der **notwendigerweise eher globale Charakter der negativen Seite** einer "Abgrabungskonzentrationsfläche" Bedeutung für das **Gewicht** und die **Durchsetzungsfähigkeit** als öffentlicher Belang. Eine solche Darstellung hat mit ihrer **negativen Seite der Tendenz nach im Allgemeinen geringeres Gewicht und geringere Durchsetzungskraft** als dies eine positive standortbezogene Darstellung hat. Die **besonderen Umstände des Einzelfalls** haben eher eine Chance, sich gegenüber dem **in gewisser Weise nur global gewichteten öffentlichen Belang** durchzusetzen; denn sie haben bei der **Konkretisierung** des öffentlichen Belangs im Flächennutzungsplan eine **geringere Rolle** gespielt als dies im Allgemeinen bei einer positiven standortbezogenen Darstellung der Fall ist."

Während einige Vertreter den Umstand, dass die Durchsetzungskraft gemindert sein kann, nicht erwähnen,

vgl. beispielsweise Enders/Bendermacher, ZfBR 2001, 450 [451];
Schidlowski, NVwZ 2001, 388 [390; bei FN 27], der sein Zitat un-
mittelbar vor den Aussagen zur Durchsetzungsfähigkeit enden lässt,

fordern andere, die zunächst eine nur "ebenesspezifisch eher grobmaschige"
Abwägung genügen lassen, für eine funktions- und parzellenscharfe Standort-
ausweisung im Ergebnis eine vollständige, detaillierte Abwägung.

So etwa Schmidt in ARL (Hrsg.), Raumordnungspläne - Eigentums-
garantie, Nr. 278 (2001), Seite 66 [70 f.]:

"Nach dem Raumordnungsgesetz hat die durchzuführende **raum-
ordnerische Abwägung** zwar auch eine Berücksichtigung "**priva-
ter Belange**" zu **umfassen**. Diese Belange sind aber nur abwä-
gungsrelevant, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene er-
kennbar und von Bedeutung sind (§ 7 Abs. 7 ROG). Diese **ebe-
nesspezifisch eher grobmaschige Abwägung** **ließe solche
schutzwürdigen Eigentumsbelange, die für die Landespla-
nung nicht erkennbar und vielleicht nur von örtlicher Bedeu-
tung sind, unberücksichtigt, was auch eher dem Planungs-
auftrag der Raumordnung entspricht, nicht das Verhalten
einzelner Bürger steuern zu wollen, sondern Planungen und
Maßnahmen der Verwaltung zu koordinieren. In diesem
Aufgabenrahmen können private Belange immer nur als ag-
gregierte und generalisierte Größe Berücksichtigung fin-
den [...]. Wäre die Genehmigungsbehörde an die Ziele der Raum-
ordnung strikt gebunden und nicht in der Lage, sich im Ein-
zelfall über zielförmige Ausweisungen hinwegzusetzen,
blieben möglicherweise durch Art. 14 GG geschützte indivi-
dualisierte Eigentumsbelange außer Betracht. Dies darf
nicht sein.**

Etwas anderes kann **ausnahmsweise** dann gelten, wenn raum-
ordnerische Festlegungen ein solches Maß an Konkretheit und Indi-
vidualisierung erreichen, dass sich bestimmte nachteilige Wirkun-
gen einer raumbedeutsamen Maßnahme **bereits auf dieser Pla-
nungsstufe umfassend beurteilen lassen [...]. Dies dürfte al-
lenfalls bei funktions- und parzellenscharfen Standortaus-
weisungen der Fall sein. In diesen Fällen muss die Landes-
planung bereits die individualisierten Eigentumsbelange in
die Abwägung einstellen.**"

Solche Ausführungen offenbaren letztlich die Einschätzung, dass der Träger der
Regionalplanung **zwar** global abwägen darf, wenngleich nur um den Preis einer
geminderten Durchsetzungskraft seiner Festlegungen und Darstellungen. Aus
der Möglichkeit, auch über parzellenscharfe Darstellungen auf die Vorhabenzu-
lassung "durchzugreifen", folgern diese Vertreter aber eben auch, dass bei

Wahrnehmung dieser Möglichkeit eine **detaillierte oder konkrete Abwägung verfassungsgeboden** ist.

Vgl. dazu exemplarisch Spoerr, DVBl. 2001, 90 [94]:
"Drittens bedingt das Regelungskonzept einer umfassenden Raumsteuerung eine **erhöhte Abwägungserheblichkeit**. Die Abwägung mag zwar im Hinblick auf die **außergebietliche Ausschlusswirkung** von Eignungsgebieten »zwangsläufig pauschaler« sein als bei einer raumordnerischen Positivzuweisung für eine anderweitige Nutzung [...], weil der Planungsträger nicht für jede Fläche parzellenscharf die städtebaulichen Hinderungsgründe darlegen kann. **Gleichwohl ist eine sorgfältige Abwägung, die die Interessen der negativ betroffenen Grundeigentümer berücksichtigt, unerlässlich.**"

Im Blick auf die Eingriffsintensität negativer Ausschlusswirkungen fehlt solchen Formulierungen die gebotene Klarheit. Sie verhindern aber jedenfalls, diese Vertreter der Auffassung der Globalabwägung zuzuordnen. Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass derartige Differenzierungen keinen Widerspruch mit der Feststellung des Oberverwaltungsgerichts Münster aufweisen,

OVG Münster, Urteil vom 01.10.2002, Az.: 20 A 1945/99, n. v.,
Urteilsabschrift, Seite 87,

der zufolge dort, wo eine landesplanerische Festlegung bzw. Darstellung

"mit dem **Verbindlichkeitsanspruch einer endgültigen planerischen Bewältigung** des durch die widerstreitenden Belange sich ergebenden **Konflikts auch in seinen konkret standortbedingten und einzel-fallbezogenen Besonderheiten**"

auftritt, auch eine diesem Verbindlichkeitsanspruch entsprechende Abwägung zu erfolgen hat. Das bedeutet, dass die Abwägung

"frei von entscheidungserheblichen Fehlern sein [muss], ohne dass **bei der Überprüfung der Abwägung maßgeblich auf globalere Gesichtspunkte zurückgegriffen werden darf.**"

3.6.4 Forderung nach einem "Sich-Auseinandersetzen" betrifft nicht die erforderliche Abwägungsgenauigkeit

In diesem Zusammenhang ist an eine bereits erwähnte Schrifttumsauffassung - aus der Frühphase des "Planvorbehalts" - zu erinnern (siehe oben unter Ziffer 3.5.2.4).

Vgl. Lüers, ZfBR 1996, 297 [300]:

"Diese Vermutung ist freilich widerlegbar, wie sich dies durch die Aufnahme der Worte "in der Regel" ergibt. **Wenn sich zum Beispiel aus den Umständen ergibt, dass sich die Gemeinde mit der Frage der Zulässigkeit von Windkraftanlagen außerhalb der von ihr besonders dargestellten Eignungsflächen nicht auseinander gesetzt hat, kann die Regelvermutung nicht greifen.** Den Plangebern ist daher dringend anzuraten, **im Erläuterungsbericht** deutlich zu machen, welche Funktion die dargestellte Eignungsfläche haben soll, nur rein unterstützende Funktion ohne Auswirkungen für die Zulässigkeit von Anlagen außerhalb des Gebiets oder auch eine Ausschlussfunktion für andere Standorte des Plangebiets."

Dass hier der Begriff der Abwägung nicht fällt, bedeutet keinesfalls, dass es nach dieser Auffassung zur Rechtfertigung eines Eingriffs ausreicht, wenn sich der Plangeber **lediglich überhaupt** mit der Zulässigkeit ausgeschlossener Vorhaben beschäftigt. Diese Auffassung dahin zu interpretieren, dass schon jedes "Sich-Auseinandersetzen" zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs genüge, bedeutete, sich vom Erfordernis einer Abwägung und der Abwägungsdogmatik insgesamt zu verabschieden.

Vgl. hierzu - undeutlich - Balensiefen, DVBl. 2002, 1501 [1505].

Zum einen steht der Begriff des "Sich-Auseinandersetzens" offensichtlich nicht im Zusammenhang mit den vorliegend interessierenden Fällen, in denen der Plangeber seinen Festlegungen höchsten Steuerungs- und Verbindlichkeitsanspruch beimisst. Er bezieht sich erkennbar auf die Auslegung der Festlegung des Plangebers. Wenn der Plangeber sich anlässlich der positiven Konzentrationsfestlegung auch mit deren negativer Seite, also mit der Frage der Zulässigkeit von Windkraftanlagen außerhalb der Konzentrationsbereiche auseinander gesetzt - also beschäftigt -, so folgt hieraus - lediglich - der **Wille zur Aus-**

schlusswirkung. Umgekehrt folgt aus der schlichten Nichtbefassung, dass dann schon keine Ausschlusswirkung vorliegen kann. Im ersten Fall ist die Frage, ob der Plangeber den Ausschluss auch betreiben durfte, damit nicht beantwortet und sie soll auch damit nicht beantwortet sein. Im zweiten Falle stellt sie sich gar nicht.

Ersichtlich ging es damit nicht um die Rechtfertigung des Eingriffs, sondern um die hinreichende **Dokumentation** des plangeberischen Willens. Überdies brächte der außerordentlich vage Begriff des "Sich-Auseinandersetzens" auf der Ebene der Eingriffsrechtfertigung nicht den - nach allen Judikaten - gebotenen Erkenntnisgewinn, den nur eine Abwägung erreichen kann. Denn er schließt nicht zwingend den Vorgang des Abwägens ein, sondern auch das "Sich-Gedanken-Machen" oder das unverbindliche "Erwägen" ein. Jede andere Sichtweise verstieße gegen das landesplanerische Abwägungsgebot in § 3 Nr. 2 ROG (siehe auch § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG).

3.6.5 Ergebnis zu 3.6

Im Ergebnis finden sich im Schrifttum - soweit hier wiedergegeben - keine Befürworter der Auffassung von der Globalabwägung, insbesondere nicht in der vom 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster in seinem Urteil vom 13.06.2002 vertretenen Variante (siehe dazu oben unter Ziffer 3.5.2.1).

3.7 Bewertung der Rechtsprechung

Im Anschluss an die vorstehenden Ausführungen ist nunmehr eine Bewertung der Rechtsprechung möglich.

3.7.1 Bewertung der Auffassung der Detailabwägung

Ohne dass es hierfür weiterer Erläuterungen bedarf, zeigt sich, dass allein die **Auffassung der Detailabwägung** haltbar ist und mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts harmoniert. Das Bundesverwaltungsgericht hat auf

die Rolle des § 7 Abs. 6 und Abs. 7 S. 2 ROG bei der Auslegung der geänderten Fassung des neuen § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 BauGB ausdrücklich hingewiesen,

vgl. DVBl. 2001, S. 1855, 1860 (Ziffer 3.2. a.E.).

Wie sich bereits in der Darstellung gezeigt hat, ist der Maßstab der Detailabwägung in sich stimmig, weil die Anforderungen an eine Abwägung im Raumordnungs- und Bodenrecht nicht unterschiedlich ausgelegt werden. Allein die Auffassung der Detailabwägung trägt dem Wortlaut des § 7 Abs. 6 und 7 ROG, des § 3 Nr. 2 ROG und des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Rechnung. Schließlich entstehen keinerlei Spannungen mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, weil die Anforderungen, die das Bodenrecht an eine Abwägung stellt, gleichermaßen im Raumordnungsrecht gültig sind, **soweit** sich der **Träger der Regionalplanung** zu Festlegungen mit im Ergebnis **bodenrechtlichen Wirkungen** und für ein "Durchschlagen" dieser Festlegungen auf die konkrete Vorhabenzulassung **entscheidet**.

Vgl. Stürer, Raumordnung und Fachplanung im Wandel, UPR 2002, 33, 336, 337;
Hendler, Raumordnungsziele und Eigentumsgrundrecht, DVBl. 2001, 1233, 1240;
Schmidt, Die Raumordnungsklauseln in § 35 BauGB und ihre Bedeutung für Windkraftvorhaben, DVBl. 1998, 669, 672, 675

3.7.2 Bewertung der Auffassung der Globalabwägung

Die **Auffassung der Globalabwägung** ist demgegenüber schon in sich widersprüchlich und verfassungsrechtlich letztlich nicht haltbar.

Was im Ausgangspunkt als folgerichtiges System der Wechselwirkung zwischen Abwägungsdichte und Ausnahmegewährung erscheint, erweist sich bei näherer Betrachtung als widersprüchliches Konstrukt.

3.7.2.1 Aufhebung des Unterschieds zwischen "Zielen" und "Grundsätzen" der Raumordnung

Der Träger der Regionalplanung hätte es nach der Konzeption der Vertreter der Globalabwägung in der Hand, über die Intensität der Abwägung im Rahmen der Zielaufstellung das Verhältnis von Regel und Ausnahme des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu steuern. Dieser Ansatz ist mit der gesetzlichen Unterscheidung von **Zielen** gemäß § 3 Nr. 2 ROG und **Grundsätzen** gemäß § 3 Nr. 3 ROG nicht zu vereinbaren.

Regionalplanerische Konzentrationszonen, die Zielqualität haben müssen, stehen einem Vorhaben nach der Auffassung der Globalabwägung einerseits nicht stets, aber im Regelfall als öffentliche Belange im Sinne von § 35 Abs. 3 BauGB entgegen. Was also auf der Ebene des Gebietsentwicklungsplans nicht oder nur "unzureichend" - oder unverhältnismäßig - abgewogen wurde, lässt sich danach über die **nachvollziehende Abwägung** bei der Vorhabenzulassung im Bdenrecht noch "korrigieren". Je grobmaschiger also die Abwägung in der Regionalplanung erfolgt, umso eher lässt sich andererseits in der Vorhabenzulassung der **Eintritt der Regelwirkung** des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB **verneinen**, und umso eher also stehen dem Vorhaben öffentliche Belange **nicht** entgegen.

Dabei verkennen diejenigen Obergerichte, die eine globale Abwägung bei der Formulierung von Zielen für ausreichend erachten, dass lediglich allgemein formulierte und nicht abschließend abgewogene Darstellungen mangels Zielqualität keinen Anknüpfungspunkt für eine nachvollziehende Abwägung im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB bieten können. Denn bloße Grundsätze der Raumordnung nach § 3 Nr. 3 ROG sind im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB unbeachtlich.

Dies wird offenbar völlig verkannt von Hopp/Hüting, Rechtsgutachterliche Stellungnahme für die CDU-Fraktion im Regionalrat Köln zum Gebietsentwicklungsplanentwurf Köln, Teilabschnitt Region Aachen, Stand: 21.02.2002, unveröffentlicht, S. 64, wonach Festlegungen, die landesplanerisch (mangels Ermächtigung) keine strikten Ziele sind, dennoch im

Rahmen der nachvollziehenden Abwägung als überwindungsfähiger ~~B~~ belang zu berücksichtigen seien.

Die Gerichte greifen mit der Auffassung der Globalabwägung ganz offenbar ohne Ermächtigung in das System der Raumplanung ein, indem sie beliebig aus Grundsätzen faktisch Ziele machen und umgekehrt Ziele faktisch zu bloßen Grundsätzen herabstufen dürften, nur weil es sich bei § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB nicht um eine strikte Raumordnungsklausel handelt. Würde es sich um eine strikte (echte) Raumordnungsklausel handeln, wäre eine Korrektur vollkommen ausgeschlossen, weil eine nicht abschließend und letztverbindlich abgewogene Darstellung lediglich - als im Rahmen des § 35 BauGB unbeachtlicher - **Grundsatz** der Raumordnung zu gelten hätte. Die Auffassung der globalen Abwägung verkennt damit den vom Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich als eigentumssichernd bezeichneten Charakter der nachvollziehenden Abwägung und verkehrt ihn ins Gegenteil. **Denn die nachvollziehende Abwägung hat nicht die Aufgabe, unzureichenden Abwägungen zur Zielqualität zu verhelfen.** Vielmehr soll durch die nachvollziehende Abwägung gewährleistet werden, dass **ordnungsgemäß zustande gekommene Ziele** im Sinne des § 3 Nr. 2 ROG das Grundeigentum nicht unverhältnismäßig belasten.

3.7.2.2 Konsequenz: Verstoß gegen § 3 Nr. 2 ROG

Dürfte der Träger der Raumordnung im Hinblick auf die Anwendung des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB bei der Aufstellung eines Ziels über die mehr oder minder große Intensität seiner eigenen Abwägung dessen Verbindlichkeit gegenüber Privaten steuern, wäre das Erfordernis einer **abschließenden** Abwägung, wie sie in § 3 Nr. 2 ROG normiert ist, aufgegeben.

Das Schrifttum versteht daher unter einer **abschließenden Abwägung** auch eine **vollständige Abwägung**, die den Anforderungen an die Abwägung in Bebauungsplänen zu entsprechen hat.

Vgl. Redeker, in: Erbguth et al. (Hrsg.), Planung - FS Hoppe (2000), Seite 329 [337 f.]. Wiedergabe der entscheidenden Passage von Seite 337 oben unter Ziffer 3.6.

[Seite 338] "Der Begriff "abschließend" hat eine zeitliche wie eine inhaltliche Komponente. Die wirksame Zielfestlegung setzt voraus, dass eine **endgültige Entscheidung im Rahmen der Planaufstellung getroffen** ist. Eine solche Endgültigkeit schließt es aus, dass **weitere Entwicklungen vorbehalten bleiben sollen, die Entscheidung also "vorläufig" ist und die abschließende Festlegung offen bleibt**. Sie darf ebenso wenig auf ungeklärten tatsächlichen Voraussetzungen beruhen. Solche Fallgestaltungen werden nicht selten sein. Festlegungen, die hierauf beruhen, können nicht Ziele der Raumordnung sein, sondern haben **allenfalls Grundsatzfunktion** und sind dann im Rahmen des §35 nur im Rahmen der öffentlichen Belange von Bedeutung."

3.7.2.3 System "wechselseitigen" Ausgleichs verkennt die unterschiedlichen Aufgaben von Planung gemäß § 3 Nr. 2 ROG und Rechtsanwendung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB

Die Auffassung von der globalen Abwägung unterstellt, dass die Anforderungen an die Abwägung im Raumordnungsrecht einerseits und die bodenrechtlichen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs andererseits in Bezug auf das Grundstückseigentum über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aufeinander abgestimmt werden können. Dafür scheint zu sprechen, dass die inhaltlichen Anforderungen an die Abwägung, auch wenn sie sich auf mehrere Planungsebenen unterschiedlich verteilen lassen, vermeintlich dieselben sind. §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bestimmt - in den Augen der Befürworter der Globalabwägung -, dass das, was auf der einen Planungsebene an Abwägungsdichte fehlt, auf der anderen ausgeglichen werden kann. Die Vorschrift soll danach regeln, dass die landesplanerische Letztentscheidung auch als bodenrechtliche Entscheidung Bestand hat. Diese Auslegung des § 35 BauGB unterstellt, dass der Träger der Raumplanung immer eine Entscheidung getroffen hat, die im Regelfall auch den Anforderungen an bodenrechtliche Regelungen genügt.

Schon im Ausgangspunkt muss dieser Ansatz **Zweifel** wecken. Zum einen gehört die bauplanungsrechtliche Vorhabenzulassung nach Maßgabe des §35 Abs. 1 BauGB dem Bereich der **Rechtsanwendung** und nicht dem der gestaltenden Planung an.

BVerwG, Urteil vom 01.08.2002, Az.: 4 C 5.01, NuR 2003, 165 [166]:

"Nach § 35 BauGB wird über die Zulässigkeit von Einzelvorhaben allein auf der Grundlage eines Konditionalprogramms entschieden. Dieses lässt für planerische Erwägungen keinen Raum. Das gilt auch, soweit das Vorhaben öffentliche Belange im Sinne des §35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 7 BauGB berührt. Ein planerisches Element, das sich als Zulassungssperre erweisen kann, lässt der Gesetzgeber in das Zulassungsverfahren allenfalls insofern einfließen, als er der Gemeinde, auf deren Gebiet das Vorhaben verwirklicht werden soll, zur Wahrung der Planungshoheit die Möglichkeit einräumt, den Vorbehalt des Einvernehmens nach § 36 BauGB für planerische Aktivitäten zu nutzen."

Zur Rechtsanwendung gehört auch die "nachvollziehende" bzw. die "gebundene" Abwägung.

- Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 = UPR 2002, 33 = BauR 2002, 41 = NuR 2002, 49 = ZfBR 2002, 65:
"'Nachvollziehende Abwägung' meint hier einen gerichtlich uneingeschränkt überprüfbaren **Vorgang der Rechtsanwendung**, der eine auf den Einzelfall ausgerichtete Gewichtsbestimmung verlangt: Ob sich die öffentlichen Belange im Einzelfall durchsetzen, war eine Frage ihres jeweiligen Gewichts und der Abwägung mit dem Vorhaben, zu dem es konkret in Beziehung zu setzen war."
- Vgl. Weyreuther, BauR 1977, 293 [298]:
"Nicht - wie man sonst über die Ermessensausübung zu sagen pflegt - die "Abwägung der Gründe und Gegengründe" [...], sondern das gewissermaßen an einem Mosaik bastelnde, immer wieder auch scheinbar bereits gesicherte Teilergebnisse wieder in Frage stellende Erwägen und erneute Abwägen sind für das planerische Abwägen charakteristisch."
- S. ferner Gaentzsch, NVwZ 1998, 889 [894 f.]; Redeker, in: Erbguth et al. (Hrsg.), Planung - FS Hoppe (2000), Seite 329 [331]. Für das Wasserrecht auch Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, 2. Aufl. (1987), Rdn. 601.

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als Transformationsnorm stellt zum anderen eine **unechte Raumordnungsklausel** dar und beabsichtigt erkennbar nicht den Ausgleich raumordnungsrechtlich defizitär oder **überhaupt nicht** abgewogener Ziele. Würde es sich um eine strikte Raumordnungsklausel handeln, wäre eine nicht ordnungsgemäß abgewogene Festlegung in einem Raumordnungsplan **kein Ziel im Sinne des §35 Abs. 3 BauGB**. Dies muss erst recht gelten, wenn es sich bloß um eine unechte Raumordnungsklausel handelt, die allein mangels eigentumssichernder Verfahrensvorkehrungen bei der Aufstellung von

Zielen der Raumordnung eine strikte Geltung im Bauplanungsrecht nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht beanspruchen kann. Als unechte Raumordnungsklausel verleiht sie den Erfordernissen der Raumordnung (§ 3 Nr. 1 ROG) damit gerade kein stärkeres Gewicht. Gegenüber einem Ziel der Raumordnung verhält sich § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB insoweit neutral. Das Gewicht von **qualifizierten Zielen** wird im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus verfassungsrechtlichen Gründen bei der konkreten Vorhabenzulassung über die nachvollziehende Abwägung systematisch sogar abgeschwächt, weil es im Einzelfall überwunden werden darf. Der von der Globalabwägung vorgenommene Umkehrschluss, dass wenn ein Ziel überwunden werden darf, auch geringere Anforderungen an die Zielabwägungen gestellt werden dürfen, ist unzulässig, weil er die nachvollziehende Abwägung ver selbstständig und als Reparaturmittel für missglückte Zieldarstellungen zweckentfremdet. Denn die ursprünglich eigentumsichernde Funktion der nachvollziehenden Abwägung wird dazu benutzt, eindeutig gesetzeswidrig zustande gekommene Ziele, die in das Eigentum eingreifen, zu öffentlichen Belangen zu machen, gegen die sich das Eigentum "in der Regel" nicht durchsetzen können soll.

Der Verwaltungsgerichtshof Kassel hat unter Hinweis auf die verfassungskonform auslegende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,

- vgl. BVerwG, Urteil vom 11.02.1993, Az.: 4 C 15.92, NVwZ 1994, 285 = DVBl. 1993, 658 = ZfBR 1993, 191 = UPR 1993, 263 = NuR 1994, 185 = BRS 55 Nr. 174 = Juris-Dok.-Nr.: WBRE310590003:
"Verbindlichkeit im Außenrechtsverhältnis erlangen sie [die Ziele der Raumordnung und Landesplanung, die Verf.] nur dadurch, dass der Gesetzgeber ihnen in Normen, durch die der rechtliche Rahmen für die Zulassung raumbedeutsamer Vorhaben abgesteckt wird, einen **Platz im Entscheidungsprogramm** zuweist. **Fehlt** es an einer solchen **Integration**, so sind sie für die Einzelentscheidung **ohne Bedeutung**. Dies trifft für § 34 Abs. 1 BauGB zu; denn der Gesetzgeber hat davon abgesehen, die Zielbindungswirkung auf den von dieser Vorschrift erfassten unbeplanten Innenbereich zu erstrecken."

zutreffend ausgeführt, die Ziele eines Regionalen Raumordnungsplans bedürften der **Transformation**, ihnen müsse ein **Platz im Entscheidungsprogramm** des Fachgesetzes zugewiesen werden.

Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [301 f.]:

"Für die Zulassung privater Vorhaben kann eine Zielbindung deshalb nur dann gegeben sein, wenn das maßgebende Fachgesetz die Berücksichtigung dieser Ziele vorgibt. Insoweit bedürfen die Ziele der Raumordnung und Landesplanung, wie sie in einem Regionalen Raumordnungsplan festgelegt sind, der **Transformation**."

Hierauf **beschränkt** sich die Aufgabe des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Eine raumplanerisch motivierte Ausschlusswirkung kann deswegen - entgegen der innerhalb der Auffassung der Globalabwägung vertretenen Meinung - nicht aus dieser Vorschrift resultieren oder von ihr angeordnet werden.

3.7.2.4 Eklatantes Missverhältnis zwischen hoher Eingriffsintensität und geringen Rechtfertigungsanforderungen wird nicht aufgelöst

Die Auffassung der Globalabwägung nimmt in Kauf, dass das seit jeher im Bodenrecht geltende verfassungsrechtliche Postulat der Einstellung der Belange der konkret betroffenen Eigentümer durch die planerische Abwägungsentscheidung unterlaufen werden könnte. Denn obwohl die Gerichte, die die globale Abwägung praktizieren, zum Teil gleich lautende Anforderungen formulieren, sind - wie insbesondere die jüngere Entscheidung des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster zeigt - Entscheidungen möglich, die die konkreten Eigentümerbelange schlichtweg ignorieren, während andere Gerichte (zum Beispiel 7. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster) in der nachvollziehenden Abwägung als Kompensation zur anerkannten Zielqualität einer grobmaschiger abgewogenen Darstellung den Eigentümerbelangen wenigstens ein diesen gegenüber durchsetzungsfähigeres Gewicht verleihen wollen.

Insbesondere die Ausführungen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster weisen - anders als die des 7. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster - ein offenkundiges **Missverhältnis in der Rechtfertigung** auf: Auf der einen Seite steht der stärkste **Eingriff** für den Antragsteller, die Ablehnung

seiner beabsichtigten Freiheitsausübung wegen der - angeblich - regelmäßig eintretenden **gesamträumlichen Ausschlusswirkung**. Auf der anderen Seite stehen die relativ geringen Anforderungen an die nach Auffassung des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster lediglich "grobmaschige" Abwägung bzw. **Rechtfertigung** für die gebietsweite Darstellung von Konzentrationszonen und im Vergleich dazu übermäßig gesteigerte Anforderungen an die Voraussetzungen für eine **Ausnahme** von der Regelwirkung des §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

Im vom 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster entschiedenen Fall hat der Regionalrat keine im Sinne des §3 Nr. 2 ROG abschließende Abwägungsentscheidung getroffen, da die konkret-räumlichen Belange der von der Ausschlusswirkung betroffenen Eigentümer nicht in die Abwägung eingestellt wurden. Die Ausschlusswirkung konnte am Maßstab einer Abwägungsentscheidung also nicht ohne weiteres auf das Vorhaben erstreckt werden. Gegen das Vorhaben sprach - materiell - also nur die kraft § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB angeordnete Regelvermutung.

Das zu Tage tretende **Missverhältnis von Eingriffsintensität und Rechtfertigung auf der Ebene der Raumordnung** hat auch der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster erkannt. Er versucht seine These von der fehlenden Verpflichtung zur abschließenden Abwägung,

vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsabschrift, Seite 29 f. = NuR 2003, 47 [51] = BauR 2002, 1747 [LS] = UPR 2003, 79 [LS] = RechtsCentrum.de:
"Zu einer detailschärferen Abwägung, namentlich zur Einstellung der Belange einzelner abgrabungswilliger Privater, war die Bezirksplanungsbehörde nicht verpflichtet",

aufrechtzuerhalten, indem er sich darauf beruft, dass die Regelwirkung **ausnahmsweise** in der nachvollziehenden Abwägung auf der Ebene der Vorhabenzulassung Bindungswirkungen entfallen kann.

Dann wären aber ausführliche Überlegungen zur Ausnahme zu erwarten gewesen. Stattdessen beschränkt sich der 8. Senat des Oberverwaltungs-

gerichts Münster jedoch auf die folgenden Ausführungen, die hier im Wortlaut vollständig wiedergegeben werden:

OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsabschrift, Seite 31 f. = NuR 2003, 47 [51]:

"Eine Ausnahme von der regelmäßigen Ausschlusswirkung ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände anzunehmen. [Verweise] Solche besonderen Umstände sind hier nicht gegeben. Die Abgrabung der Klägerin mit einer Flächenausdehnung von rund 32 ha und einer beabsichtigten Abbautiefe von 40 m ist von erheblicher Größe. Sie ist eine vollständig neue Abgrabung und würde über einen Zeitraum von mindestens 30 Jahren in einen von Abgrabungen bislang unberührten Landschaftsteil eingreifen."

Nach den Ausführungen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster zur Wechselwirkung von Abwägungsdichte und zu den Voraussetzungen einer Ausnahme von der Regelwirkung wäre an dieser Stelle aber eine Untersuchung zur Intensität der vom Regionalrat vorgenommenen Abwägung erforderlich gewesen. Denn danach bemisst sich das Prüfprogramm für die Entscheidung, ob der gesetzlich angeordnete Eintritt der Regelwirkung auch bodenrechtlich gerechtfertigt ist.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.06.2002, Az.: 8 A 480/01, Urteilsabschrift, Seite 27 = NuR 2003, 47 [50]:

"Umgekehrt nähern sich die an die raumordnerische Abwägung zu stellenden Anforderungen den für die Bauleitplanung entwickelten Vorgaben an, je konkreter die raumordnerische Zielsetzung und je höher ihr Verbindlichkeitsgrad ist."

Die beispielhaften Ausführungen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster zur Ausnahme sind jedoch in jeder Hinsicht **ungenügend**. Es fehlt zunächst jede Herleitung, was im vorliegenden Zusammenhang unter "besonderen Umständen" zu verstehen ist. Der Auffassung von der Globalabwägung zufolge müssten Abwägungsdefizite auf der Ebene der Raumplanung nun in der Vorhabenzulassung "nachvollziehend" ausgeglichen werden.

Nur zu mutmaßen ist, dass der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster hinsichtlich der "besonderen Umstände" an die strengen Voraussetzungen in § 31 BauGB dachte. Diese Vorschrift ist - wie oben unter Ziffer 3.5.2.3 bereits

gezeigt -, innerhalb der Auffassung der Globalabwägung allerdings schon im Ansatz nicht analog anwendbar. Eine "Befreiungssituation" ergibt sich nach den Ausführungen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster für die Regionalplanung nicht, weil der Plangeber im Gebietsentwicklungsplan wegen der Grobmaschigkeit der Regionalplanung gar nicht abschließend abwägen konnte. Es ist also weder eine **vorgenommene Abwägung** zu "ergänzen", noch **nachvollziehend mit Gehalt zu füllen** oder anzureichern, sondern es ist eine - gegebenenfalls und auch im Fall des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster - **überhaupt nicht oder defizitär vorgenommene** Abwägung in der "nachvollziehend" abwägenden Ausnahmeentscheidung zu **ersetzen**.

Im konkreten Fall sah der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster die bodenrechtliche Rechtfertigung für die Anwendung der Regelwirkung in **zwei Gründen**: Die **Größe des Vorhabens** und dass es für 30 Jahre in einen bisher unberührten **Landschaftsteil eingreift**. Dies hat nichts mehr mit einer "nachvollziehenden Abwägung" zu tun, die eine grobe **Abwägung** auf der Ebene der Regionalplanung nachvollzieht. Denn da sowohl Größe als auch die zeitliche Inanspruchnahme der Landschaft allgemein Charakteristika der im Außenbereich privilegierten Abbauvorhaben sind, lässt sich anhand dieser Auffassung des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster im Ergebnis **jedes raumbedeutsame Vorhaben ohne irgendeine Abwägung ablehnen**.

Dafür, dass die langfristige Inanspruchnahme nicht als Kriterium für die Ablehnung eines auf den Außenbereich verwiesenen Vorhabens aufgefasst werden muss, lässt sich der Verwaltungsgerichtshof Kassel anführen. Das Gericht sah nur eine "vorübergehende Beeinträchtigung" der natürlichen Eigenart der Landschaft, weil dem Antragsteller eine Rekultivierung aufgegeben werden kann.

Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 12.09.2000, Az.: 2 UE 924/99, NVwZ-RR 2001, 300 [304]:

"In diesem Zusammenhang muss der Beklagte berücksichtigen, dass die Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft nur vorübergehender Natur sein wird, weil der Klägerin eine Rekultivierung aufgegeben werden kann. Gleiches gilt für die Beeinträchtigung der Aufgabe der Landschaft als Erholungsgebiet."

Es bedarf nach allem keiner weiteren Vertiefung, dass sich der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster mit seiner **Nichtprüfung** der konkreten Eigentümerbelange in **evidenten Widerspruch** zu seinen eigenen Ausführungen über die Grobmaschigkeit der Zielabwägung setzt.

3.7.2.5 Konsequenz: "Schlichte" Nichtdarstellung setzt sich ohne Abwägung durch

Da nach Auffassung der Globalabwägung - wie die Ausführungen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster zeigen - die Regelwirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB also auch dann eintritt, wenn der Regionalrat bei der Darstellung einer Konzentrationszone im Gebietsentwicklungsplan "**unzureichend**" oder **überhaupt nicht** abgewogen hat, läuft diese Auffassung in Verbindung mit der ungenügenden Prüfung der Ausnahmevoraussetzungen (siehe vorstehend unter Ziffer 3.7.2.4) auf einen **absoluten Vorrang der schlichten Darstellung von Konzentrationszonen im GEP** hinaus. Der materielle Gehalt einer Konzentrationsdarstellung bleibt völlig unberücksichtigt.

Der Regionalrat muss seine Darstellung nicht etwa einer (abschließenden) Abwägung hinsichtlich der Ausschlusswirkung unterziehen. Er kann sich nach Auffassung der Globalabwägung auf ganz grobmaschige, pauschale Erwägungen stützen und braucht ohne Ermittlungen zu den Belangen der betroffenen Grundstückseigentümer und Unternehmen in der Textfassung des Gebietsentwicklungsplans das Ziel nur wie in dem vom 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster zu entscheidenden Fall formulieren:

"Außerhalb der zeichnerisch dargestellten BSAB sind neue Abgrabungen auszuschließen."
(Gebietsentwicklungsplan Köln, Teilabschnitt "Region Köln", D.2.5., Ziel 1, Satz 5, Textteil Seite 63).

3.7.2.6 "Unzureichende Abwägung" als terminologischer Missgriff

Als weiterer Gesichtspunkt der Kritik an der Auffassung der Globalabwägung ist auf terminologische Ungereimtheiten hinzuweisen.

Der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster erläutert nicht, aus welcher Perspektive sich das "Unzureichende" der Abwägung des Gebietsentwicklungsplanes in Bezug auf die BSAB-Flächen ergibt. Üblicherweise bedeutet für ein Regelwerk eine **unzureichende Abwägung** einen Abwägungsfehler und also die **Unwirksamkeit** bzw. **Nichtig-** und **Ungültigkeit**.

Es wird jedoch nicht davon auszugehen sein, dass der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster die **Grundsätze der Planerhaltung** auf die Raum- und Landesplanung übertragen wollte. Die Formulierung von der "unzureichenden Abwägung" ließe sich vor dem Hintergrund der vom Gericht befürworteten Globalabwägung nur so erklären, dass das, was aus Sicht der Regionalplanung als Abwägung für die Darstellung eines landesplanerischen Zieles **ausreicht**, für das Bodenrecht mangels abschließender Abwägung der Eigentümerbelange **unzureichend** sein kann.

Was sich damit terminologisch als ein **Missgriff** darstellt, steht aber auch materiell-rechtlich nicht in Einklang mit Art. 14 Abs. 1 GG, weil nur mit dem Anspruch der Letztverbindlichkeit abschließend abgewogene, hinreichend konkrete Ziele gemäß § 3 Nr. 2 ROG auf der Ebene der Vorhabenzulassung Privater beachtlich sind.

In der Sache kann es nicht um **Planerhaltung** gehen, weil Defizite in der Abwägung eines Zieles der Raumordnung zwar zur **Unwirksamkeit der Zielfestlegung**, außerhalb einer Normenkontrolle aber nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit oder Teilunwirksamkeit des Regionalplans führen.

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 01.10.2002, Az.: 20 A 1945/99, n. v., Urteilsabschrift, Seite 85:

"An den Folgen von Abwägungsfehlern bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung hat sich durch das Gesetz vom 18. August 1997 ebenfalls nichts geändert. Eine rechtserhebliche Verletzung des Abwägungsgebotes zog schon nach früherem Recht die Unwirksamkeit des Zieles der Raumordnung nach sich."

Damit ist nicht auszuschließen, dass ein nicht hinreichend abgewogenes Ziel unwirksam ist, die Planungsintention des Trägers der Regionalplanung als sons-

tiges Erfordernis der Raumordnung im Sinne von § 3 Nr. 4 ROG aber weiterhin prinzipiell berücksichtigungsfähig bleibt. **Was infolge der fehlenden oder fehlerhaften Abwägung in der Vorhabenzulassung entfällt, ist also nicht die Gültigkeit des Regionalplans, sondern lediglich die Durchsetzungskraft bzw. der "Durchsetzungsrang" einer zu global gefassten planerischen Intention als entgegenstehender öffentlicher Belang im Sinne des Bodenrechts.**

3.7.2.7 "Unechte" Ziele? - Unaufgelöste Widersprüche im "System" der Auffassung der Globalabwägung (gebundene Entscheidung und Ermessen)

Um die systemfremde Dogmatik von Regel und Ausnahme bei der Feststellung der Zielqualität überhaupt zu etablieren, übergeht die Auffassung der Globalabwägung, insbesondere der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster, den klaren Wortlaut des § 3 Nr. 2 ROG (siehe oben Ziffer 3.7.2.2). Es handelt sich nicht nur um die Unvereinbarkeit mit geltendem Recht. Damit wird zugleich eine **neue Art von Zielen** der Raumordnung und Landesplanung kreiert ("unechte" Ziele), deren Charakteristika nicht mehr das ROG bestimmt, sondern § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Die "neue" Gattung von "Zielen der Raumordnung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB" ist **entgegen § 3 Nr. 2 ROG nicht abschließend abzuwägen.**

Die Auffassung der Globalabwägung wirft damit die Frage auf, wie bodenrechtlich defizitär, **"unzureichend"** oder **"unverhältnismäßig"** abgewogene Ziele der Raumordnung zu behandeln sind, wenn sie - wie in der Planfeststellung - über § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG **unmittelbar Geltung beanspruchen**. Insofern verdrängt § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ROG als lex specialis nämlich § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und damit auch die Möglichkeit, über eine "nachvollziehende Abwägung" Defizite bei der Zielabwägung zu reparieren.

Eine Antwort auf diese Frage kann die Auffassung der Globalabwägung nicht geben, **weil eine nachvollziehende Abwägung bei echten (strikten) Raumordnungsklauseln, wozu § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG gehört, prinzipiell nicht in Betracht kommt. Echte Raumordnungsklauseln lassen**

keine Möglichkeiten zu, Abwägungsdefizite bei der Zielaufstellung nachträglich zu "heilen". Damit ist das im vorstehenden Sinne "unzureichend" oder "unverhältnismäßig" abgewogene **Ziel im Rahmen einer Planfeststellung kein zwingender Versagungsgrund, weil es nicht "zu beachten" ist.**

Zugleich wird für gebundene Zulassungsentscheidungen über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB planerisches Ermessen in das Entscheidungsprogramm eingeführt, weil im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung erstmals gestalterisch abgewogen wird. Denn es geht nicht mehr um eine Abwägungsentscheidung, die die **gesetzlichen Wertungen** des § 35 Abs. 1 und 3 BauGB konkretisierend und bezogen auf den Einzelfall nachvollzieht, mit- hin nicht mehr um das Auffinden einer vorgegebenen Abwägung -

vgl. Weyreuther, BauR 1977, 293 [297]:

"Um dem gerade planerischen Abwägen näherzukommen, muss man sich [...] bewusst machen, dass im juristischen Sprachgebrauch das Wort Abwägen nicht den mehr oder weniger frei gestaltenden Entscheidungen vorbehalten wird, sondern dass es in gleicher Weise Verwendung findet für **nachvollziehende Entscheidungen**, denen **keine eigene Abwägung, sondern das Auffinden einer vorgegebenen Abwägung** vorausgeht [...]." -

sondern darum, die vom global abwägenden, aber **zwangsnotwendig parzellscharfen Ausschluss betreibenden Träger** der Regionalplanung geschaffenen **Abwägungslücken zu schließen.**

Der regionalplanerische Wille kommt hinsichtlich der außergebietlichen Ausschlusswirkung in Fällen der "unzureichenden" oder gar "unverhältnismäßigen" Regionalplanung nicht über eine nicht abschließend abgewogene, allgemeine **Verhinderungsplanung** hinaus. Er steht damit in diametralem Gegensatz zur Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers in § 35 Abs. 1 BauGB. Der Gesetzgeber hat eine **"Negativplanung"** zwar mit dem Bau- und Raumordnungsgesetz erstmals dem Grunde nach in der Form von Eignungsgebieten anerkannt,

- vgl. Bartlsperger in ARL (Hrsg.), Novellierung des Landesplanungsrechts, Nr. 266 (2000), Seite 119 [130 f.];
Gelzer/Bracher/Reidt, BauplanungsR, 6. Aufl. [2001], Rdn. 2546;
Hendler, DVBl. 2001, 1233 [1236];
Hendler in ARL (Hrsg.), Raumordnungspläne - Eigentumsgarantie, Nr. 278 (2001), Seite 39 [42 f.] unter Bezugnahme auf die Ausschlussgebiete;
Schidlowski, NVwZ 2001, 388 [390 f.];
Schmidt, DVBl. 1998, 669 [675], dort bei und in FN 58;
- vgl. zur alten Rechtslage Berkemann, DVBl. 1989, 625 [628];
ferner schon Paßlick, Die Ziele der Raumordnung und Landesplanung [1986], Seite 270;
heute erfüllen Eignungsgebiete im Sinne von § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG das, was Hoppe, DVBl. 1991, 1277 [1286 f.] unter dem Begriff des Darstellungsprivilegs als "isolierte Negativplanung" bezeichnete: eine reine Verhinderungsplanung ohne gleichzeitige Positivplanung;
- vgl. auch OVG Koblenz, Urteil vom 28.02.2002, Az.: 1 A 11625/01, UPR 2002, 196 = BRC.pdf = NuR 2002, 415.

Das heißt jedoch weder, dass eine "reine Negativplanung" als Verhinderungsplanung nunmehr zulässig sein soll,

Rühl, UPR 2002, 413 [414],

noch, dass der Gesetzgeber die Anforderungen an eine verhindernde Planung im Sinne einer lediglich globalen Abwägung lockern wollte. Das wäre zum einen gegenüber den strengen Anforderungen an Positivplanungen kaum nachvollziehbar.

Zum anderen ergibt ein Blick auf die systematischen Charakteristika von Planungsentscheidungen, dass sich § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hier nicht nur nahtlos einfügt, sondern eine abschließende, am Maßstab des Bodenrechts auszurichtende detaillierte Abwägung geradezu fordert. Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einen **Akt der gestaltenden Planung** voraussetzt, um ein vom Gesetzgeber privilegiertes Vorhaben zu **entprivilegieren** - und nicht nur eine Ausnahme- oder Befreiungsentscheidung. Für die **gemeindliche Überplanung** des Außenbereichs ist dies selbstverständlich. Für die **Regionalplanung** verlangt der Gesetzgeber in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als Tatbestandsvoraussetzung zunächst, dass eine zum regelmä-

ßig entgegenstehenden Belang erhobene raumordnerische Ausweisung an anderer Stelle die Qualität eines Ziels haben muss. Damit ist unmittelbar § 3 Nr. 2 ROG angesprochen, der verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbaren, vom Träger der Landes- oder Regionalplanung abschließend abgewogenen Festlegungen verlangt. Der "**Durchgriff**" auf die Ebene der Vorhabenzulassung,

vgl. dazu etwa Bartlsperger in ARL (Hrsg.), Novellierung des Landesplanungsrechts, Nr. 266 (2000), Seite 119 [121, 122, 131, 140, 144]:
[Seite 140 f.] "**Okkupation des Bauplanungsrechts durch eine raumordnungsrechtliche Negativplanung**",

erfordert Festlegungen, die auch im Bodenrecht Bestand haben.

Vgl. erneut Redeker, in: Erbguth et al. (Hrsg.), Planung - FS Hoppe (2000), Seite 329 [340].

Solche Festlegungen müssen deshalb **qualitativ den bauplanerischen Festsetzungen entsprechen**, wenn sie die Regelwirkung auslösen sollen.

Damit stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber die Bindung an eine regionale "**Negativplanung**" nur im Regelfall eintreten lässt. Da er über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine **Überplanung** des Außenbereichs ermöglicht, was bislang mit bodenrechtlicher Wirkung allein die Bauleitplanung vermochte, entspricht die Ausnahme von der Regelwirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB systematisch und logisch den Ausnahme- und **Befreiungsvorschriften** des § 31 BauGB im Bereich (vollständig) beplanter Gebiete. Sieht der Regionalplan selbst keine Ausnahmen vor,

vgl. zu den dem Träger der Regionalplanung stets offen stehenden Möglichkeiten, Zielfestlegungen mit Ausnahmen zu versehen, etwa Spiecker in ARL (Hrsg.), Raumordnungspläne - Eigentumsgarantie, Nr. 278 (2001), Seite 54 [60],

kann die Zulassungsbehörde noch **Befreiungen** gestatten. Eine Befreiungsgestattung ist aber im Hinblick auf die Grundsätze der Planung nur möglich, wenn überhaupt ein in **entsprechender Festsetzungsdichte manifestierter Plan-**

wille vorliegt. Ohne diesen Maßstab lässt sich nicht über die Gestattung von Befreiungen entscheiden. Die Befreiungsgestattung hat jedoch keinesfalls die Aufgabe, eine unzulängliche Entscheidung des Plangebers zu "korrigieren" oder "zu Ende zu planen", da andernfalls die das Planrecht vollziehende Zulassungsbehörde selbst neues Recht setzen würde.

Das übersehen Böttger/Broosch, UPR 2002, 420 [426], die den Zielen der Raumordnung einerseits Rechtsnormqualität zubilligen, andererseits aber bei § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Auffassung sind, hier treffe die Genehmigungsbehörde die "Letztentscheidung":

"Vielmehr ist eine Einschränkung der strikten Bindungswirkung der Raumordnungsziele möglich, wenn bei der Aufstellung des Zieles der Raumordnung maßgebliche Gesichtspunkte, die im Rahmen des § 35 BauGB für oder gegen die Realisierung des Vorhabens sprechen, noch nicht berücksichtigt worden sind [...]. Der Genehmigungsbehörde verbleibt damit die **Letztentscheidung**, bei der eine nachvollziehende Abwägung des Interesses an der Durchführung oder Unterlassung des Vorhabens mit dem öffentlichen Belang der landesplanerischen Nutzungskonzentration erforderlich ist [...]."

Die Grenzen der "Abwägung", die einer Zulassungsbehörde überlassen bleiben darf, liegen dort, wo die in Wahrheit **gestaltende Überplanung** des Außenbereichs einsetzt.

Vgl. erneut BVerwG, Urteil vom 01.08.2002, Az.: 4 C 5.01, NuR 2003, 165 [166].

Vgl. dazu statt vieler Redeker, in: Erbguth et al. (Hrsg.), Planung - FS Hoppe (2000), Seite 329 [331 f.];

vgl. ferner Weyreuther, BauR 1977, 293 [297 f.].

Eine Baugenehmigungsbehörde darf bei der Entscheidung über die Zulassung eines Außenbereichsvorhabens also lediglich nachvollziehen, nicht aber selbst den Außenbereich durch eine positive Standortentscheidung gestalten und damit planerisch tätig werden.

Daran, dass eine das Planrecht eines Planungsträgers vollziehende Zulassungsbehörde nicht selber originär planen darf, ändert auch § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nichts. Deswegen ist die Auffassung der Globalabwägung, die auf die "planende Reparatur" regionalplanerisch an sich unzulänglich abgewogener

Ziele durch einen anderen als den zur Raumplanung berufenen Funktionsträger - die Zulassungsbehörde - abstellt, unzulässig und abzulehnen.

Überdies gibt der zulassenden Behörde ein lediglich "global" oder "grobmassig" abgewogenes Ziel einen unvollständigen Rahmen für eine Entscheidung. Damit ist - anders als durch den Planersatztatbestand des § 35 BauGB - keine abschließende Wertung vorgegeben, die die Zulassungsbehörde in der Rechtsanwendung lediglich ausfüllen, also "nachvollziehen" könnte. Die gesetzgeberische Privilegierungsentscheidung des § 35 BauGB ist durch die regionalplanerische Darstellung zwar aufgehoben (Entprivilegierung); die einzige Vorgabe besteht aber - folgte man der Auffassung der Globalabwägung - im "unzureichend" oder "unverhältnismäßig" abgewogenen Willen zum gesamtträumlichen Nutzungsausschluss.

Böttger/Broosch, UPR 2002, 420 [426] nehmen im Ergebnis sogar an, dem Interesse des Grundeigentümers an der Verwirklichung seines Vorhabens stehe auch dann schon ein "öffentliche[r] Belang der landesplanerischen Nutzungskonzentration" gegenüber, wenn seine Eigentümerbelange nicht berücksichtigt worden seien. Damit wäre jeder noch so unreflektierte Wille eines Plangebers zum "Belang" aufgewertet.

Die zwangsläufig global geltende, gesetzgeberische Wertung des §35 BauGB für die Privilegierung bestimmter Vorhaben ist durch eine Wertung eines Plangebers ersetzt worden, der zwar vollständig gestalten könnte, aber nicht vollständig gestaltet hat. Soll die Zulassungsbehörde entscheiden, muss sie nach der Auffassung der Globalabwägung die **unvollständige planerische Vorgabe ausfüllen, und kann sich nicht nachvollziehend eine vorgegebene Abwägung auffinden. Das bedeutet, dass sie zwangsläufig den konkreten Standort selbst überplanen muss.**

Hinzu kommt ein praktisches Problem der Auffassung von der Globalabwägung: Ihr zufolge muss die Zulassungsbehörde den insoweit lückenhaften regionalplanerischen Willen ausfüllen und selbst den gesamten - planerisch unvollkommen - gestalteten Planungsraum berücksichtigen. Voraussetzung für ihre planerische Entscheidung, die noch dazu im Rahmen der Ausnahmeentscheidung zu leisten wäre, wäre also auch, die sich aus dem gesamten Raum ergebenden

Umstände in Betracht zu ziehen. Es leuchtet unmittelbar ein, dass die auf ihren Zuständigkeitsbereich beschränkte **Zulassungsbehörde** - abgesehen von der Kompetenzüberschreitung - mit einer solchen **gesamträumlich planerischen Entscheidung völlig überfordert** wäre.

Gegen eine korrigierende oder ergänzende "Ausfüllung" unzureichend abgewogener Zielfestlegungen im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sprechen auch Sinn und Zweck von Zielfestlegungen, mit denen der Plangeber die behördliche Entscheidung nicht offen halten, sondern gerade auf einen Vorgang des Rechtsvollzugs beschränkt, indem er den Vollzugsakt bis in alle Einzelheiten festlegt.

Vgl. im Zusammenhang mit Fragen des Rechtsschutzes gegen Raumordnungspläne Kment in Jarass (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in der Raumordnung, 2002, Seite 63 [83 f.]:
"Die Behörde nimmt im Grunde nur eine Transport- beziehungsweise Botenfunktion wahr [...]. Da **der Vollzugsakt bis in alle Einzelheiten festliegt, trifft die Behörde keinerlei eigene Entscheidungen** und nimmt zudem keinen Einfluss auf das spätere Ergebnis des Zulassungsverfahrens. **Das Dazwischenschalten einer Genehmigungsbehörde darf folglich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Ziele der Raumordnung selbst das Eigentumsrecht des planenden Bürger gestalten**, dem Eigentum also unmittelbar einen rechtlichen Status verleihen [...]."

Die vorstehenden Überlegungen verdeutlichen die Folgen eines Vorgehens, mit dem eine "unzureichende" Abwägung auf der Ebene der Regionalplanung über die "Ausnahme von der Regel" in der Vorhabenzulassung nach der Konzeption der Auffassung der Globalabwägung ausgeglichen oder vollständig "nachgeholt" bzw. erstmals vorgenommen werden soll.

Nach allem würde dies bei demselben defizitär abgewogenen Ziel der Raumordnung zwangsläufig zu **unterschiedlichen Ergebnissen** führen, je nachdem ob über § 38 BauGB "nur" § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ROG anwendbar wäre, der eine nachvollziehende Abwägung - und damit Reparaturen durch das Gericht - ausschließt, oder ob die §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 1 Satz 2 und 3 BauGB zur Anwendung kämen.

Unterschiedliche Ergebnisse hinsichtlich der Beurteilung der Zielqualität werden nur unter Zugrundelegung der **Auffassung der Detailabwägung** im Rahmen der Anwendung des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB vermieden. Dies entspricht auch den gesetzlichen Vorgaben. Die **Zielqualität** auch im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB richtet sich **ausschließlich nach § 3 Nr. 2 ROG**, und eine Abwägung hat dem Wortlaut der Norm entsprechend vollständig und abschließend unter Einstellung aller betroffenen Belange zu erfolgen, wenn der Träger der Raumplanung mit der Ausweisung einer Konzentrationszone eine letztgültige Konfliktentscheidung mit den bodenrechtlichen Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auch für die Vorhabenzulassung treffen will.

3.7.2.8 Nichtige Ziele der Raumordnung und Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO

Abgesehen von den vorausgehenden Überlegungen würde die Auffassung der Globalabwägung prozessual zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Sie erlaubt der Bauaufsichtsbehörde, die aus der globalen Abwägung resultierenden Abwägungsdefizite einer Festlegung bei der Zulassung eines Vorhabens in der dort eröffneten nachvollziehenden Abwägung zu beheben. Diese Möglichkeit wäre einem Normenkontrollgericht verwehrt, weil die Vorschriften zur Planerhaltung (§ 10 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 ROG) solche Abwägungsfehler nicht erfassen. Infolgedessen müsste es eine Konzentrationsfestlegung, die infolge "unvollständiger", "unverhältnismäßiger" oder "unzureichender" Abwägung abwägungsdefizitär ist und nur kraft Bezeichnung durch den Plangeber den Rechtsschein eines Ziels der Raumordnung auslöst, für nichtig erklären. Dieselbe Konzentrationsfestlegung könnte die Bauaufsichtsbehörde nach Auffassung der Globalabwägung hingegen trotz der - von ihr auch erkannten - Nichtigkeit für beachtlich halten und sogar die Ablehnung des beantragten Vorhabens darauf stützen.

Für die Auffassung der Globalabwägung kann es auch keinen Unterschied machen, ob die Festlegung bereits allgemein verbindlich durch ein Normenkontrollgericht für nichtig erklärt worden ist oder nicht (§ 47 Abs. 5 Satz 2,

2. Halbs. VwGO). Denn wenn die von der Auffassung der Globalabwägung - letztlich aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hergeleitete - Berechtigung der Baubehörde, ein Ziel trotz Erkenntnis der Abwägungsfehlerhaftigkeit als wirksam zugrunde zu legen, dann besteht sie eben unabhängig von deren Nichtigkeit. Dann aber macht es für diese Berechtigung keinen Unterschied, ob die Nichtigkeit nur objektiv vorliegt oder gerichtlich festgestellt ist.

Damit aber würde derselbe Prüfgegenstand im Normenkontrollverfahren an anderen materiell-rechtlichen Maßstäben gemessen als im Rahmen einer Inzidentkontrolle. Es kann für die Beantwortung der Frage nach der Gültigkeit einer Festlegung jedoch keinen Unterschied machen, ob sie sich im Rahmen der Normen- oder Inzidentkontrolle stellt: Der materielle Prüfungsmaßstab ist verfahrensunabhängig. Die deshalb unhaltbare Auffassung der Globalabwägung nimmt letztlich in Kauf, dass ein durch Normenkontrollurteil für nichtig zu erklärendes oder erklärtes Ziel im Rahmen der Vorhabenzulassung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB rechtliche Wirkungen entfaltet.

Siehe zu NRW das AGVwGO: In NRW ist im Gegensatz zu allen anderen großen Flächenländern eine prinzipale Normenkontrolle gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO landesgesetzlich nicht geregelt und damit ein Nichtigkeitsurteil gemäß § 47 Abs. 5 VwGO bei Regionalplänen von vornherein ausgeschlossen. Das ändert aber nichts daran, dass für die inzidente Normenkontrolle und für objektive Rechtsbeanstandungsverfahren die gleichen Maßstäbe gelten.

Siehe Redeker/von Oertzen, VwGO, 13. Aufl., § 47 Rdn. 1; v. Albedyll in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, § 47 Rdn. 109.

Das absurde Ergebnis, dass ein objektiv nichtiges Ziel der Raumordnung außerhalb der Planerhaltungsvorschriften des § 10 ROG als uneingeschränkt gültig zu behandeln ist, kann nur vermieden werden, wenn abwägungsdefizitäre Ziele der Raumordnung auch im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB konsequent als von vornherein unbeachtlich angesehen werden.

3.7.2.9 Verifizierung anhand der Rechtsprechung BVerwGE 77, 300

Die Richtigkeit der Ablehnung der Auffassung der Globalabwägung lässt sich schließlich mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Konzentrationszonen von 1987 begründen.

BVerwG, Urteil vom 22.05.1987, Az.: 4 C 57/84, BVerwGE 77, 300 = NVwZ 1988, 54 = DVBl. 1987, 1008 = DÖV 1987, 1015 = BauR 1987, 651 = UPR 1987, 427 = ZfBR 1987, 293 = BRS 47 Nr. 5 = NuR 1989, 125.

Das Gericht hatte in seiner Entscheidung anerkannt, dass die negative Seite einer Ausweisung an anderer Stelle einen Belang darstellen kann. Es hatte im Anschluss daran darüber zu befinden, mit welchem Gewicht dieser Belang in die "nachvollziehende" Abwägung eingeht. Dazu entwickelte es ein **System** für die Behandlung der negativen Seite einer Ausweisung an anderer Stelle. Die maßgeblichen Bezugspunkte bzw. Parameter innerhalb dieses Systems sind:

- die **rechtssatzmäßige Wirkung** einer Regelung, die einen im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung zu berücksichtigen Belang enthält,
- das **Gewicht** bzw. die Wichtigkeit des Belangs, mit dem bzw. der er in die Abwägung einzubeziehen ist,
- seine **Durchsetzungskraft** und
- der **Genauigkeitsgrad der planerischen Abwägung**.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.05.1987, Az.: 4 C 57/84, BVerwGE 77, 300 [307 f.]:

"Voraussetzung für die Wirksamkeit der Darstellung einer derartigen Abgrabungsfläche ist, dass sie auf einer gerechten Abwägung im Sinne des § 1 Abs. 6 und 7 BBauG beruht. [...] Bei der Gewichtung des Belangs im Rahmen des § 35 Abs. 1 BBauG ist jedoch von Bedeutung, dass einer solchen Darstellung in Bezug auf die von Abgrabungen ausgeschlossenen Flächen notwendigerweise **eine globalere Abwägung** zugrunde liegt als einer Darstellung, die - nur positiv - einer einzelnen Fläche standortbezogen eine bestimmte Nutzung zuweist; denn die Gemeinde wird nicht für jede Fläche im Außenbereich, die Kies- und Sandvorkommen aufweist, abwägen können, ob die städtebaulichen Gründe so stark sind, um auch hier im Hinblick auf die Abgrabungskonzentration an anderer Stelle den Abbau zu verhindern. Das macht die **planerische Abwägung** nicht fehlerhaft; denn der Flächennutzungsplan hat gerade keine **rechtssatzmäßige Wirkung**, sondern konkretisiert allenfalls öf-

fentliche Belange, die sich nur nach Maßgabe einer noch gebotenen **Gewichtung** im Einzelfall durchsetzen können. Auf der anderen Seite hat der notwendigerweise eher **globale Charakter** der negativen Seite einer "Abgrabungskonzentrationsfläche" Bedeutung für das **Gewicht** und die **Durchsetzungsfähigkeit** als öffentlicher Belang. Eine solche Darstellung hat mit ihrer negativen Seite der Tendenz nach im Allgemeinen **geringeres Gewicht** und **geringere Durchsetzungskraft** als dies eine positive standortbezogene Darstellung hat. Die besonderen Umstände des Einzelfalls haben eher eine **Chance**, sich gegenüber dem in gewisser Weise nur global gewichteten öffentlichen Belang durchzusetzen; denn sie haben bei der Konkretisierung des öffentlichen Belangs im Flächennutzungsplan eine **geringere Rolle** gespielt als dies im Allgemeinen bei einer positiven standortbezogenen Darstellung der Fall ist."

Alle Parameter stehen nicht beziehungslos neben-, sondern in Wechselwirkung zueinander. Fehlt die rechtssatzmäßige Wirkung einer Belangfestlegung, wirken sich Abwägungsdefizite nicht als Abwägungsfehler aus; umgekehrt bedeutet die rechtssatzmäßige Wirkung, dass ein Abwägungsdefizit - wie stets - zur Nichtigkeit einer Belangfestlegung führt. Synonym kann für die rechtssatzmäßige Wirkung auch der Begriff der Verbindlichkeit in der Vorhabenzulassung gewählt werden. Nichts anderes hat das Bundesverwaltungsgericht gemeint.

Sind Belange Ergebnis globaler Erwägungen, mindert dies ihr Gewicht und ihre Durchsetzungskraft in der Abwägung; umgekehrt sind detailliert abgewogene Belange von hohem Gewicht und hoher Durchsetzungskraft.

Dieses vom Bundesverwaltungsgericht aufgezeigte System hat der Bundesgesetzgeber mit dem BauROG 1998 in das Bauplanungsrecht integrieren und fortentwickeln wollen.

Ausführlich Lüers, ZfBR 1996, 297 ff.; siehe auch die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau zum Entwurf des Bau- und Raumordnungsgesetzes der Bundesregierung vom 19.06.1996, BT-DrS. 13/4978, Seite 7.

Er hat es mit Blick auf das Bedürfnis zur großräumigen Steuerung privilegierter Vorhaben, vor allem von Windkraftanlagen, nicht nur - deklaratorisch - übernehmen, sondern auch ausbauen wollen. Ziel war, den Trägern der Raum und Flächennutzungsplanung die Möglichkeit zu geben, bereits auf ihrer Planungs-

stufe die Verwirklichung privilegierter Vorhaben mit bodenrechtlicher Wirkung zu steuern bzw. die gesetzliche Privilegierung des § 35 Abs. 1 BauGB durch einen planerischen Akt rückgängig zu machen ("Entprivilegierung").

Der Gesetzgeber entschied sich dafür, einen der Parameter im oben skizzierten System zu verändern, nämlich das Gewicht der negativen Seite einer Ausweisung an anderer Stelle. Ihm räumt er in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB den Stellenwert eines entgegenstehenden Belangs ein und geht damit über die Aussage des Bundesverwaltungsgerichts von 1987, eine solche sei überhaupt ein ~~B~~-lang, hinaus.

Da die einzelnen Parameter - wie gezeigt - nicht beziehungslos nebeneinander stehen, wirkt sich die Steigerung des Gewichts auch auf die anderen aus. Dies bedeutet zunächst, dass dem gestiegenen Gewicht **gesteigerte Anforderungen** an die Rechtfertigung des Belangs folgen. Denn Gewicht und Rechtfertigung eines Belangs stehen in untrennbarem Zusammenhang. Dies bedeutet, dass die negative Seite einer Ausweisung an anderer Stelle nicht auf globale Erwägungen gestützt werden kann, sondern nur auf eine detaillierte Abwägung, wenn die Regelvermutung greifen soll.

Schwieriger darzustellen ist der Einfluss der gesetzgeberischen Entscheidung auf die rechtssatzmäßige Wirkung der Belangfestlegung. Zum einen hat ein Raumordnungsziel ohnehin schon **Rechtsnormqualität**.

Eingehend Kment, Rechtsschutz im Hinblick auf Raumordnungspläne (2002), Seite 10 ff., 83 ff., 447 ff.; ders., UPR 2002, 428 [431]; ders. NuR 2003, 69 f.; ders. in Jarass (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in der Raumordnung, 2002, Seite 63 [72 ff.].

Vgl. VerfGH NW, NVwZ 1990, 456; VerfGH NW, NVwZ-RR 1993, 542; vgl. auch Redeker, in: Erbguth et al. (Hrsg.), Planung - FS Hoppe (2000), Seite 329 [331].

Daraus ist zum einen zu folgern, dass sich die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts von 1987 jedenfalls **nicht** zur Begründung der Auffassung der Globalabwägung bei Ausweisungen an anderer Stelle in **Raumordnungsplänen** anführen lässt.

Soweit es den **Flächennutzungsplan** betrifft, bleibt es (nur) scheinbar dabei, dass seine Darstellungen grundsätzlich keine rechtssatzmäßige Wirkung haben. Die relative Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB soll ihnen objektiv aber rechtssatzmäßige Wirkung bzw. Beachtlichkeit in der Vorhabenzulassung vermitteln (Inkorporation). Daraus folgt, dass die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch insoweit nicht mehr unmittelbar auf die negative Seite von Darstellungen im Flächennutzungsplan angewandt werden kann. Ein Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung in Bezug auf die Anforderungen an Konzentrationsfestlegungen in Flächennutzungsplänen ist daher unausweichlich. **Der Bundesgesetzgeber hat das Gewicht des Belangs normativ aufgewertet und damit zugleich die Anforderungen an seine Abwägung gesteigert.** Dies wird sich in der zukünftigen Rechtsprechung zu Flächennutzungsplänen mit Konzentrationszonen im Außenbereich niederschlagen müssen.

Es bleibt demnach zu klären, wann § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einer Darstellung im Flächennutzungsplan die rechtssatzmäßige Wirkung vermittelt. Klar ist, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB selbst verfassungswidrig wäre, wenn er jeder negativen Seite einer Ausweisung an anderer Stelle im **Flächennutzungsplan** den Rang eines öffentlichen Belangs mit hohem Gewicht und hoher Durchsetzungskraft verleihen würde, also auch dann, wenn seinem Zustandekommen eine lediglich globale Abwägung zugrunde liegt. Denn dann wäre die Belangfestlegung abwägungsfehlerhaft und sie wäre als Norm - egal ob von vornherein mit Rechtssatzqualität ausgestattet oder nur qua vermittelter rechtssatzmäßiger Wirkung - nichtig. **Daraus folgt, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einem Flächennutzungsplan nur dann die rechtssatzmäßige Wirkung vermitteln kann, wenn die Abwägung dem gesetzgeberisch gesteigerten Gewicht und der Durchsetzungskraft entspricht, also detailliert abgewogen wurde.**

Das sieht auch das einschlägige Schrifttum so:

Redeker, in: Erbguth et al. (Hrsg.), Planung - FS Hoppe (2000), Seite 329 [340]:

"Die seinerzeitigen Überlegungen des **Bundesverwaltungsgerichts** in den Urteilen vom 20.01.1984 sind nachzuvollziehen und grundsätzlich zu akzeptieren. Nur bedeutet dies, dass nun auch im Außenbereich punktuelle, für das Einzelvorhaben bestimmende und ausweisende Regelungen erfolgen. Sie setzen aber, gleich in welcher Planungsstufe sie erfolgen, eine umfassende verfahrensrechtlich und inhaltlich einwandfreie Abwägung voraus. **Wenn der Gesetzgeber sich entschlossen hat, hierfür die Rechtsinstitute des Raumordnungsplanes und des Flächennutzungsplanes zu benutzen, obwohl sie ihrem Herkommen nach keine Außenwirkung haben, so kann er sich diesen Konsequenzen nicht entziehen [...]. Denn das Verfassungsgebot der gerechten Abwägung unter Einbeziehung privater Interessen führt notwendig zu entsprechenden Bindungen und ihren Kontrollen.**"

3.8 Schlussfolgerungen zur Rechtsprechungsübersicht

Aus der obigen Darstellung lassen sich einige allgemeine Schlussfolgerungen für die Behandlung von Vorhaben im "Spannungsfeld" von Raumordnung und Vorhabenzulassung unter dem Regime des § 35 Abs. 3 **Satz 3** BauGB ziehen.

3.8.1 Zur Auslegung der Regelvermutung

Schwierigkeiten bereitet einigen Gerichten, dass der Gesetzgeber in Satz 3 des § 35 Abs. 3 BauGB 1998 eine Formulierung verwendet hat, die auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis hinsichtlich des einem privilegierten Vorhaben im Außenbereich entgegenstehenden öffentlichen Belanges abzielt, soweit unter anderem als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung von Flächen für privilegierte Vorhaben an anderer Stelle erfolgt ist.

Die Rechtsprechung hat sich durch diese Regelungstechnik teilweise dazu verleiten lassen, die Regelvermutung **sowohl** auf das Vorliegen der Ausschlusswirkung **als auch** das Entgegenstehen öffentlicher Belange zu beziehen.

3.8.1.1 Bezugspunkt Ausschlusswirkung

Ist die Regelvermutung - wie der 8. und 10. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster fälschlicherweise meinen - auf die ausschließende Wirkung allein einer Darstellung durch Ausweisung an anderer Stelle bezogen, müsste der Rechtsanwender generell davon ausgehen, der Autor des Regionalplans habe

seiner Darstellung an anderer Stelle Ausschlusswirkung beigemessen, auch wenn dies gar nicht der Fall ist. Die Vermutung spräche dafür, dass solche Darstellungen "in der Regel" auch die gesamtäumlichen Ausschlusswirkungen (im Sinne von §7 Abs. 4 Satz 2 ROG) entfalten sollen. Eine Überprüfung, ob der Plangeber im Hinblick auf die Ausschlusswirkung die privaten Belange der Betroffenen in räumlich-konkreter Hinsicht in seine Abwägung eingestellt hat, ob dafür eine landesplanerische Befugnis existiert und inwieweit die privaten Belange ermittelt wurden, wäre damit entbehrlich.

An einem Beispielsfall zeigt sich, dass dies der falsche Bezugspunkt für die Regelvermutung ist. Der Ausnahmefall bestünde nämlich darin, dass der Planautor in Wirklichkeit trotz der Darstellung als Ziel diese Ausschlusswirkung nicht beabsichtigt hat, sondern die Entscheidung offen lassen wollte.

Vgl. zu einer solchen Konstellation eines Regionalplans OVG Koblenz, Urteil vom 20.02.2002, Az.: 8 A 11089/01, DVBl. 2002, A 120 (Heft 4) = RechtsCentrum.de.

Die Auffassung des 8. und 10. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster liefe letztlich darauf hinaus, dass der Plangeber selbst keine Ausschlusswirkung anordnen müsste und demzufolge die Darstellung zum Beispiel von Abgabebereichen ohne jeglichen Steuerungswillen und ohne jede Abwägung der Belange der dadurch Betroffenen einem privilegierten Vorhaben im Außenbereich als beachtliches Ziel entgegengehalten werden könnte.

Die Frage der Ausschlusswirkung ist einer Regel-Ausnahme-Betrachtung nicht zugänglich, weil sie eine Entscheidungsfrage ist: Es gibt als Antwort auf die Frage nach der Ausschlusswirkung nur ein "Ja" oder ein "Nein". Deshalb muss die Ausschlusswirkung im Ziel selbst festgelegt sein, denn ohne eine solche Festlegung entfaltet die bloße Darstellung an anderer Stelle keine Ausschlusswirkung.

3.8.1.2 Bezugspunkt öffentliche Belange

Wird die Regelvermutung - entgegen der Auffassung des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster richtigerweise - auf das **Entgegenstehen öffentlicher Belange** bezogen, ergeben sich solche Deutungsschwierigkeiten nicht,

vgl. Anders/Collisy/Jankowski, Zulässigkeit von Abgrabungen, Tübingen 2001, Seite 127 ff.;
Rühl, UPR 2001, 413 [414];
Schmidt, DVBl. 1998, 669 [675].

Die meisten veröffentlichten Entscheidungen zu § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB 1998 gehen - wie oben aufgezeigt - davon aus, dass die Ausschlusswirkung Bestandteil des Zieles sein muss und nur dann bei Abweichung des konkreten Vorhabens diesem regelmäßig öffentliche Belange entgegenstehen.

Der Gesetzgeber wollte zum Ausdruck bringen, dass nicht nur öffentliche Planungsträger Adressaten eines raumordnungsrechtlichen Ziels sind, sondern auch in der individuellen baurechtlichen Vorhabenzulassung öffentliche Belange in der Regel entgegenstehen, wenn raumordnungsrechtliche Darstellungen Zielqualität mit Ausschlusswirkung haben.

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB "übersetzt" sozusagen die zielförmigen Maßgaben des Raumordnungsrechts in die Terminologie des Bodenrechts und koordiniert so die ursprünglich von unterschiedlichen Leitvorstellungen getragenen Rechtsmaterien. Dabei handelt es sich um eine unechte Raumordnungsklausel, weil im Hinblick auf Konzentrationszonen bereits der Wortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (Regel/Ausnahme) den Zielen der Raumordnung im Recht der Vorhabenzulassung gerade keinen strikten Geltungsanspruch vermitteln soll. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber damit die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Auskiesungskonzentrationszonen in Flächennutzungsplänen in Gesetzesform übernehmen wollte. Diese Rechtsprechung basierte gerade darauf, dass die Verhältnismäßigkeit im Wege einer so genannten nachvollziehenden Abwägung gerichtlich voll überprüfbar ist.

Die Ausschlusswirkung eines Ziels im Sinne von § 3 Nr. 2 ROG führt in der Vorstellung des Gesetzgebers "in der Regel" auch zu dem Ergebnis, dass eine solche **raumordnerisch motivierte zielförmige Ausschlusswirkung** zugleich **bodenrechtlich** ein Entgegenstehen öffentlicher Belange bedeutet. Raumordnungs- und bodenrechtliche Wertung decken sich aus Sicht des Gesetzgebers in der Regel. Die gesetzgeberische Vermutung besteht darin, dass ein Ziel der Raumordnung regelmäßig auch vor Art. 14 Abs. 1 GG Bestand hat, zugleich also als bodenrechtliche Regelung Geltung beanspruchen darf. Dann - und nur dann - rechtfertigt sich auch, einer solchen raumordnungsrechtlichen Darstellung über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB **bodenrechtliche Wirkung** zu vermitteln, ihr in anderen Worten einen Platz im Entscheidungsprogramm der Vorhabenzulassung nach § 35 BauGB einzuräumen.

Diese gesetzliche Regelvermutung lässt sich aber nur rechtfertigen, weil Ziele der Raumordnung **landesplanerisch abschließend im Sinne von § 3 Nr. 2 ROG abgewogen sein müssen**. Nichts ist dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die in § 3 Nr. 2 ROG aufgestellten Anforderungen gerade für das Bodenrecht abschwächen oder relativieren wollte.

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist lediglich eine Kollisionsnorm, die unterschiedliche Ergebnisse der Anwendung zweier Rechtsmaterien vermeiden soll. Deswegen ist der Ansatz der Auffassung der Globalabwägung falsch, die davon ausgeht, § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB verschmelze beide Rechtsmaterien miteinander.

Zu beantworten ist im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB also die Frage, ob sich die raumordnerische Ausschlussmotivation gegenüber dem bodenrechtlich geformten Individualanspruch des Bauherrn durchzusetzen vermag. Ausnahmefälle betreffen dann - und nur dann - konsequenterweise nur noch atypische Konstellationen. Der Gesetzgeber hat offensichtlich an Fälle gedacht, in denen der raumordnerisch motivierte Ausschluss bodenrechtlich im atypischen Einzelfall - das heißt in Ansehung des Individualanspruchs aus Art. 14 Abs. 1 GG - nicht zu rechtfertigen ist.

3.8.2 Die Rechtsprechung und die Reichweite der "Ausnahme"

Den unterschiedlichen Ansätzen zur Abwägungsdichte bei der Darstellung von Abgrabungskonzentrationszonen als Ziel der Raumordnung folgt auch die voneinander abweichende Beurteilung der Ausnahme im Rahmen der Regelvermutung. Wie aufgezeigt, nähert sich bei den Vertretern der Auffassung der Detailabwägung die Auslegung der Ausnahme als Anknüpfungspunkt für eine nachvollziehende Abwägung eher der Regelung in § 31 BauGB, die für vom Plangeber zulässigerweise unberücksichtigt gelassene atypische Fälle die Möglichkeit einer Durchbrechung eröffnet. Die Durchbrechung der Regelvermutung kommt damit systematisch eher selten in Betracht.

Die der Auffassung der Globalabwägung zuzuordnenden Gerichte müssten hingegen konsequenterweise von der Regelwirkung viel eher eine Ausnahme zulassen, als die der Detailabwägung zuzuordnenden Gerichte, weil die Ausnahme ihnen dazu dient, Defizite bei der globaleren Abwägung bis hin zum Abwägungsausfall hinsichtlich einzelner Flächen in der Regionalplanung "nachvollziehend" auszugleichen.

In der Praxis der Rechtsprechung des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster tritt demgegenüber aber ein **krasses Missverhältnis von gelockerten Abwägungsanforderungen einerseits und verschärften Ausnahmeveraussetzungen andererseits auf** (siehe oben unter Ziffer 3.7.2.4), wenn zusätzlich sogar die - bei der gewählten Deutung der Regelvermutung als Auffangnorm für missglückte oder unvollständige Zielabwägungen - dogmatisch völlig verfehlt "Atypik des Einzelfalls" gefordert wird. Es ist höchst widersprüchlich, bei der Festlegung von Zielen *globale* Gesichtspunkte ausreichen und die dabei entstehenden *Abwägungs-* und *Plandefizite* im Blick auf spätere 'Korrekturmöglichkeiten' in der Vorhabenzulassung - Ausnahme von der Regelwirkung - unbeanstandet zu lassen, dann aber dort Maßstäbe heranzuziehen, die für die Befreiung von *abschließend abgewogenem* Planrecht entwickelt worden sind. In diese - falsche - Richtung ging auch der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts Koblenz. Einzig der 7. Senat des Oberverwaltungsgerichts

Münster formuliert insoweit plausibel, weil nur er überhaupt auf die Anforderungen an eine Ausnahme im konkreten Fall eingeht.

3.8.3 Kein Zwang zur flächendeckenden parzellenscharfen Raumplanung

Der Auffassung der Globalabwägung liegt die Überlegung zugrunde, dass die Abwägung auf der GEP-Ebene **rein tatsächlich** eigentlich nur global und nicht parzellenscharf erfolgen kann. Dafür spricht, dass die Raumordnung **grundsätzlich** auf grobmaschige Darstellungen ohne Anspruch auf Letztverbindlichkeit angelegt ist, weil sie prinzipiell den Rahmen für hierarchisch nachgeordnete Planungsebenen schafft und sich nicht unmittelbar an die Planungsbetroffenen wendet.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 = UPR 2002, 33 = BauR 2002, 41 = NuR 2002, 49 = ZfBR 2002, 65.

Trifft dies zu und ist es nicht (oder allenfalls unter großem planerischen Aufwand) möglich, für jede Fläche eines regionalen Planungsraums eine letztgültig abgewogene Entscheidung zu treffen, so ist dies als Charakteristikum der Regionalplanung hinzunehmen und keine rechtliche Katastrophe. Denn der Gesetzgeber hat im unbeplanten Außenbereich ohnehin nur privilegierte Vorhaben für zulassungsfähig erklärt, die volkswirtschaftlich grundsätzlich unverzichtbar sind und überdies die dem Außenbereich zugewiesenen Funktionen nicht mehr als notwendig beeinträchtigen. Auch ohne raumordnerische Steuerung wird der Außenbereich damit nicht einseitig zu Gunsten privilegierter Vorhaben einfach preisgegeben.

Das "Zwangsläufigkeitspostulat" der Auffassung der Globalabwägung leidet daran, dass nicht nur diese - angebliche - Zwangsläufigkeit globaler Erwägungen ein Charakteristikum der Konzentrationsproblematik ist. So ist auch die gesamträumliche Ausschlusswirkung der negativen Seite einer qualifizierten Ausweisung an anderer Stelle **zwangsläufig parzellenscharf**, weil sie **jede au-
ßergebietliche Grundstücksfläche** grenzscharf erfasst. Während die - angeblich - zwangsläufig nur global zu leistende Abwägung eine Tatsachenfrage ist, bedeutet die Parzellenschärfe der negativen Seite einer Ausweisung einen

zwangsläufigen Rechtsverlust auf Seiten der Planbetroffenen. Diese Überlegung zeigt, dass die Auffassung der Globalabwägung schon mit ihrer Ausgangsposition in eine fatale Schieflage geraten ist, weil sie aus mehreren Zwangsläufigkeiten die eine herausgreift und die andere negiert.

Sieht der Plangeber darüber hinaus einen Steuerungsbedarf auf der Ebene der Raumordnung mit dem Anspruch, bereits dort letztverbindliche Entscheidungen über Vorhabensstandorte mit Raumbedeutsamkeit zu treffen, muss er selbst die "Abwägungsarbeit" leisten, die etwa im Rahmen der nachgeordneten Bauleitplanung oder Fachplanung obligatorisch ist. Auch wenn die Darstellungen eines Gebietsentwicklungsplans mangels einer echten Raumordnungsklausel im BauGB **bodenrechtliche Wirkung nicht automatisch beanspruchen** können, dann rechtfertigt dies nicht ein Absehen vom rechtlich - aus verfassungsrechtlichen Gründen für alle bodenrechtlichen Regelungen - geltenden Erfordernis einer **abschließenden und konkreten Abwägung aller betroffenen Belange bereits auf der Ebene der Raumordnung**.

Diesen Weg scheint aber die eine Globalabwägung bei der Zieldarstellung tolerierende Rechtsprechung **aus "Mitleid" für den Träger einer bis in die Parzellenschärfe gehenden Regionalplanung** gehen zu wollen. Dabei hat diese sicherlich fürsorglich gemeinte "Nachsicht" nicht nur direkte und nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe auf Seiten der betroffenen Grundeigentümer zur Folge, sondern ist auch systematisch völlig verfehlt: Jedem Träger der Regionalplanung steht es im Ausgangspunkt völlig frei, zum **"scharfen Schwert" der gesamträumlichen Ausschlusswirkung** zu greifen und sich damit in das Kerngeschäft der Träger der Bauleitplanung vorzuwagen.

Vgl. Stürer, UPR 2002, 333 [336].

Wenn er aber meint, das Instrument des Gebietsentwicklungsplans zur detail-scharfen Regelung mit bodenrechtlicher Wirkung einsetzen zu müssen, darf er sich nicht darauf berufen, anders als der Plangeber eines Fach- oder Bebauungsplans nicht deren großem Planungsaufwand, sondern nur globaleren Maßstäben unterworfen zu sein. Dann muss er eben - wie der 20. Senat des Ober-

verwaltungsgerichts Münster zutreffend anmerkt - den Abwägungsaufwand tatsächlich und vollumfänglich leisten und darf die Konfliktschlichtung im konkreten Einzelfall nicht der Vorhabenzulassung überlassen und die Betroffenen mangels Kalkulierbarkeit des Ergebnisses in unzumutbare gerichtliche Auseinandersetzungen treiben. Kann oder will er diesen - unter Umständen zweifellos großen - Aufwand nicht betreiben, hat der Träger der Regionalplanung von entsprechenden parzellenscharfen letztverbindlichen Festlegungen abzusehen. **Das Raumordnungsrecht zwingt keinen Träger der Regionalplanung dazu, Regionalpläne als Instrument zur bodenrechtlich detailscharfen Steuerung zu nutzen, wo er den Anforderungen an bodenrechtliche Regelungen aus tatsächlichen Gründen nicht zu genügen vermag.**

An dieser Stelle ist anzumerken, dass die Befürchtungen, der Abwägungsaufwand sei nicht mehr zu leisten, tatsächlich unbegründet sind. So wird aus dem Land Hessen, das eine Öffentlichkeitsbeteiligung bereits 1970 eingeführt hat, aus der 30jährigen Praxis der Raumordnungsbehörden berichtet, dass der Aufwand für die Durchführung und Auswertung einer öffentlichen Auslegung insbesondere mit EDV-Unterstützung vertretbar zu bewältigen sei.

Orth in Jarass (Hrsg.), Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz in der Raumordnung, 2002, Seite 29 [37, 40 f.]; ders., zit. nach Heemeyer, NVWZ 2003, 186 [186].

Deswegen ist jede Nachsicht mit dem Plangeber in Richtung einer für zulässig erklärten Globalabwägung ein Ausdruck **falsch verstandener** Fürsorge gegenüber dem mit materiellrechtlichen Regelungen in Grundrechte eingreifenden Staat. Wenn das Grundstückseigentum seine Ausgestaltung im Rahmen der Gesetze auch durch Ziele der Raumordnung erfährt, dann steht die Einhaltung der insoweit geltenden gesetzlichen Vorschriften, insbesondere des § 3 Nr. 2 ROG, nicht zur Disposition des Plangebers oder der Rechtsprechung. Die Rechtsprechung, die der Auffassung der Globalabwägung zuzurechnen ist, versucht letztlich, Geltungshindernisse auszuräumen, die sich aus den Anforderungen des § 3 Nr. 2 i.V.m. § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG ergeben und deren Bewältigung der Träger der Regionalplanung aber **völlig freiwillig** auf sich genommen hat.

Selbst wenn der regionalplanerische Wille zur großräumigen Steuerung vorhanden sein mag -

und dafür sprechen die Ausführungen im Schrifttum bei Hoppe, DVBl. 2001, 81 [85 f.]:

"Die sich bisweilen ohnehin in einer nicht so starken Position wählende Raumordnung fürchtet, dass die in Grundsätzen der Raumordnung zum Ausdruck gebrachten Belange von den Adressaten der Grundsätze leicht "weggewogen" und damit überwunden werden können und dass die Raumordnungspläne deswegen eine größere Steuerungskraft durch Ziele der Raumordnung entfalten könnten."

Vgl. auch Bartlsperger in ARL (Hrsg.), Novellierung des Landesplanungsrechts, Nr. 266 (2000), Seite 119 [121, 137, 141] -,

darf dies keinesfalls von den gesetzlichen Anforderungen etwa des §3 Nr. 2 i.V.m § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG, die Art. 14 Abs. 1 GG für Grundrechtseingriffe ins Eigentum postuliert, entbinden.

Diese Überlegungen lassen die deutlich formulierte Skepsis des 20. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster gegenüber der Zulässigkeit einer Globalabwägung ohne weiteres nachvollziehen,

OVG Münster, Urteil vom 01.10.2002, Az.: 20 A 1945/99, n. v., Urteilsab-schrift, Seite 84 ff.:

"**Selbst wenn** im Anschluss daran eine solche vergrößernde Betrachtung auch bei der Festlegung einer als Ziel der Raumordnung strikt zu beachtenden Abgrabungskonzentrationszone **für abwägungsfehlerfrei möglich gehalten wird**, [...]."

3.8.4 Abhängigkeit der Abwägungsgenauigkeit vom Regelungsanspruch des Raumordnungsziels

Dass sich die Abwägungsgenauigkeit nach der Eingriffsintensität zu richten hat, ist im Grunde eine Selbstverständlichkeit, die bereits zu Beginn der 80er-Jahre in verfassungsrechtlichem Zusammenhang und in Ansehung nicht so weit reichender Bindungswirkungen deutlich formuliert worden ist.

Schmidt-Abmann, DÖV 1981, 237 [238]:

"Für die [...] angedeutete Entwicklung [gemeint ist die Entwicklung zur Außenwirkung landesplanerischer Festlegungen] lassen sich eine Reihe

vernünftiger Gründe anführen. Nicht übersehen werden darf jedoch, dass sich dadurch auch die **rechtsstaatlichen Anforderungen an die ursprünglich für den verwaltungseigenen Bereich konzipierten landesplanerischen Aussagen ändern und denjenigen Maßstäben annähern, die das Verwaltungsrecht an staatliche Entscheidungen zu stellen gewohnt ist, die für die Einzelnen Verbindlichkeit beanspruchen**. Hier bestehen **Zwangsläufigkeiten** der Verfassungsentwicklung, über die man sich als effizienzbewusster Planer klar sein sollte, wenn man die Schaffung oder Erstreckung von Raumordnungsklauseln fordert. [...]

Manchem Planer will eine solche rechtswissenschaftliche Durchleuchtung zuweilen eher als Hemmnis denn als Hilfe erscheinen. Das ist jedoch unrichtig. Die Rechtswissenschaft stellt nicht heteronome, planungsfremde Maßstäbe auf, sondern dient, indem sie auf Klarheit, Übersichtlichkeit und Ausgewogenheit planerischen Entscheidens achtet, der Akzeptanz, Stabilität und damit letztlich auch der Effektivität administrativen Planens. **Dabei gilt: Je stärker der Steuerungsanspruch und die Verbindlichkeit eines Planes ausgeprägt sind, desto stärker greifen auch die rechtlichen Kontrollmechanismen** — je mehr sich Regionalplanung auf Beratung, freiwillige Koordination und die Vorgabe von Orientierungspunkten beschränkt, desto zurückhaltender können auch die rechtlichen Anforderungen formuliert werden. Diese Relationen sollten beachtet werden!"

Je stärker der Träger der Raumordnung ein Ziel mit Verbindlichkeitsanspruch ausstattet, umso intensiver sind die rechtsstaatlichen, insbesondere grundrechtlichen Anforderungen zu beachten und umso stärker greifen folglich die rechtlichen Kontrollmechanismen.

Hierbei ist nochmals hervorzuheben, dass der Träger der Raumordnung in den hier untersuchten Fällen seine Planungskompetenz nicht dadurch ausübt, dass er auf seiner Ebene die Steuerung grob vornimmt und die Feinsteuerung den nachfolgenden Planungsstufen überlässt. Es ist gerade sein erklärtes Ziel, die Steuerung auf der eigenen Ebene letztverbindlich vorzunehmen und sie nicht den nachgeordneten Planungsebenen zur Feinsteuerung zu überlassen. Er wagt sich mit seinen auf absolute Verbindlichkeit hin formulierten Zielen in das Planungsterrain eines anderen Planungsträgers vor.

3.8.5 Unzulässige Verlagerung der Abwägung in die Vorhabenzulassung

Nach dem Vorhergesagten tritt die Regelwirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zutreffend nur dann mit der Folge ein, dass dem Vorhaben öffentliche Belange

entgegenstehen, wenn der Darstellung einer Konzentrationszone mit negativer gesamträumlicher Ausschlusswirkung eine Abwägung zugrunde liegt, die auch bodenrechtlichen Abwägungserfordernissen entspricht, also detailscharf für jede einzelne Fläche die Letztentscheidung beansprucht.

Dann bleibt im Rahmen der Vorhabenzulassung bei Nichtübereinstimmung mit dem Ziel für die Prüfung der Ausnahmen von der Regelwirkung konsequenterweise lediglich die Frage nach vom Plangeber zulässigerweise nicht berücksichtigten einzelfallbezogenen atypischen Konstellationen nach dem Maßstab des § 31 BauGB (Befreiung) übrig.

Wer demgegenüber aus der globalen Perspektive der Regionalplanung - bei klar gesetzeswidrig (siehe § 3 Abs. 2 ROG) relativierten Abwägungsanforderungen - das regelmäßige Entgegenstehen öffentlicher Belange bejaht, sieht sich spätestens auf der Ebene des Bodenrechts komplizierten Ausnahmeerwägungen gegenüber, um doch noch ein Ergebnis zu erzielen, das mit Art. 14 Abs. 1 GG in Einklang steht. Jede Auffassung, die keine abschließende Abwägung verlangt, müsste sie konsequenterweise im Rahmen der Ausnahmeentscheidung **vollumfänglich nachholen oder erstmals vornehmen**. Dabei würde es keinesfalls ausreichen, mit dem 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster die Voraussetzungen mit selbstverständlichen Charakteristika eines Außenbereichsvorhabens zu verneinen (siehe oben unter Ziffer 3.7.2.4).

Dagegen spricht zum einen die fehlende Praktikabilität. Denn die Genehmigungsbehörde wäre bei diesem Ansatz gezwungen, auf der Ebene der Vorhabenzulassung klar formulierte Ziele gegebenenfalls zu relativieren und sich damit einer Verwerfungskompetenz gegenüber Planungen hierarchisch übergeordneter Träger zu berühren. Erfahrungsgemäß führt dies zur Verlagerung der Entscheidung auf die Rechtsprechung und treibt damit die Betroffenen in kostspielige und zeitaufwändige Prozesse. Weiter spricht zum anderen dagegen, dass die **Vorhabenzulassung**, die nur im Rahmen einer gebundenen Entscheidung erfolgt, demzufolge **planerische Entscheidungen voraussetzt und nicht erst konstituiert**. Schließlich ist es der Genehmigungsbehörde schon aus kompetenzrechtlichen Gründen untersagt, originäre planerische Ent-

scheidungen im Hinblick auf die auf der Ebene der Raumordnung unterbliebene parzellenscharfe Abwägung zu treffen, die allein dem Träger der Regionalplanung vorbehalten sind.

3.8.6 Zur Funktionsweise des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

Abschließend lässt sich die Funktionsweise des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB darlegen. Grundsätzlich bestehen zwei Möglichkeiten.

3.8.6.1 Relative Inkorporation

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann die Aufgabe haben, nur solche Ziele der Raumordnung, über die eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt, in das Bodenrecht zu inkorporieren

- zur Terminologie BVerwG, Urteil vom 19.07.2001, Az.: 4 C 4.00, DVBl. 2001, 1855 [1857] -,

die auch vor bodenrechtlichen Maßstäben Bestand haben können (**relative Inkorporation**).

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfüllt - bildhaft ausgedrückt - die Funktion einer gegenüber den Zielen der Raumordnung geschlossenen Schranke, die sich nur für Ziele öffnet, die im Sinne von § 3 Nr. 2 ROG abschließend **und** je nach Verbindlichkeitsanspruch detailliert abgewogen worden sind.

Handelt es sich um ein Ziel, das eine bestimmte Nutzung gesamtträumlich ausschließt, bedeutet dies, dass sich die Schranke nur öffnet, wenn die Regelung den Nutzungskonflikt abschließend löst und auch als Norm des Bodenrechts vor Art. 14 Abs. 1 GG Bestand hat. Ist dies nicht der Fall, genügt die Zielfestlegung gemessen an ihrem Regelungsanspruch also nicht bodenrechtlichen Maßstäben, und würde § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ihr dennoch Bindungswirkung vermitteln, verstieße auch § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gegen Art. 14 Abs. 1 GG, denn keine Norm kann ein nichtiges Ziel für anwendbar erklären. Ausnahmen enthalten nur die Normen der Planerhaltung. Es besteht in Ansehung der raumordnungsrecht-

lichen Planerhaltungsnorm des § 10 ROG kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine weitere Vorschrift zur Erhaltung von raumplanerischen Festlegungen schaffen wollte, um deren Defizite für das Bodenrecht zu beseitigen.

Rechtsfolge einer relativen Inkorporation ist, dass dem Ziel in der Regel das Gewicht eines dem Vorhaben entgegenstehenden Belangs zukommt. Diese Funktionsweise entspricht der Auffassung der Detailabwägung.

3.8.6.2 Absolute Inkorporation

Der Auffassung der Globalabwägung entspricht hingegen eine absolute Inkorporation, denn jede Darstellung, die als Raumordnungsziel deklariert ist, wird **unabhängig** davon ins Bodenrecht inkorporiert, ob sie einen Nutzungsauschluss auch aus bodenrechtlicher Sicht rechtfertigt. Um im vorerwähnten Bild zu bleiben, öffnet sich die Schranke für Darstellungen, die eine Ausweisung an anderer Stelle enthalten, auch dann, wenn sie wegen der Globalität ihrer Abwägung eigentlich - nämlich gemessen an den für bodenrechtliche Regelungen mit **rechtssatzmäßiger Wirkung** geltenden Maßstäben - **abwägungsfehlerhaft** sind.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 22.05.1987, Az.: 4 C 57/84, BVerwGE 77, 300 [307 f.].

Die Rechtsfolge tritt hier unmittelbar ein, das Raumordnungsziel steht dem Vorhaben in der Regel als öffentlicher Belang entgegen.

3.8.6.3 Stellungnahme

Allein die relative Inkorporation wird den Anforderungen der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG gerecht. Das lässt sich zum einen mit den oben gegen die Globalabwägung angeführten Argumenten belegen.

Zum anderen kommt hinzu, dass nur die Auffassung der Detailabwägung eine Antwort auf die Frage nach dem Sinn der Ausnahme von der Regelwirkung des

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB geben kann. Während die Globalabwägung die Ausnahmemöglichkeit im Grunde als Instrument einer in ihren Voraussetzungen völlig unscharfen "Quasi-Planerhaltung", als "Reparaturwerkzeug" für bodenrechtlich nicht hinreichend abgewogene Planungen begreifen muss, erfüllt sie für die Auffassung der Detailabwägung - folgerichtig - die Funktion der **Befreiungsregelungen** für atypische Fallgestaltungen. Solche atypischen Fälle musste der Träger der Regionalplanung selbst bei seiner typisierenden, aber detaillierten Abwägung nicht berücksichtigen.

Die Auffassung der Detailabwägung kann auch begründen, warum der Gesetzgeber eine dem § 31 Abs. 2 BauGB entsprechende Regelung in § 35 Abs. 3 BauGB geschaffen hat bzw. schaffen musste. Das **System der Planung** verlangt dort, wo ein Planungsträger **typisierend** plant, auch eine Regelung für **atypische** Fälle, damit auch diese Fälle von den das Recht anwendenden Behörden gelöst werden können. Diese Funktion, die für den Bebauungsplan § 31 Abs. 2 BauGB übernimmt, hat der Gesetzgeber - bei der partiellen Überplanung des Außenbereichs - § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zugewiesen.

Die Planung, für die § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine Befreiungsbestimmung zu enthalten hat, ist die **partielle Überplanung des Außenbereichs**. Wenn jede gesetzlich eingeräumte Möglichkeit zur Planung mit - sei es unmittelbar, sei es vermittelt - bodenrechtlicher Wirkung eine Befreiungsmöglichkeit fordert, so ist auch der "Planvorbehalt" des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB um eine entsprechende Regelung zu ergänzen. Da § 31 Abs. 2 BauGB nur für die Befreiung von Festsetzungen in Bebauungsplänen gilt, ist er auf die **partielle Überplanung des Außenbereichs**, also Fälle der (relativen) Inkorporation von Raumordnungszielen nicht anwendbar. **Infolgedessen musste der Gesetzgeber dem "Planvorbehalt" selbst eine Befreiungsvorschrift hinzufügen.**

Diese Lösung entspricht dem System der typisierenden Planung, die wegen ihrer Detailliertheit allein noch zu unbeabsichtigten Härten führen kann. Anders als die Auffassung der Globalabwägung muss nicht schon im Ausgangspunkt damit gerechnet werden, dass die Folgen eines **global überschießenden Steuerungs- und Planungswillens** des Trägers der Raumordnung später von

der rechtsanwendenden Behörde im Zulassungsverfahren um den Preis erheblicher **Rechtsunsicherheit** für alle Beteiligten korrigiert werden müssen.

In diesem Zusammenhang ist eine Stimme in der Literatur zu erwähnen, die bei Anwendbarkeit des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (siehe dazu oben unter Ziffer 1.3) in Fällen, in denen der Sache nach eine Befreiungsgestattung in Betracht kommt, die Bindung an Raumordnungsziele aus § 4 Abs. 1 ROG herleitet.

Kment, UPR 2002, 428 [430]:

"Daher entfalten die Planinhalte der Raumordnungspläne selbst in der Anwendungssituation des Befreiungstatbestands nach § 31 Abs. 2 BauGB ihre Geltung. Die an die Ziele der Raumordnung gebundene Zulassungsbehörde (§ 4 Abs. 1 ROG) kann sich nicht zu Gunsten des Bürgers der Befreiungsmöglichkeit des § 31 Abs. 2 BauGB bedienen, um von den Zielen der Raumordnung abzuweichen, sie muss vielmehr auch in diesem Bereich ihrer Zielbindung gerecht werden [...]. Die Ziele der Raumordnung entfalten somit auch im Rahmen des § 31 Abs. 2 BauGB ihre volle Wirkung [...]."

Träfe dies zu, so würde die § 4 Abs. 1 ROG zu entnehmende Zielbindung die Raumordnungsklausel gewissermaßen "überlagern"; es bestünde für Raumordnungsklauseln insgesamt kein Bedürfnis mehr. § 4 Abs. 1 ROG ist hingegen nichts für die Zielbindung gerade in den Fällen zu entnehmen, in denen erst eine fachrechtliche Raumordnungsklausel - insbesondere § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB - Zielen der Raumordnung Geltung bei der gebundenen Entscheidung über die Vorhabenzulassung vermittelt (als Beispiel: Trockenabgrabungen; siehe erneut oben unter Ziffer 1.3). Über die Bindung an die Ziele der Raumordnung entscheidet allein die jeweilige Raumordnungsklausel in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich. Das folgt aus § 4 Abs. 1 Nr. 2 ROG, der nur Planfeststellungsentscheidungen (bzw. Genehmigungen mit deren Wirkungen) erfasst. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist insoweit schon nicht anwendbar (siehe erneut oben unter Ziffer 1.3).

Im Übrigen kann die Geltung von Zielen der Raumordnung nicht bejaht werden, wenn eine Befreiungssituation vorliegt. Denn damit entfielen die den Grundsatz

der Verhältnismäßigkeit in besonderen Härtefällen wahrende Funktion der Befreiungsregelungen -

zur verfassungsrechtlichen Funktion siehe statt vieler BVerfG, 02.03.1999, Az.: 1 BvL 7/91, BVerfGE 100, 226 = UPR 1999, 346 = BauR 1999, 1158 = NuR 1999, 572 = DVBl. 1999, 1498 = BRS 62 Nr. 214 - DenkmalschutzG RP -

für Ziele der Raumordnung vollständig - und nicht nur dann, wenn diese in der Vorhabenzulassung zu beachten sind.

3.8.7 Prüfprogramm für die Vorhabenzulassung gemäß §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB

Nach Maßgabe der zutreffenden und von der überwiegenden Rechtsprechung praktizierten Auffassung der Detailabwägung als Voraussetzung der Zielqualität von Darstellungen in Gebietsentwicklungsplänen bestehen keine Besonderheiten bei der Prüfung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im Rahmen der Zulassung raumbedeutsamer Vorhaben:

- Voraussetzung ist ein **Ziel mit Ausschlusswirkung** im Sinne von § 3 Nr. 2 ROG. Die Zielqualität richtet sich nach § 3 Nr. 2 ROG und erfordert eine abschließende Abwägung auch der Belange des betroffenen Grundrechtsträgers. Dabei richtet sich die Abwägungsdichte nach dem Verbindlichkeitsanspruch, mit dem das Ziel auftritt. Eine höhere Verbindlichkeit als bei einer Konzentrationszone, die gesamtträumliche Ausschlusswirkung entfalten soll, ist nicht denkbar. Der Träger der Regionalplanung wagt hier - **freiwillig** - den Durchgriff ins Bodenrecht, wobei dahinstehen kann, ob der Durchgriff über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB oder § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ROG vermittelt wird. Deswegen ist in Konstellationen der vorliegenden Art eine vollumfänglich am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 GG auszurichtende Abwägung erforderlich, die darüber hinaus auch im Abwägungsvorgang den verfassungsrechtlichen Maßgaben, wie sie das Bundesverwaltungsgericht aufgestellt hat, entspricht.
- Bei Nichtübereinstimmung eines raumbedeutsamen Vorhabens mit einem nach den obigen Maßstäben qualifizierten Ziel stellt sich lediglich

die Frage, ob eine **atypische Konstellation** vorliegt, die von der Planungsentscheidung zulässigerweise nicht umfasst ist (analog § 31 Abs. 2 Nr. 3 BauGB).

3.8.8 Unzutreffende Terminologie

Die vorstehenden Ausführungen veranlassen noch eine Bemerkung zur verwendeten Terminologie. "Planvorbehalt" und "Darstellungsprivileg" sind Begriffe, die in fast keinem Beitrag fehlen, aber mit offenbar unterschiedlichen Bedeutungsgehalten verwendet werden.

Der Begriff des Darstellungsprivilegs wirft die Frage auf, wer von wem bzw. was durch was privilegiert wird. Oft finden sich in der aktuellen Diskussion eher diffuse Verwendungen, etwa bei

Wolf, ZUR 2002, 331 [33]:

"Über § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann die **Gemeinde** [...] die Konzentration von Windenergieanlagen an bestimmten Standorten in ihrem Gemeindegebiet positiv steuern. Das **ihr hiermit zugewiesene Darstellungsprivileg** konstituiert gleichzeitig eine Ausschlusswirkung für die privilegierte Zulassung von Anlagen an anderer Stelle.

Eindeutig ist dieser Formulierung zu entnehmen, dass nicht ein Vorhaben, sondern die Gemeinde als Autorin des Flächennutzungsplans privilegiert wird. Offen bleibt, gegenüber wem sie damit privilegiert ist, bzw. zu wessen Lasten die gemeindliche Privilegierung geht. Es ist Aufgabe der gemeindlichen Planung, als unterste Planungsebene die Nutzungen im Gemeindegebiet durch den Flächennutzungsplan zu programmieren und gegebenenfalls im Bebauungsplan festzusetzen. Auf der gemeindlichen Planungsebene kann es sich also nicht um die Privilegierung eines Planungsträgers gegenüber einem anderen handeln.

Das aber war mit der ursprünglichen Verwendung des normativ nicht verankerten Begriffs gemeint. 1984 fand er sich zum ersten Mal im Landesentwicklungsplan VI des Landes Nordrhein-Westfalen,

vgl. Landesentwicklungsplan VI, "Festlegung von Gebieten für flächenintensive Großvorhaben (einschließlich Standorte für die Energieerzeugung), die für die Wirtschaftsstruktur des Landes von besonderer Bedeutung sind" vom 08.11.1978, i. d. F. der Bekanntmachung vom 03.09.1984, MBl. S. 1572; ausführlich dazu Paßlick, Die Ziele der Raumordnung und Landesplanung, 1986, Seite 267 ff.

Wörtlich heißt es dort unter Ziffer 3. der textlichen Darstellungen:

"Der Landesentwicklungsplan enthält alle Gebiete für flächenintensive Großvorhaben mit einer Reservefläche von in der Regel mehr als 200 ha, die aufgrund planerischer Festlegungen der Raumordnung und Landesplanung ausschließlich für Neuansiedlungen oder wesentliche Erweiterungen von bestehenden Betrieben im Sinne der textlichen Darstellungen Nrn. 1 und 2 zu sichern sind; weitere Gebiete für flächenintensive Großvorhaben, die den genannten Kriterien entsprechen, **dürfen in Gebietsentwicklungsplänen nicht dargestellt werden**. Der Landesentwicklungsplan nimmt insoweit ein **Darstellungsprivileg** in Anspruch."

Die Landesplanung nahm sich auf der höchsten Planungsstufe das Recht, die Planungsträger der nachgeordneten Planungsstufen - Regionalplanung und gemeindliche Bauleitplanung - von bestimmten Darstellungen auszuschließen. Es ging also um die Privilegierung eines Planungsträgers (bzw. seines Planwerks) gegenüber dem- oder denjenigen Planungsträgern der nachfolgenden Planungsstufe. Der Begriff des Darstellungsprivilegs hat - wie vorstehend bereits gezeigt - bei der gemeindlichen Planung als letzter Planungsstufe keine Bedeutung.

Sein Gebrauch verleitet vor dem Hintergrund der Auffassung der Globalabwägung eher dazu, die Privilegierung eines Plangebers jeder Planungsstufe zur "schlichten" Darstellung anzuerkennen, wonach der Plangeber "Konzentrationszonen" darstellen darf, ohne sich einer vollständigen Abwägung unterziehen zu müssen. Dass dies vor der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keinen Bestand haben würde, ist offensichtlich und bedarf keiner Vertiefung.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 06.10.1989, Az.: 4 C 28.86, NVwZ 1991, 161 = UPR 1990, 30 = ZfBR 1990, 41 = NuR 1990, 79 = BRS 50 Nr. 98: "Keinesfalls könnte nämlich **allein die Darstellung** einer Fläche oder [...] aller dafür in Betracht kommenden Flächen als Fläche für die Landwirtschaft im Flächennutzungsplan schon aus sich heraus

genügen, um einem **Freihaltungsinteresse** der Gemeinde das **Gewicht** eines einem privilegierten Vorhaben **entgegenstehenden öffentlichen Belangs** zu verleihen. Vielmehr bedürfte es auch insoweit einer auf die **jeweiligen konkreten Verhältnisse** der Gemeinde abstellenden, die **einzelnen Flächen in den Blick nehmenden Betrachtung und Bewertung**; [...]".

Deswegen ist der Begriff des Darstellungsprivilegs - seinem Ursprung zufolge - auf das Recht zu beziehen, den nachgeordneten Planungsstufen die planerische Entscheidung über die Lösung eines Nutzungskonflikts zu entziehen und selber abschließend zu regeln.

Im Zusammenhang mit der von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB anerkannten Möglichkeit zur Entprivilegierung durch einen planerischen Akt hat der Begriff des Darstellungsprivilegs einen Bedeutungswandel vollzogen. Regionalplan und Flächennutzungsplan erhalten hier gegenüber der gesetzlichen Privilegierung aus § 35 Abs. 1 BauGB die Funktion eines Darstellungsprivilegs. Denn der Gesetzgeber kann mit § 35 Abs. 1 BauGB nur bestimmte Nutzungen privilegieren, ihnen im Außenbereich aber nicht planerisch einen konkreten Standort zuweisen. Dies ist ein Privileg des Raumordnungs- und Flächennutzungsplans.

4. Zusammenfassung

4.1 Untersuchungsgegenstand

Gegenstand der Untersuchung ist im Wesentlichen die veröffentlichte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Berufungs-/Normenkontrollgerichte zur Auslegung des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB in Zusammenhang mit der Zulassung privilegierter Außenbereichsvorhaben, wenn entweder für derartige Vorhaben in Flächennutzungsplänen oder Regionalplänen eine "Ausweisung an anderer Stelle" vorliegt oder anderweitige Nutzungen in Raumordnungsplänen dargestellt sind und das jeweilige Vorhaben in Widerspruch dazu steht. Die Rechtsprechung behandelt vornehmlich die Zulässigkeit von Rohstoffabbauvorhaben und Windkraftanlagen. Teilweise handelt es sich um Inzidentprüfungen im Rahmen bergrechtlicher, wasserrechtlicher, immissionsschutzrechtlicher oder abgrabungsrechtlicher Vorhabenzulassungen, zum anderen Teil um Normenkontrollen gemäß § 47 VwGO. Auf die als Anhang beigelegte tabellarische Übersicht wird verwiesen.

4.2 Gang und Ergebnisse der Untersuchung

4.2.1 Ermächtigungsgrundlage für Konzentrationsanordnungen

In einem ersten Schritt befasst sich die Untersuchung mit der Ermächtigungsgrundlage für die Ausweisung von Konzentrationszonen auf der Ebene der Raumordnung. Da es sich um grundrechtsrelevante Planungen mit Eingriffsscharakter handelt, ist eine gesetzliche Ermächtigung notwendig. Die Übertragung auf das Raumordnungsrecht der vom Bundesverwaltungsgericht aus dem Recht der Bauleitplanung hergeleiteten Ermächtigung der Städte und Gemeinden zur Steuerung von Auskiesungen durch die Festsetzung so genannter Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan ist wegen der fehlenden Vergleichbarkeit nicht möglich. Das Raumordnungsgesetz, das die Konzentrierung mit außergebietlicher Ausschlusswirkung etwa mittels der Darstellung von kombinierten Vorrang-/Eignungsgebieten vorsieht (§ 7 Abs. 4 Satz 2 ROG), ist gemäß § 6 ROG als Rahmenvorschrift für die Länder nicht unmittelbar anwendbar. Solange die Einführung dieses Instrumentariums der Raumordnung in das Lan-

desplanungsrecht nicht erfolgt ist, sind Konzentrationszonen für die individuelle Vorhabenzulassung unbeachtlich. Nur ein Teil der Gerichte problematisiert, dass eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist. Soweit die Gerichte sich mit der Frage der Ermächtigung zur Darstellung von Konzentrationszonen auf der Ebene der Regionalplanung beschäftigen, wird zumeist auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als Ermächtigungsgrundlage verwiesen. Dieser Verweis geht fehl. Denn die Vorschrift des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB setzt schon angesichts des Wortlauts die Darstellung von Konzentrationszonen voraus, sie ermächtigt aber nicht zu deren Schaffung. Die Ermächtigung, Konzentrationszonen mit außer-gebietlicher Ausschlusswirkung als Ziele der Raumordnung festzusetzen, ist ausschließlich dem Raumordnungsrecht und damit gemäß §§ 6 ff. ROG den Landesplanungsgesetzen vorbehalten. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB würde andernfalls bundesrechtlich das den Ländern in § 7 Abs. 4 ROG gesetzte Rahmenrecht verfassungswidrig ausfüllen, selbst wenn sich die Länder bewusst gegen die Übernahme von nicht mit Vorrangfunktionen ausgestalteten Konzentrationszonen in das Landesplanungsrecht ausgesprochen haben, wie es in einigen Ländern bereits geschehen ist. In einem Fall wird auf eine allgemeine Ermächtigung zur Raumordnungsplanung aus dem Landesplanungsgesetz abgestellt. Im zuletzt genannten Fall gibt aber der Wortlaut der zitierten Vorschriften nichts dafür her, daraus eine allgemeine Ermächtigung zur Darstellung von Konzentrationszonen aus dem (rheinland-pfälzischen) Landesplanungsgesetz herzuleiten.

4.2.2 Auslegung des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB

Weiter setzt sich die Untersuchung mit der Auslegung des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB auseinander. Dabei wird unterstellt, dass entsprechende Konzentrationsanordnungen aufgrund landesplanerischer Ermächtigungen erfolgt sind und dass es sich bei den betroffenen Einzelvorhaben um solche mit Raumbedeutsamkeit handelt.

4.2.2.1 Unechte Raumordnungsklausel

Mit den vom Bundesverwaltungsgericht formulierten Erwägungen zur Vorläufervorschrift des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB gehen die meisten gerichtlichen Entscheidungen davon aus, dass es sich bei der geltenden Fassung des § 35 Abs. 2 Satz 2 und 3 BauGB nicht um eine so genannte strikte (echte) Raumordnungsklausel handelt. Das Bundesverwaltungsgericht vermisst jedenfalls für den Zeitraum bis zur Novellierung durch das BauROG 1998 eigentumsichernde Vorkehrungen im Raumordnungsrecht und legt § 35 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz 1987 deshalb verfassungskonform dahin aus, dass eine Inkorporation der Raumordnungsziele in das Recht der Bodenordnung nur nach Maßgabe einer so genannten nachvollziehenden Abwägung, die eine gerichtliche Kontrolle am Maßstab der Verhältnismäßigkeit ermöglicht, in Betracht kommt. Im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung können sich Eigentümerbelange grundsätzlich gegenüber den kollidierenden Zielen der Raumordnung durchsetzen. Da die vom Bundesverwaltungsgericht erwähnten Vorkehrungen zur Eigentumssicherung (Öffentlichkeitsbeteiligung, Einstellung und Abwägung privater Belange) im Rahmen der Zielfeststellung nach wie vor bundesrechtlich **nicht obligatorisch** sind, sondern je nach Bundesland lediglich fakultativ eingeführt werden können, hat sich durch die Novellierung an dem Charakter des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB als **unechte Raumordnungsklausel** nichts geändert. Darüber hinaus lässt schon die Formulierung in Satz 3 des § 35 Abs. 3 BauGB ("Regelvermutung") jedenfalls bei Konzentrationszonen keinen Raum für die Annahme einer strikten Raumordnungsklausel.

4.2.2.2 Tatbestandsvoraussetzungen

Aus diesem Befund leitet die Rechtsprechung unterschiedliche Anforderungen an die Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB ab.

4.2.2.2.1 Regelvermutung bezieht sich auf das Entgegenstehen öffentlicher Belange

Eine Mindermeinung interpretiert die Vorschrift dahingehend, dass bloßen Darstellungen privilegierter Vorhaben in einem Raumordnungsplan an anderer

Stelle "in der Regel" eine **Ausschlusswirkung** zukommen soll. Dies hätte zur Folge, dass der Plangeber selbst keine Ausschlusswirkung anordnen müsste und demzufolge die Darstellung zum Beispiel von Abgrabungsbereichen ohne jeglichen Steuerungswillen und ohne jede Abwägung der Belange der dadurch Betroffenen einem privilegierten Vorhaben im Außenbereich als beachtliches Ziel entgegengehalten werden könnte. Diese Auslegung widerspricht nicht nur dem Wortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, sondern sie ist auch rechtssystematisch mit den im Raumordnungsgesetz formulierten Anforderungen für die Ausweisung von Konzentrationszonen nicht in Einklang zu bringen (§ 3 Nr. 2 i.V.m. § 7 Abs. 7 Satz 2 und Abs. 4 ROG). Zutreffend geht demgegenüber die Mehrzahl der Judikate davon aus, dass die **Ausschlusswirkung Bestandteil des Zieles** selbst sein muss, während sich die Regelvermutung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auf das **Entgegenstehen öffentlicher Belange** bezieht, sofern es sich bei der Ausweisung an anderer Stelle um ein Ziel der Raumordnung handelt.

4.2.2.2.2 Ausweisung an anderer Stelle als "Ziel der Raumordnung"

Die "**Zielqualität**" der Ausweisung an anderer Stelle als Anknüpfungspunkt für die Regelvermutung, die die bodenrechtliche Unvereinbarkeit des geplanten Einzelvorhabens zur Folge hat, wird unterschiedlich beurteilt. Ganz überwiegend verlangen die Gerichte unter Hinweis auf § 3 Nr. 2 ROG, dass die Darstellung in einem Raumordnungsplan nur dann Zielqualität hat und im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB beachtlich sein kann, wenn es sich um eine räumlich konkrete (hinreichend bestimmte) landesplanerische Letztentscheidung, also um eine abschließend abgewogene Zielaussage handelt.

Nur der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster weicht von dieser Linie ab, indem er es für eine beachtliche Zielqualität ausreichen lässt, dass die Darstellung im Gebietsentwicklungsplan sich lediglich auf globale Gesichtspunkte stützt und erkennbar insbesondere die Eigentümerbelange der Betroffenen in räumlich-konkreter Hinsicht nicht abschließend in die Abwägung eingestellt worden sind. Dabei stützt sich dieses Gericht auf den Umstand, dass § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB nicht als strikte Raumordnungsklausel anzusehen

ist, weshalb die bei der Zielaufstellung vom Plangeber bewusst unberücksichtigt gelassenen Eigentümerbelange im Rahmen der "nachvollziehenden Abwägung" zum Zuge kommen und auf diesem Wege doch noch Eingang in die Planentscheidung finden könnten. Diese Auffassung des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster ist mit § 3 Nr. 2 ROG nicht zu vereinbaren. Sie verkennt auch die Funktion der nachvollziehenden Abwägung, die es nach höchstrichterlicher Rechtsprechung lediglich ermöglicht, § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB verfassungskonform anzuwenden, weil diese Vorschrift ansonsten mit Art. 14 GG nicht zu vereinbaren wäre. Dass die nachvollziehende Abwägung eine Möglichkeit darstellt, auch nicht gesetzeskonform zustande gekommene Darstellungen in Gebietsentwicklungsplänen, die zu Unrecht als Ziele deklariert sind, im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB **Zielqualität** zu vermitteln, ist dagegen weder mit den Vorschriften des Raumordnungsrechtes noch mit Art. 14 GG zu vereinbaren.

Bezeichnenderweise hat der 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster dann auch noch die Regelvermutung auf die Ausschlusswirkung einer bloßen Ausweisung an anderer Stelle erstreckt (siehe oben Ziffer 4.2.2.2.1). Demnach bräuchte ein Plangeber lediglich einige für Abgrabungen vorgesehene Flächen auszuweisen, ohne selbst die außergebietliche Ausschlusswirkung anzuordnen und ein schlüssiges, das heißt bedarfsgerechtes Steuerungsmodell entwickeln bzw. ohne die räumlich-konkreten Belange Betroffener berücksichtigen zu müssen. Allein die Ausweisung einiger Abgrabungsbereiche reichte aus, um dem Plan im Rahmen der Zulassung eines Vorhabens nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Zielqualität verleihen zu können. Dieser in der Rechtsprechung isoliert gebliebene Ansatz ignoriert damit jegliche Auslegungsregel und geht systematisch völlig an dem unter anderem auf die verfassungsrechtliche Säule der Baufreiheit gestützten Recht der Bauleitplanung vorbei.

4.2.2.2.3 Anforderungen an die Zielabwägung

Während - bis auf diejenigen des 8. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster - **sämtliche Judikate**, in denen entsprechende Äußerungen erfolgt sind, die **Zielqualität** im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB von dem

Konkretisierungsgrad der Abwägung **des Plangebers** abhängig machen, ergibt sich in Bezug auf die **Überprüfung dieser Abwägung** durch die Gerichte folgendes Bild:

4.2.2.2.3.1 Auffassung der Detailabwägung

Die meisten Gerichte verlangen zum Teil unter ausdrücklichem Hinweis auf die gesetzlichen Anforderungen des § 3 Nr. 2 ROG i.V.m. § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG an die Abwägung eines Ziels mit gesamträumlichem Geltungsanspruch insbesondere eine **detaillierte Abwägung** aller relevanten Gesichtspunkte, die auch die Eigentümerbelange der Betroffenen in räumlich-konkreter Hinsicht einbezieht. Lediglich grobmaschige und globale Gesichtspunkte, wie sie üblicherweise auf der Ebene der Raumordnung für ausreichend erachtet werden, reichen danach nicht aus, um dem Letztverbindlichkeitsanspruch der Abwägung im Hinblick auf den Ausschluss konkreter privilegierter Einzelvorhaben "an anderer Stelle" zu genügen. Beansprucht der Träger der Regionalplanung die Letztverbindlichkeit seiner Darstellungen, so muss er in Bezug auf sämtliche von der Ausschlusswirkung betroffenen Belange eine Abwägung treffen, die ansonsten der Träger der Bauleitplanung auf der letzten Planungsstufe zu erbringen hätte. Ist die Abwägung hingegen lediglich grobmaschig, unvollständig, unschlüssig und/oder aus anderen Gründen fehlerhaft, etwa weil nicht sämtliche Eigentümerbelange zutreffend ermittelt und eingestellt wurden (zum Beispiel zutreffender volkswirtschaftlicher oder betriebswirtschaftlicher Bedarf an Flächen), dann entfaltet die Darstellung mangels Zielqualität **keine Regelvermutung** dahingehend, dass einem ausgeschlossenen Vorhaben öffentliche Belange entgegen stehen. Als bloße **Grundsätze** der Raumordnung im Sinne des § 3 Nr. 3 ROG sind die entsprechenden Darstellungen kein zwingendes Zulassungshindernis für privilegierte Vorhaben. Der von den vorgenannten Gerichten vertretenen "Auffassung der Detailabwägung" ist zu folgen, weil nur dieser Ansatz mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar ist und mit der zur alten Fassung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 1987 ergangenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts harmoniert.

4.2.2.2.3.2 Auffassung der Globalabwägung ist gesetzeswidrig

Ein geringer Teil der Rechtsprechung vertritt dagegen die "**Auffassung der Globalabwägung**" im Zusammenhang mit der gerichtlichen Überprüfung der Zielqualität einer Konzentrationszone auf der Ebene der Regionalplanung. Danach hat **Zielqualität** bei der Überprüfung der Vorhabenzulassung nach §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auch eine Darstellung, die die Belange der von der Ausschlusswirkung Betroffenen im Hinblick auf die auf der Ebene der Regionalplanung üblicherweise lediglich globale und grobmaschige Betrachtung nicht oder nur unzureichend berücksichtigt hat. Diese Auffassung verzichtet unter Preisgabe der in § 3 Nr. 2 ROG formulierten Anforderungen bewusst auf eine abschließende Abwägung aller Belange auf der Ebene der Raumordnung, obwohl das Ziel einen letztverbindlichen Geltungsanspruch auf parzellenscharfe Befolgung auch hinsichtlich sämtlicher nicht dargestellten Grundstücke erhebt. Die Absenkung des Prüfungsmaßstabs führt zwangsläufig dazu, dass einem Grundstückseigentümer im Rahmen der Vorhabenzulassung auch nicht hinreichend bestimmte und abschließend abgewogene Darstellungen als Ziel entgegengehalten werden können, obwohl die Begründung für die Ausschlusswirkung nicht über die allgemeine Beschreibung der gesetzlich bereits vorgenommenen Funktionszuweisungen des Außenbereichs, gegen die sich ein privilegiertes Vorhaben nach dem Willen des Bundesgesetzgebers im Normalfall durchsetzt, hinausgehen.

Damit erhalten auf der Ebene der Raumordnung vorgenommene Darstellungen in Regionalplänen gegenüber den betroffenen Privaten die uneingeschränkte Geltungskraft eines für die Vorhabenzulassung letztverbindlichen Bebauungsplanes, ohne dass der Plangeber seine Abwägung dieser Planungsstufe angepasst haben muss. Der Träger der Regionalplanung darf nach der nicht **haltbaren** Auffassung der Globalabwägung mit dem grobmaschigen Instrumentarium der Regionalplanung unter Einbeziehung rein globaler Gesichtspunkte parzellenscharfe Festsetzungen treffen, die normalerweise der "Feinplanung" auf der Ebene der Bauleitplanung mit einem entsprechend differenzierten Instrumentarium vorbehalten sind.

Die Auffassung der Globalabwägung ist abzulehnen, weil sie die gesetzlichen Maßstäbe des § 3 Nr. 2 ROG (auch: § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG) ignoriert. Die Regionalplanung ist nicht gezwungen, im Hinblick auf jedes Grundstück im Plangebiet mit dem Anspruch der Letztverbindlichkeit zu planen. Hält sie dies gleichwohl für erforderlich und wagt sie sich in das Kerngeschäft der kommunalen Bauleitplanung vor, muss sie im Hinblick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG diejenigen Abwägungen schon auf der Ebene der Raumplanung durchführen, die nach dem System der hierarchischen Planungsebenen normalerweise erst von dem Träger der Bauleitplanung auf der letzten Planungsstufe vorzunehmen sind. Lediglich grobmaschige Betrachtungen und globale Gesichtspunkte, noch dazu ohne Einbeziehung der räumlich-konkreten Belange der Betroffenen, genügen schon im Ansatz den für letztverbindliche Planungen entwickelten Maßstäben ersichtlich nicht.

4.2.2.2.3.3 Fazit zur gerichtlichen Kontrolle der Zielabwägung

Damit stellt sich im Ergebnis für die Gerichte klar die Aufgabe, die Abwägung zu Darstellungen in Regionalplänen im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB **von Amts wegen** umfassend im Wege einer **inzidenten Normenkontrolle** daraufhin zu überprüfen, ob sie räumlich-konkret, vollständig, hinsichtlich der ermittelten und eingestellten Gesichtspunkte zutreffend, widerspruchsfrei und unter Einbeziehung der Belange aller Betroffenen mit dem Anspruch auf Letztverbindlichkeit, das heißt abschließend, durchgeführt wurde. Die angestrebte Zielqualität im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB erreicht eine Darstellung in einem Regionalplan nicht, wenn trotz des Anspruchs auf konkret-räumliche Letztverbindlichkeit lediglich grobmaschig ermittelt und global abgewogen wurde oder - wie in dem vom 8. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster entschiedenen Fall - vom Plangeber bewusst darauf verzichtet wurde, die Belange aller betroffenen Grundstückseigentümer zu ermitteln und einzubeziehen.

4.2.2.2.4 "Nachvollziehende Abwägung": Liegt ein atypischer Sachverhalt vor?

Erweist sich eine Darstellung mit dieser Maßgabe nach eingehender Prüfung als "Ziel der Raumordnung" im Sinne des §3 Nr. 2 ROG, ist erst dann - und nur dann - im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung zu überprüfen, ob aufgrund der im Grundstückseigentum liegenden besonderen Verhältnisse des Einzelfalls sich ausnahmsweise die privaten Belange gegenüber den kollidierenden Planaussagen durchzusetzen vermögen. Dem Ansatz eines Teils der Rechtsprechung (Auffassung der Globalabwägung) zufolge wäre im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung Raum dazu, die bei der Zielaufstellung vernachlässigten konkret-individuellen Eigentümerbelange erstmals zu ermitteln und gegenüber den zu Gunsten des Ziels vorgebrachten Belangen zu gewichten, wobei nach diesem Ansatz tendenziell eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich die bisher völlig unberücksichtigt gebliebenen Eigentümerbelange gegenüber dem Ziel durchsetzen können. Die nachvollziehende Abwägung ist entgegen den Judikaten, die der Auffassung der Globalabwägung zuzurechnen sind, aber nicht dazu geeignet, die bei der Aufstellung des Ziels unterbliebene Ermittlung der Eigentümerbelange und die deshalb zwangsläufig defizitäre Abwägung des Plangebers **nachzuholen**. Es ist nicht Aufgabe der Genehmigungsbehörde bzw. der Gerichte, die originären Aufgaben des Planungsträgers im Rahmen der Vorhabenzulassung zu übernehmen und selbst planerisch tätig zu werden. Nichts weniger verlangen die Vertreter der Auffassung der Globalabwägung. Die weite Auslegung der Ausnahmemöglichkeit ist deshalb im Zusammenhang mit der Überprüfung der "Regelvermutung" im Rahmen der gebotenen nachvollziehenden Abwägung abzulehnen.

Nach der zutreffenden Auffassung der Detailabwägung, die von der überwiegenden Anzahl der Gerichte praktiziert wird, gibt es im Zusammenhang mit der nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes **verfassungsgebotenen** nachvollziehenden Abwägung nur einen Spielraum für die Durchsetzung der privaten Belange, wenn im Hinblick auf die Zielaussage eine **atypische** Konstellation vorliegt. Eine weiter gehende Auslegung ist auch im Hinblick auf die eigentumsichernde Funktion der nachvollziehenden Abwägung nicht erforder-

lich, weil bei einer detaillierten Abwägung im Rahmen der Zielaufstellung die konkret-individuellen Eigentümerbelange bereits eingestellt worden sein müssen. Das heißt, die mit dem Geltungsanspruch des § 3 Nr. 2 ROG versehene Planaussage tritt nur dann hinter die privaten Belange zurück, wenn es sich um einen Fall handelt, der wegen seiner Besonderheiten im Rahmen der Formulierung und Abwägung des Ziels zulässigerweise unberücksichtigt bleiben durfte. Liegt keine atypische Fallkonstellation vor, dann setzt sich das ordnungsgemäß gemäß § 3 Nr. 2 ROG zustande gekommene Ziel durch und es greift die Regelvermutung des §35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, wonach dem konkreten Vorhaben öffentliche Belange entgegenstehen.

Krefeld, den 15.03.2003

Dr. Jan-Christof Krüger
Rechtsanwalt

Klaus Jankowski
Rechtsanwalt

Anlagen
1 Übersicht

Übersicht zur obergerichtlichen Rechtsprechung

	BVerwG 4. Senat	OVG Münster 20. Senat	OVG Münster 7. Senat	OVG Münster 8. Senat	OVG Münster 8. Senat	OVG Münster 10. Senat	OVG Koblenz 1. Senat	OVG Koblenz 8. Senat	VGH Kassel 2. Senat	OVG Greifswald 4. Senat	OVG Greifswald 4. Senat	OVG Lüneburg 1. Senat	OVG Lüneburg 1. Senat	VGH München 26. Senat
Datum:	19.07.2001	01.10.2001	30.11.2001	23.04.2002	13.06.2002	28.10.1997	28.02.2002	20.02.2002	12.09.2000	19.01.2001	07.09.2000	21.12.2001	21.07.1999	22.05.2002
Entscheidungsart, Aktenzeichen:	Urteil, 4 C 4.00	Urteil, 20 A 1945/99	Urteil, 7 A 4857/00	Urteil, 8 A 3365/99	Urteil, 8 A 480/01	Urteil, 10 A 4574/94	Urteil, 1 A 11625/01	Urteil, 8 A 11089/01	Urteil, 2 UE 924/99	Normenkontroll- Beschluss, 4 K 9/99	Normenkontroll- Urteil, 4 K 28/99	80 V ^{er} -Beschluss, 1 MA 3579/01	Urteil, 1 L 5203/96	Urteil, 26 B 01.2234
Hauptfundstelle:	DVBl. 2001, 1855	nicht veröffent- licht	RechtsCentrum.de	RechtsCentrum.de	RechtsCentrum.de	BRS 59 Nr. 246	RechtsCentrum.de	RechtsCentrum.de	NVwZ-RR 2001, 300	BauR 2001, 1379	NVwZ-RR 2001, 565	UPR 2002, 153	BRS 62 Nr. 110	NUR 2002, 555
AST/Kläger:	Privater	Privater	Privater	Priv./Gemeinde	Privater	Privater	Privater	Privater	Privater	Gemeinde	Privater	Privater	Privater	Privater
Vorhaben:	Gipsabbau	Nassabgrabung	Windkraftanlage	Trockenabgrabung	Trockenabgrabung	Trockenabgrabung	Windkraftanlage	Windkraftanlage	Abbau Quarzkies	Windkraftanlage	Bergbau	Windkraftanlage	Windkraftanlage	Windkraftanlage
Planfeststellung o. geb. Entschei- dung:	§ 4 BImSchG	§ 31 WHG	§ 35 Abs. 1 Zif- fer 6. BauGB	§§ 4, 7 AbgrG NW	§§ 4, 7 AbgrG NW	§§ 4, 7 AbgrG NW	§ 35 Abs. 1 Zif- fer 6. BauGB	§ 35 Abs. 1 Zif- fer 6. BauGB	§§ 52, 55, 48 BBergG	(§ 47 VwGO)	(§ 47 VwGO)	§ 35 Abs. 1 Zif- fer 6. BauGB	§ 29 BauGB	§ 29 BauGB
Aussagen zum	Regionalplan	GEP	FNP	FNP + GEP	FNP + GEP	FNP	FNP + GEP	FNP + GEP	FNP + Reg. ROProgr.	FNP + Reg. ROProgr.	Reg. ROProgr.	Reg. ROProgr.	FNP	Regionalplan
Bezugn. BVerwG 19.07.01, 4 C 4.00:		Ja	nicht erforderlich	Ja	Ja	(nicht möglich)	Ja	Ja	(nicht möglich)	(nicht möglich)	(nicht möglich)	Ja	(nicht möglich)	Ja
Fassung 35 III:	35 III 3 (1987)	aktuelle	aktuelle	aktuelle	aktuelle	35 III 4 (1996)	35 III 3	aktuelle	aktuelle	Ausf. nicht erfor- derl.	aktuelle	aktuelle	aktuelle	aktuelle
Ausschluss- wirkung:	Keine Ausführun- gen	Keine Ausführun- gen	Aus 35 III 3	Keine Ausführungen	Aus 35 III 3	Aus 35 III 4 (3)	Aus dem Ziel	Aus Ziel u. 35 III 3	Aus Reg ROProgr.	Ausf. nicht erfor- derl.	Aus 35 III 3	Keine Ausführun- gen	(-)	Auslegung
Ermächtigungs- grundlage:	Aus RegPlan	Keine Ausführun- gen	Keine Ausführun- gen	Keine Ausführun- gen	Aus 35 III 3	Keine Ausführun- gen	Aus allg. Ermäch- tigung zur ROPla- nung (§§ 12, 10, 2 LPiG)	Keine Ausführun- gen	Aus 35 III 3	Keine Ausführun- gen	Keine Ausführun- gen	Keine Ausführun- gen	Keine Ausführun- gen	Keine Ausführun- gen
Zur Zielqualität:	landesplanerische Letztentscheidung	landesplanerische Letztentscheidung	keine Ausführun- gen	Keine Ausführungen	landesplanerische Letztentscheidung trotz Verstoßes ge- gen § 3 Nr. 2 ROG	Keine Ausführun- gen	Landesplanerische Letztentscheidung	Landesplanerische Letztentscheidung	Landesplanerische Letztentscheidung	Keine Ausführun- gen	Landesplanerische Letztentscheidung	Keine Ausführun- gen	Keine Ausführun- gen	(Konkret bejaht für Eignungsgebiet)
Zur Abwägung:	Detailabwägung	Detailabwägung	Globalabwägung	Globalabwägung	Globalabwägung	Globalabwägung	Globalabwägung	Detailabwägung	Detailabwägung	Detailabwägung	Detailabwägung	Detailabwägung	Globalabwägung	Globalabwägung
Zur Ausnahme von der Regelvermutung:	In Sonderfällen	keine Ausführun- gen	Reparatur der Gb- balabwägung	In Sonderfällen	Reparatur der Gb- balabwägung	In Sonderfällen	Reparatur der Gb- balabwägung	Keine Ausführungen	Keine Ausführun- gen	Keine Ausführun- gen	Keine Ausführun- gen	Keine Ausführun- gen	In Sonderfällen	(In Sonderfällen)
Besondere Bemerkungen:	Detailabwägung aus Rückschluss / Verfahrensmäßige Auswirkung	Konsequente Detail- abwägung obiter dictum		Anderweitig ver- planter Standort	Konsequentes Igno- rieren von § 3 Nr. 2 ROG	Prinzip der schlich- ten Darstellung			Konsequente Detail- abwägung	Konsequente Detail- abwägung / Verfä- hrensmäßige Auswir- kung	Konsequente Detail- abwägung / Verfä- hrensmäßige Auswir- kung	Verfahrensmäßige Auswirkung		Entscheidungserhö- lich allein § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB