

Akademie für Raumforschung und Landesplanung



ARBEITSMATERIAL DER ARL

# Erneuerbare Energien als Gegenstand von Festlegungen in Raumordnungsplänen

Franz Karl (Hrsg.)

Gerrit Manssen

## 7 Rechtliche Beurteilung der regionalplanerischen Konzepte zur Windenergienutzung

### Gliederung

- 7.1. Methodische Vorbemerkung
  - 7.2. Beurteilung von Plankonzepten als einfachrechtliches Problem
  - 7.3. Planrechtfertigung und Planerforderlichkeit
    - 7.3.1. Denkbare Konzepte
    - 7.3.2. Verzicht auf Festlegungen zur Windenergie
    - 7.3.3. Vollständige Überplanung
    - 7.3.4. Teilweise Überplanung (Konzept der „weißen Flächen“)
  - 7.4. Positive Standortplanung
    - 7.4.1. Vorranggebiete
    - 7.4.2. Vorbehaltsgebiete
  - 7.5. Ausschlussgebiete
    - 7.5.1. Allgemeines
    - 7.5.2. Beurteilung ausgewählter Ausweisungen in einzelnen Regionalplänen und Regionalplanentwürfen
  - 7.6. Öffentlichkeitsbeteiligung
  - 7.7. Rechtsschutz gegen Regionalpläne
  - 7.8. Abschließende Betrachtung
- Literatur (Auswahl)

### 7.1 Methodische Vorbemerkung

Die rechtliche Bewertung der Windenergiekonzepte in bayerischen Regionalplänen sieht sich mehreren Schwierigkeiten gegenüber. Tradierte Figuren der bayerischen Landesplanung wie „Soll“- oder „Regel“-Ziele werden hinsichtlich ihres Zielcharakters in Frage gestellt.<sup>1</sup> Seit Jahren besteht Streit über die Rechtsnatur von Vorbehaltsgebieten nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ROG, die in bayerischen Regionalplänen vielfach festgelegt werden. Die These, es handele sich insoweit um „Ziele“ der Raumordnung gemäß § 3 Nr. 2 ROG, wird nach wie vor mit Nachdruck vertreten.<sup>2</sup> Gleichwohl gewinnt die Auffassung stetig an Boden, mangels einer abschließend abgewogenen Festlegung liege

<sup>1</sup> Für ihre Zulässigkeit etwa Goppel, BayVBl. 2002, 449 ff.; Hendler, DVBl. 2001, 1233 (1239); Spiecker, 1999, S. 91. Dagegen etwa Hoppe, DVBl. 2001, 81 (88 ff.), ders. BayVBl. 2002, 129 ff. Vgl. weiterhin vor allem auch Bartlspenger, 2003, durchgehend.

<sup>2</sup> Vgl. etwa Goppel, BayVBl. 1998, 289 (291). So ursprünglich auch Manssen, 1998, S. 31 ff.

nur ein „Grundsatz der Raumordnung“ nach § 3 Nr. 3 ROG vor.<sup>3</sup> Das hat in neuerer Zeit auch das Bundesverwaltungsgericht so gesehen.<sup>4</sup> Erschwert wird die rechtliche Befassung mit den geltenden Regelungen in bayerischen Regionalplänen schließlich durch die noch nicht erfolgte Anpassung des Bayerischen Landesplanungsgesetzes an das BauROG von 1998. Als Rechtsgrundlage für die getroffenen Festlegungen reicht allerdings Art. 17 BayLPlG aus.

Es kann nicht Aufgabe der folgenden Ausführungen sein, umfassend die bisherige rechtliche Diskussion weiterzuführen und zu bewerten. Verwiesen werden kann insofern auf die Studie von Bartlsperger (2003), „Raumplanung zum Außenbereich – Die raumplanerische Steuerung von Außenbereichsvorhaben“, und die weiteren im Literaturverzeichnis angegebenen Untersuchungen. Auch können nicht alle bayerischen Regionalpläne mit Festlegungen zum Thema Windenergie im Einzelnen rechtlich überprüft werden, vor allem nicht hinsichtlich jeder einzelnen Standort- und Abwägungsfrage. Es soll deshalb vor allem darum gehen, die grundsätzliche Herangehensweise der Regionalplanung an die Steuerung des Baus von nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 privilegierten Windenergieanlagen zu bewerten.<sup>5</sup> Grundlage dafür ist der Rechtszustand, wie er sich nach der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung abzeichnet. Das extrem unübersichtliche und in vielen Grundsatzfragen und Details umstrittene Gebiet der Standortsteuerung privilegierter Außenbereichsvorhaben verlangt nach einer Entscheidung von seit Jahren mitgeschleppten Streitfragen. Vertretbare Festlegungen vor allem des Bundesverwaltungsgerichts sind deshalb zu akzeptieren und nicht rückwärtsgewandt in Frage zu stellen, auch wenn dies für die Praxis der bayerischen Regionalplanung zu einigen schmerzhaften Erkenntnissen führt.

## 7.2 Beurteilung von Plankonzepten als einfachrechtliches Problem

Auf Grund der wirtschaftlichen Förderung der Windenergienutzung durch garantierte Abnahmepreise besteht ein erheblicher Nachfragedruck nach Standorten für Windenergieanlagen.<sup>6</sup> Raumordnerische Festsetzungen, die eine Einschränkung der nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB privilegierten Nutzung vorsehen, müssen damit rechnen, gerichtlich angefochten zu werden. Damit einher gehen Versuche, unter Berufung auf Verfassungsrechtsnormen regionalplanerische Windenergiekonzepte in Frage zu stellen.<sup>7</sup>

Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen sind als Rahmenvorschriften für den einfachen Gesetzgeber und als Prinzipien für die Anwendung des einfachen Rechts im Regelfall im Hinblick auf die Errichtung von Windenergieanlagen jedoch ohne besondere Determinationswirkung. Dies gilt zunächst für Art. 20a GG. Der Ausbau der Windenergie dient einerseits dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Klimaschutz). Die mit dem Bau solcher Anlagen einhergehende Verspargelung der Landschaft führt andererseits aber auch zu einer Beeinträchtigung von umweltrechtlichen Schutzgütern (Vogelschutz, Schutz des Landschaftsbildes, Siedlungs- und Freiraumstruktur, u. U. Immis-

<sup>3</sup> Siehe etwa Bartlsperger, 1998, 150 f.; Runkel, DVBl. 1998, 275 (279); ders., NuR 1998, 449 (452).

<sup>4</sup> Urteil vom 13.3.2003, NVwZ 2003, 738 (742). Die Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltunggerichtshofes war uneinheitlich, siehe BayVBl. 1996, 81 ff. einerseits (gegen Zieleigenschaft) und BayVBl. 1997, 178 ff. andererseits (für Zieleigenschaft). Zur Entscheidung BayVGh, BayVBl. 1987, 178 ff. siehe auch die Anmerkung von Goppel, BayVBl. 1997, 503 f.

<sup>5</sup> Windenergieanlagen können auch nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert sein, soweit sie einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dienen. Dieser Problemkomplex bleibt vorliegend aber außer Betracht.

<sup>6</sup> Siehe zum Stromeinspeisungsgesetz auch Holz, NWVBl. 1998, 81 (81).

<sup>7</sup> Vgl. Hendler, Rechtsgutachten, 2000, durchgehend.

sionsprobleme). Aus Art. 20a GG lässt sich insofern keine Entscheidung für oder gegen den Ausbau der Windenergie ableiten.<sup>8</sup>

Auch der in Bemühungen um eine weitergehende Zulassung von Windenergieanlagen immer wieder angeführte Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentum) hat für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von regionalplanerischen Festsetzungen nur eine eingeschränkte Relevanz.<sup>9</sup> Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes schützt nicht die optimale Grundstücksnutzung. Auch zulässige Grundstücksnutzungen können unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums eingeschränkt oder untersagt werden (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses von Windenergieanlagen ist vor allem zu beachten, dass die durch das BauROG eingeführte Privilegierung durch Art. 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB immer unter Planungsvorbehalt stand. Die Steuerung dieser privilegierten Außenbereichsnutzung entweder durch kommunale Flächennutzungspläne oder durch Festlegungen auf der Ebene der Regionalplanung im Rahmen von § 35 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 BauGB war daher der gesetzlichen Privilegierung inhärent. Es ist deshalb für die eigentumsrechtliche Beurteilung von Regionalplänen irrelevant, ob sie in mehr oder minder großem Umfang Standorte für Windenergieanlagen vorsehen.<sup>10</sup> Irgendeine Pflicht zu einer möglichst großzügigen Ausweisung von Windenergiestandorten folgt aus der Eigentumsgarantie nicht.

Aus der Sicht eines betroffenen Grundstückseigentümers kommt es alleine darauf an, ob auf seinem Grundstück eine zulässige Beschränkung der Privatnützigkeit eines Grundstücks vorgenommen worden ist. Damit ist das Problem der Abwägung angesprochen. Rahmenrechtlich folgt die Pflicht zur Berücksichtigung der für die planende Stelle erkennbaren privaten Belange aus § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG, auch ohne entsprechende Umsetzung im Bayerischen Landesplanungsgesetz aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>11</sup> Windhöffige Flächen, die sich als Standorte für die Windenergienutzung erkennbar anbieten, sind entsprechend in der Abwägung zu berücksichtigen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen erforderlich ist eine Ausweisung auch in solchen Fällen nicht. Im Regelfall kann sich die planende Stelle in aus verfassungsrechtlicher Sicht einwandfreier Weise für den Landschaftsschutz und gegen die Errichtung von Windenergieanlagen entscheiden. Ein Eigentümer muss es hinnehmen, dass ihm eine möglicherweise rentablere Nutzung seines Grundstücks verwehrt wird, denn Art. 14 Abs. 1 GG garantiert nicht die einträglichste Nutzung des Eigentums.<sup>12</sup>

Nur geringe Steuerungswirkung im Hinblick auf den Inhalt von regionalplanerischen Aussagen hat schließlich auch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG).<sup>13</sup> Von ihr ist zwar auch die sog. Planungshoheit umfasst. Soweit durch regionalplanerische Aussagen die gemeindliche Planung für raumbedeutsame Vorhaben der Windenergienutzung allerdings überspielt wird, ist dies verfassungsrechtlich im Regelfall unbedenklich. Die Planungshoheit steht unter dem Vorbehalt des „Rahmens der Gesetze“. Die Entscheidung des einfachen Gesetzgebers, die Standortsteuerung im Hinblick auf raumbedeutsame privilegierte Außenbereichsvorhaben auch auf der überörtlichen Ebene zu ermöglichen, ist sachgerecht. Nachteilige Wirkun-

<sup>8</sup> Vgl. auch BVerwG, NVwZ 2003, 738 ff.

<sup>9</sup> Ausführlicher hierzu Bartlsperger, 1998, 144 ff.; Hoppe/Spoerr, NVwZ 1999, 945 (946).

<sup>10</sup> Zur Klarstellung: Dies ist nur die verfassungsrechtliche, nicht die einfachrechtliche Perspektive.

<sup>11</sup> Zur Verankerung des Abwägungsgebots im Rechtsstaatsprinzip siehe BVerwGE 34, 301 (309); Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Auflage 2002, § 1 Rn. 89.

<sup>12</sup> BVerfGE 100, 226 (242 f.), für die Regionalplanung im Hinblick auf die Nutzung von Flächen für Windenergieanlagen daran anschließend BVerwG; NVwZ 2003, 739 (741).

<sup>13</sup> Ausführlicher auch Bartlsperger, 1998, S. 142 ff.

gen von raumbedeutsamen Windenergieanlagen sind typischerweise nicht auf das Gemeindegebiet beschränkt. Damit ist eine Einschränkung der kommunalen Steuerungsmöglichkeiten verfassungsgemäß.<sup>14</sup> Es bestehen auch dann keine Einwände gegen entsprechende regionalplanerische Festlegungen, wenn für bestimmte Gemeinden insgesamt die Errichtung von raumbedeutsamen Windenergieanlagen ausgeschlossen wird.

## 7.3 Planrechtfertigung und Planerforderlichkeit

### 7.3.1 Denkbare Konzepte

Grundsätzlich gibt es drei Grundformen für die Regelung der Zulässigkeit von Windenergieanlagen in Regionalplänen: Zunächst ist es denkbar, dass die Regionalplanung auf entsprechende Festsetzungen völlig verzichtet. Dies ist derzeit in neun bayerischen Regionen der Fall.

Ansonsten sind häufig Teilregelungen anzutreffen. Für einen Teil der Fläche werden Aussagen getroffen, für einen anderen Teil nicht (System der „weißen Flächen“). Schließlich können für die ganze Region Regelungen getroffen werden.

Die beiden letztgenannten Varianten sind nicht immer klar unterscheidbar. Möglicherweise sollen auf Grund von textlichen Festsetzungen auch „weiße Flächen“ von der Bebauung mit Windenergieanlagen frei bleiben. Insofern ist eine Interpretation der Planaussagen nötig.<sup>15</sup>

### 7.3.2 Verzicht auf Festlegungen zur Windenergie

Es besteht keine Verpflichtung der Regionen zur Erstellung eines zielförmigen Windenergiekonzepts. Die Möglichkeit zur Standortsteuerung im Rahmen von § 35 Abs. 3 BauGB ist zweistufig angelegt. Sie kann durch kommunale Flächennutzungsplanung oder durch höherstufige Raumordnung erfolgen. Besteht in einer Region keine Nachfrage nach Flächen für Windenergieanlagen, sei es wegen mangelnder Windhöufigkeit oder wegen rentablerer anderweitiger Nutzungsmöglichkeiten, braucht die Regionalplanung insoweit nicht tätig zu werden. Gleiches gilt, wenn kommunale Festlegungen im Flächennutzungsplan nach Auffassung des regionalen Planungsverbandes eine hinreichende Steuerungswirkung erreichen.

### 7.3.3 Vollständige Überplanung

Eine Planrechtfertigung für eine vollständige Überplanung ist dann gegeben, wenn wegen Raumbedeutsamkeit von Anlagen ein Bedürfnis für eine Standortsteuerung gegeben ist. Dies ist der Fall, wenn auf Grund von Grundsätzen der Raumordnung schützenswerte Belange durch entsprechende Anlagen möglicherweise beeinträchtigt werden können.

Die grundsätzlichen rechtlichen Orientierungsdaten für die regionalplanerische Steuerung von Windenergieanlagen sind durch die bereits erwähnte neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in durchaus überzeugender Weise entwickelt worden. Zusammenfassend lassen sich folgende Feststellungen treffen:

Unzulässig ist eine vollständige Negativplanung. Eine solche würde die gesetzgeberische Entscheidung des § 35 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3 BauGB zum Ausbau der Windenergie

---

<sup>14</sup> Zur Notwendigkeit der Abwägung der kommunalen Belange vgl. Spiecker, BayVBl. 2001, 673 (676).

<sup>15</sup> Siehe unten 7.5.2.

unterlaufen und wäre deshalb rechtswidrig.<sup>16</sup> Für die Windenergienutzung muss „in substantzieller Weise“ Raum geschaffen werden.<sup>17</sup>

Zulässig ist es hingegen, dass durch die Festlegung von Konzentrationsflächen eine Art Kontingentierung von Anlagestandorten stattfindet.<sup>18</sup> Dies ist geradezu der Sinn der Vorschrift des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Es besteht auch keine einfachrechtliche Verpflichtung, Standorte für Windenergieanlagen möglichst umfassend auszuweisen.<sup>19</sup>

Keine Bedenken bestehen dagegen, dass im Bereich einzelner Gemeinden ein vollständiger Ausschluss von Windenergieanlagen erfolgt. Dies ist die rechtliche Konsequenz aus der gesetzlich vorgesehenen regionalplanerischen Steuerung. Die Sperrung eines oder mehrerer Außenbereiche für die Windenergienutzung kann aus Sicht der Regionalplanung gerechtfertigt sein.<sup>20</sup> Die Regionalplanung ist der großräumigen und übergreifenden Entwicklung des Raumes verpflichtet. Damit ist die Überspielung gemeindlicher Planungskonzepte zulässig.<sup>21</sup>

### 7.3.4 Teilweise Überplanung (Konzept der „weißen Flächen“)

Jedenfalls eine gewisse Klarheit hat die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch zum Konzept der „weißen Flächen“ gebracht. Oft überplanen Regionalpläne die Region hinsichtlich der Zulässigkeit von Windenergieanlagen nicht vollständig. Sie enthalten Teilfestsetzungen mit positiven und negativen Festlegungen sowie „weißen Flächen“.

Das Konzept der „weißen Flächen“ führt zu Umsetzungsproblemen bei der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Der Ausschluss von privilegierten Vorhaben durch Ausweisung von positiven Zielfestlegungen an anderer Stelle setzt ein gesamträumliches Planungskonzept mit entsprechender Abwägung der Nutzungsinteressen im Gesamtraum voraus.<sup>22</sup> Ein solches ist nicht vorhanden, wenn sich die planende Stelle hinsichtlich der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von privilegierten Vorhaben an bestimmten Stellen des Plangebietes nicht festlegt.

Andererseits stellt ein Konzept von weißen Flächen die Rechtmäßigkeit des entsprechenden Regionalplanes an sich nicht in Frage.<sup>23</sup> Für die Aussparung von Flächen kann es nachvollziehbare Gründe geben. Möglicherweise sind keine raumbedeutsamen Beeinträchtigungen von Schutzgütern zu erwarten, so dass eine kommunale Steuerung ausreicht. Unter Umständen unterscheiden sich die Mikrostandorte in einem bestimmten Planbereich zu stark. Da es keine Planungspflicht gibt, gibt es somit auch keine Pflicht zur vollständigen Planung. Über die Konsequenzen bei der Umsetzung entsprechender Festsetzungen im Genehmigungsverfahren sollte sich die planende Stelle allerdings bewusst sein.

Ein besonderer Problemfall sind Planungen, die sich auf teilweise negative Festlegungen beschränken.<sup>24</sup> Vom Wortlaut her lässt § 35 Abs. 3 Satz 2 1. HS BauGB Negativfestsetzungen zu. Der Ausschluss nur einer Nutzung (hier: Bau von Windenergiean-

<sup>16</sup> BVerwG, NVwZ 2003, 738 (739).

<sup>17</sup> BVerwG, NVwZ 2003, 738 (739).

<sup>18</sup> BVerwG, NVwZ 2003, 738 (739).

<sup>19</sup> Siehe BVerwG, NVwZ 2003, 738 ff.

<sup>20</sup> Vgl. auch BVerwG, NVwZ 2003, 738 LS 5 und 742.

<sup>21</sup> BVerwG, NVwZ 2003, 738 (742).

<sup>22</sup> Siehe BVerwG, NVwZ 2003, 733 (736); BVerwG, NVwZ 2003, 738 (740); BVerwG, NVwZ 2003, 1261.

<sup>23</sup> A. A.: Bartlspenger, 2003, S. 196 ff.

<sup>24</sup> Vgl. vor allem auch Bartlspenger, 1998, S. 137 ff.; ders., 2003, S. 187 ff., S. 206.

lagen) ist im Regelfall für Grundstückseigentümer (und für Gemeinden) weniger einschränkend als etwa die positive Festlegung von Vorranggebieten, die nur eine Nutzung zulässt. Andererseits besteht die Grundidee der Vorschrift des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB in der Fortschreibung (aber auch Weiterentwicklung) der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in einer Standortsteuerung.<sup>25</sup> Eine solche wird durch reine Negativausweisungen nur höchst mittelbar erreicht. Reine Negativausweisungen im Hinblick auf nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB privilegierte Windenergieanlagen widersprechen jedoch der dem Regelungszweck von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Die Nutzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB werden von reinen Negativfestlegungen freigestellt.<sup>26</sup> Rein negative Festlegungen können höchstens im Wege der Umdeutung oder Auslegung als raumordnerische Grundsätze angesehen werden.<sup>27</sup>

## 7.4 Positive Standortplanung

### 7.4.1 Vorranggebiete

#### *Allgemeines*

Die für die positive Standortausweisung geeignete Gebietskategorie ist die des Vorranggebietes (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ROG).<sup>28</sup> Damit wird einfachrechtlich im Außenbereich das Widersprechensverbot des § 35 Abs. 3 Satz 2 1. HS BauGB ausgelöst. Entsprechend der Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* zu § 35 Abs. 3 Satz 2 1. HS BauGB 1987 dürfte damit allerdings kein strikter und somit unbedingter Geltungsanspruch bezüglich der Zielaussage widersprechenden Nutzungen ausgelöst werden.<sup>29</sup> Mit Rücksicht auf den Eigentumseingriff ist eine nachvollziehende Abwägung durchzuführen, in der das konkrete Vorhaben den berührten raumordnerischen Zielen gegenüberzustellen ist. Es handelt sich damit bei § 35 Abs. 3 Satz 2 1. HS BauGB nach wie vor nicht um eine „echte“ Zielbindungsklausel. Die Gründe, die das Bundesverwaltungsgericht für seine Rechtsprechung zur alten Gesetzeslage des BauGB 1987 anführt, gelten insofern fort.<sup>30</sup> Es fehlt bei § 35 Abs. 3 Satz 2 1. HS BauGB die Zwischenstufe der gemeindlichen Bauleitplanung mit der Möglichkeit des Dispenses nach § 31 Abs. 2 BauGB bei der Anlagenzulassung. Zudem verlangt die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, dass unverhältnismäßige Belastungen des Eigentums ausgeschlossen werden. Kompensiert werden könnte die strikte Geltung von (Vorrang-)Zielen im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 2 1. HS BauGB durch eine entsprechende Berücksichtigung der privaten Belange im Rahmen der raumplanerischen Abwägung.<sup>31</sup> Selbst der von der bayerischen Gesetzgebung noch nicht umgesetzte § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG sieht eine umfassende und dem § 1 Abs. 6 BauGB gleichkommende Abwägung jedoch nicht vor. Die betroffenen privaten Belange müssen „auf der jeweiligen Planungsebene“ erkennbar sein. Dies ist ein gegenüber der Bauleitplanung groberer Maßstab.

Die Widersprechensklausel des § 35 Abs. 3 Satz 2 1. HS BauGB führt also nicht zu einer vollständig rechtlich gesicherten Position für die in Aussicht genommene Nutzung

<sup>25</sup> Schmidt, DVBl. 1998, 669 (673).

<sup>26</sup> Siehe vor allem auch Bartlspenger, 2003, S. 190.

<sup>27</sup> Vgl. Bartlspenger, 2003, S. 287 ff., S. 191, S. 206.

<sup>28</sup> Vgl. dazu allgemein etwa Bartlspenger, 1998, S. 120 f.; Grotefels, 2000, S. 373 ff.

<sup>29</sup> Zur genannten älteren Fassung des BauGB siehe BVerwG, Urteil vom 19.7.2001, NVwZ 2002, 476 ff. Siehe auch v. Nicolai, NVwZ 2002, 1078, 1079 der ebenfalls keine Gründe zu erkennen vermag, warum die Rechtsprechung nicht auf die neue Rechtslage übertragbar sein sollte.

<sup>30</sup> BVerwG, NVwZ 2003, 738 (741); vgl. dazu auch Schmidt, DVBl. 1998, 669 (672).

<sup>31</sup> Spiecker, 1999, S. 120.

im späteren Genehmigungsverfahren.<sup>32</sup> Es können unter Umständen der Windenergienutzung entgegenstehende Nutzungen genehmigt werden. Es können auch Anträge auf die Errichtung von Windenergieanlagen trotz Ausweisung eines Vorranggebietes nicht genehmigungsfähig sein.

Die Durchsetzungskraft der Vorrangausweisungen wird jedoch trotz weiterhin notwendiger nachvollziehender Abwägung im Genehmigungsverfahren durch die Abschichtungsklausel des § 35 Abs. 3 Satz 2 2. HS BauGB entscheidend flankiert: Öffentliche Belange stehen der als vorrangig ausgewiesenen Nutzung nicht entgegen, soweit sie bereits bei der Darstellung als Ziel abgewogen worden sind.<sup>33</sup> Damit dürften im Hinblick auf Windenergieanlagen die wesentlichen öffentlichen Belange im Genehmigungsverfahren nicht mehr beachtlich sein, da sie bereits im Rahmen der regionalplanerischen Ausweisung mit abgewogen worden sind. Berücksichtigungsfähig bleiben die Belange, die im Rahmen der hochstufigen Abwägung auf der regionalplanerischen Ebene nicht erkennbar oder nicht relevant waren.

### ***Konkrete Anwendung in der bayerischen Regionalplanung***

In der bayerischen Regionalplanung finden sich Vorrangfestlegungen etwa im Bereich der Planungsregionen Oberfranken Ost, Oberfranken West und der Industrieregion Mittelfranken. Die textliche Festsetzung lautet etwa (Region 4, Oberfranken-West, Kapitel B X 5.2.):

„In den Vorranggebieten soll der Nutzung der Windenergie Vorrang vor anderen Nutzungen eingeräumt werden.“

Die Sinnhaftigkeit einer solchen Festlegung ist nur schwer erkennbar. Die bundesgesetzliche Definition des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ROG ist eindeutig. Anderweitige Nutzungen, die mit der vorrangig festgesetzten Nutzung nicht vereinbar sind, werden ausgeschlossen. Die „Soll“-Festlegung bleibt deshalb hinter der Begriffsbestimmung des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ROG zurück.

Dass die Festlegung von Soll-Zielen oder Regelzielen ein anerkanntes Prinzip der bayerischen Landes- und Regionalplanung ist,<sup>34</sup> macht die Sache nicht besser. Das insbesondere von Goppel immer wieder angeführte Argument, es gehe um die Berücksichtigung „atypischer Fälle“, für die ein „Ventil“ zu schaffen sei,<sup>35</sup> geht jedenfalls in diesem Zusammenhang (aber wohl nicht nur dort) fehl. Bei der Normanwendung muss der Anwender zunächst klären, ob der vorliegende Fall vom Geltungsanspruch der Norm überhaupt erfasst ist. Ist dies wegen völliger Atypik zu verneinen, betrifft der Geltungsanspruch des Ziels den entsprechenden Fall von vornherein nicht. Erfasst aber die Zielsetzung den zu entscheidenden Sachverhalt, ist das Zielabweichungsverfahren nach § 11 ROG durchzuführen.<sup>36</sup> Soll- oder auch Regelziele führen zu dem mit bundesrechtlichen Vorgaben nicht vereinbaren Eindruck, der Rechtsanwender könne in gewissem Umfang selbst entscheiden, ob er sich an ein Ziel hält.

Im konkreten vorliegenden Zusammenhang ist die Verwendung einer Sollformulierung komplett unsinnig. Falls etwa aus eigentumsrechtlichen Gründen ein der Windenergie vorrangiges anderes Nutzungskonzept wegen einer von der Regionalplanung

<sup>32</sup> So wohl auch Bartlsperger 2003, S. 56.

<sup>33</sup> Vgl. auch dazu Schmidt, DVBl. 1998, 669 (672).

<sup>34</sup> Vgl. Goppel, BayVBl. 2002, 449 ff. Vgl. auch schon dens., BayVBl. 1998, 289 (292).

<sup>35</sup> Vgl. Goppel, BayVBl. 2002, 449 ff.

<sup>36</sup> Vgl. auch Bartlsperger, 2003, S. 168 ff. insbes. S. 171.



nicht erkennbaren Atypik ermöglicht werden muss, eröffnet das Verständnis des § 35 Abs. 3 Satz 2 1. HS BauGB als unechte Raumordnungsklausel mit der Folge der Notwendigkeit einer nachvollziehenden Abwägung dem Rechtsanwender die verfassungsrechtlich gebotenen Entscheidungsmöglichkeiten.

## 7.4.2 Vorbehaltsgebiete

### *Allgemeines*

Die Einordnung von Vorbehaltsgebieten nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ROG als Ziel der Raumordnung war lange Zeit heftig umstritten.<sup>37</sup> Von einer im Schrifttum stark vertretenen Auffassung wurde Vorbehaltsgebieten die Eigenschaft als Ziel im Sinne von § 3 Nr. 2 ROG deshalb abgesprochen, weil eine abschließende Abwägung nicht stattfindet. Vorbehaltsgebiete seien deshalb als Grundsätze der Raumordnung im Sinne von § 3 Nr. 3 ROG anzusehen. Die Gegenauffassung<sup>38</sup> hielt ein ebenenspezifisches Verständnis des Gebotes abschließender Abwägung für richtig. Entscheidend sei, dass auf der Ebene der Raumordnung abschließend abgewogen worden sei.<sup>39</sup>

Beide Auffassungen ließen sich mit guten Gründen vertreten. Der Vorstellung eines Ziels entspricht es nicht, dass die Festlegung nur als Abwägungsdirektive verstanden wird.<sup>40</sup> Ziele werden vor allem im Hinblick auf § 1 Abs. 4 BauGB traditionell als „abwägungsfest“ angesehen. Andererseits ist die Einordnung als Grundsatz im Sinne von § 3 Nr. 3 ROG auch nicht überzeugend. Denn die Festlegung als Vorbehaltsgebiet ist mehr als eine nur „allgemeine“ Aussage zur Entwicklung des Raumes als Vorgabe für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen. Es wird in sehr konkreter Weise eine Entscheidung über die weitere Raumentwicklung getroffen, auch wenn sie nicht vollständig abwägungsfest ist. Es handelte sich deshalb streng genommen nicht um Grundsätze, sondern um grundsatzähnliche Gebilde, eine konkretisierte planerische Abwägungsvorgabe.

Die bereits angeführte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.7.2001 hat eine denkbare Kompromisslinie aufgezeigt.<sup>41</sup> Möglicherweise gibt es – entgegen dem in § 3 Nr. 2 ROG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Bemühen – keinen einheitlichen Zielbegriff. Dies zeigt sich etwa in folgenden Formulierungen des Gerichts: „Nicht alle Ziele der Raumordnung und Landesplanung erfüllen diese inhaltlichen Voraussetzungen“ (gemeint ist, dass unmittelbar auf die Vorhabenzulassung nach § 35 Abs. 3 BauGB eingewirkt wird). Und weiterhin: „Zielqualität *im Sinne der Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 BauGB* kommt nur solchen Planaussagen zu, die über den Regelungsgehalt des § 35 Abs. 3 BauGB hinausgehen...“ (Hervorhebung vom Verf.).

Über den Zielcharakter von Vorbehaltsgebieten muss aber an dieser Stelle nicht abschließend entschieden werden. Es genügt die Beantwortung der Frage, ob im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB Vorbehaltsgebieten Zielcharakter zukommt. Dies ist in neuerer Zeit vom Bundesverwaltungsgericht verneint worden.<sup>42</sup> § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ROG ordnet Vorbehaltsgebiete den Grundsätzen, nicht den Zielen der Raumordnung zu. Auch sehe §

<sup>37</sup> Vgl. auch schon oben, Fußnote 1. Vgl. zu Vorbehaltsgebieten allgemein Grotefels, 2000, S. 376 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>38</sup> Siehe auch hierzu wieder Goppel, BayVBl. 1998, 289 (291), ders., BayVBl. 2002, 449 ff.

<sup>39</sup> Vgl. erneut Goppel, BayVBl. 1998, 289 (291).

<sup>40</sup> Bartlspenger, 2003, S. 53 ff.; vgl. auch Schulte, NVwZ 1999, 942 ff.

<sup>41</sup> BVerwG, NVwZ 2002, 476 ff.

<sup>42</sup> BVerwG, NVwZ 2003, 738 (742).

7 Abs. 4 Satz 2 ROG nur für Vorranggebiete vor, dass ihnen auch die Wirkung von Eignungsgebieten zukomme.

Diese Rechtsprechung ist jedenfalls für den Bereich der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB überzeugend.<sup>43</sup> Die Ausschlusswirkung kann nur eintreten, wenn gleichzeitig eine qualifizierte Standortzuweisung für die privilegierte Windenergienutzung stattfindet. Durch die Ausweisung von Vorbehaltsgebieten wird dies nicht sichergestellt. Ob auch für die Positivausweisung und hierbei insbesondere für die Abschichtungsklausel des § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB die Verneinung des Zielcharakters zwingend ist, kann man bezweifeln. Im Sinne einer Beendigung der nach mehreren Jahren kaum mehr fruchtbaren Diskussion ist die Aussage aber für den gesamten Bereich des § 35 Abs. 3 BauGB zu akzeptieren und der weiteren Bewertung zugrunde zu legen.

### ***Konkrete Anwendung in der bayerischen Regionalplanung***

Vorbehaltsgebiete werden in der bayerischen Regionalplanung vielfach verwendet, um Flächen für die Errichtung von Windenergieanlagen auszuweisen (z. B. B X 4.2.1. des Regionalplanes der Region 16 – Allgäu; Regionalplan der Region 6 – Oberpfalz Nord, B X 5).

Die Ausweisung von Vorbehaltsgebieten ist innergebietlich unproblematisch. Verneint man mit der neueren Rechtsprechung den Charakter als „Ziel“ der Raumordnung, handelt es sich um öffentliche Belange im Sinne von § 35 Abs. 3 BauGB, die die Genehmigung von Windenergieanlagen im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung fördern, aber nicht garantieren.

Teilweise enthalten die Zielfestsetzungen folgende Formulierung: „In den Vorbehaltsgebieten kommt der Nutzung der Windenergie ein besonderes Gewicht zu.“ (Beispiel: Ziel B X 5.2. Region 5 – Oberfranken-Ost). Damit wird im Prinzip nicht mehr ausgesagt, als sich aus der gesetzlichen Definition des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ROG bereits ergibt. Schädlich sind solche Formulierungen nicht, ihr Nutzen lässt sich allerdings auch in Frage stellen. Möglicherweise erhöhen sie die Lesbarkeit des Planes im Fall der Erstbefassung mit der Materie.

## **7.5 Ausschlussgebiete**

### **7.5.1 Allgemeines**

Die eigentliche rechtliche Bewährungsprobe haben die Festsetzungen in den bayerischen Regionalplänen hinsichtlich der nicht für die Windenergie vorgesehenen Flächen zu bestehen. Der auch gerichtlich auszufechtende Hauptstreitpunkt dürfte in der Regel sein, ob an einer Stelle außerhalb von Vorrang- und Vorbehaltsgebieten Windenergieanlagen errichtet werden dürfen.

Die grundsätzlichen Beurteilungsmaßstäbe sind insofern durch die neuere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 13.3.2003<sup>44</sup> vorgegeben. Sie lassen sich für die Zwecke der konkreten Bewertung bayerischer Regionalpläne wie folgt zusammenfassen:

<sup>43</sup> Ebenso auch schon Schmidt, DVBl. 1998, 669 (674).

<sup>44</sup> BVerwG, NVwZ 2003, 738 ff.

Die Festsetzung von Ausschlussgebieten ist nur dann rechtmäßig, wenn in substantieller Weise Flächen für die Windenergie vorgesehen werden. Hierbei ist vor allem auf Vorranggebiete abzustellen. Vorbehaltsgebiete bleiben außer Betracht.<sup>45</sup>

Soweit ein Plan „weiße Flächen“ enthält, tritt die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht ein, da es an der notwendigen gesamträumlichen Konzeption mangelt.

Problematisch sind auch bei Ausschlussgebieten Soll- oder Regelformulierungen. Sollformulierungen lassen sich „retten“. Man kann bei der Interpretation solcher Festlegungen den Weg gehen, den der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in einer Entscheidung vom 22. Mai 2002 bezüglich Festlegungen zu Windenergieanlagen im Bodensee-Raum erneut beschritten hat:<sup>46</sup> Trotz Sollformulierung sei von strikter Verbindlichkeit der Festsetzungen auszugehen. Nur dadurch erhält man im Übrigen den notwendigen Freiraum für die Festlegung von Ausschlussgebieten.

### **7.5.2 Beurteilung ausgewählter Ausweisungen in einzelnen Regionalplänen und Regionalplanentwürfen**

#### ***Region 1 – Bayerischer Untermain und Region 2 – Würzburg***

Die als „Ziel“ B X 3.1 vorgesehene Festlegung, nach der bei der Errichtung von überörtlich raumbedeutsamen Windenergieanlagen durch eine vorausschauende Standortplanung darauf „geachtet“ werden soll, dass der Naturhaushalt, das Landschaftsbild und die Erholungsfunktion der Landschaft nicht erheblich oder nachhaltig beeinträchtigt werden und dass unzumutbare Belästigungen der Bevölkerung durch optische und akustische Einwirkungen der Anlagen vermieden werden, hat keinen Ziel-, sondern höchstens Grundsatzcharakter.

Ziel B X 3.2 will als „Regelziel“ in bestimmten Schutzzonen entsprechende Vorhaben ausschließen, es sei denn, im Einzelfall werde nachgewiesen, dass das öffentliche Interesse an der Erzeugung regenerativen Stroms größer ist als die Einhaltung des Schutzzwecks.

Auch dieser Festlegung ist der Zielcharakter abzusprechen. Die Regelformulierung ist mit dem Erfordernis einer abschließend abgewogenen Entscheidung nach § 3 Nr. 2 ROG nicht vereinbar. Man produziert deshalb nur eine allerdings räumlich konkrete Vorgabe für eine spätere Abwägungsentscheidung, die ohnehin – auch bei strikterer Formulierung – stattfinden müsste.

Dies wird durch den 2. Halbsatz unterstrichen. Wenn eine Zulassung erfolgen kann, soweit das Interesse an der Erzeugung regenerativen Stroms die Einhaltung des Schutzzwecks überwiegt, gibt der Planersteller unmissverständlich zu verstehen, dass er nicht abschließend abgewogen hat.

#### ***Region 4 – Oberfranken West und Region 5 – Oberfranken Ost***

Positiv werden in der Festlegung B X 5.2. Vorrang- und Vorbehaltsgebiete ausgewiesen. Für die übrigen Gebiete erfolgt ein „Regelausschluss“. Eine Ausnahme soll gelten, wenn eine Fläche windhöflich sowie ökologisch und ökonomisch geeignet ist.

---

<sup>45</sup> Anders Bartlsperger, 2003, S. 196 ff. Offengelassen bei BayVGh, Urt. v. 8.12.2003 – Az.: 20 N 01.2612, S. 13 der Ausfertigung..

<sup>46</sup> BayVGh, GewArch 2002, 246 ff. = BayVBl. 2002, 600, mit abl. Anmerkung Goppel, BayVBl. 2002, 737 ff. Vgl. vorher bereits BayVGh, BayVBl. 1992, 529 ff.

Auch diesen Negativfestlegungen ist der Zielcharakter abzusprechen. Die Formulierung der Ausnahme zeigt, dass der Plangeber eine eigene abschließende Abwägung nicht vorgenommen hat.<sup>47</sup> Eine Festlegung, die generell für windhöffige und ökologisch wie ökonomisch geeignete Gebiete keine Geltung beansprucht, kann man sich sparen. Die entsprechenden Aspekte sind ohnehin im Genehmigungsverfahren bei der nachvollziehenden Abwägung im Rahmen des § 35 Abs. 1 BauGB zu berücksichtigen.

### ***Region 6 – Oberpfalz-Nord und Region 11 – Regensburg***

Nach einer in Aufstellung befindlichen Festlegung B X 1.3. für die Region 11 „soll“ die Nutzung der Windenergie auf ausgewiesene Vorbehaltsgebiete konzentriert werden, ebenso nach Kapitel X des fortgeschriebenen Regionalplanes der Region 6.

Abgesehen von der Problematik der Sollformulierung genügen Vorbehaltsgebiete nicht dem Erfordernis, substantiell für die privilegierte Windenergienutzung Raum vorzusehen. Ausschlusswirkung für nicht ausdrücklich beplante Gebiete kommt bzw. käme deshalb der Festlegung nicht zu. Es handelt sich um grundsatzähnliche Festlegungen, die als öffentlicher Belang bei der Genehmigungsentscheidung nach § 35 BauGB zu beachten sind, sich gegenüber der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB jedoch vielfach nicht durchsetzen dürften.

Dementsprechend kann der Ausschluss von Windenergieanlagen auf windhöffigen Flächen außerhalb der Vorbehaltsgebiete als Soll- und Regelziel (Region 6) ebenfalls keine zielförmige Ausschlusswirkung entfalten. Die Regelanordnung nimmt der Festlegung die notwendige Verbindlichkeit.

### ***Region 16 – Allgäu***

Die Festlegungen sind vergleichbar den in Aufstellung befindlichen „Zielen“ in der Region 11 – Regensburg. Die Errichtung überörtlich raumbedeutsamer Windenergieanlagen soll schwerpunktmäßig auf die ausgewiesenen Vorbehaltsgebiete konzentriert werden (B X 4.2). Ausschlusswirkung für sonstige Regionen kann damit nicht erreicht werden. Die Festlegung stellt einen grundsatzähnlichen öffentlichen Belang ohne besondere Durchsetzungskraft dar.

Das Sollziel für die Freihaltung des Alpenraums, des Alpenvorlandes sowie des Bodenseeraumes wird von der Rechtsprechung unter Zuhilfenahme einer wohlwollenden Interpretation als strikt verbindlich verstanden.<sup>48</sup> Es habe insoweit Zielcharakter und sperrt die Errichtung von Windenergieanlagen im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB weitgehend. Richtigerweise wird man dieses „Ziel“ allerdings in einen Grundsatz der Raumordnung umdeuten müssen.

## **7.6 Öffentlichkeitsbeteiligung**

Die mit den Zielen der Raumordnung verbundene Ausschlusswirkung gem. § 35 Abs. 3 BauGB führt zu einer Grundrechtsbeeinträchtigung der Personen, die infolgedessen Vorhaben nicht mehr realisieren können.<sup>49</sup> Ziele der Raumordnung gelten zwar zunächst nur gegenüber öffentlichen Planungsträgern sowie Personen des Privatrechts, soweit diese raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen in Wahrnehmung öffentli-

<sup>47</sup> Beachtenswert ist, dass dies gegen den Vorschlag der Verwaltung geschah (Information aus der Arbeitsgruppe).

<sup>48</sup> BayVGh, BayVBl. 2002, 600.

<sup>49</sup> Zur Grundrechtsrelevanz der Raumordnung vgl. BVerwG, NVwZ 2002, 476 (478).

cher Aufgaben vornehmen.<sup>50</sup> Anerkannt ist jedoch, dass raumordnerische Konzentrationsentscheidungen mit der Regelung des § 35 Abs. 3 BauGB über ihren raumordnungsrechtlichen Wirkungsbereich hinaus die Bindungskraft von Vorschriften erreichen, die Inhalt und Schranken des Eigentums i. S. d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmen.<sup>51</sup> Eine Beteiligung der von den Zielen betroffenen Personenkreise bei der Aufstellung der Regionalpläne ist nach dem Bayerischen Landesplanungsgesetz allerdings nicht vorgesehen.<sup>52</sup> Die privaten Belange der betroffenen Grundstückseigentümer sind damit im Rahmen der Abwägung bei der Zielaufstellung nur zu berücksichtigen, soweit sie ohne Beteiligungsverfahren erkennbar sind.

Das *Bundesverwaltungsgericht* vertritt die Auffassung, dass die Aufgaben der Raumordnung als einer zusammenfassenden, übergeordneten Planung, die weiträumige Sichtweise der Raumordnung sowie ihr Rahmencharakter den Plangeber dazu berechtigen, das Privatinteresse an der Nutzung der auszuschließenden Vorhaben auf hierfür geeigneten Flächen im Plangebiet verallgemeinernd zu unterstellen und als typisierte Größe in die Abwägung einzustellen. Die betroffenen privaten Eigentümer müssten demnach am Zielaufstellungsverfahren nicht beteiligt werden. Auch wenn bei dieser Vorgehensweise atypische Einzelfälle möglicherweise nicht angemessen berücksichtigt würden, werde Art. 14 GG insofern dadurch Rechnung getragen, dass die Interessen der betroffenen Eigentümer im Genehmigungsverfahren über den Ausnahmeverbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bzw. über die nachvollziehende Abwägung bei § 35 Abs. 3 Satz 2, 1. HS BauGB noch in verhältnismäßiger Weise berücksichtigt werden könnten.<sup>53</sup>

Insoweit ist festzustellen, dass die derzeit bestehenden verfahrensrechtlichen Regelungen noch den Anforderungen aus den Grundrechten genügen.<sup>54</sup> Gleichwohl wäre eine Regelung der Beteiligung Privater im neuen bayerischen Landesplanungsgesetz wünschenswert.<sup>55</sup>

## 7.7 Rechtsschutz gegen Regionalpläne

Für Regionalpläne legt das Bayerische Landesplanungsgesetz die Rechtsform nicht fest. Die gesetzgeberische Entscheidung des Art. 14 Abs. 3 BayLplG für die Ziele im Landesentwicklungsprogramm wird jedoch entsprechend auf andere Pläne angewendet, deren Ziele eine vergleichbare Struktur aufweisen.<sup>56</sup> Regionalpläne sind daher als Rechtsvorschriften zu behandeln.<sup>57</sup> Rechtsschutz wird somit im Normenkontrollverfahren gewährt.<sup>58</sup>

Äußerst problematisch ist bei einem Normenkontrollverfahren durch Privatpersonen die Frage, ob die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO erforderliche Antragsbefugnis vor-

---

<sup>50</sup> Vgl. § 4 Abs. 1 und 2 ROG.

<sup>51</sup> So zu § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB: BVerwG, NVwZ 2003, 738 (741).

<sup>52</sup> Der bayerische Gesetzgeber hat von der Möglichkeit des § 7 Abs. 6 ROG noch nicht Gebrauch gemacht.

<sup>53</sup> BVerwG, NVwZ 2003, 738 (741).

<sup>54</sup> Bartlspenger, in: Gedächtnisschrift Blomeyer, VII. 2.

<sup>55</sup> Ebenso Bartlspenger, in: Gedächtnisschrift Blomeyer, VII. 2. a. E.

<sup>56</sup> Vgl. BayVGh, BayVBl. 1984, 240 (242).

<sup>57</sup> Art. 17, 18 Abs. 4 BayLplG; vgl. BayVGh, BayVBl. 1984, 240.

<sup>58</sup> Strittig: Tendenz zur Rechtsnorm: BVerfG, DVBl. 1988, 41/42 unter Verweisung auf § 10 Abs. 1 BauGB; alternativ: Erhebung einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 VwGO, soweit Rechtsbeziehung zwischen Plangeber und einzelner Rechtssubjekt in Bezug auf eine bestimmte Planaussage Gegenstand des Rechtsstreits sind. Im Übrigen ist Voraussetzung für die Statthaftigkeit eines Normenkontrollverfahrens, dass das Landesrecht dieses Verfahren für untergesetzliche Normen eröffnet (vgl. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). In Bayern ist dies gem. Art. 5 Satz 1 AGVwGO der Fall.

liegt. Sie wird teilweise mit der Begründung verneint, dass die Raumordnungspläne keine unmittelbare Außenwirkung entfalten und deshalb Privatpersonen nicht in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzen können.<sup>59</sup>

Dem gegenüber steht aber, dass auch durch Raumordnungspläne gezielt private Vorhaben gesteuert werden können. Eine solche Steuerung erfolgt vor allem durch § 35 Abs. 3 Satz 2 1. HS BauGB und § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, welche den Zielen der Raumordnung rechtliche Durchgriffswirkung auf einzelne Bauvorhaben eröffnen und ihnen damit die Qualität von Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne des Art. 14 GG verleihen.<sup>60</sup> In der Literatur sind daher bereits Stimmen laut geworden, die eine Antragsbefugnis bejahen.<sup>61</sup> Neuerdings bejaht auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof das Vorliegen einer Antragsbefugnis. Sie liege bereits dann vor, wenn in dem Plan präzise räumlich so konkretisierte Festlegungen getroffen sind, dass sich schon auf dieser Planstufe ein negatives Betroffensein in rechtlich geschützten Interessen für den Fall der Verwirklichung von Vorhaben sehen lässt.<sup>62</sup> In der Zukunft ist daher davon auszugehen, dass Regionalpläne verstärkt auch durch Privatpersonen einer Normenkontrolle zugeführt werden.

## 7.8 Abschließende Betrachtung

Insgesamt lässt sich der bayerischen Regionalplanung im Hinblick auf die Standortsteuerung für Windenergieanlagen kein besonders gutes Zeugnis ausstellen. Die Positivausweisung für Windenergieanlagen erfolgt zu halbherzig, es werden zu wenig Vorranggebiete und zu oft lediglich Vorbehaltsgebiete ausgewiesen. Die Verwendung von Regel- oder Sollformulierungen ist ohnehin verfehlt, den entsprechenden Erkenntnissen in Rechtsprechung und Literatur sollte sich auch die bayerische Praxis nicht länger verschließen. Die nicht ausreichend couragierte Ausweisung von Positivgebieten wird durch die juristisch weitgehend ineffektive Ausschlussplanung mitverursacht, die vielfach kaum mehr bewirkt als das, was sich aus § 35 Abs. 1 und Abs. 2 BauGB ohnehin ergibt.

## Literatur (Auswahl)

- Bartlsperger, Richard: Raumordnungsgebiete mit besonderer Funktion (Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebiete). Akademie für Raumforschung und Landesplanung (Hrsg.): Zur Novellierung des Landesplanungsrechts aus Anlaß des Raumordnungsgesetzes, 1998. Arbeitsmaterial Nr. 266, Hannover 2000.
- Bartlsperger, Richard: Raumplanung zum Außenbereich – Die raumplanerische Steuerung von Außenbereichsvorhaben. 2003.
- Bartlsperger, Richard: Der großräumige Eigentumseingriff als Problem des grundrechtlichen Eingriffspotentials. In: Gedächtnisschrift Blomeyer (im Erscheinen), 2004.
- Berkemann, Jörg: Planerische Lenkung des Abbaus von oberflächennahen Bodenschätzen – Zulässigkeit und Grenzen. DVBl. 1989, 625 ff.

<sup>59</sup> Nachweise bei Koch/Hendler, 2001, § 9 Rdnr. 5 Fußn. 4.

<sup>60</sup> Vgl. so schon oben unter 6. 6.

<sup>61</sup> Koch/Hendler, 2001, § 9 Rdnr. 6; vgl. auch Bartlsperger, in: Gedächtnisschrift Blomeyer, VIII. 2. m. w. Nachw.; Bartlsperger selbst verneint aus kompetenzrechtlichen Gründen eine verfahrensrechtliche Außenwirkung von Raumordnungsplänen und Flächennutzungsplänen. Er tritt lediglich für eine Inzidentkontrolle ein; vgl. ausführlich: Bartlsperger, 2003, S. 220 ff.

<sup>62</sup> BayVGh, Urt. v. 8.12.2003 – Az.: 20 N 01.2612, Seite 11 der Ausfertigung m. w. Nachw. zu ähnlich gelagerten Fällen.

## ■ Regionalplanerische Konzepte zur Windenergienutzung

- Erbguth, Wilfried: Eignungsgebiete als Ziele der Raumordnung? – Planungspraxis, ROG '98, § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. DVBl. 1998, 209 ff.
- Goppel, Konrad: Anmerkung zu BayVGh, Urteil vom 14.10.1996. BayVBl. 1997, 178 ff. In: BayVBl. 1997, 503 ff.
- Goppel, Konrad: Ziele der Raumordnung. BayVBl. 1998, 289 ff.
- Goppel, Konrad: Glaubenskrieg um Soll-Ziele. BayVBl. 2002, 449 ff.
- Goppel, Konrad: Anmerkung zu BayVGh, Urteil vom 22.5.2002. BayVBl. 2002, 600. In: BayVBl. 2002, 737 ff.
- Greiving, Stefan/Schröder, Markus: Neue Herausforderungen bei der planerischen Steuerung von Windenergieanlagen. UPR 2003, 13 ff.
- Grotefels, Susan: Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebiete in der Raumordnung (§ 7 Abs. 4 ROG). In: Erbguth, Wilfried, Festschrift für Werner Hoppe, 2000, S. 369 ff.
- Hendler, Reinhard: Rechtsgutachten zu der am 1. April 2000 in Kraft getretenen Änderung des Regionalplanes der Region Oberpfalz-Nord (6) – Teilfortschreibung des Kapitels X Energieversorgung zur Ausweisung von Vorbehaltsgebieten für die Nutzung der Windenergie. Manuskript, 2000.
- Hendler, Reinhard, Raumordnungsziele und Eigentumsgrundrecht. DVBl. 2001, 1233 ff.
- Holz, Heinrich-Peter: Die bauplanungsrechtliche Privilegiertheit raumbedeutsamer Windenergieanlagen – räumliche Steuerung durch Regionalplanung. NWVBl. 1998, 81 ff.
- Hoppe, Werner: Kritik an der textlichen Fassung und inhaltlichen Gestaltung von Zielen der Raumordnung in der Planungspraxis. DVBl. 2001, 81 ff.
- Hoppe, Werner: „Ziele der Raumordnung“ (§ 3 Nr. 2 ROG 1998) in Soll-Formulierungen als „durchgängiges Prinzip der Raumordnung in Bayern“, Anmerkungen zu dem „Fachziel Einzelhandelsgroßprojekte/FOC“ im Entwurf zur Änderung des Landesentwicklungsprogramms Bayern. BayVBl. 2002, 129 ff.
- Hoppe, Werner/Spoerr, Wolfgang: Die raumordnungsakzessorische Außenbereichsnutzung (§ 35 III 2 – 3 BauGB). NVwZ 1999, 945 ff.
- Koch, Hans-Joachim/Hendler, Reinhard, Baurecht: Raumordnungs- und Landesplanungsrecht. 3. Auflage 2001.
- Manssen, Gerrit: Differenzierung vertikaler Verwaltungsstrukturen durch Raum- und Regionalplanung. In: Wallerath, Maximilian (Hrsg.). Differenzierung vertikaler Verwaltungsstrukturen durch Raum- und Regionalplanung. 1998, S. 31 ff.
- Nicolai, Helmuth v.: Raumordnerische Steuerung von Windenergieanlagen. NVwZ 2002, 1078 ff.
- Runkel, Peter: Steuerung von Vorhaben der Windenergienutzung im Außenbereich durch Raumordnungspläne. DVBl. 1997, 275 ff.
- Runkel, Peter: Das neue Raumordnungsgesetz und das Umweltrecht. NuR 1998, 449 ff.
- Schmidt, Ingo: Die Raumordnungsklauseln in § 35 BauGB und ihre Bedeutung für Windkraftvorhaben. DVBl. 1998, 669 ff.
- Schulte, Hans: Ziele der Raumordnung. NVwZ 1999, 942 ff.
- Spiecker, Margarete: Raumordnung und Private. 1999.
- Spiecker, Margarete: Die raumordnerische Steuerung von Kiesabgrabungen durch Eignungsgebiete i. S. des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. ROG. BayVBl. 2001, 673 ff.