Studien zum öffentlichen Recht 32

Laura-Theresa Arenz

Behördliche Normverwerfung und deren haftungsrechtliche Folgen

Am Beispiel der gemeindlichen Konzentrationsplanung für die Windenergie

Nomos

Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christoph Enders, Universität Leipzig
Prof. Dr. Jörg Ennuschat, Ruhr-Universität Bochum
Prof. Dr. Annette Guckelberger, Universität des Saarlandes
Prof. Dr. Armin Hatje, Universität Hamburg
Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Universität Regensburg
Prof. Dr. Katharina von Schlieffen, FernUniversität Hagen

Band 32

Laura-Theresa Arenz

Behördliche Normverwerfung und deren haftungsrechtliche Folgen

Am Beispiel der gemeindlichen Konzentrationsplanung für die Windenergie

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Speyer, Univ., Diss., 2021

u.d.T.: Behördliche Normverwerfung und deren haftungsrechtliche Folgen am Beispiel der gemeindlichen Konzentrationsplanung für die Windenergie

ISBN 978-3-8487-8768-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-3335-9 (ePDF)

1. Auflage 2022
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft als Dissertation angenommen. Die veröffentlichte Fassung befindet sich auf dem Stand von März 2021.

Den Anstoß gaben mehrere Anfragen zum Themenkomplex der exekutiven Planverwerfung, derer ich mich im Rahmen meiner anwaltlichen Tätigkeit widmen durfte. An der besonderen praktischen Relevanz bestand damit nie ein Zweifel, wodurch die Erstellung der Arbeit sicherlich befördert wurde.

Herzlich danken möchte ich an erster Stelle meinem Doktorvater, Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow, der sich stets Zeit für meine Betreuung nahm und sich jeweils sehr zeitnah mit jedem meiner Anliegen befasste. Auch gilt mein Dank Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Außerdem danke ich meiner Familie und im Besonderem meinem Lebensgefährten Alexander Bluhm für die viele Geduld, den Ansporn und das äußerst gewissenhafte sowie kritische Korrekturlesen. Weiter möchte ich meinem Vater danken für die Korrekturen ebenso wie für die emotionale Unterstützung nicht erst in der Promotionszeit, sondern während des gesamten Studiums.

Köln, im Januar 2022 Laura Arenz

Inhaltsübersicht

Einführung 19

1. Teil: Rechtsnatur der Konzentrationsflächenplanung 27

1. Kapitel: Einführung 27

2. Kapitel: Begriff der Rechtsvorschrift / Rechtsnorm 33

3. Kapitel: Rechtsnormqualität flächennutzungsplanerischer Darstellungen 38

4. Kapitel: Normenkontrollfähigkeit 56

2. Teil: Verwerfung der Konzentrationsflächenplanung 65

1. Kapitel: Einführung 65

2. Kapitel: Normprüfung 80

3. Kapitel: Normverwerfung 86

3. Teil: Haftungsrechtliche Implikationen 181

1. Kapitel: Einführung 181

2. Kapitel: Beteiligung der Gemeinde 183

3. Kapitel: Meinungsstand zur Haftungsdimension 193

4. Kapitel: Amtshaftung, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG 200

5. Kapitel: Weitere Anspruchsgrundlagen 256

Schlussbetrachtung 277

Literaturverzeichnis 281

Inhaltsverzeichnis

Einführung 19

I. Windenergie in der Bauleitplanung 19
II. Die Verwerfungsproblematik 21
III. Konzeption der Untersuchung 24
1. Themeneingrenzung 24
2. Gang der Untersuchung 25

1. Teil: Rechtsnatur der Konzentrationsflächenplanung 27

1. Kapitel: Einführung 27
I. Widererwachen des Streits 27
II. Relevanz der Fragestellung 28
1. Grundannahme 28
2. Überprüfung 29

2. Kapitel: Begriff der Rechtsvorschrift / Rechtsnorm 33
I. Grundzüge des Begriffsverständnisses 33
II. Rechtsvorschrift i.S.v. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO 35
III. Formale Ausgestaltung und materieller Regelungsgehalt 36

3. Kapitel: Rechtsnormqualität flächennutzungsplanerischer Darstellungen 38
I. Der Flächennutzungs-„Plan“ 38
II. Regelungssystematik des Baugesetzbuchs 40
1. Grundstruktur 40
2. Neuerungen zur Stärkung des Steuerungspotentials 43
III. Darstellungen i.S.v. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 44
1. Grundlagen 44
2. Ansichten zur Rechtsnormqualität 46
a) Rechtsprechung 46
b) Literatur 49
3. Bewertung 51
a) Deutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung 51
b) Materieller Regelungsgehalt 53

4. Zwischenergebnis 56

4. Kapitel: Normenkontrollfähigkeit 56

I. Ansichten zur Normenkontrollfähigkeit 57

II. Bewertung 60

III. Zwischenergebnis 63

2. Teil: Verwerfung der Konzentrationsflächenplanung 65

1. Kapitel: Einführung 65

I. Einordnung der Fragestellung 65

II. Materiell-rechtliche Fehlerfolge rechtserheblicher Mängel der Bauleitplanung 66

1. Normgeltung und Verwerfung 66

2. Sonderregelungen des Städtebaurechts 69

3. Fehleranfälligkeit der Konzentrationszonenausweisung 71

a) Formale Fehler 71

b) Abwägungsfehler 72

aa) Grundlagen 73

bb) Fehler im Abwägungsvorgang 74

cc) Fehler im Abwägungsergebnis 75

c) Ewigkeitsmängel und Funktionslosigkeit 77

4. Auswirkung auf den Normanwendungsakt 78

III. Verfahrensfrage Normverwerfungskompetenz 78

2. Kapitel: Normprüfung 80

I. Prüfungsbefugnis 81

1. Verfassungsrechtliche Dimension 81

2. Einfachgesetzliche Dimension 83

II. Prüfungspflicht 83

1. Einführung 83

2. Streitstand und Einordnung 84

3. Kapitel: Normverwerfung 86

I. Gerichtliche Verwerfungskompetenzen 86

1. Prinzipale Normverwerfung 86

a) Obergerichtliche Normenkontrolle 86

b) Verfassungsgerichtliche Normenkontrolle 88

2. Inzidente Normverwerfung 89

a) Vorlagepflicht zum Bundesverfassungsgericht 89

b) Vorlagepflicht zu den Landesverfassungsgerichten 90
c) Inzidentverwerfungskompetenz im Übrigen 91
d) Zwischenergebnis 92
II. Rechts- und Pflichtenkreis der Erlassgemeinde 93
1. Bauplanungsrechtlicher Handlungsrahmen 93
2. Aufhebungspflicht 94
3. Zwischenergebnis 97
III. Verwerfungskompetenz der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde 97
1. Prinzipale Planverwerfung 98
a) Rechtsprechung zur Plangenehmigungsbehörde 98
b) Ableitung für die Genehmigungsbehörde 99
2. Inzidente Planverwerfung 100
a) Überblick über den Meinungsstand 101
aa) Bundesverfassungsgericht 101
bb) Bundesverwaltungsgericht 103
cc) Bundesgerichtshof 107
dd) Obergerichtliche Rechtsprechung 109
ee) Ministeriale Vorgaben 112
ff) Schrifttum / Lehre 113
b) Eigene Bewertung 117
aa) Bindungswirkung fehlerhafter Konzentrationsflächenpläne 117
bb) Kompetenzverteilung zwischen den Staatsorganen 120
aaa) Grundsatz der Gewaltenteilung 121
bbb) Bestimmungen zur gerichtlichen Normenkontrolle 123
(1) Wortlaut 124
(2) Systematik 125
(3) Sinn und Zweck 125
(4) Antragsfrist gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO 127
(5) Antragsberechtigung gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG 128
(6) Zwischenergebnis 130
ccc) Verhältnis zwischen Exekutive und Judikative 130

cc) Kompetenzverteilung innerhalb der Verwaltung 133
aaa) Sonderaufsichtsrecht der Plangenehmigungsbehörde 134
bbb) Kommunalaufsicht 135
ccc) Planungs- und Rechtsetzungshoheit der Gemeinde 136
(1) Grundstruktur 137
(2) Argumentationsansätze 138
(3) Bewertung 139
ddd) Zwischenergebnis 143
dd) Gesetzes- und Grundrechtsbindung der Verwaltung 143
aaa) Grundstruktur 144
(1) Art. 20 Abs. 3 GG 144
(2) Art. 1 Abs. 3 GG 145
bbb) Argumentationsansätze 146
ccc) Bewertung 148
ee) Rechtssicherheit 150
aaa) Grundstruktur 150
bbb) Argumentationsansätze 151
ccc) Bewertung 152
ff) Art. 3 Abs. 1 GG Gleichheitssatz 155
aaa) Grundstruktur 156
bbb) Bedeutung für die Normbindung und -verwerfung 158
gg) Art. 14 Abs. 1 GG Eigentumsschutz 162
aaa) Grundstruktur 162
bbb) Bedeutung für die Normbindung und -verwerfung 164
hh) Beamtenrechtliche Bindung 166
aaa) Grundstruktur 166
bbb) Bewertung 168
ii) Haftung 171
3. Gesamtbewertung und Ergebnis 173
a) Bestehen der behördlichen Normverwerfungskompetenz 173
b) Einschränkungen der Verwerfungskompetenz 177

3. Teil: Haftungsrechtliche Implikationen 181

1. Kapitel: Einführung 181

2. Kapitel: Beteiligung der Gemeinde 183

I. Gemeindliches Einvernehmen 183

1. Regelungssystematik 183

2. Gesetzeszweck 185

II. Ersetzung des Einvernehmens 186

1. Alte bundesgesetzliche Rechtslage 186

2. Neue bundesgesetzliche Rechtslage 187

3. Landesrechtliche Umsetzung 190

a) Stadtstaaten 190

b) Flächenländer 190

3. Kapitel: Meinungsstand zur Haftungsdimension 193

I. Rechtsprechungsgrundsätze zur haftungsmäßigen Verantwortlichkeit 193

1. Bundesgerichtshof 193

a) Ursprüngliche Rechtsprechungslinie 193

b) Grundsatzurteil vom 16.09.2010 – III ZR 29/10 195

c) Folgeurteil vom 25.10.2012 – III ZR 29/12 196

2. Instanzgerichtliche Rechtsprechung 198

II. Literatur 199

4. Kapitel: Amtshaftung, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG 200

I. Einführung 200

II. Tatbestandsvoraussetzungen 201

1. Handelnder 201

2. Verletzung einer Amtspflicht 202

a) Grundlagen der Amtspflichtwidrigkeit 202

b) Handeln der Genehmigungsbehörde 203

aa) Ersetzungspflicht 204

bb) Kenntnis des Handelnden 206

cc) Fehlende Verwerfungskompetenz 207

dd) Zwischenergebnis 212

c) Handeln der Gemeinde 213

aa) Normgebung 213

bb) Einvernehmensversagung 214

3. Drittgerichtetheit 215

a) Grundlagen des Drittbezugs 215

b) Pflichten der Genehmigungsbehörde 216
aa) Drittgerichtetheit der Ersetzungspflicht 216
bb) Drittgerichtetheit der „Beseitigungspflichten“ 218
aaa) Mitteilung gegenüber der Gemeinde 219
bbb) Einleitung eines Normenkontrollverfahrens 221
ccc) Einschaltung der Kommunalaufsicht 223
ddd) Remonstrationspflicht 226
cc) Zwischenergebnis 227
c) Pflichten der Gemeinde 228
aa) Normgebung 228
bb) Einvernehmensversagung 231
aaa) Grundfall 232
bbb) Fälle integrierter Normverwerfung 237
ccc) Zwischenergebnis 242
4. Verschulden 242
a) Grundlagen des Verschuldensvorwurfs 242
b) Schuldvorwurf bei der Normanwendung 243
c) Zwischenergebnis 248
5. Schaden 249
a) Umfang des Ersatzanspruchs 249
b) Haftungsausschluss 249
c) Kausalität und Zurechnung 250
aa) Genehmigungsbehörde 251
bb) Gemeinde 252
III. Zusammenfassung und Bewertung 254

5. Kapitel: Weitere Anspruchsgrundlagen 256
I. Polizei- und Ordnungsrecht, § 39 Abs. 1 Buchst. b OBG NRW 256
1. Grundlagen 256
2. Rechtswidrige Maßnahme einer Ordnungsbehörde 257
3. Zwischenergebnis 259
II. Enteignungsgleicher Eingriff 260
1. Grundlagen des Haftungsinstituts 260
2. Tatbestandlichkeit des enteignungsgleichen Eingriffs 262
a) Genehmigungsbehörde 262
b) Gemeinde 263
aa) Einvernehmensversagung 263

bb) Normgebung 266
3. Umfang des Rechtsgüterschutzes 268
a) Grundstückseigentümer 269
b) Sonstige Projektträger 271
4. Zwischenergebnis 272
III. Planungsschadensrecht, §§ 39 ff. BauGB 273
1. § 39 BauGB 273
2. § 42 BauGB 274
3. Zwischenergebnis 276
IV. Zusammenfassung und Bewertung 276

Schlussbetrachtung 277

Literaturverzeichnis 281

Einführung

I. Windenergie in der Bauleitplanung

Windenergie ist eine der tragenden Säulen der Energiewende.[1] Bis 2050 will die Europäische Union klimaneutral sein.[2] Die für Deutschland gesetzlich definierten Ziele wurden jüngst dahingehend angepasst, dass der Stromsektor vorangehen und noch früher treibhausgasneutral werden soll.[3] Schon seit längerem ist insofern neben der Sonnenenergie vor allem die regenerative Windstromerzeugung in den Fokus nicht nur der Politik und der Verwaltung, sondern angesichts ihrer großen praktischen Bedeutung auch der Rechtsprechung gerückt.

Die anvisierte Umstellung der Elektrizitätsenergieversorgung auf erneuerbare Energien setzt notwendigerweise eine fortschreitende Dezentralisierung der Stromgewinnung voraus.[4] Sowohl die Bedürfnisse an als auch die Auswirkungen auf die Umgebung bedingen, dass Windenergieanlagen in aller Regel nur im Außenbereich errichtet und betrieben werden können. Die Voraussetzungen hierfür wurden gesetzgeberisch schon lange geschaffen. So gilt für den Außenbereich zwar ein grundsätzliches

---

1 Vgl. etwa Darstellung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zu Erneuerbaren Energien unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/erneuerbare-energien.html (zuletzt abgerufen am 22.03.2021).

2 Das Ziel der Treibhausgasneutralität bis 2050 soll durch ein europäisches Klimagesetz festgeschrieben werden (basierend auf dem Vorschlag der Europäischen Kommission vom 04.03.2020, 2020/0036 (COD)); vgl. insoweit auch aktuellen Vermerk zu den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 10./11.12.2020, EUCO 22/20, S. 6 ff. Dargestellt wird der europäische Hintergrund der deutschen Gesetzgebung zudem bspw. von Spannowsky, ZfBR-Beil. 2012, 53 (53).

3 Das neue Langfristziel für das Jahr 2050 wird in § 1 Abs. 3 EEG 2021 definiert, nachdem bisher gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EEG 2017 vorgesehen war, dass 2050 mindestens 80 Prozent des deutschen Stromverbrauchs durch erneuerbare Energien gedeckt werden sollen. Vor dem Hintergrund der Klimaschutzbeschlüsse der Bundesregierung wurden die Ziele für den Strombereich insofern weiterentwickelt, er soll „zeitlich voranschreiten" und früher dekarbonisiert werden als andere Sektoren, bei denen die Dekarbonisierung mit mehr Herausforderungen verbunden ist (vgl. BT-Drs. 92/23482 vom 19.10.2020, S. 92).

4 Vgl. etwa Bringewat/Hinsch, ZNER 2017, 476 (476).

Bauverbot.[5] Seit der Novelle des Baugesetzbuchs von 1996, genauer seit Jahresbeginn 1997 zählen Windenergieanlagen aber zu den privilegierten Außenbereichsvorhaben.[6]

Den Gemeinden wurde die Möglichkeit der Ausweisung spezieller Bereiche an die Hand gereicht. So kann die Vorhabenzulassung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 249 BauGB auf bestimmte Standorte des Planungsgebietes beschränkt werden, und zwar entweder durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder auch über Ziele der Raumordnung.[7] Die erste Alternative ermöglicht es der Gemeinde demnach, bestimmte Teile ihres Außenbereichs exklusiv einer entsprechenden Nutzung zuzuweisen. Begegnet werden soll so vor allem dem oftmals kritisierten unkontrollierten „Wildwuchs" von Windenergieanlagen beziehungsweise der „Verspargelung" der Landschaft. Vielerorts waren und sind Gemeinden daher planungstechnisch damit beschäftigt, geeignete Standorte für Windstromerzeugung im Gemeindegebiet zu eruieren, um diese als spezielle Zonen für Windenergie auszuweisen, vorhandene Zonen zu ergänzen oder, dem technischen Fortschritt folgend, eine Anlagenersetzung durch nachfolgende Generationen (Repowering) zu ermöglichen.[8] Die zugewiesenen Standorte werden regelmäßig als Konzentrationszonen bezeichnet, ohne dass sich diese Begrifflichkeit im Gesetz wiederfindet.[9]

Die Bindungskraft jener windenergiespezifischen Zonierungen soll Anknüpfungspunkt für die vorliegende Untersuchung sein. Dabei hat die Gemeinde die Wahl, ob sie mit einer positiven Standortzuweisung lediglich die dargestellten Flächen für die Windenergienutzung vorhalten und gegen konkurrierende Nutzungen sichern oder eine verbindliche Konzen-

---

5 Vgl. § 35 Abs. 2 BauGB; hierzu etwa Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Vorb §§ 29-38 Rn. 44.

6 Eingeführt mit Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30.07.1996 (BGBl. I 1189). Nach aktueller Fassung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind alle Vorhaben, die der Nutzung oder auch Erforschung und Entwicklung von Wind- oder Wasserenergie dienen, im Außenbereich zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die ausreichende Erschließung gesichert ist.

7 Solche Zonen können nicht nur für Windenergieanlagen, sondern insgesamt für Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB ausgewiesen werden. In der Praxis wird von dem Steuerungsinstrument beispielsweise auch für gewerbliche Tierhaltungsanlagen, Biomasseanlagen oder den Abbau von Bodenschätzen Gebrauch gemacht; vgl. hierzu etwa Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 5 Rn. 96.

8 Zu dieser Entwicklung bereits Reicherzer, BWGZ 2012, 744 (744 f.).

9 Vgl. zur Begrifflichkeit sowie den Darstellungsmöglichkeiten im Flächennutzungsplan etwa Gatz, Windenergieanlagen, Rn. 128.

trationsflächenplanung mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für den übrigen Planungsraum betreiben will.[10]

Entscheidet sich die Gemeinde für eine verbindliche Standortplanung, muss sie aber ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept vorlegen und auch alle sonstigen Rechtmäßigkeitsanforderungen an eine Konzentrationsflächen-planung mit Ausschlusswirkung erfüllen.[11] Die Rechtsprechung hat in den letzten Jahren in zahlreichen Entscheidungen ein komplexes Anforderungsprogramm entwickelt. So sind die Konzentrationsflächen in einem mehrschrittigen Verfahren zu ermitteln, wobei sichergestellt sein muss, dass die Planung im Ergebnis der Windenergie „substanziell Raum verschafft".[12] Eine Verhinderungsplanung ist unzulässig.[13] In der Praxis ist die gemeindliche Konzentrationsflächenausweisung insoweit insgesamt enorm fehleranfällig.[14] Nicht zuletzt im Anbetracht des dynamischen und unübersichtlichen Fortschritts von Technik sowie Rechtsprechung im Bereich Windkraft scheint die Aufgabe, eine fehlerfreie Ausweisung zu gewährleisten, teilweise kaum lösbar.

II. Die Verwerfungsproblematik

Existiert eine verbindliche gemeindliche Konzentrationszonenausweisung, ist diese auf Ebene der Vorhabenzulassung von unmittelbarer Bedeutung. Ab einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern bedürfen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen einer immissionsschutzrechtli-

---

10 Zu den Hintergründen und Vorteilen einer reinen Positivflächenausweisung bspw. Spannowsky, ZfBR-Beil. 2012, 53 (54).

11 BVerwG, Urt. v. 31.01.2013, Az. 4 CN 1/12, juris Rn. 16.

12 Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 13.12.2012, Az. 4 CN 1/11, juris Rn. 9 ff. m.w.N.; Beschl. v. 15.09.2009, Az. 4 BN 25.09; sowie Überblick bei Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 35 Rn. 116; zusammenfassend bspw. auch Gatz, DVBl. 2017, 461 (461 ff.).

13 Dies bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen im jeweiligen Planungsraum; vgl. insb. BVerwG, Beschl. v. 29.03.2010, Az. 4 BN 65.09; Beschl. v. 22.04.2010, Az. 4 B 68.09; Urt. v. 20.05.2010, Az. 4 C 7.09; Urt. v. 13.12.2012, Az. 4 CN 1.11.

14 Zu dem rasanten technischen Fortschritt sowie der hieraus folgenden Erforderlichkeit einer Plananpassung Spannowsky, ZfBR-Beil. 2012, 53 (53 ff.); zur Fehleranfälligkeit von Bebauungsplänen bspw. Maurer/Waldhoff, Allg. Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 68.

chen Genehmigung.[15] Zuständig für die Zulassung von Windenergieanlagen ist damit heute fast immer die Immissionsschutzbehörde.[16] Liegt der beabsichtigte Standort für die Errichtung der Windenergieanlage wie üblich im Außenbereich, darf sie eine Genehmigung nach Maßgabe von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in der Regel nur erteilen, soweit die Standortgemeinde nicht an anderer Stelle eine Konzentrationszone ausgewiesen hat.[17]

Gleichwohl sehen sich die Genehmigungsbehörden immer häufiger mit Anträgen für Anlagenstandorte konfrontiert, die außerhalb der ausgewiesenen Konzentrationsflächen für Windenergie liegen sollen. Denn im Zuge des voranschreitenden Windkraftausbaus ist der Platz in den vorhandenen Konzentrationszonen eng geworden. Regelmäßig fußt die Antragstellung insofern darauf, dass die gemeindlichen Konzentrationszonen vom Antragsteller aufgrund (vermeintlicher) Mangelhaftigkeit als unwirksam und damit nicht bindend erachtet werden.

Die Standortgemeinde, die am Genehmigungsverfahren über das Einvernehmenserfordernis nach § 36 Abs. 1 BauGB beteiligt ist, wird an ihrer zeit- und kostenaufwendigen Konzentrationsflächenplanung regelmäßig aber festhalten und ihr Einvernehmen für ein Windenergievorhaben außerhalb der ausgewiesenen Zonen daher nicht erteilen wollen.[18] Grundsätzlich besteht für die Genehmigungsbehörde in diesem Fall die Option, das versagte Einvernehmen zu ersetzen und die Genehmigung auch gegen den gemeindlichen Willen zu erteilen. Entscheidend ist dabei, wie sie mit der vorhandenen Konzentrationsflächenplanung umzugehen hat. Führen festgestellte Mängel nach Überzeugung der Genehmigungsbehörde zur Nichtigkeit der gemeindlichen Konzentrationsflächenausweisung, steht sie namentlich vor der schwierigen Frage, ob der Plan für sie gleichwohl Bindungswirkung entfaltet oder sie einen nichtigen Plan unangewendet lassen darf beziehungsweise sogar muss.

---

15 Vgl. § 4 Abs. 1 BImSchG i.V.m. § 1 der 4. BImSchV und Nummer 1.6 des Anhangs 1.

16 Vgl. hierzu bspw. Spannowsky, ZfBR-Beil. 2012, 53 (54).

17 Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für eine Windenergieanlage ist gemäß § 6 Abs. 1 BImSchG zu erteilen, wenn die Erfüllung der immissionsschutzrechtlichen Pflichten sichergestellt ist (1.) und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen (2.). Letzteres schließt unter anderem die bauplanungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen für die Vorhabenzulassung ein.

18 Vgl. insoweit auch die Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des Baulandmobilisierungsgesetzes, BR-Drs. 686/20 (Beschluss) vom 18.12.2020, S. 11; Schrödter/Kukk, in: Schrödter, BauGB, § 10 Rn. 17.

Umfang und Intensität der behördlichen Normprüfungs- und Nichtanwendungsbefugnisse stehen schon lange sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur in Streit. Die Diskussion wird unter dem Stichwort der „(Norm-)Verwerfungskompetenz" geführt. Dabei ist zwischen inzidenter und prinzipaler Verwerfung zu unterscheiden.[19] Die prinzipale oder auch abstrakte Normverwerfung meint die allgemeinverbindliche Feststellung der Nichtigkeit einer Norm, losgelöst von einem konkreten Genehmigungsverfahren. Als Inzidentverwerfung wird dagegen die bloße Nichtanwendung einer an sich einschlägigen Rechtsnorm bei einer Entscheidung im Einzelfall wegen (angeblicher) Unvereinbarkeit mit ranghören Normen bezeichnet.[20]

Die diesbezüglichen Streitpunkte des Verfassungs- und Verwaltungsrechts haben in keiner Weise an Aktualität verloren. Nachdem ehemals noch die richterliche Prüfungs- und Verwerfungskompetenz sowie später vor allem die Verwerfung nichtiger formeller Parlamentsgesetze im Zentrum des Streits standen, richtete sich die Aufmerksamkeit in den letzten Jahrzehnten auf die Verwerfung untergesetzlicher Rechtsvorschriften.[21] Angesichts seiner praktischen Bedeutsamkeit vielfach diskutiert wurde insbesondere die Verwerfung von Bebauungsplänen.[22] Steht die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde vor der Frage, ob ihr im Hinblick auf eine entscheidungsrelevante gemeindliche Konzentrationsflächenplanung eine Verwerfungskompetenz zusteht, handelt es sich um einen weiteren, praxisrelevanten Anwendungsfall.

Von Bedeutung ist die Diskussion auch in haftungsrechtlicher Hinsicht. Denn eine behördliche Antragsablehnung, die auf eine unwirksame Norm gestützt wird, ist ebenso rechtswidrig wie die Norm selbst. Haftungsmäßige Risiken liegen dementsprechend auf der Hand. Ein Anspruch des Bauwilligen auf Entschädigung für die Verzögerung oder Vereitelung der

---

19 Unterschieden wurde daneben teilweise auch zwischen formeller und materieller Prüfungs- und Verwerfungskompetenz, wobei das formelle Recht auf die Frage bezogen und begrenzt sein sollte, ob überhaupt nach dem äußeren Gesamtbild eine Rechtsvorschrift vorliegt oder es schon an den Mindesterfordernissen (insb. hinsichtlich der Verkündung) fehlt. Vgl. hierzu insb. Kopp, DVBl. 1983, 821 (821 f.).

20 Vgl. etwa Külpmann, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 10 Rn. 381; Maurer/Waldhoff, Allg. Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 61.

21 Vgl. hierzu insb. Einleitung bei Wehr, Inzidente Normverwerfung, S. 19 f. m.w.N.

22 Hierzu insb. Herr, Verwerfung von Bebauungsplänen.

Anlagengenehmigung kann insbesondere aus Amtshaftung folgen.[23] Für die entscheidende Stelle droht eine Haftung insoweit nahezu unumgänglich zu sein, wenn sie zur rechtswidrigen Antragsablehnung auf Grundlage einer nichtigen Konzentrationsflächenplanung gezwungen sein sollte. Damit hat die Frage der Normverwerfungskompetenz also weitreichende Konsequenzen sowohl für die Verwaltung als auch für den Bauwilligen.

III. Konzeption der Untersuchung

1. Themeneingrenzung

Die Frage des Verhältnisses der Exekutive „zur Norm" stellt sich unabhängig von deren Rang. Es handelt sich um ein allgemeines Problem der Normgeltung und des administrativen Normvollzugs. In der vorliegenden Arbeit indes soll der Umgang der Verwaltung mit einer ungültigen Norm am Beispiel der Bindungswirkung einer kommunalen Flächennutzungsplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 BauGB im Rahmen immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen untersucht werden.[24]

Im Vergleich zu sonstigen untergesetzlichen Rechtsvorschriften gelten einige Besonderheiten:[25] In materiell-rechtlicher Hinsicht sind zunächst freilich §§ 214 f. BauGB zu berücksichtigen, wonach ein Planungsfehler unbeachtlich sein kann. Des Weiteren sieht das Baugesetzbuch Verfahrensbestimmungen zur allgemeingültigen Planaufhebung vor, die zu beachten sind. Zudem sind hinsichtlich der Beantwortung der Frage der administrativen Verwerfungskompetenz insbesondere auch der Schutz der Planungshoheit der Gemeinde (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB) sowie der Eigentumsschutz (Art. 14 Abs. 1 GG) von Bedeutung.

---

23 Vgl. Bracher, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, Rn. 1171 f.; Külpmann, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 10 Rn. 391 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 23.01.1997, Az. III ZR 234/95.

24 Nicht näher betrachtet wird insofern insbesondere auch die europarechtliche Dimension der Frage, namentlich also die Verpflichtung der Verwaltung, nationales Recht unangewendet zu lassen, wenn es nicht mit Europarecht in Einklang steht. Hierzu indessen insb. EuGH, Urt. v. 22.06.1989, Az. 103/88, juris Rn. 31.

25 Vgl. hierzu auch Herr, Verwerfung von Bebauungsplänen, S. 19 ff.

2. Gang der Untersuchung

Folgenden Prüfungspunkten soll in drei Teilen nachgegangen werden:

In *Teil 1* wird die Rechtsnatur der kommunalen Konzentrationsflächenplanung untersucht. Während die rechtliche Qualifizierung des Flächennutzungsplans in seiner herkömmlichen Natur lange Zeit als geklärt angesehen werden konnte, hat sich zur Rechtsnatur von Darstellungen mit einer Rechtswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine umfangreiche Judikatur gebildet, die vor allem im Zusammenhang mit der Normenkontrollfähigkeit vor den Oberverwaltungsgerichten steht. Vor diesem Hintergrund wird zunächst herausgearbeitet, welche Bedeutung die Rechtsnatur der Konzentrationsflächenplanung für die Frage der administrativen Normverwerfung hat. Sodann wird ihre rechtliche Qualität ausgehend von einer Bestimmung der Begrifflichkeit der Rechtsvorschrift/Rechtsnorm geprüft. Der erste Teil schließt mit der Einordnung der Konzentrationsflächenplanung in die Normenkontrolltatbestände des § 47 Abs. 1 VwGO.

Teil 2 der Arbeit widmet sich den zentralen Fragestellungen rund um die behördliche Verwerfung fehlerhafter Konzentrationsflächenplanungen. Zunächst wird die materielle Folge der Mangelhaftigkeit kommunaler Pläne im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 BauGB dargestellt, um sodann zur verfahrensrechtlichen Frage der Normverwerfung durch die Exekutive überzuleiten. In einem ersten Schritt werden anschließend die verfassungsrechtlichen sowie einfachgesetzlichen Aspekte der Normprüfung untersucht. Im zweiten Schritt folgt die Prüfung der Normverwerfung. Untersucht werden zunächst die Befugnisse der Rechtsprechung und der Gemeinde, die den fehlerhaften Plan erlassen hat. Eine umfassende Prüfung der Verwerfungskompetenz der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde schließt sich an. Hierfür wird zunächst ein Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur gegeben, um sodann eine eingehende eigene Betrachtung und Bewertung der maßgeblichen Argumente vorzunehmen.

Teil 3 komplettiert die Untersuchung hinsichtlich der haftungsrechtlichen Implikation der Verwerfung einer gemeindlichen Konzentrationsflächenplanung. Im Zentrum steht hierbei die Rechtsprechung des 3. Senats des Bundesgerichtshofs, wonach die Genehmigungsbehörde einerseits nicht zur Nichtanwendung einer nichtigen Bauleitplanung befugt, andererseits aber gleichwohl haftungsrechtlich alleinverantwortlich für eine rechtswidrige Antragsbescheidung sein soll. Zum Zwecke einer kritischen Würdigung werden zunächst die Grundzüge des gemeindlichen Ein-

vernehmens, der eingeführten Befugnis zur Einvernehmensersetzung sowie der hieraufhin geänderten Rechtsprechung dargestellt. Anschließend werden die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Haftung jeweils für Genehmigungsbehörde und Gemeinde nach Maßgabe des Amtshaftungsregimes sowie weiterer, in Betracht kommender Anspruchsgrundlagen untersucht. Die Prüfung erfolgt sowohl für den Fall der Annahme einer behördlichen Inzidentverwerfungskompetenz als auch für den Fall der Ablehnung einer solchen.

1. Teil: Rechtsnatur der Konzentrationsflächenplanung

1. Kapitel: Einführung

I. Widererwachen des Streits

Wichtigstes Planungswerkzeug der Gemeinden zur Steuerung der städtebaulichen Entwicklung auf ihrem Gemeindegebiet ist die Bauleitplanung. In einem zweistufigen, im Baugesetzbuch umfassend geregelten bauplanungsrechtlichen Verfahren stellen die Gemeinden ihre Bauleitpläne in eigener Verantwortung auf. Mittels dieser Pläne soll die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde vorbereitet und geleitet werden (§ 1 Abs. 1 BauGB). Der Flächennutzungsplan bildet hierbei den vorbereitenden Bauleitplan, aus dem auf der zweiten Stufe der verbindliche Bauleitplan, der Bebauungsplan, zu entwickeln ist.[26]

Während für den Bebauungsplan gemäß § 10 Abs. 1 BauGB die Rechtsform der Satzung ausdrücklich vorgegeben ist, schweigt das Baugesetzbuch zu der Frage, um was es sich bei dem vorbereitenden Flächennutzungsplan genau handeln soll. Nichtsdestotrotz galt die Rechtsnatur des Flächennutzungsplans lange Zeit für einen ganz überwiegenden Teil von Rechtsprechung und Literatur als geklärt: Es sollte sich um ein nach außen hin unverbindliches Planwerk handeln.[27] Im Zuge gesetzlicher Stärkungen der Regelungswirkung der Flächennutzungsplanung, allen voran in Form der seit Beginn des Jahres 1997 geltenden Vorschrift des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB[28], ist die Diskussion in den letzten Jahren aber wieder aktueller geworden. So griff angesichts des Bedeutungszuwachses zunehmend die Erkenntnis um sich, dass doch auch dem Flächennutzungsplan oder zumindest seinen Darstellungen im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

---

26 Vgl. § 1 Abs. 2 BauGB.

27 BVerwG, Urt. v. 22.05.1987, Az. 4 C 57/84, juris Rn. 26; Beschl. v. 20.07.1990, Az. 4 N 3/88, juris Rn. 7 ff.; Urt. v. 18.08.2005, Az. 4 C 13/04, juris Rn. 32; zusammenfassend Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 5 Rn. 7b; Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 5 Rn. 45; Unruh, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, VwGO § 47 Rn. 36; Jeromin, in: Kröninger/Aschke/Jeromin, BauGB, § 5 Rn. 3.

28 Bzw. ursprünglich § 35 Abs. 3 Satz 4 BauGB.

eine Rechtsnormqualität zukommen könnte.[29] Bedeutsam ist dies insbesondere für die Kontrollfähigkeit entsprechender Darstellungen gemäß § 47 Abs. 1 VwGO, die für Flächennutzungspläne eigentlich in ständiger Rechtsprechung unter Verweis auf ihren fehlenden Normcharakter ausgeschlossen worden war.[30]

II. Relevanz der Fragestellung

1. Grundannahme

Von Belang ist die Frage der Rechtsnormqualität zunächst insbesondere also in Bezug auf die Rechtsschutzmöglichkeiten. So wird die Möglichkeit der abstrakten Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO tatbestandlich für im Rang unter dem Landesgesetz stehende „Rechtsvorschriften" eröffnet. Kontrollfähig sind hoheitliche Maßnahmen hiernach nur soweit ihnen Rechtsnormqualität zukommt. Zudem kann eine Abgrenzung zum Verwaltungsakt erforderlich sein.[31] Denn das Gesetz kennt neben Rechtssätzen auch Allgemeinverfügungen im Sinne von § 35 Satz 2 VwVfG mit konkret-generellem Regelungsgehalt, für die ein eigenes Verfahrens- sowie Fehlerfolgenregime besteht.[32] Des Weiteren bilden im Revisionsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nur Rechtssätze beziehungsweise Rechtsvorschriften den zugelassenen Prüfungsmaßstab.[33] Auch hier kommt es also auf die Rechtsqualität an.

In der vorliegenden Arbeit soll im Kern indessen der umstrittenen Frage nachgegangen werden, ob eine zuständige Genehmigungsbehörde bei ihrer Entscheidung über die Zulassung eines Vorhabens an die Ausschlusswirkung einer gemeindlichen Konzentrationszonenausweisung im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gebunden ist oder befugt sein kann, die

---

29 Vgl. insofern etwa Redeker, in: Festschrift Hoppe, S. 329 (339 f.); Jeromin, NVwZ 2006, 1374 (1374 ff.); Guckelberger, DÖV 2006, 973 (976 f. und 979 ff.); Mitschang, LKV 2007, 102 (106).

30 Vgl. insb. BVerwG, Beschl. v. 20.07.1990, Az. 4 N 3/88, juris Rn. 10.

31 Vgl. hierzu etwa Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn. 46 ff.; Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, VwVfG § 35 Rn. 119 ff.; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 280 f.

32 Vgl. von Alemann/Scheffczyk, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 35 Rn. 195 ff.; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 18 f. und 280 f.

33 Begrifflichkeit offenbar synonym verwandt von Eichberger/Buchheister, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 137 Rn. 19 ff.

Planung außer Acht zu lassen, wenn sie von ihrer Ungültigkeit überzeugt ist.

Gatz etwa meint insoweit: „Die Frage der Verwerfungskompetenz stellt sich auch bei Flächennutzungsplänen. Sie sind zwar keine Rechtsnormen, haben aber, soweit sie sich die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB beilegen, quasi diesen Charakter. Deshalb dürfen auch ihre Darstellungen von der Genehmigungsbehörde nicht beiseitegeschoben werden."[34] Über die Konjunktion „deshalb" verbindet *Gatz* Rechtsnormqualität und behördliche Bindung. Das Problem der behördlichen Normverwerfung soll sich erst und nur aus der normativen Qualität der Darstellungen ergeben.

In ganz ähnlicher Weise zeigen *Schrödter/Otto* im Hinblick auf die Frage der administrativen Nichtanwendungsbefugnis auf, dass der Behörde für alle anderen Darstellungen als solche nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine Planverwerfungskompetenz zuzubilligen sei, da der Flächennutzungsplan anders als der Bebauungsplan gerade keine Rechtsnorm sei und die Verwerfungskompetenz verwaltungsprozessual nur für materielle Gesetze den Gerichten zugewiesen werde.[35]

Der Inzidentverwerfung eines Plans durch die rechtsanwendende Verwaltung soll dem Grunde nach also jedenfalls dann wenig im Wege stehen, wenn es sich um einen vorbereitenden Bauleitplan handelt, dessen Darstellungen keine rechtliche Außenwirkung entfalten. Damit wird deutlich, dass die Rechtsnatur einer hoheitlichen Maßnahme und die Diskussion um das diesbezügliche Verwerfungsrecht der Exekutive unmittelbar miteinander verbunden sind.

2. Überprüfung

Die vorbeschriebene These bezüglich der Bedeutung der Rechtsnormqualität für die Befugnis zur Verwerfung einer gemeindlichen (Konzentrationszonen-)Planung gilt es zu überprüfen.

Denn gegen eine ausschlaggebende Bedeutung der Rechtsnormqualität verbindlicher Konzentrationszonenausweisungen könnte zunächst sprechen, dass der herkömmliche Flächennutzungsplan ebenfalls für die bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit von Bauvorhaben von direkter Relevanz ist. Gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB liegt eine Beeinträch-

---

34 Gatz, Windenergieanlagen, Rn. 529.
35 Schrödter/Otto, in: Schrödter, BauGB, § 5 Rn. 28.

tigung öffentlicher Belange unter anderem dann vor, wenn das Vorhaben „den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht".[36] Soweit § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB konkrete standortbezogene Aussagen in den Darstellungen des Flächennutzungsplans („Positivflächen") zu öffentlichen Belangen erklärt, die einem privilegierten Außenbereichsvorhaben entgegenstehen können, ist damit zwar keine unmittelbare Rechtswirkung nach außen verbunden.[37] Jedoch erweitert § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB die Wirkungen flächennutzungsplanerischer Darstellungen, indem er sie zu öffentlichen Belangen erklärt, die die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens verhindern können.[38]

Im Übrigen sind Behörden in ihren Handlungen insgesamt keineswegs nur durch förmliche Gesetze oder sonstige Rechtsvorschriften mit Außenwirkung gebunden. So können für die entscheidungsbefugte Behörde beispielsweise auch Verwaltungsvorschriften relevant sein, die der handelnde Amtswalter zu beachten hat. Auch ministerielle Erlasse an nachgeordnete Behörden, die sich nur auf den Umgang mit einem Einzelfall beziehen, zählen zu den Verwaltungsvorschriften.[39] In aller Regel kommt diesen Vorgaben mangels Außenwirkung zwar keine Rechtsnormqualität zu.[40] Es handelt sich um sogenanntes „Innenrecht", das für die damit befassten Behörden im Innenverhältnis gleichwohl aber verbindlich ist.[41] Auch wenn Dritte sich auf einen Verstoß hiergegen nur bedingt berufen könnten, haben solche Vorgaben mithin innerbehördliche Bindungskraft.[42]

---

36 Vgl. hierzu bspw. OVG NRW, Beschl. v. 17.03.2016, Az. 2 A 1170/15, juris Rn. 7 ff.

37 So BVerwG, Urt. v. 31.01.2013, Az. 4 CN 1/12, juris Rn. 14.

38 So BVerwG, Urt. v. 26.04.2007, Az. 4 CN 3/06, juris Rn. 15.

39 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn. 212.

40 Einzelnen Verwaltungsvorschriften wird sogar die Eigenschaft einer Rechtsvorschrift und damit Kontrollfähigkeit über § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO zugesprochen. Als abstrakt-generelle Regelungen entfalten diese rechtlich verbindliche Außenwirkung gegenüber dem Bürger und berühren auf diese Weise dessen subjektiv-öffentliche Rechte unmittelbar (vgl. hierzu Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 47 Rn. 125 mit Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 25.11.1993, Az. 5 N 1/92; Urt. v. 25.11.2004, Az. 5 CN 1/03, juris Rn. 21 ff.).

41 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn. 212.

42 Jedenfalls bei Ermessensentscheidungen kann aus der auf Art. 3 Abs. 1 GG beruhenden Selbstbindung der Verwaltung die einforderbare behördliche Verpflichtung folgen, von dem behördlichen Innenrecht nur generell und nicht in Einzelfällen abzuweichen (vgl. Jarass, BImSchG, § 48 Rn. 56 m.w.N.; Rennert, in: Eyermann, VwGO, § 114 Rn. 27 f.). Insbesondere in Bezug auf normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften ist die Verwaltung zudem grundsätzlich verpflichtet,