

Dr. Torsten Heilshorn und Dr. Katharina Schober*

Interkommunale Zusammenarbeit bei der Planung von Windenergieanlagen

Durch die geplante Änderung des Landesplanungsgesetzes soll der Anteil der Windenergie an der Stromerzeugung in Baden-Württemberg deutlich ausgebaut werden. Die Regionalverbände sollen Standorte für regionalbedeutsame Windkraftanlagen künftig nur noch als Vorranggebiete festlegen können; den Kommunen wird dagegen wieder eine Steuerungsmöglichkeit durch Flächennutzungsplan eingeräumt¹.

Bei der gemeindlichen Planung besteht oftmals ein *interkommunaler Abstimmungsbedarf*. Die Auswirkungen von Windkraftanlagen (Einsehbarkeit, Landschaftsbild, Immissionen ...) beschränken sich nicht auf die Standortgemeinde. Anlagenstandorte liegen häufig auf Höhenrücken in der Nähe von Gemarkungsgrenzen. Die Frage nach der zwischengemeindlichen Abstimmung stellt sich auch mit Blick auf die mögliche *Ausschlusswirkung* einer Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB: Können auf diesem Wege Windenergieanlagen auf dem Gebiet einer Gemeinde gänzlich ausgeschlossen werden?

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, welche zwischengemeindlichen Kooperationsformen in Betracht kommen und welche Besonderheiten diese jeweils aufweisen (dazu I.). Zudem wird der Frage nachgegangen, ob eine gemarkungsübergreifende Planung von Konzentrationszonen mit der Folge einer Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB möglich ist (II.).

I. Kooperationsformen

Zahlreiche Gemeinden sind bereits zum Beispiel in vereinbarten Verwaltungsgemeinschaften zusammengeschlossen, so dass insbesondere die Flächennutzungsplanung nicht mehr von der einzelnen Gemeinde wahrgenommen wird. Mit Blick auf die Planung von Windenergieanlagen stellt sich für viele

Gemeinden (und auch Gemeindezusammenschlüsse) jedoch die Frage, ob diese Planung von mehreren Gemeinden gemeinsam durchgeführt werden sollte.

Neben dem Zweckverband stehen dazu insbesondere folgende Kooperationsformen zur Verfügung:

- Mehrere Gemeinden können (oder müssen) sich zu einem *Planungsverband* i.S.d. § 205 BauGB zusammenschließen und diesem Aufgaben der Gemeinden nach dem BauGB übertragen (dazu 1.).
- Sie können – und müssen u.U. – einen *gemeinsamen Flächennutzungsplan* aufstellen (§ 204 Abs. 1 S. 1-3 BauGB) (dazu 2.).
- Sie können eine *Vereinbarung über bestimmte Darstellungen in ihren Flächennutzungsplänen* schließen, statt einen gemeinsamen Flächennutzungsplan aufzustellen (§ 204 Abs. 1 S. 4 BauGB) (dazu 3.).

1. Planungsverband (§ 205 BauGB)

Gemäß § 205 Abs. 1 S. 1 BauGB können sich Gemeinden und sonstige öffentliche Planungsträger zu einem Planungsverband zusammenschließen, um durch gemeinsame zusammengefasste Bauleitplanung den Ausgleich der verschiedenen Belange zu erreichen. Kommt ein freiwilliger Zusammenschluss nicht zu-

stande, können die Beteiligten auf Antrag eines Planungsträgers gemäß § 205 Abs. 2 BauGB (zwangsweise) zusammengeschlossen werden, wenn dies zum Wohl der Allgemeinheit dringend geboten ist.

Der Planungsverband ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Er nimmt die Aufgaben, die ihm übertragen wurden, selbständig wahr und tritt insoweit an die Stelle der Gemeinden (§ 205 Abs. 1 S. 2 BauGB). Mit der Übertragung geht die Planungs- und Planvollzugshoheit der einzelnen Gemeinde also für die Dauer der Existenz des Verbandes auf diesen über.

Dem Planungsverband können alle Aufgaben der Gemeinde nach dem BauGB übertragen werden. Möglich ist aber auch, nur einzelne Kompetenzen zu übertragen. So ist es z.B. auch möglich – und die Regel –, nur die Flächennutzungsplanung auf den Verband zu übertragen (vgl. § 205 Abs. 4 BauGB).

* Dr. Torsten Heilshorn ist Partner der Sozietät Sparwasser & Heilshorn und Lehrbeauftragter an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Dr. Katharina Schober ist Rechtsanwältin in der Sozietät Sparwasser & Heilshorn.

a) Gründungsvoraussetzungen

Zu unterscheiden sind freiwillige (dazu aa) und zwangsweise Zusammenschlüsse (bb).

aa) Freiwilliger Zusammenschluss

Ein freiwilliger Zusammenschluss von Gemeinden und sonstigen öffentlichen Planungsträgern zu einem Planungsverband ist gemäß § 205 Abs. 1 S. 1 BauGB möglich, um durch gemeinsame zusammengefasste Bauleitplanung den Ausgleich der verschiedenen Belange zu erreichen.

Die Voraussetzungen dafür sind nicht hoch. Es genügt, dass zwischen den beteiligten Gemeinden oder Planungsträgern Belange ausgleichsbedürftig sind, die für die Bauleitplanung bedeutsam sind. Der notwendige *Ausgleich verschiedener Belange* ist etwa gegeben, wenn die Gemeinden ein gesamtträumliches Konzept der Windkraftsteuerung einschließlich Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB aufstellen wollen.

bb) Zwangsweiser Zusammenschluss

Ein zwangsweiser Zusammenschluss ist nach § 205 Abs. 2 S. 1 BauGB nur möglich, wenn ein Planungsträger dies beantragt und dies zum Wohl der *Allgemeinheit dringend geboten* ist. Die Voraussetzungen dafür sind hoch und dürften für die überregionale Planung von Windkraftstandorten kaum je vorliegen.

Die gemeinsame Planung mehrerer Gemeinden im Bereich der Windenergie dient meist dazu, den (auch in § 35 Abs. 3 BauGB) genannten Belangen möglichst optimal Geltung zu verschaffen – und die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herbeizuführen. Eine solche gemeinsame Planung mehrerer Kommunen ist in aller Regel nicht unumgänglich und daher auch nicht zum Wohl der Allgemeinheit dringend geboten. Zudem ist die Beeinträchtigung öffentlicher Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB bei der Anlagenzulassung ohnehin zu prüfen. Im Ergebnis dürfte

die Anordnung eines zwangsweisen Zusammenschlusses nach § 205 Abs. 2 BauGB mit Blick auf Windenergieanlagen kaum zulässig und praktisch nicht zu erwarten sein.

b) Verfahren und Verbandssatzung

Da gemäß § 205 Abs. 1 S. 2 der Planungsverband nach Maßgabe seiner Satzung für die Bauleitplanung und ihre Durchführung an die Stelle der Gemeinden tritt, muss die Satzung regeln, in welchem Umfang die Bauleitplanung der Gemeinden auf den Planungsverband übergehen soll (vgl. auch § 205 Abs. 4 BauGB). Dem Planungsverband kann die Bauleitplanung nur für einzelne Gemeindeteile oder einzelne Bauleitpläne übertragen werden.

In der Verbandssatzung sind zudem die Organe des Planungsverbandes und deren Geschäftsgang zu regeln. Dazu gehört auch eine Regelung über die Stimmen- und Mehrheitsverhältnisse.

c) Auflösung

Sowohl der freiwillige als auch der zwangsweise Planungsverband sind vom Gesetz nicht als Dauereinrichtung

gedacht (vgl. § 205 Abs. 5 S. 1 BauGB). Nach § 205 Abs. 5 S. 1 BauGB ist der Verband aufzulösen, wenn die Voraussetzungen *für den Zusammenschluss* entfallen sind (dazu aa) oder der *Zweck der gemeinsamen Planung erreicht ist* (dazu bb).

aa) Voraussetzungen für Zusammenschluss entfallen

Ein *zwangsweiser* Zusammenschluss ist nach § 205 Abs. 2 S. 1 BauGB nur möglich, wenn er zum Wohl der Allgemeinheit dringend geboten ist. Er ist daher bereits dann aufzulösen, wenn er zum Wohl der Allgemeinheit nicht mehr dringend geboten ist. Dass eine gemeinsame Bauleitplanung weiterhin hilfreich wäre, rechtfertigt den zwangsweisen Fortbestand nicht².

Bei *freiwilligen* Planungsverbänden, die mit Blick auf die Planung von Windkraftanlagen deutlich im Vordergrund stehen, ist es weit weniger wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen für den Zusammenschluss zu einem Planungsverband nachträglich entfallen. Das wäre erst der Fall, wenn der Koordinierungsbedarf – objektiv – entfallen wäre, der die Beteiligten veranlasst hatte, sich zu einem Planungsverband zusammenzuschließen³. Denkbar ist dies insbeson-



Foto: Erich Westendarp/PIXELIO

dere bei einer Änderung der Rechtslage, anderen energiepolitischen Rahmenbedingungen oder dem Wegfall der Wirtschaftlichkeit solcher Windkraftanlagen. Mögliche Fälle bestehen auch darin, dass gemeinsame Planungsabsichten endgültig aufgegeben werden⁴ oder eine in Angriff genommene Planung auf absehbare Zeit nicht verwirklicht werden kann und die Voraussetzungen für ihre Erforderlichkeit entfallen sind⁵. Demgegenüber sind die Voraussetzungen für den Zusammenschluss nicht schon entfallen, wenn sich die Mitglieder nicht über einen Verbandsflächennutzungsplan einigen können⁶.

bb) Zweck der gemeinsamen Planung erreicht

Bei freiwilligen Planungsverbänden zur überregionalen Steuerung von Windkraftanlagen kommt als Auflösungsgrund insbesondere in Betracht, dass der Zweck der gemeinsamen Planung erfüllt ist (§ 205 Abs. 5 S. 1 BauGB). Entscheidend ist dafür, wann der Ausgleich der verschiedenen Belange (vgl. § 205 Abs. 1 S. 1 BauGB) erreicht ist. Dies dürfte bei Planungsverbänden, die für eine gemeinsame Planung von Windenergieanlagen gegründet wurden, erst spät der Fall sein.

Bei der markungsübergreifenden Planung von Windenergieanlagen dürfte zumeist (auch) die *Ausschlusswirkung* nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB angestrebt werden. Dieser Zweck wird mit der *Aufstellung des Flächennutzungsplans* noch nicht in einem Ausmaß erreicht, das eine Auflösung des Verbands rechtfertigt. Nach der Auflösung kann jede Gemeinde den Flächennutzungsplan für ihr Gebiet wieder eigenständig ändern. Die *Ausschlusswirkung* nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB beruht bei einem Planungsverband jedoch gerade auf einem schlüssigen *markungsübergreifenden Gesamtkonzept*. Sie würde unmittelbar nach Aufstellung des Flächennutzungsplans wieder in Frage gestellt, wenn der Planungsverband wieder aufgelöst würde. Sobald eine beteiligte Gemeinde die Darstellungen des Flächennutzungsplans für ihr Gebiet änderte, fiel in al-

ler Regel das schlüssige Gesamtkonzept und damit die *Ausschlusswirkung* weg. Der angestrebte Ausgleich der verschiedenen Belange (§ 205 Abs. 1 S. 1 BauGB) wäre dann nicht mehr gegeben.

Auch bedarf ein solcher Flächennutzungsplan oftmals der gemeinsamen *Fortschreibung*, etwa wenn sich der Bedarf geändert hat oder neue Erkenntnisse über ausgewählte oder ausgeschlossene Standorte vorliegen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Zweck der gemeinsamen Planung im Normalfall auf einen langfristigen Ausgleich der verschiedenen Belange angelegt ist. Anders als bei einer gemeinsamen Infrastruktureinrichtung (z.B. Krankenhaus) benachbarter Kommunen entfällt der Planungszweck einer markungsübergreifenden Windkraftplanung grundsätzlich nicht mit der Errichtung einzelner Anlagen. Damit wäre es nicht vereinbar, die Planungshoheit *unmittelbar nach Inkrafttreten des Flächennutzungsplans* mit einer gemeinsamen Planung von Windenergieanlagen wieder der einzelnen Gemeinde zu überlassen⁷.

Wenn der Inhalt des Flächennutzungsplans *durch Bebauungspläne umgesetzt* und somit abgesichert wird, könnte man darin möglicherweise eine Zweckerreichung sehen⁸. Dies dürfte bezüglich Windenergieanlagen jedoch voraussetzen, dass das angesprochene markungsübergreifende Gesamtkonzept planerisch hinreichend abgesichert ist. Ein solches planerisches Tätigwerden der beteiligten Kommunen ist unwahrscheinlich.

Die Zweckerreichung kann unseres Erachtens somit frühestens mit der *tatsächlichen Umsetzung* der Darstellungen erreicht sein⁹. Diese tatsächliche Entwicklung muss jedoch ein solches Ausmaß haben, dass eine gemeinsame planerische Absicherung nicht mehr erforderlich ist. Dies dürfte mit Blick auf die angesprochene *Ausschlusswirkung* nur in wenigen Fällen zu bejahen sein. Wenn die gemeinsame Flächennutzungsplanung etwa auf einer Gemarkung keinerlei Anlagen vorgesehen hat, erscheint es kaum schlüssig, auf-

grund der Errichtung der Anlagen auf den anderen Gemarkungen nunmehr zuzulassen, dass die beteiligten Gemeinden nach einer Auflösung des Planungsverbands die *Ausschlusswirkung* durch eine Planänderung alleine beseitigen können.

d) Austritt

Vor dem Hintergrund der verhältnismäßig strengen gesetzlichen Auflösungsbedingungen stellt sich die Frage, ob ein Mitglied aus dem Verband austreten kann.

Bei einem *Zwangsverband* ist diese Frage grundsätzlich zu verneinen¹⁰.

Bei *freiwilligen Zusammenschlüssen* wird ein freiwilliges Ausscheiden eines Mitglieds hingegen immer dann zulässig sein, wenn die übrigen Mitglieder zustimmen¹¹. Gegen den Willen der übrigen Mitglieder ist ein Austritt grundsätzlich nur möglich, wenn ein Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt.¹² Da dies lediglich dann der Fall ist, wenn dem Mitglied ein Festhalten an der Vereinbarung wegen unvorhergesehener Änderung der Verhältnisse unzumutbar ist¹³, was selten zu bejahen sein wird, stellt sich die Frage, ob durch Satzung ein *einseitiges Kündigungsrecht* – ggf. ohne weitere Voraussetzungen – von Verbandsmitgliedern begründet werden kann.

Durch die Satzung kann möglicherweise ein Kündigungsrecht begründet werden¹⁴. Bei dem Freiverband handelt es sich um einen *freiwilligen* Zusammenschluss, dessen Ausgestaltung die Mitglieder durch die Verbandssatzung regeln. Wenn schon der Zusammenschluss als solcher freiwillig ist, spricht einiges dafür, aufgrund einer gemeinsamen Entscheidung der Mitglieder auch einseitige Austrittsrechte zuzulassen. Eindeutig geklärt ist dies jedoch noch nicht.

Ob die Begründung eines *einseitigen Austrittsrechtes* bei einem freiwilligen Planungsverband planungspraktisch sinnvoll ist, steht auf einem anderen

Blatt. Durch den Austritt einzelner Kommunen wird das gemeinsame Planungskonzept hinfällig. Dies würde für eine Planung von Konzentrationsflächen bedeuten, dass das schlüssige Gesamtkonzept für den Außenbereich jedenfalls dann nicht mehr besteht, wenn eine ausgetretene Kommune den Flächennutzungsplan für ihr Gebiet in dieser Hinsicht ändert. Dann entfällt auch die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Schlimmstenfalls können sich die anderen Kommunen durch eine solche Möglichkeit erpressbar machen.

Viele der möglichen Problemstellungen dürften zudem *planungsrechtlich lösbar* sein, auch ohne einseitige Kündigungsrechte vorzusehen.

In einem gemeinsamen Landschaftsraum dürfte oftmals ein Interesse der anderen Gemeinden daran bestehen, dass eine Gemeinde keine weiteren Standorte zulässt. Es ist jedoch wohl bislang ungeklärt, ob die einzelnen Gemeinden trotz der Darstellung einer Konzentrationsfläche mit Blick auf das Entwicklungsgebot nach § 8 Abs. 2 BauGB gehindert sind, durch Bebauungsplan *zusätzliche Standorte* auszuweisen.

Die gegenteilige Auffassung ließe sich möglicherweise deshalb vertreten, weil § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zunächst nur eine Ausschlusswirkung für Außenbereichsvorhaben enthält, sich aber nicht unmittelbar zur planerischen Ausweisung weiterer Standorte verhält. Durch entgegenstehende Darstellungen im Flächennutzungsplan über die Konzentrationsflächenplanung hinaus kann dieses Risiko jedenfalls vermieden werden. Vor diesem Hintergrund sollten sich die beteiligten Gemeinden auch darüber Gedanken machen, ob sie lediglich einen räumlichen oder sachlichen Teilflächennutzungsplan auf der Grundlage von § 204 oder § 205 BauGB aufstellen wollen, oder ob sie durch den Flächennutzungsplan die Frage der Windkraftstandorte ausdrücklich insgesamt regeln wollen.

2. Gemeinsamer Flächennutzungsplan mehrerer Gemeinden (§ 204 Abs. 1 S. 1-3 BauGB)

a) Aufstellungsvoraussetzungen (§ 204 Abs. 1 S. 1 BauGB)

Nach § 204 Abs. 1 S. 1 BauGB „sollen“ benachbarte Gemeinden einen gemeinsamen Flächennutzungsplan aufstellen, wenn ihre städtebauliche Entwicklung wesentlich durch gemeinsame Voraussetzungen und Bedürfnisse bestimmt wird oder ein gemeinsamer Flächennutzungsplan einen gerechten Ausgleich ermöglicht.

Liegen diese Voraussetzungen vor, besteht für die Gemeinden grundsätzlich auch die *Pflicht*, einen gemeinsamen Flächennutzungsplan aufzustellen. Dieser Verpflichtung entspricht ggf. ein der oder den anderen Gemeinde(n) gegenüber einer kooperationsunwilligen zustehender *Rechtsanspruch* auf gemeinsame Flächennutzungsplanung¹⁵.

„Benachbarte Gemeinden“ im Sinne von § 204 Abs. 1 S. 1 BauGB müssen nicht zwingend räumlich aneinander grenzen. Ansonsten sind die Voraussetzungen dieser Vorschrift unseres Erachtens jedoch zurückhaltend auszulegen. Das Bedürfnis nach einer gemeinsamen Planung muss gewichtig sein. Für die Planung von *Windenergieanlagen* dürfte dies bedeuten, dass zum Beispiel die mit einer solchen Anlage üblicherweise einhergehende Beeinträchtigung des Landschaftsbildes oder unwesentliche Immissionen auf benachbarten Gebieten nicht genügen, um einen gemeinsamen Flächennutzungsplan fordern zu können.

Eine gemarkungsübergreifende Konzentrationsflächenplanung mit dem Ziel der *Ausschlusswirkung* nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bedarf zunächst einer entsprechenden Willensbildung der zuständigen kommunalen Gremien. Wenn eine solche Planung erfolgen soll, sind die Voraussetzungen des § 204 Abs. 1 S. 1 BauGB jedoch erfüllt, da der gemeinsame Flächennutzungsplan jedenfalls einen gerechten Ausgleich der verschiedenen Belange ermöglicht.

b) Gemeinsamer Flächennutzungsplan auf freiwilliger Basis

Besteht nach § 204 Abs. 1 S. 1 BauGB keine Pflicht zur Aufstellung eines gemeinsamen Flächennutzungsplans, so ist gleichwohl eine gemeinsame Flächennutzungsplanung mehrerer Gemeinden auf freiwilliger Basis möglich¹⁶.

c) Planungsverfahren

Die Planungshoheit geht nicht auf die Gemeinschaft der beteiligten Gemeinden über, sondern verbleibt bei den *einzelnen Kommunen*. Diese führen somit das Verfahren durch und fassen die notwendigen Beschlüsse.

Der gemeinsame Flächennutzungsplan kann verfahrensmäßig auf zwei Wegen erreicht werden. Zum einen kann ein *einheitlicher Flächennutzungsplan* für die Gebiete aller beteiligten Gemeinden aufgestellt werden¹⁷. Zum anderen können die beteiligten Kommunen ihren Planungen ein gemeinsames Konzept zugrunde legen, auf dessen *Grundlage sie getrennte Flächennutzungspläne* für das jeweilige Gemeindegebiet erlassen¹⁸. Die *Gemeinsamkeit* der Planung muss hier zwingend Gegenstand der (parallelen) Flächennutzungsplan-Verfahren sein.

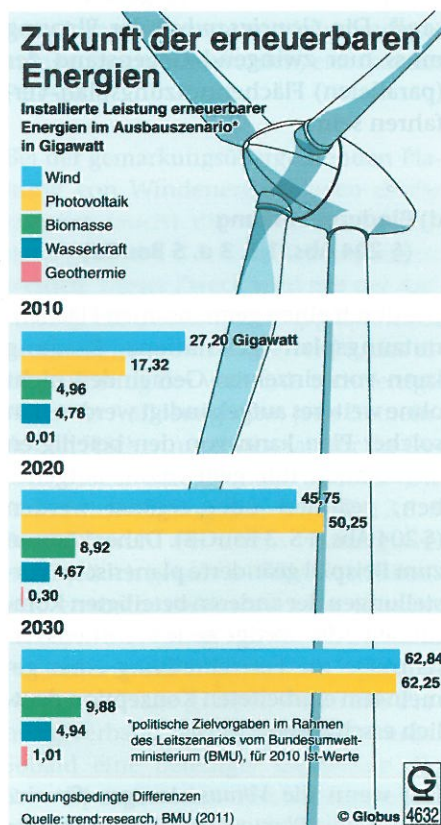
d) Bindungswirkung (§ 204 Abs. 1 S. 3 u. 5 BauGB)

Die durch einen gemeinsamen Flächennutzungsplan geschaffene Bindung kann von einzelnen Gemeinden nicht ohne weiteres aufgekündigt werden. Ein solcher Plan kann von den beteiligten Gemeinden nur gemeinsam aufgehoben, geändert oder ergänzt werden (§ 204 Abs. 1 S. 3 BauGB). Daher können zum Beispiel geänderte planerische Vorstellungen der anderen beteiligten Kommunen oder dortige neue Mehrheitsverhältnisse die Fortschreibung einer gemeinsam erarbeiteten Konzeption deutlich erschweren.

Erst wenn die *Voraussetzungen für eine gemeinsame Planung* entfallen sind oder

ihr Zweck erreicht ist, können die beteiligten Gemeinden den Flächennutzungsplan für ihr Gemeindegebiet ändern oder ergänzen; vor der Einleitung des Bauleitplanverfahrens ist die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich (§ 204 Abs. 1 S. 5 BauGB). Die Bindungswirkung eines gemeinsamen Flächennutzungsplans entfällt damit unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen ein Planungsverband gemäß § 205 Abs. 5 S. 1 BauGB aufzulösen ist.

Bei der Planung von Windenergieanlagen ist der Wegfall der Planungsvoraussetzungen immer an dem Ziel der gemeinsamen Planung zu messen. Ebenso wie beim Planungsverband ist auch hier festzustellen, dass der Planungszweck grundsätzlich dauerhaft fortbesteht, wenn die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB angestrebt wird (siehe oben). Unterschiedliche Auffassungen über die Fortschreibung eines Flächennutzungsplans genügen grundsätzlich nicht, um die Bindungswirkung des gemeinsamen Flächennutzungsplans entfallen zu lassen.



Die Voraussetzungen für eine gemeinsame Planung können in Einzelfällen jedoch entfallen, wenn die erforderlichen Gemeinsamkeiten für eine bindende interkommunale Planung entfallen sind, weil es aufgrund vergeblicher Versuche zur Fortentwicklung des gemeinsamen Flächennutzungsplans zu einem faktischen Planungsstillstand kommt¹⁹. Die Voraussetzungen dafür sind indes hoch.

Die Gemeinden können vereinbaren, dass sich die Bindung *nur auf bestimmte räumliche oder sachliche Teilbereiche* erstreckt (§ 204 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 BauGB). Wenn ein gemeinsamer Flächennutzungsplan *erforderlich* ist (vgl. § 204 Abs. 1 S. 1 und 2 BauGB), können die Kommunen davon jedoch nicht durch eine Vereinbarung abrücker²⁰.

Eine rechtswirksame vertragliche Ausgestaltung des Bindungsumfangs ist nur im Bereich der rein *freiwilligen* gemeinsamen Flächennutzungsplanung möglich. Hier können die Gemeinden die Bindung auf sachliche oder räumliche Teilbereiche beschränken, wenn eine gemeinsame Planung nur in diesem Bereich erforderlich ist. Wird keine solche Beschränkung vorgenommen, unterfällt der gemeinsame Flächennutzungsplan insgesamt der Bindungswirkung nach § 204 Abs. 1 S. 5 BauGB.

3. FNP-Darstellungen auf der Grundlage einer Vereinbarung (§ 204 Abs. 1 S. 4 BauGB)

Gemäß § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB kann eine gemeinsame Planung auf der Grundlage einer *Vereinbarung* durchgeführt werden, die den gemeinsamen Flächennutzungsplan ersetzt. Obwohl eigentlich die Voraussetzungen für einen gemeinsamen Flächennutzungsplan (in einem räumlich oder sachlich beschränkten Teilbereich) vorliegen, werden getrennte Flächennutzungspläne erlassen. Durch die Vereinbarung nach § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB kommt es jedoch zu einer entsprechenden Verklammerung und Bindungswirkung wie bei einer gemeinsamen Planung.

a) Voraussetzungen

Darstellungen in einem Flächennutzungsplan auf der Grundlage einer Vereinbarung nach § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB sind möglich, wenn eine gemeinsame Planung nur für *räumliche oder sachliche Teilbereiche* erforderlich ist. Dies erfasst insbesondere auch den Fall eines gemeinsamen Teilflächennutzungsplans Windenergie nach § 5 Abs. 2b BauGB. Der Flächennutzungsplan insgesamt kann dagegen nicht Gegenstand einer solchen Vereinbarung sein.

Die Vereinbarung nach § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB steht nur bedingt im Belieben der Gemeinde. Wenn eine Planung zumindest für räumliche oder sachliche Teilbereiche erforderlich ist, wäre es unzulässig, weder einen gemeinsamen Flächennutzungsplan aufzustellen noch einen Flächennutzungsplan auf der Grundlage einer Vereinbarung. Der isolierte Flächennutzungsplan einer Gemeinde wäre in diesem Falle nicht genehmigungsfähig²¹. Die Gemeinden können aber wählen, ob sie einen gemeinsamen Flächennutzungsplan oder getrennte Flächennutzungspläne auf der Grundlage einer Vereinbarung aufstellen. In beiden Fällen sind die Gemeinden an die Planung insoweit gebunden, als sie erforderlich ist (siehe oben).

Zur Klarstellung dürfte es jedoch zweckmäßig sein, bei der Aufstellung der gemeinsamen Planung darzulegen, welche Darstellungen nicht mehr zur Disposition der beteiligten Gemeinden stehen²². Dies erscheint auch deshalb sinnvoll, weil die Gemeinden über die eigentliche Erforderlichkeit einer gemeinsamen Planung nach § 204 BauGB hinaus die Möglichkeit haben, auf freiwilliger Basis eine weitergehende Bindung anzuordnen (siehe oben).

b) Verfahren

Bei einem Vorgehen nach § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB wird zunächst die *Vereinbarung* über die gemeinsame Planung abgeschlossen. Dies stellt zunächst nur eine Absprache zwischen den Gemein-

den dar, ihre Flächennutzungspläne aufeinander abzustimmen und diesen eine gemeinsame Konzeption und Begründung zugrunde zu legen²³. In die Absprache müssen unseres Erachtens nicht bereits die Inhalte der gemeinsamen Planung in ihren Grundzügen aufgenommen werden. Denn die Vereinbarung kann ohnehin nur einen Anspruch der beteiligten Gemeinden zueinander auf Beteiligung am Planungsverfahren, aber kein Recht auf eine bestimmte Flächennutzungsplanung begründen.

Auf der zweiten Stufe wird diese Vereinbarung dann durch die Flächennutzungsplanung umgesetzt. Die *Flächennutzungspläne* werden im Fall des § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB von jeder Gemeinde getrennt aufgestellt²⁴. Auch bei bereits abgeschlossener Vereinbarung werden die Flächennutzungspläne erst mit ordnungsgemäßer Bekanntmachung der Genehmigung nach § 6 Abs. 5 S. 2 BauGB wirksam.

c) Bindungswirkung

Die gegenseitige *Bindung* der Kommunen an die *Flächennutzungsplanung* ist auch bei einem Flächennutzungsplan gegeben, der auf einer vertraglichen Vereinbarung nach § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB beruht. Auch hier ist eine Änderungsmöglichkeit nur gegeben, wenn die Voraussetzungen für die gemeinsame Planung weggefallen sind oder ihr Zweck erreicht ist. Die nicht der gemeinsamen Bindung unterliegenden Teile des Flächennutzungsplans können die Gemeinden eigenverantwortlich ohne Zustimmung der anderen Gemeinden ändern oder ergänzen, jedenfalls wenn vertraglich zur Bindungswirkung nichts anderes vereinbart wurde (siehe oben).

Davon zu unterscheiden ist die Bindung an die *Vereinbarung* nach § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB. Hier ergibt sich eine wichtige Einschränkung der möglichen Bindungswirkung aus § 1 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB. Danach kann ein Anspruch auf Aufstellung eines Bauleitplans nicht durch Vertrag begründet werden. Schon aus diesem Grunde kann § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB *keine Verpflichtung zu einer*



bestimmten Bauleitplanung enthalten. Auch wenn eine Vereinbarung § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB von einer der beteiligten Gemeinden nicht vollzogen wird, haben die weiteren an dem Vertrag beteiligten Gemeinden zwar grundsätzlich einen Anspruch gegenüber dieser Gemeinde auf Beteiligung am Planungsverfahren, aber kein Recht auf eine bestimmte Flächennutzungsplanung²⁵.

Davon abgesehen dürfte sich die Kündigung eines solchen öffentlich-rechtlichen Vertrags nach § 60 (L)VwVfG richten. Danach kann eine Anpassung oder Kündigung verlangt werden, wenn sich die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, seit Abschluss des Vertrags so wesentlich geändert haben, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist.

4. Bewertung der Kooperationsmöglichkeiten

Der gemeinsame Flächennutzungsplan nach § 204 Abs. 1 BauGB kann für einen markungsübergreifenden Interessenausgleich sinnvoll sein. Ein solches Vorgehen kann allerdings auch zu Umsetzungsproblemen in der Planung führen, da bei der gemeinsamen Flächennut-

zungsplanung jede Gemeinde ihre Planungskompetenz behält. Daher kann jede Gemeinde den Planungsprozess entscheidend beeinflussen, da der Flächennutzungsplan nur rechtswirksam wird, wenn *alle Gemeinden* zustimmen.

Bei einem Vorgehen nach § 205 BauGB übertragen die Kommunen dagegen ihre Planungshoheit *auf den Planungsverband*. Der Verband führt das Planungsverfahren in eigener Verantwortung durch. Die Einwirkungsmöglichkeiten der einzelnen Gemeinde beschränken sich auf die Abstimmung in der Verbandsversammlung. Sofern die Satzung kein Einstimmigkeitsprinzip vorsieht, kann daher auch ein Flächennutzungsplan auf dem Gebiet einer Gemeinde gegen deren Willen wirksam werden. Aus Sicht der anderen Mitglieder des Verbands kann dies einzelnen Gemeinden eine Blockadehaltung erschweren.

Bei dem gemeinsamen Flächennutzungsplan behält dagegen *jede beteiligte Gemeinde* bis zuletzt die Möglichkeit, das Verfahren entscheidend zu beeinflussen. Verweigert eine beteiligte Gemeinde – beispielsweise wegen geänderter Mehrheitsverhältnisse im Gemeinderat – im letzten Moment die Zustimmung, kommt der gemeinsame Flächennutzungsplan nicht zustande. Die anderen Gemeinden haben grundsätzlich keinen Anspruch auf eine bestimmte Beschlussfassung – auch nicht bei einer Vereinbarung nach § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB.

Dies birgt auch Risiken mit Blick auf eine angestrebte Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Diese setzt bei der gemeinsamen Planung mehrerer Gemeinden ein *markungsübergreifendes Konzept* voraus, aufgrund dessen die Vorrangflächen ausgewählt werden. Wenn sich nun eine Gemeinde gegen eine gemeinsame Planung entscheidet bzw. keine inhaltliche Einigung zwischen den Gemeinden möglich ist, muss dieses Konzept für den verkleinerten Planungsraum neu erarbeitet werden.

Wenn das Planungsverfahren zu diesem Zeitpunkt bereits weit fortgeschritten ist, kann dies vor allem mit Blick auf das

zeitlich befristete Sicherungsmittel des § 15 Abs. 3 S. 1 BauGB Schwierigkeiten bereiten. Wenn nach Ablauf der – höchstens ein Jahr betragenden – Zurückstellung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrags der Flächennutzungsplan nicht wirksam geworden ist, richtet sich die Zulässigkeit eines Vorhabens allein nach § 35 BauGB, ohne dass die Darstellungen des Flächennutzungsplans entgegengehalten werden können. Ein gemeinsames Flächennutzungsplanverfahren führt damit zu einem großen Druck für die beteiligten Kommunen, das Verfahren verhältnismäßig kurzfristig mit einer gemeinsamen Planung abzuschließen.

Welches der aufgezeigten Instrumente im jeweiligen Planungsfall vorzugswürdig ist, kann damit nicht pauschal beantwortet werden. Neben der Frage der *Dauerhaftigkeit* des Zusammenschlusses stellt sich insbesondere die Frage, ob im Einzelfall *Mehrheitsentscheidungen* zugelassen werden sollen. Daneben ist zu entscheiden, welche *Planungsbefugnisse* bei den beteiligten Gemeinden verbleiben sollen.

II. Ausschlusswirkung (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB)

1. „Substantieller Raum“

Eine wirksame Konzentrationszonenplanung erfordert, dass der Windenergie „in substantieller Weise Raum geschaffen“ wird. Nicht zulässig ist eine so genannte „Negativplanung“. Mathematisch exakte Vorgaben zum notwendigen Umfang der zuzulassenden Standorte sind dabei nicht möglich, es bedarf jeweils einer Einzelfallentscheidung. Der Plan muss jedoch sicherstellen, dass sich die Windenergieanlagen an den vorgesehenen Stellen gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen²⁶. Möglich ist bei einer interkommunalen Zusammenarbeit jedoch die Schaffung von Konzentrationszonen auf einer *Nachbargemarkung*.

2. Planungsverband (§ 205 BauGB)

So kann eine Konzentrationszonenplanung mit der Folge der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auch durch den Flächennutzungsplan eines Planungsverbandes nach § 205 BauGB erreicht werden²⁷.

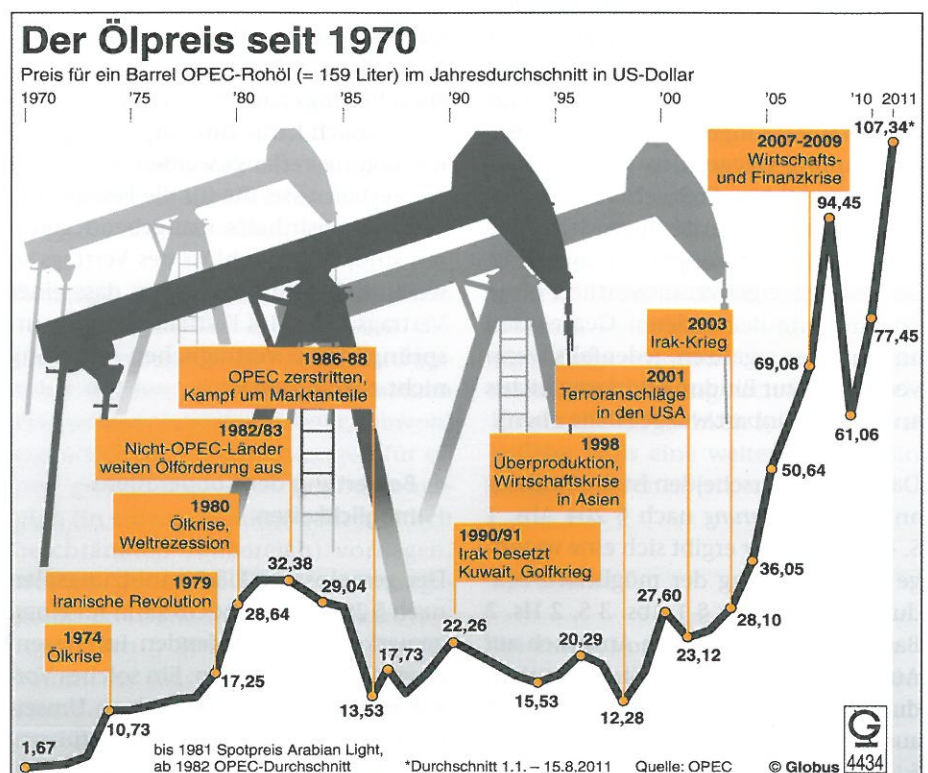
3. Gemeinsame Flächennutzungspläne (§ 204 Abs. 1 S. 1-3 BauGB)

Das *BVerwG* hat die Möglichkeit der markungsübergreifenden Vorrangflächenplanung für den gemeinsamen Flächennutzungsplan zwar nicht ausdrücklich bejaht, aber immerhin ausgeführt, ein genereller Ausschluss von Windenergieanlagen auf einem Gemeindegebiet „mag ... der Regelung durch gemeinsame Flächennutzungspläne benachbarter Gemeinden auf der Grundlage des § 204 Abs. 1 BauGB vorbehalten sein“²⁸.

Es ist überzeugend, eine solche Möglichkeit zu bejahen. Schon der *Wortlaut* von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB (Darstellungen „im“ Flächennutzungsplan) bietet keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass die in dieser Vorschrift vorgesehe-

ne Ausschlusswirkung nur durch einen Flächennutzungsplan bestimmter Planungsträger erreicht werden könnte. Auch zielt die gemeinsame Flächennutzungsplanung nach § 204 BauGB gerade darauf ab, eine gemeinsame städtebauliche Entwicklung benachbarter Gemeinden abzusichern, weshalb die notwendige *Gesamtbetrachtung des Planungsraumes* gewährleistet ist. Es wäre auch mit dem bei der gemeinsamen Planung angestrebten Ziel eines verbesserten und gerechteren Ausgleichs widerstreitender Belange nicht zu vereinbaren, diese Pläne mit geringeren planerischen (Sicherungs-)Instrumenten auszustatten als „normale“ Flächennutzungspläne²⁹.

Entscheidend für eine wirksame Vorrangflächenplanung ist daher, dass die *inhaltlichen Anforderungen* an eine solche Planung eingehalten werden. Insbesondere muss der Windkraft ein „substantieller Raum“ verbleiben. Zudem müssen die Ausschlusswirkung und ihr räumlicher Umfang deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Wenn dies gewährleistet ist, können die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auch durch einen gemeinsamen



Flächennutzungsplan erzielt³⁰ und dadurch einzelne Gemeindegebiete von jeglicher Windenergienutzung freigehalten werden³¹.

4. FNP-Darstellungen auf der Grundlage einer Vereinbarung (§ 204 Abs. 1 S. 4 BauGB)

Ebenso ist eine gemarkungsübergreifende Konzentrationsflächenplanung auch auf der Grundlage einer *Vereinbarung nach § 204 Abs. 1 S. 4 BauGB* möglich. Eine Planung auf der Grundlage einer Vereinbarung hat grundsätzlich dieselben Rechtsfolgen wie der gemeinsame Flächennutzungsplan. Auch die Verbindlichkeit ist grundsätzlich in gleichem Maße gegeben (vgl. § 204 Abs. 1 S. 5 BauGB). Bei Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen (insb. Abwägungsgebot) ist somit auch hier eine gebietsübergreifende Vorrangflächenplanung möglich³². Die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB kann allerdings erst den *Darstellungen im Flächennutzungsplan*, nicht schon der bloßen zwischengemeindlichen Vereinbarung zukommen³³.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Neben den vielfach ohnehin gegebenen Formen der gebietsübergreifenden Planung etwa im Rahmen einer vereinbarten Verwaltungsgemeinschaft können auch der Planungsverband nach § 205 BauGB oder die gemeinsame Flächennutzungsplanung nach § 204 BauGB sinnvolle Planungsinstrumente sein.

Zu beachten sind jedoch vor allem die *Bindungswirkung* einer solchen Zusammenarbeit und die beschränkten *Auflösungs- und Austrittsmöglichkeiten*. Wenn diese nicht gewünscht – und eine solche Zusammenarbeit rechtlich nicht zwingend gefordert – ist, kann eine lediglich *interkommunal abgestimmte* Planung, bei der jede Gemeinde ihre Planungshoheit vollumfänglich behält, eine bessere Alternative sein. Eine Konzentrationszonenplanung mit der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ist dann aber nicht dergestalt

möglich, dass die Anlagenstandorte nur auf *anderen Gemarkungen* dargestellt werden. Die „Hochzonung“ einer Planung auf das Gebiet mehrerer Gemeinden kann im Ergebnis den notwendigen Umfang der darzustellenden Konzentrationsflächen vermindern, da diese nicht auf jedem Gemeindegebiet vorhanden sein müssen.

Wenn der Weg des Planungsverbandes oder der gemeinsamen Flächennutzungsplanung gewählt wird, müssen die notwendigen Vereinbarungen und *satzungsrechtlichen Regelungen* sorgsam überlegt werden. Dies bezieht sich insbesondere auf die Stimm- und Mehrheitsverhältnisse, die Austrittsmöglichkeiten einzelner Mitglieder und den Umfang der gemeinsamen Planung.

Bislang wohl ungeklärt ist, ob die einzelnen Gemeinden trotz der Darstellung einer Konzentrationsfläche aufgrund des Entwicklungsgebots nach § 8 Abs. 2 BauGB gehindert sind, durch Bebauungsplan *zusätzliche Standorte* auszuweisen. Wenn dies nicht gewünscht ist, kann dies jedenfalls durch entgegenstehende Darstellungen im Flächennutzungsplan über die Konzentrationsflächenplanung hinaus verhindert werden.

Ein Vorgehen nach § 204 oder § 205 BauGB kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, da ein *Konsens* aller Beteiligten notwendig ist, soweit keine Mehrheitsentscheidungen zugelassen werden. Die späte Blockade einer gemeinsamen Entscheidung durch eine der beteiligten Gemeinden kann eine rechtzeitige Sicherung der Vorrangflächenplanung unmöglich machen.

Der Nachteil der verbindlichen übergemeindlichen Planung besteht auch in einem *erhöhten Abstimmungsaufwand*. Der bisherige Zeitplan des Gesetzgebers ist ohnehin schon sehr eng, weshalb die sich im Gespräch befindliche Verlängerung der Übergangsfristen sinnvoll wäre. Dies gilt auch mit Blick auf den Aufwand und den Zeitbedarf für die Detailuntersuchungen etwa zum Arten- und Naturschutz.

Fußnoten

- 1 Näher zu dieser Novelle *Edelbluth/Heilshorn*, BWGZ, 2011, S. 1000 ff.; *Ruf*, BWGZ 2011, S. 1006 ff.
- 2 *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Loseblatt, Stand: Sept. 2001, § 205 Rn. 84.
- 3 Vgl. *Grauvogel*, in: Brügelmann, BauGB, Loseblatt, Stand: Nov. 1990, § 205 Rn. 172.
- 4 *Battis*, in: ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, § 205 Rn. 15; *Grauvogel*, a.a.O. (Fn. 10), § 205 Rn. 172.
- 5 *Grauvogel*, a.a.O. (Fn. 3), § 205 Rn. 172.
- 6 *Grauvogel*, a.a.O. (Fn. 3), § 205 Rn. 172.
- 7 Anders wohl *Grauvogel*, a.a.O. (Fn. 3), § 205 Rn. 173.
- 8 In diese Richtung *Jäde*, in: ders./Dirnberger/Weiß, BauGB, BauNVO, 6. Aufl. 2010, § 205 BauGB Rn. 29 i.V.m. § 204 Rn. 11; *Runkel*, a.a.O. (Fn. 2), § 204 Rn. 60 f. zur wortgleichen Formulierung in § 204 Abs. 1 Satz 5 BauGB.
- 9 In diese Richtung allgemein *Runkel*, a.a.O. (Fn. 2), § 205 Rn. 84.
- 10 *Grauvogel*, a.a.O. (Fn. 3), § 205 Rn. 183.
- 11 *Grauvogel*, a.a.O. (Fn. 3), § 205 Rn. 183.
- 12 *Grauvogel*, a.a.O. (Fn. 3), § 205 Rn. 183.
- 13 *Grauvogel*, a.a.O. (Fn. 3), § 205 Rn. 183.
- 14 *Battis*, a.a.O. (Fn. 4), § 205 Rn. 18; *Grauvogel*, a.a.O. (Fn. 3), § 205 Rn. 183 m.w.N.; *Runkel*, a.a.O. (Fn. 2), § 205 Rn. 82.
- 15 *Jäde*, a.a.O. (Fn. 8), § 204 BauGB Rn. 7; *Grauvogel*, in: Brügelmann, BauGB, Loseblatt, Stand: August 1988, § 204 Rn. 36.
- 16 *Runkel*, a.a.O. (Fn. 2), § 204 Rn. 35; *Jäde*, a.a.O. (Fn. 8), § 204 BauGB Rn. 7.
- 17 *Runkel*, a.a.O. (Fn. 2), § 204 Rn. 5, 31 m.w.N.
- 18 *Runkel*, a.a.O. (Fn. 2), § 204 Rn. 5, Rn. 31 m.w.N.; *Jäde*, a.a.O. (Fn. 8), § 204 BauGB Rn. 9.
- 19 *Runkel*, a.a.O. (Fn. 2), § 204 Rn. 61.
- 20 Vgl. *Jäde*, a.a.O. (Fn. 8), § 204 BauGB Rn. 14.
- 21 *Jäde*, a.a.O. (Fn. 8), § 204 Rn. 16.
- 22 *Runkel*, a.a.O. (Fn. 2), § 204 Rn. 55.
- 23 Dazu OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17.11.2006 – 2 L 278/03, juris, Rn. 18.
- 24 Zu Beispielen aus der Praxis vgl. etwa die Sachverhalte der Entscheidungen OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26.11.2003 – 8 A 10814/03, juris, Rn. 1 ff., insbes. 7 ff.; OVG Lüneburg, Urteil vom 11.07.2007 – 12 LC 18/07, juris, Rn. 3 ff.; OVG Lüneburg, Urteil vom 16.11.2009 – 12 LC 181/07, juris, Rn. 1 ff.
- 25 *Jäde*, a.a.O. (Fn. 8), § 204 BauGB Rn. 16; anders wohl *W. Schrödter*, in: ders., BauGB, 2006, § 204 Rn. 9.
- 26 Zu den Anforderungen der Rspr. vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris, Rn. 24 ff., insbes. Rn. 29 f.
- 27 *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Loseblatt, Stand Sept. 2010, § 35 Rn. 125.
- 28 BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris, Rn. 28.
- 29 Ebenso VG Gießen, Urteil vom 22.06.2009 – 1 K 1880/08.GI, juris, Rn. 25 zum Vorkaufrecht.
- 30 *Söfker*, a.a.O. (Fn. 27), § 35 Rn. 125; *Dürr*, in: Brügelmann, BauGB, Loseblatt, Stand: Aug. 1999, § 35 Rn. 106.
- 31 Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, BT-Drs. 13/4978, S. 7; *Runkel*, a.a.O. (Fn. 2), § 204 Rn. 29.
- 32 So auch OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26.11.2003 – 8 A 10814/03, juris, Rn. 31; *Runkel*, a.a.O. (Fn. 2), § 204 Rn. 29.
- 33 OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17.11.2006 – 2 L 278/03, juris, Rn. 18. ■

Az. 030.0; 613.20; 630.87