

Leitsätze:

1. Das nach § 36 BauGB erteilte Einvernehmen einer Gemeinde zu einem Vorhaben steht einer Klage der Gemeinde gegen die Genehmigung dieses Vorhabens nur im Hinblick auf solche rechtlichen Umstände entgegen, die zum Zeitpunkt des Einvernehmens seine Versagung gerechtfertigt hätten.
2. Zur Frage, ob der planreife Entwurf eines Flächennutzungsplans mit den beabsichtigten Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (Konzentrationszonen) einem privilegierten Vorhaben als öffentlicher Belang entgegenstehen kann

Hinweis:

Das BVerwG hat bislang ausdrücklich offengelassen (vgl. z.B. U. v. 13.03.2003, Az. 4 C 3/02 - juris; U. v. 20.05.2010, Az. 4 C 7.09 – juris), ob der planreife Entwurf eines Flächennutzungsplans als ungeschriebener öffentlicher Belang nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB einem Außenbereichsvorhaben entgegenstehen kann. Verschiedene Obergerichte haben die Frage verneint (OVG Lüneburg, B. v. 30.11.2004, Az. 1 ME 190/04 - juris; VGH Kassel, U. v. 17.06.2009, Az. 6 A 630/08 - juris). Nach Auffassung des 15. Senats des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs dürfte diese Frage jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn es sich um einen in seinen Rechtswirkungen einem Bebauungsplan vergleichbaren Flächennutzungsplanentwurf mit den intendierten Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB handelt (vgl. Rn. 33).

=====

15 B 12.147
Au 5 K 11.821

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

Stadt N*****,

vertreten durch den ersten Bürgermeister,

***** ** *****

- Klägerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte *****

***** ** *****

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:

Landesanwaltschaft Bayern,

Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

beigeladen:

1. **** *****

2. **** *****

zu 1 und 2 wohnhaft: ***** ** *****

bevollmächtigt zu 1 und 2:

Rechtsanwälte ***** * *****

***** ** *****

wegen

baurechtlicher Genehmigung (Kiesabbau);
hier: Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts
Augsburg vom 4. August 2011,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 15. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Happ,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Hösch,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Gänslmayer

ohne mündliche Verhandlung am **30. Juli 2013**
folgendes

Urteil:

- I. Die Berufung wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu tragen.
- III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 v.H. des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 1. Die Beigeladenen beantragten am 4. September 2007 die Erteilung einer Abtragungsgenehmigung zum Zweck des Kiesabbaus mit Wiederverfüllung auf dem Grundstück FINr. 332 Gemarkung T*****. Mit Beschluss Bauausschusses vom 11. Oktober 2011 lehnte die Klägerin die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB ab (Beiakt = BA 8/21 ff.). Nach dem Einlaufstempel des

Landratsamts Augsburg ging der Antrag dort mit der Stellungnahme der Klägerin am 6. November 2007 ein (BA 2/8).

- 2 Am 17. April 2008 beschloss der Stadtrat der Klägerin, für das Gebiet der Vorhabens und dessen Umgebung einen Bebauungsplan (Nr. 113) aufzustellen sowie zur Sicherung dieser Planung eine Satzung über eine Veränderungssperre in dem Gebiet (BA 2/84 f.; 8/100 ff.) zu erlassen. Ferner beschloss der Stadtrat, den Flächennutzungsplan im Parallelverfahren entsprechend zu ändern (BA 5/4 f.). Am 7. Mai 2008 machte die Klägerin die Satzung über die Veränderungssperre und den Beschluss über die Aufstellung des Bebauungsplans amtlich bekannt. Mit Bescheid vom 11. Mai 2009 lehnte das Landratsamt Augsburg den Antrag auf Erteilung einer Abgrabungsgenehmigung ab, weil die Veränderungssperre entgegenstehe (BA 2/213). Die Klägerin hatte am 15. Januar 2009 beschlossen, das Einvernehmen zu einer Ausnahme zur Veränderungssperre nach § 14 Abs. 2 BauGB zu versagen (BA 8/197). Die Veränderungssperre wurde am 29. April 2010 (Bekanntmachung am 5.5.2010) um ein weiteres Jahr verlängert. Die Beigeladenen haben Klage auf Erteilung der Abgrabungsgenehmigung erhoben. Dieses Verfahren ist beim Verwaltungsgericht Augsburg anhängig und ruht derzeit. Die Aufstellung des Bebauungsplans Nr. 113 ist nicht mehr weiterbetrieben worden.
- 3 Der Stadtrat der Klägerin beschloss am 3. Mai 2011 eine Änderung des Flächennutzungsplans, mit der im Bereich des Stadtteils T***** zwei Kiesabbaukonzentrationszonen festgelegt wurden. Das Abbauvorhaben der Beigeladenen liegt außerhalb (westlich) der Konzentrationszonen. Mit **Bescheid vom 17. Mai 2011** widerrief das Landratsamt Augsburg den Ablehnungsbescheid vom 11. Mai 2009 und erteilte den Beigeladenen die Abgrabungsgenehmigung. Die Abgrabungsgenehmigung steht nach Nr. 3 dieses Bescheids unter der aufschiebenden Bedingung, dass mit den Abgrabungsarbeiten erst nach Leistung der festgesetzten Sicherheitsleistung (Nr. 6.17 des Bescheids) sowie der unwiderruflichen Bestellung der festgesetzten Dienstbarkeit (Nr. 6.16 des Bescheids) begonnen werden darf. Gegen diesen Bescheid hat die Stadt N***** Klage erhoben.
- 4 2. Mit Urteil vom 4 August 2011 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Diese sei zulässig. Zwar sei das Einvernehmen zu dem Vorhaben im Weg der Fiktion nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB erteilt. Die Stadt könne sich aber auf die zwischenzeitlich beschlossene Änderung des Flächennutzungsplans als Ausdruck ihrer Pla-

nungshoheit berufen. Der Versagungsbescheid vom 11. Mai 2009 habe widerrufen werden können, weil die Beigeladenen einen Anspruch auf Erteilung der Abgrabungsgenehmigung gehabt hätten. Das erforderliche Einvernehmen der Stadt sei fingiert, sodass offenbleiben könne, ob es durch den angefochtenen Bescheid konkludent oder mittels der in der mündlichen Verhandlung vom 4. August 2011 übergebenen ausdrücklichen schriftlichen Erklärung ersetzt worden sei. Der derzeit geltende Flächennutzungsplan stelle das Vorhabengebiet lediglich als Fläche für die Landwirtschaft dar und stehe daher dem Vorhaben nicht entgegen. Der vorliegende planreife Entwurf der Änderung des Flächennutzungsplans begründe keinen öffentlichen Belang im Sinn des § 35 Abs. 1 und 3 BauGB. Das Verfahren zur Aufstellung des Bebauungsplans Nr. 113 sei einstweilen nicht weiter betrieben worden; es solle erst nach der Genehmigung und Bekanntmachung der Änderung des Flächennutzungsplans weiter verfolgt werden (vgl. BA 2/280).

- 5 Die Regierung von Schwaben genehmigte mit Bescheid vom 11. August 2011 die Änderung des Flächennutzungsplans; am 6. September 2011 machte die Klägerin die Änderung amtlich bekannt.

- 6 3. Mit der vom Senat zugelassenen Berufung verfolgt die Klägerin ihr Begehren auf Aufhebung des Bescheids vom 17. Mai 2011 weiter. Sie macht geltend, beim Widerruf des Bescheids vom 11. Mai 2009 handle es sich gemäß Art. 49 BayVwVfG um eine Ermessensentscheidung. Dabei hätten auch die Belange der Klägerin in Gestalt der bereits beschlossenen Konzentrationszonen des Flächennutzungsplans berücksichtigt werden müssen. Der Bescheid enthalte aber keine Ermessenserwägungen. Die Abgrabungsgenehmigung verletze die Stadt in ihren Rechten. Zu Unrecht habe das Verwaltungsgericht das Einvernehmen für fingiert gehalten. Die Beigeladenen hätten zeitgleich zwei Anträge eingereicht. Es habe zunächst ihnen obliegen, den Antragsinhalt konkret festzulegen. Mit dem Beschluss über die Änderung des Flächennutzungsplans, der bereits vor der Erteilung der Abgrabungsgenehmigung gefasst worden sei, trete die Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ein. Selbst wenn man weiter fordere, dass die Änderung auch genehmigt und bekanntgemacht sei, müsse der beschlossene Plan jedenfalls als sonstiger öffentlicher Belang berücksichtigt werden. Der beschlossenen Planänderung lägen ein schlüssiges gesamtträumliches Konzept und eine ordnungsgemäß abgewogene Auswahl der festgelegten Abgrabungszonen zugrunde. Im Übrigen gehe die Klägerin davon aus, dass die in Nr. 3 des angefochtenen Bescheids aufgestellten Bedingungen für den Eintritt

der Rechtswirkungen des Bescheids noch nicht eingetreten seien. Diese Bedingungen machten deutlich, dass die Genehmigungsvoraussetzungen noch nicht vorgelegen hätten. Zumindest hätten die Bedingungen beim Widerruf des Ablehnungsbescheids im Rahmen des Ermessens berücksichtigt werden müssen.

7 Die Klägerin beantragt,
8 das Urteil des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 4. August 2011 und den
Bescheid des Landratsamts Augsburg vom 17. Mai 2011 aufzuheben.

9 Der Beklagte beantragt,
10 die Berufung zurückzuweisen.

11 Die Klage sei unzulässig, weil die Klägerin das Einvernehmen zu dem Vorhaben erteilt habe. Die Fiktionswirkung des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB sei eingetreten. Der Antrag der Beigeladenen auf Erteilung der Abgrabungsgenehmigung vom 4. September 2007 sei klar und vollständig gewesen. Der bereits abgelehnte Antrag vom 19. März 2001 sei nur zur Verdeutlichung beigefügt worden. Das ergebe sich eindeutig aus den dem Antrag vom 4. September 2007 beigefügten Planunterlagen, die darauf hinwiesen, dass schon einmal ein Antrag – der vom 19. März 2001 – abgelehnt worden sei, die damaligen Ablehnungsgründe aber nicht mehr tragfähig seien (vgl. BA 10/4; 3/9).

12 Die Klage sei im Übrigen auch unbegründet. Das Landratsamt sei verpflichtet gewesen, den Ablehnungsbescheid vom 11. Mai 2009 zu widerrufen. Der Widerruf verletze die Klägerin nicht in ihren Rechten, weil er den Beigeladenen kein Abgrabungsrecht verleihe. Zu Recht habe das Verwaltungsgericht dem Entwurf der Änderung des Flächennutzungsplans im Rahmen des § 35 BauGB keine Rechtswirkung zuerkannt. Der bloße Planentwurf sei kein öffentlicher Belang, der dem privilegierten Vorhaben entgegenstehen könne. Jedenfalls genüge der Entwurf nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäß abgewogene gesamträumliche Planung. Die Bedingungen der Abgrabungsgenehmigung sollten die sich aus § 15 Abs. 4 und § 17 Abs. 5 BNatSchG ergebenden Verpflichtungen sichern; die Planungshoheit der Klägerin sei davon nicht betroffen.

13 Die Beigeladenen halten die Berufung für unbegründet. Bei der Ermessensentscheidung über den Widerruf des Ablehnungsbescheids vom 11. Mai 2009 sei der Entwurf

der Änderung des Flächennutzungsplans ebenso wenig zu berücksichtigen wie im Rahmen des § 35 BauGB. Das Widerrufsermessen sei auch auf Null reduziert gewesen, weil die Abgrabungsgenehmigung zwingend zu erteilen gewesen sei. Die der Abgrabungsgenehmigung beigefügten Bedingungen dienten nicht dazu, über die fehlende Entscheidungsreife des Genehmigungsantrags hinwegzuhelfen. Die Bedingungen müssten sinnvoller Weise erst erfüllt sein, wenn mit der Abgrabung tatsächlich begonnen werden solle. Die Fiktion des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB sei eingetreten. Der Lauf der Frist hänge nicht von Verfahrensdispositionen der Klägerin ab. Wenn zwei vollständige Anträge eingereicht würden, seien beide zu prüfen. Zu Recht habe das Verwaltungsgericht angenommen, dass die noch nicht wirksame Änderung des Flächennutzungsplans kein öffentlicher Belang im Sinn des § 35 Abs. 1 und 3 BauGB sei. Der Entwurf beruhe im Übrigen auf einem fehlerhaften Verfahren.

- 14 4. Die Beteiligten haben einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zugestimmt.
- 15 Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten und auf die beigezogenen Akten des Beklagten und der Klägerin Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 16 Die zulässige Berufung ist unbegründet:
- 17 I. Unbegründet ist die Berufung zunächst insoweit, als das Verwaltungsgericht die Klage gegen den Widerruf des Ablehnungsbescheids des Landratsamts Augsburg vom 11. Mai 2009 abgewiesen hat (Nr. 1. des Bescheids vom 17. Mai 2011). Dieses Klagebegehren ist unzulässig, weil die Klägerin nicht geltend machen kann, durch diese Regelung in ihren Rechten verletzt zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO).
- 18 Die Klägerin hat kein eigenständiges Recht auf Ablehnung eines Abgrabungsantrags, das durch den Widerruf berührt sein könnte. Sie kann verlangen, dass bei der Erteilung der Abgrabungsgenehmigung (auch) die Regelungen des § 35 BauGB eingehalten werden. Solange und soweit sie keine Bauleitplanung einleitet, hat sie diese Regelungen gleichsam in ihren planerischen Willen aufgenommen. Das bloße Stellen eines Bau- oder Abgrabungsantrags beeinträchtigt diesen planerischen Willen aber nicht.

- 19 Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin rechtlich betroffen wäre, wenn der Ablehnungsbescheid vom 11. Mai 2009 bereits bestandskräftig geworden wäre. Denn das ist nicht der Fall. Die Beigeladenen haben Klage auf Erteilung der Abgrabungsgenehmigung erhoben; die Klage ist beim Verwaltungsgericht Augsburg anhängig. Im Übrigen würde selbst eine bestandskräftige Ablehnung des Abgrabungsantrags einem erneuten Abgrabungsantrag nicht entgegenstehen (BVerwG, U.v. 6.6.1975 – IV C 15.73 – BVerwGE 48, 271; BGH, U.v. 30.10.1986 – III ZR 10/86 – NVwZ 1987, 356) und daher keine Rechtsposition der Klägerin begründen, die durch den Widerruf betroffen sein könnte.
- 20 II. Im Ergebnis zu Recht hat das Verwaltungsgericht auch die Klage gegen die Abgrabungsgenehmigung (Nr. 2 des Bescheids vom 17.5.2011) abgewiesen. Die Abgrabungsgenehmigung ist planungsrechtlich fehlerfrei und verletzt die Klägerin nicht in ihrem Recht auf Ortsplanung (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 83 Abs. 1 BV).
- 21 1. Das auf die Aufhebung der Abgrabungsgenehmigung gerichtete Klagebegehren ist zulässig. Insbesondere ist die Klägerin wegen einer möglichen Verletzung ihres Rechts auf Ortsplanung klagebefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO). Sie ist an der Ausübung dieses Rechts auch nicht gehindert.
- 22 a) Zwar hat die Klägerin von der Möglichkeit, die ihr das Baugesetzbuch in Form des Einvernehmensvorbehalts (§ 36 Abs. 1 BauGB) zur Wahrung der Planungshoheit zur Verfügung stellt, keinen Gebrauch gemacht. Das Einvernehmen der Klägerin zu dem Vorhaben der Beigeladenen gilt vielmehr als erteilt, weil es die Klägerin nicht binnen zwei Monaten nach Einreichung des Abgrabungsantrags verweigert hat (§ 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB). Auf die zutreffenden Ausführungen hierzu im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen (§ 130 b Satz 2 VwGO).
- 23 Die Klägerin meint zu Unrecht, die Fiktionswirkung des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB sei nicht eingetreten; in der Frage des Zeitpunkts des Einreichens des Abgrabungsantrags müsse es zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Beklagten kommen. Dafür gibt es keinen hinreichenden Grund; insbesondere ergibt sich keine andere Beweislast aus dem Gedanken der Verantwortungssphäre, der es der Klägerin, aber nicht der Gegenseite unmöglich machen würde, einen Beitrag zur Aufklärung des Sachverhalts zu machen. Der Klägerin obliegt es, für den rechtzeitigen Zugang der empfangsbedürftigen Erklärung der Verweigerung des Einvernehmens zu sorgen (vgl. BayVGH, B.v.

27.10.2000 – 1 ZS/CS 00.2727 – NVwZ-RR 2001, 364). Dieser Vorgang des Zugangs liegt in ihrer Sphäre und ist gerade dann, wenn – wie vorgetragen – die Antragsunterlagen durch einen Bediensteten der Stadt beim Landratsamt eingereicht worden sind, auch Gegenstand ihrer Wahrnehmung.

- 24 Ebenso wenig trifft der Einwand der Klägerin zu, die Frist des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB sei nicht in Lauf gesetzt worden, weil zeitgleich zwei unterschiedliche Abgrabungsanträge eingereicht worden seien und der Antragsinhalt deshalb nicht festgestellt habe. In welcher Weise der am 6. August 2007 von den Beigeladenen unterzeichnete Abgrabungsantrag am 4. September 2007 bei der Klägerin eingereicht worden ist, lässt sich den vorgelegten Verwaltungsakten nicht mehr zweifelsfrei entnehmen. Es steht lediglich fest, dass diesem Antrag noch Antragsunterlagen zu einer Vorhabensplanung aus dem Jahr 2001 beigelegt waren (BA 10 Bl. 4 ff.), die auch noch im Jahr 2006 Gegenstand einer informellen Anfrage bei der Klägerin (und von dort aus beim Landratsamt Augsburg) gewesen waren (vgl. BA 10). Dem am 6. August 2007 unterzeichneten Abgrabungsantrag war eine Abbaubeschreibung beigelegt, die den Antrag aus dem Jahr 2001 eindeutig als bloße „Vorgeschichte“ des neuen Antrags kennzeichnet. Schon daraus war mit hinreichender Klarheit zu entnehmen, dass nicht für zwei, sondern nur für ein Vorhaben eine Genehmigung beantragt worden ist. Es konnte jedenfalls kein ernst zu nehmender Zweifel daran bestehen, dass jedenfalls der am 6. August 2007 von den Beigeladenen unterzeichnete Abgrabungsantrag bei der Klägerin im Sinn des § 36 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB, Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BayAbgrG mit Verbescheidungswillen eingereicht worden ist.
- 25 b) Das fingierte Einvernehmen steht der Klagebefugnis aber nur entgegen, soweit es sich um Ausformungen und Aspekte der Planungshoheit der Klägerin handelt, die zum Zeitpunkt des Eintritts der Fiktionswirkung (5. November 2007) bereits eine rechtliche Bedeutung hatten. Die Klägerin beruft sich dagegen auf den Beschluss vom 3. Mai 2011 über die 24. Flächennutzungsplanänderung und damit auf einen Vorgang, der zum damaligen Zeitpunkt noch keinen Einfluss auf die planungsrechtliche Bewertung des Vorhabens der Beigeladenen haben konnte.
- 26 Die Klägerin ist wegen des fingierten Einvernehmens nicht gehindert, eine dem Vorhaben widersprechende Planung zu betreiben und zu beschließen (BVerwG, U.v. 19.2.2004 – 4 C 16/03 – BVerwGE 120, 138/144). Es liegt in der Konsequenz dieser

fortbestehenden Planungsbefugnis, dass für die planungsrechtliche Beurteilung des Vorhabens zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Abgrabungsgenehmigung erhebliche Resultate einer solchen Planung nicht nur von der Bauaufsichtsbehörde zu beachten sind, sondern auch auf Seiten der planenden Gemeinde wiederum eine wehrfähige rechtliche Position begründen können. Gibt es das (fortbestehende) Planungsrecht, dann bedingt das insoweit auch den offenen Rechtsweg für die Klägerin (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG; einschränkend wohl Jäde, Gemeinde und Baugesuch, 4. Auflage 2011, Rn. 117 im Hinblick auf eine Veränderungssperre).

- 27 2. Das auf die Aufhebung der Abgrabungsgenehmigung gerichtete Klagebegehren ist aber unbegründet. Die Klägerin macht geltend, dem Vorhaben der Beigeladenen habe in dem für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Abgrabungsgenehmigung maßgeblichen Zeitpunkt (Erteilung der Abgrabungsgenehmigung am 17. Mai 2011; vgl. BayVGH, B.v. 5.12.2011 – 1 ZB 10.2435 – juris Rn. 16) die am 3. Mai 2011 vom Stadtrat beschlossene 24. Änderung des Flächennutzungsplans als ungenannter öffentlicher Belang im Sinn des § 35 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegengestanden. Das ist aber nicht der Fall.
- 28 a) Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts dürfte davon auszugehen sein, dass der Entwurf einer Änderung eines Flächennutzungsplans, die – in Kraft getreten – die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auslösen soll, in dem hier bereits erreichten Stadium der Planreife als öffentlicher Belang einem Vorhaben im Sinn des § 35 Abs. 1 BauGB im Grundsatz entgegenstehen kann. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist diese Frage bisher offen geblieben (U.v. 20.5.2010 – 4 C 7.09 – BVerwGE 137, 74 Rn. 49). In Literatur und Rechtsprechung gibt es kein einheitliches Bild (ablehnend etwa OVG Nds., U.v. 30.11.2004 – 1 ME 190.04; HessVGH, U.v. 17.6.2009 – 6 A 630.08; Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB, BauNVO, 6. Auflage 2010, § 35 Rn. 262; tendenziell bejahend Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35 Rn. 80 a.E.; Berliner Kommentar, 3. Auflage, § 35 Rn. 64).
- 29 aa) Festzuhalten ist zunächst, dass § 15 Abs. 3 BauGB keine Sperrwirkung für eine Versagung der Abgrabungsgenehmigung auf Grund eines Flächennutzungsplanentwurfs auslöst. § 15 Abs. 3 Satz 1 BauGB erlaubt die Zurückstellung des Genehmigungsantrags, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan zu ändern, mit dem die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erreicht wer-

den sollen. Daraus lässt sich aber nicht schließen, dass nach Ablauf des Jahres nicht nur die Zurückstellung endet, sondern auch die Abtragungsgenehmigung nicht unter Hinweis auf einen bloßen Änderungsentwurf versagt werden könnte (vgl. BVerwG, U.v. 27.1.2005 – 4 C 5.04 – BVerwGE 122, 364/368 ff. zu § 12 Abs. 2 ROG 1997 = § 14 Abs. 2 ROG 2008).

- 30 Keine Schlüsse lassen sich auch aus § 33 BauGB ziehen. Zwar erlaubt § 33 BauGB nicht die Versagung der Genehmigung unter Hinweis auf künftige Festsetzungen eines noch nicht in Kraft getretenen Bebauungsplans. Eine Versagung der Abtragungsgenehmigung würde aber nicht selbständig allein auf künftigen Darstellungen von Konzentrationsflächen im Flächennutzungsplan beruhen, sondern auf einem dem Vorhaben entgegenstehenden öffentlichen Belang im Sinn des § 35 Abs. 1 BauGB.
- 31 bb) Entscheidend für eine Belang-Qualität des planreifen Flächennutzungsplanentwurfs spricht die Gleichwertigkeit von Darstellungen im Flächennutzungsplan und Zielen der Raumordnung im Hinblick auf die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Das Baugesetzbuch verleiht Konzentrationsflächen in beiden rechtlichen Formen die gleiche Regel-Ausschlusswirkung im übrigen Gebiet des Flächennutzungs- bzw. Raumordnungsplans. Es bedürfte besonderer Gründe, diese beiden Formen im Hinblick auf ihre jeweiligen planreifen Vorstufen wiederum unterschiedlich zu behandeln. Dafür ist aber nichts ersichtlich.
- 32 In Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung können als unbenannter öffentlicher Belang einem privilegierten Vorhaben entgegenstehen. Als sonstige Erfordernisse der Raumordnung sind sie bei raumbedeutsamen Maßnahmen von Personen des Privatrechts nach den dafür geltenden Vorschriften zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr.1 und 4 ROG). Der Begriff der öffentlichen Belange im Sinn des § 35 Abs. 1 BauGB ermöglicht für das Bauplanungsrecht die Berücksichtigung raumordnungsrechtlicher Erfordernisse (BVerwG, U.v. 27.1.2005 a.a.O. S. 369). Das Verwaltungsgericht hat angenommen, im Fall des Flächennutzungsplans gebe es – und darin liege ein für die Belangfrage entscheidender Unterschied – keine dem § 3 Nr. 4 ROG entsprechende ausdrückliche gesetzliche Regelung, die schon dem in Aufstellung befindlichen Plan eine rechtliche Wirkung zumesse. Diese Annahme ermöglicht aber nicht den Schluss, der Entwurf des Flächennutzungsplans mit den beabsichtigten Rechtswirkungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sei kein öffentlicher Belang im

Sinn des § 35 Abs. 1 BauGB. Eine solche Schlussfolgerung berücksichtigt nicht, dass die ausdrückliche gesetzliche Regelung für in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung in § 3 Abs. 1 Nr. 4 ROG nicht dem Begriff der öffentlichen Belange im Sinn des § 35 Abs. 1 BauGB, sondern dem Begriff der sonstigen Erfordernisse der Raumordnung geschuldet ist. Die gesetzliche Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 4 ROG präzisiert allein den Begriff der sonstigen Erfordernisse der Raumordnung und damit zugleich die Rechtswirkungen des Raumordnungsrechts nach § 4 Abs. 2 ROG. Dass in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung im Rahmen des § 35 BauGB eine rechtliche Bedeutung haben können, ist in erster Linie nicht die Folge der gesetzlichen Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 4 ROG, sondern des weiten Begriffs der öffentlichen Belange in § 35 Abs. 1 BauGB. Aus der enumerativ verfahrenen Regelungstechnik des Gesetzgebers im Raumordnungsrecht lassen sich also keine Rückschlüsse auf die Auslegung des Begriffs der öffentlichen Belange im Sinn des § 35 Abs. 1 BauGB ziehen.

- 33 Dementsprechend hat auch das Bundesverwaltungsgericht angenommen, im Anwendungsbereich des § 35 BauGB könnten neben den in Aufstellung befindlichen Zielen der Raumordnung „auch sonstige noch nicht abgeschlossenen Planungsverfahren als Zulassungshindernis in Betracht kommen“ (U.v. 27.1.2005 a.a.O. S. 371). Für einen in Aufstellung begriffenen Bebauungsplan ist das im Urteil vom 8. Februar 1974 (4 C 77.71 Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 107) ausdrücklich bejaht worden. Es liegt auch in der Konsequenz dieses letzteren Urteils, den Entwurf eines in seinen Rechtswirkungen dem Bebauungsplan vergleichbaren Flächennutzungsplans mit den intendierten Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (vgl. BVerwG, B.v. 23.10.2008 – 4 BN 16/08) ebenfalls als ungenannten öffentlichen Belang im Sinn des § 35 BauGB anzusehen.
- 34 b) Die beschlossene 24. Änderung des Flächennutzungsplans genügt jedoch nicht den rechtlichen Anforderungen, die an eine Flächennutzungsplanung mit der Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu stellen wären. Die 24. Änderung war zwar im maßgeblichen Zeitpunkt der Erteilung der Abgrabungsgenehmigung am 17. Mai 2011 inhaltlich bereits abgeschlossen und hatte damit – vorbehaltlich der Genehmigung nach § 6 BauGB – ein Stadium erreicht, das eine hinreichend sichere Prognose über die in Kraft zu setzende Planung erlaubte. Würde jedoch die am 6. September 2011 in Kraft getretene Änderung des Flächennutzungsplans die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht auslösen können, weil sie an einem be-

achtlichen Abwägungsmangel leidet, so kann der beschlossene Planentwurf auch nicht als öffentlicher Belang dem Vorhaben der Beigeladenen entgegenstehen. Ohne diese besonderen Rechtswirkungen stellte der geänderte Flächennutzungsplan allenfalls dem Vorhaben benachbart Kiesabbauflächen dar, für die Fläche des Abgrabungsvorhabens selbst Flächen für die Landwirtschaft. Das allein stünde dem nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB privilegierten Vorhaben der Beigeladenen nicht entgegen (vgl. auch nachfolgend c).

35 aa) Die beschlossene 24. Änderung des Flächennutzungsplans leidet an einem beachtlichen Abwägungsmangel. Mit dieser Änderung war beabsichtigt, durch die Darstellung von Kiesabbaukonzentrationsflächen die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auszulösen, so dass gewerblichen Kiesabbauvorhaben an anderer Stelle also in der Regel öffentliche Belange entgegenstehen. Das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB verlangt daher, dass die Darstellung auf einem schlüssigen gesamträumlichen Plankonzept beruht, das offen legt, von welchen Erwägungen die positive Standortscheidung und – daran anknüpfend – die negative Ausschlusswirkung getragen sind. Diese rechtlichen Anforderungen haben sich in erster Linie im Zusammenhang mit der Konzentrationsflächenplanung bei Windkraftanlagen in der Rechtsprechung entwickelt (vgl. BVerwG, U.v. 17.12.2002 – 4 C 15/01 – BVerwGE 117, 285; U.v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11 – NVwZ 2013, 519); sie lassen sich auf die Darstellung von Kiesabbaukonzentrationsflächen übertragen (vgl. BVerwG, U.v. 17.12.2002 – 4 C 15/01 – BVerwGE 117, 287/294; auch BayVGH, U.v. 28.10.2010 – 15 N 09.1351; OVG RhPf, U.v. 28.2.2008 – 1 C 11131/07 – BauR 2008, 1101). Das bedeutet insbesondere, dass die planerische Auswahl derjenigen Außenbereichsflächen, die für eine privilegierte Auskiesung nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB nicht zur Verfügung stehen sollen (Tabuzonen), jedenfalls insoweit durch entsprechende abwägende Prozesse getragen sein muss, als einer Auskiesung nicht schon von vornherein auf unabsehbare Zeit rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Weg stehen, also im Hinblick auf sogenannte „weiche Tabuzonen“ (vgl. BVerwG, U.v. 13.12.2012 a.a.O. Rn. 10).

36 Die Klägerin hat ihre Planung anhand einer das gesamte Gebiet der Stadt erfassenden „Raumwiderstandsanalyse Kiesabbau“ entwickelt (vgl. Nr. 6.1 der Begründung der 24. Änderung des Flächennutzungsplans nebst Anhang 3; Auszug aus der Niederschrift über die Sitzungen des Planungs- und Umweltausschusses der Stadt vom 9.12.2010 S. 80 und vom 12.4.2011 S. 119). Diese Untersuchung schließt den Kies-

abbau nach drei Restriktionsstufen unterschiedlicher Priorität mit Ausnahme zweier Flächen aus, die näherungsweise den im Planentwurf dargestellten Kiesabbaukonzentrationsflächen entsprechen. Restriktionen erster Priorität sind nach dieser Analyse Siedlungen und Siedlungsflächen des Flächennutzungsplans, Räume für Siedlungsentwicklung, ein Abstandspufferbereich zu Siedlungen, Straßen, Abstände zur Straße zur Sicherung des Landschaftsbildes, Hochbehälter Wasserversorgung, bestehende Kiesabbauflächen, Wald, Talraum, FFH-Gebiete und kartierte Biotope. Restriktionen zweiter Priorität sind Landschaftsschutzgebiete, landschaftliche Vorbehaltsgebiete, Talräume, Höhenzüge und/oder Grünzüge mit kleinteiligen Gehölzstrukturen. Als Restriktionen dritter Priorität sind regionale Grünzüge sowie Flächen zur Sicherung des Landschaftsbildes genannt. Die Raumwiderstandsuntersuchung selbst erschöpft sich in der Benennung dem Kiesabbau „widerstehender“ Restriktionen. Die Begründung zur beschlossenen Änderung des Flächennutzungsplan bezieht sich auf diese Untersuchung und benennt unter Nr. 6.1.1 als „wesentliche, den Kiesabbau ausschließende Restriktionen“: „Europäische Richtlinie Natura 2000 und daraus resultierende FFH-Flächen zum Schutz prioritärer Arten, Landschaftsschutzgebiete, kleinteilig strukturierte Bereiche in Tälern oder auf Höhenrücken, teilweise mit kartierten Biotopen und nach § 30(1) ff. BNatSchG geschützte Flächen, Talräume, Waldflächen, Siedlungsflächen, Siedlungsentwicklungsflächen, langfristige Siedlungserweiterungsflächen, Flächen für Wasserversorgung, Denkmalschutz“. Als den Kiesabbau deutlich einschränkende Faktoren sind der Naturpark und das landschaftliche Vorbehaltsgebiet genannt. Diese Aufzählung mündet in die Feststellung, weite Bereiche innerhalb der Stadt seien daher für die Kiesgewinnung „wenig geeignet“. Die Landschaftsschutzgebietsverordnung oder die Naturparksatzung verbieten den Kiesabbau nicht, er sei aber nur mit einer naturschutzrechtlichen Erlaubnis möglich. Diese Bereiche hätten zudem eine hohe Bedeutung für die überörtliche Naherholung. In den südöstlichen Gemeindegebietsteilen befindet sich neben Wald- und Landschaftsschutzgebieten auch ein landschaftliches Vorbehaltsgebiet mit abwechslungsreicher Topographie; auch diese Bereiche hätten Bedeutung für die Naherholung. Aus Immissionsschutzgründen sei in jedem Fall ein Abstand von 150 m zu den Siedlungsrändern einzuhalten (Pufferfläche). Gleichzeitig sei in diesen Bereichen die Option einer mittelfristigen Siedlungsentwicklung zu sichern.

- 37 Was die Klägerin im Zuge der Behandlung der Einwendungen in den Verfahrensschritten nach § 3 Abs. 1 und Abs. 2 BauGB eher am Rande zu der Gesamträumlichkeit der Planung erwogen hat, geht über eine Bezugnahme auf die Ergebnisse

der Raumwiderstandsanalyse nicht hinaus (vgl. etwa Auszug aus der Niederschrift über die Sitzung des Planungs- und Umweltausschusses der Stadt vom 9.12.2010 S. 6 f., 39 f., 55 f., 74 f., 80, 86; Auszug aus der Niederschrift über die Sitzung des Planungs- und Umweltausschusses der Stadt vom 12.4.2011 S. 26, 31, 92, 103, 119 f.).

- 38 Diese Erwägungen der Änderungsbegründung beruhen zwar auf einer gesamtäumlichen Betrachtung. Sie erschöpfen sich aber einer Aufzählung von restriktiven Faktoren, die nicht erkennen lässt, dass sich die Stadt des Umstands bewusst war, dass es sich bei den aufgezählten Faktoren jedenfalls zum Teil um disponible handelte, also sogenannte „weiche Tabus“, die dem Kiesabbau nicht von vornherein entgegenstehen würden und deshalb nur als Ergebnis eines nachvollziehbaren Abwägungsprozesses eine Planung als Tabuzone tragen würden können. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit die planende Gemeinde bei der Auswahl der harten Tabuzonen einen Einschätzungsspielraum hat, der es ihr ermöglichen würde, auch solche Gebiete von vornherein ohne Abwägung als Tabuzone zu bewerten, in denen – wie etwa innerhalb des Naturparks oder von Landschaftsschutzgebieten – ein Kiesabbau nicht zwingend völlig ausgeschlossen wäre, sondern nach Maßgabe einer naturschutzrechtlichen Befreiung (§ 67 BNatSchG) zumindest in Frage kommen könnte (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, U.v. 24.2.2011 – OVG 2 A 2.09 – juris Rn. 62 ff.; Stürer, DVBl 2013, 509/510 f.). Denn die Klägerin hat zwischen harten und weichen Tabuzonen überhaupt nicht unterschieden. Unter den nach der Begründung des Planentwurfs den „Kiesabbau ausschließende(n) Restriktionen“ finden sich mit den „kleinteilig strukturierten Bereichen in Tälern oder auf Höhenrücken“, den „Talräumen“, den „Siedlungsentwicklungsflächen“ und den „langfristige(n) Siedlungserweiterungsflächen“ soweit nicht jeweils nach Naturschutzrecht unter Schutz gestellt durchweg „weiche“ Tabukriterien, deren den Kiesabbau „ausschließende“ Bedeutung einer die dafür maßgebenden Gründe offenlegenden Abwägung bedurft hätte. Soweit die Klägerin auf die Naherholungs-Funktion mancher Gebiete hinweist, geht auch das über eine bloße Beschreibung des Ist-Zustandes nicht hinaus. Nichts anderes gilt wegen des landschaftlichen Vorbehaltsgebiets, das die Stadt als „den Kiesabbau deutlich einschränkende(n) Faktor“ ebenfalls ohne erkennbare Abwägung in die Tabuzonen aufgenommen hat. Des Weiteren gilt nichts anderes für die lediglich in der Raumwiderstandsanalyse genannten „Flächen zur Sicherung des Landschaftsbilds“ im westlichen Teil des Gemeindegebiets. Nur die „Räume für Siedlungsentwicklung“ sind teilweise mit den Immissionsabständen zu Siedlungsbereichen als gegebenenfalls hartem Tabukriterium identisch und bedurften – soweit nicht

auf Vorsorgeerwägungen beruhend – keiner besonderen abwägenden Rechtfertigung.

- 39 bb) Auf die Planerhaltungsvorschriften (§ 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2, § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB) kommt es nicht an. Diese Normen betreffen den fertigen Plan. Sie beziehen ihren Sinn aus dem praktischen Bedürfnis, die auf Dauer angelegte Geltung des Bebauungs- oder Flächennutzungsplans entweder von vornherein oder jedenfalls nach Ablauf eines Jahres von gewissen rechtlichen Mängeln des Plans unabhängig zu machen. Es handelt sich um ein der Rechtssicherheit geschuldetes Privileg der Rechtsnorm selbst, das sich auf noch keine Rechtsverbindlichkeit beanspruchende Planentwürfe nicht in entsprechender Weise übertragen lässt.
- 40 Hiervon abgesehen wäre der geschilderte Abwägungsmangel offensichtlich und auch auf das Abwägungsergebnis von Einfluss (§ 214 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB). Der Mangel ergibt sich aus der Planbegründung und den Beschlüssen im Rahmen des Planaufstellungsverfahrens. Es besteht auch die konkrete Möglichkeit, dass die Klägerin weitere Flächen als Kiesabbaukonzentrationsflächen dargestellt hätte, wenn sie sich bewusst gemacht hätte, dass die Raumwiderstandsanalyse die Konflikte lediglich beschrieben hatte, ihre Lösung im Rahmen einer Konzentrationsflächenplanung aber in einem nicht unwesentlichen Umfang eines Abwägungsprozesses der Stadt bedarf.
- 41 c) Dass dem Vorhaben der Beigeladenen andere öffentliche Belange entgegenstehen würden, macht die Klägerin nicht geltend und hat sich auch sonst nicht ergeben. Insoweit ist sie im Übrigen wegen des fingierten Einvernehmens auch nicht klagebefugt.
- 42 3. Kosten: § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO
- 43 Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 167 VwGO, §§ 708 ff. ZPO
- 44 Gründe für die Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 VwGO) gibt es nicht.

Rechtsmittelbelehrung

- 45 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzu legen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.
- 46 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfeverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

47 Happ Hösch Gänslmayer

48 **Beschluss:**

49 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 25.000 Euro festgesetzt (§ 47, § 52 Abs. 1 GKG)

50 Happ Hösch Gänslmayer