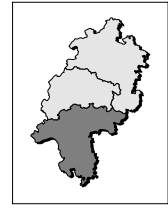


# REGIONALVERSAMMLUNG SÜDHESSEN

## Regierungspräsidium Darmstadt

- Geschäftsstelle -



Drucksache für die Regionalversammlung Südhessen

Nr.: IX / 28.3

Az. III 31.1 - 93 b 10/01	Sitzungstag :	Tagesordnungspunkt :	Anlagen :
	23.06.2017 (HPA)	-7-	-1-
	30.06.2017 (RVS)	-6-	

**Genehmigung von Windkraftanlagen**

Antrag der AfD-Fraktion vom 30.05.2017 mit der Bitte um Kenntnisnahme.

## AfD-Fraktion in der Regionalversammlung Südhessen

An den  
Vorsitzenden der  
Regionalversammlung  
Herrn Landrat Joachim Arnold  
Wilhelminenstr. 1-3  
64283 Darmstadt

Geschäftsstelle  
c/o Bethmannstraße 3  
60311 Frankfurt/Main  
Tel.: 069 / 212-46222

Datum: Dienstag, 30. Mai 2017

### Antrag der AfD-Fraktion in der Regionalversammlung Südhessen:

Die Regionalversammlung möge beschließen:

1. Die Regionalversammlung Südhessen fordert die zuständige oberste Landesplanungsbehörde – den Hessischen Minister für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung – auf, dem Regierungspräsidenten in Darmstadt zu untersagen, im Plangebiet des Regionalplanes Erneuerbare Energien weitere Windenergieanlagen außerhalb der im offengelegten Entwurf gekennzeichneten Vorranggebiete für Windenergieanlagen nach § 35 BauGB zu genehmigen. Bei Genehmigungen von Windenergieanlagen innerhalb der gekennzeichneten Vorranggebiete sind die Einwendungen und Stellungnahmen aus der Offenlegung abzuwägen und zu berücksichtigen.
2. Die Regionalversammlung Südhessen fordert den Regierungspräsidenten in Darmstadt auf, keine Genehmigungen für Windenergieanlagen außerhalb der im offengelegten Entwurf gekennzeichneten Vorranggebiete für Windenergieanlagen nach § 35 BauGB zu genehmigen. Bei Genehmigungen von Windenergieanlagen innerhalb der gekennzeichneten Vorranggebiete sind die Einwendungen und Stellungnahmen aus der Offenlegung abzuwägen und zu berücksichtigen.

### Begründung:

Der vorliegende Antrag soll zu einer faktischen „Veränderungssperre“ im Plangebiet führen, die bis zum Zeitpunkt einer endgültigen Beschlussfassung der Regionalversammlung über den Teilplan Erneuerbare Energien, der eine Ausweisung von Vorranggebieten für Windenergienutzung mit Ausschlusswirkung für Windenergienutzung außerhalb der Vorranggebiete (sog. „Festlegung von Konzentrationszonen mit Ausschlusswirkung“) zum Gegenstand hat, wirken soll.

Der Antrag zu 1. wurde von der AfD-Fraktion bereits zweimal gestellt. Beim ersten Mal wurde er durch die Versammlung von der Tagesordnung gestrichen, beim zweiten Mal wurde er inhaltlich diskutiert, jedoch abgelehnt. In der Diskussion wurde darauf hingewiesen, dass die Aufforderung an die oberste Landesplanungsbehörde ohnehin nur Appellcharakter habe. Außerdem wurden Bedenken geäußert, dass eine solche Weisung des Ministeriums an den Regierungspräsidenten möglicherweise rechtswidrig sei. In diesem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass der Minister am 23.10.2015 (LT-Drs. 19/2385) eine Kleine Anfrage des FDP-Abgeordneten Rock zu diesem Thema

abschlägig beschieden hat.

In dieser ministeriellen Antwort wird darauf verwiesen, dass eine raumordnerische Untersagung voraussetzt, „dass der Planentwurf bzw. der Entwurf der Zielfestlegung die hinreichend sichere Erwartung rechtfertigt, dass er sich über das Entwurfsstadium hinaus zu einer verbindlichen Zielvorgabe verfestigen wird“.

Dieser Konkretisierungsgrad sei „frühestens nach Auswertung der im Rahmen der zweiten Offenlegung eingegangenen Stellungnahmen“ erreicht.

Mit dieser Beschreibung der Rechtslage hat sich der Minister schon im Oktober 2015 in Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung gesetzt.

Eine Untersagung eines Bauvorhabens nach § 14 ROG setzt zwar voraus, dass ein in Aufstellung befindlicher Raumordnungsplan schon so konkret und detailliert geworden ist, dass erkennbar ist, ob und welche Ziele durch die geplante Baumaßnahme unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden. Dieser Konkretisierungsgrad ist jedoch anders als vom Minister dargestellt nicht erst dann erreicht, wenn die im Rahmen der zweiten Offenlegung eingegangenen Stellungnahmen ausgewertet sind, sondern schon viel früher.

Das hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) schon 2003 entschieden (BVerwG, Urteil vom 18.9.2003, Az. 4 CN 20.02, Ziffer 2.1.3: „Zielfestlegung“ besteht, „wenn die Planaussage auf der landesplanerischen Ebene keiner Ergänzung mehr bedarf“) und 2005 (BVerwG, Urteil vom 27.1.2005, Az. 4 C 5/04) vertieft (**Anl. 1 und 2**): Schon ein Entwurf eines regionalen Raumordnungsplanes kann einem Bauvorhaben entgegenstehen, wenn die in Aufstellung befindlichen Ziele ein „Mindestmaß an inhaltlicher Konkretisierung“ erfüllen (Ziffer 1.2.3.1 des Urteils). *„Das zukünftige Ziel muss bereits so eindeutig bezeichnet sein, dass es möglich ist, das Bauvorhaben, das den Gegenstand eines bauordnungsrechtlichen Zulassungsverfahrens bildet, an ihm zu messen und zu beurteilen, ob es mit ihm vereinbar wäre. Die insoweit erforderliche Detailschärfe weist es“ („erst“) „auf, wenn es zeichnerisch und verbal so fest umrissen ist, dass es anderen Behörden und der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden kann. Dieses Stadium der Verlautbarungsreife ist regelmäßig erreicht, wenn es im Rahmen eines Beteiligungsverfahrens zum Gegenstand der Erörterung gemacht werden kann.“.*

Damit hat das BVerwG schon 2005 eine Klage eines bauwilligen Windkraftunternehmers abgewiesen, dem die Baugenehmigung von der Behörde verweigert worden war unter ausdrücklichem Hinweis auf einen in Aufstellung befindlichen Regionalplan.

**Es hat dabei ausführlich dargestellt, warum keineswegs erst ein beschlossener Regionalplan die notwendige Konkretisierung der landesplanerischen Ziele enthält, sondern dass der Zeitpunkt des Konkretwerdens der landesplanerischen Ziele, zu deren Verwirklichungsschutz ja § 14 Abs.2 Satz 1 ROG geschaffen worden ist, bereits dann besteht, wenn der Planentwurf „anderen Behörden und der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden kann“**, mit anderen Worten: Dieser Konkretisierungsgrad besteht regelmäßig spätestens im Zeitpunkt der ersten Offenlegung.

Für den hier in Rede stehenden Regionalplan „Teilplan Erneuerbare Energien“ war das der 24.2.2014.

Nach Auffassung der AfD-Fraktion in der Regionalversammlung hätte - spätestens - seit diesem Tag keine einzige Windenergieanlage im Plangebiet nach § 35 Abs.1 Nr. 5 BauGB außerhalb der im Planentwurf vorgesehenen und ausgewiesenen Vorranggebiete genehmigt werden dürfen, so wie dies beispielsweise am 23.12.2016 im Bereich des Basaltvorkommens bei Schlüchtern (Teilkarte 2, Windvorranggebiet mit Ausschlusswirkung Nr. 2-320) geschehen ist.

Vor dem Hintergrund, dass vom hessischen Minister für Landesentwicklung verlangt werden kann und muss, die einschlägige Rechtsprechung des BVerwG zu kennen und seinen Entscheidungen und Auskünften zehn Jahre nach einem solchen Urteil zugrunde zu legen, sind die in der LT-DrS 19/2385 von ihm geäußerten Rechtsauffassungen unverständlich.

Für den Minister in Hessen und hessische Genehmigungsbehörden nicht bindend, aber in der logischen und juristischen Gedankenführung durchaus lehrreich sind zwei einschlägige Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes in München, die beide ebenfalls lange vor seiner Rechtsauskunft an Herrn Rock vom 23.10.2015 ergingen:

Am 17.11.2011 hat der BayVGH (Az. 2 BV 10.2295) entschieden, dass die Nichtausweisung einer Fläche als Vorranggebiet für Windkraftanlagen, die damit den Ausschluss des Gebiets bedeute, dieses in Aufstellung befindliche Ziel der Raumordnung bereits soweit konkretisiert, dass es als **unbenannter öffentlicher Belang nach § 35 Abs.3 Satz 1 BauGB** einer dort geplanten Windkraftanlage entgegenstehen kann.

Sehr instruktiv setzt sich der BayVGH mit der vorstehend genannten Entscheidung 4 C 5/04 des BVerwG auseinander. Er stellt fest, dass die „Verlautbarungsreife“ des einschlägigen Regionalplanes am 6.5.2011, der zum Zeitpunkt der Entscheidung noch immer nicht beschlossen war, der Erteilung eines vom Kläger begehrten Bauvorbescheides bereits entgegenstand (**Anl. 3**).

Am 28.4.2014 (Az. 22 ZB 12.1075) hat der BayVGH die Nichtzulassung einer Berufung beschlossen, mit der sich ein Windkraftanlagenunternehmer gegen die Versagung der Baugenehmigung wenden wollte. Auch in diesem Fall lag noch kein verbindlicher Regionalplan, sondern nur ein noch in Aufstellung befindlicher vor. Das Gericht hat sich seitenlang mit den landschafts-, natur- und tierschutzrechtlichen Einwendungen auseinandergesetzt, die in jenem Planaufstellungsverfahren eine Rolle gespielt und dazu geführt haben, dass die Grundstücke, auf denen der Kläger Windenergieanlagen errichten wollte, Ausschlussgebiete werden sollten und sie sämtlich für tragfähig erachtet (**Anl. 4**).

Es kann daher keine Rede davon sein, dass der Regierungspräsident in Darmstadt bis zum Zeitpunkt „nach Auswertung der im Rahmen der zweiten Offenlegung eingegangenen Stellungnahmen“ gehindert sei, die Erteilung von Baugenehmigungen nach § 35 BauGB für Windenergieanlagen außerhalb der nach derzeitigem Planungsstand nach § 14 Abs.2 ROG befristet oder sogar nach § 16 Abs.1 HLPG unbefristet zu untersagen (so wie dies in der LT-DrS 19/2385 vom 23.10.2015 verlautbart wurde). Das Gegenteil ist richtig. Der Regierungspräsident darf das, kann das und muss das tun, wenn er rechtskonform handeln, die Verwirklichung des öffentlichen Anliegens, die Windenergienutzung zu kanalisieren und Fehlentwicklungen gegenzusteuern, gewährleisten und die planerische Arbeit der Regionalversammlung Südhessen nicht durch Schaffung vollendeter Tatsachen in Form unzähliger vorzeitig genehmigter Windkraftanlagen überflüssig werden lassen will.

Die zitierten Entscheidungen fügen wir bei.

Dieser Antrag und seine rechtliche Begründung soll die Regionalversammlung gegenüber dem Ministerium und gegenüber dem Regierungspräsidenten stärken und der Öffentlichkeit zeigen, dass es in Hessen jedenfalls eine Instanz gibt, die den gesetzgeberischen Willen und die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht missachtet.

gez. Walter Wissenbach  
Fraktionsvorsitzender

BVerwG: Bebauungsplan, Anpassung an die Ziele der Raumordnung, Bestimmtheit der Ziele bei Regel-Ausnahme-Struktur

ZfBR  
2004, 177

## **Bebauungsplan, Anpassung an die Ziele der Raumordnung, Bestimmtheit der Ziele bei Regel-Ausnahme-Struktur**

*VwGO § 47 Abs. 5 Sätze 2 und 4; ROG § 3 Nrn. 2 und 3, § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, § 11; BauGB § 1 Abs. 4, § 215 a Abs. 1 Satz 1*

**Auch landesplanerische Aussagen, die eine Regel-Ausnahme-Struktur aufweisen, können die Merkmale eines Ziels der Raumordnung erfüllen, wenn der Planungsträger neben den Regel- auch die Ausnahmeveraussetzungen mit hinreichender tatbestandlicher Bestimmtheit oder doch wenigstens Bestimmbarkeit selbst festlegt.**

**Verstöße gegen das Zielanpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB gehören zu den Mängeln, die in einem ergänzenden Verfahren nach § 215 a Abs. 1 Satz 1 BauGB ausgeräumt werden können.**

BVerwG , *Urteil* vom 18. September 2003 - 4 CN 20.02 (OVG Koblenz)

### **Zum Sachverhalt**

Der Antragsteller wendet sich im Wege der Normenkontrolle gegen den am 23. April 2001 als Satzung beschlossenen Bebauungsplan „V. D.“. Er ist Eigentümer einiger im Plangebiet gelegener Grundstücke sowie der benachbarten U. Li.

BVerwG: Bebauungsplan, Anpassung an die Ziele der Raumordnung, Bestimmtheit der Ziele bei Regel-Ausnahme-Struktur(ZfBR 2004, 177)

178

Der Bebauungsplan setzt im Wesentlichen ein allgemeines Wohngebiet fest. Die übrigen Gebietsteile sind als Dorfgebiet, als Mischgebiet, als Grünfläche sowie als Fläche zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft vorgesehen. Nach den textlichen Festsetzungen ist im Dorfgebiet die Tierhaltung nach der Art und der Zahl der Tiere eingeschränkt. Im Mischgebiet sind nur Einzelhandelsbetriebe zulässig, die der Gebietsversorgung dienen oder ein nicht „kernstadtrelevantes“ Sortiment aufweisen. Für die Fläche, deren ökologische Funktionen erhalten werden sollen, enthält der Textteil des Bebauungsplans Anpflanzungs- und Bewirtschaftungsgebote. Im Rahmen der Beteiligung der Träger öffentlicher Belange beanstandete die Planungsgemeinschaft für die Region Trier, dass die Begründung zum Bebauungsplan jeglichen Hinweis darauf vermissen lasse, dass weite Teile des Plangebiets in dem am 18. Dezember 1985 genehmigten regionalen Raumordnungsplan für die Region Trier mit der Wirkung einer Zielfestlegung als Vorranggebiet für die Landwirtschaft gekennzeichnet seien. Die insoweit angesprochenen Vorgaben der regionalen Raumordnungsplanung sind wie folgt formuliert:

„5. Sicherung und Schutz von Naturgütern und von Flächen mit besonderen Funktionen.

Ziele

Die einzelnen Teilräume der Region sind so zu nutzen, zu schützen, zu pflegen und zu entwickeln, dass

- die langfristige Nutzung der Naturgüter (Boden, Wasser, Luft, Klima, Tier- und Pflanzenwelt) als Lebensgrundlage gesichert wird
- die ökologische Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts erhalten bleibt bzw. verbessert wird

- die Vielfalt, Eigenart und Schönheit von Natur und Landschaft gewahrt bzw. wiederhergestellt wird.

#### 5.1 Sicherung der land- und forstwirtschaftlich gut geeigneten Nutzflächen

5.1.1 Vorranggebiete für die Landwirtschaft sind Gebiete mit einem großen Anteil landwirtschaftlich gut geeigneter Nutzflächen und Flächen, die aufgrund ihrer strukturellen Bedeutung für die Landwirtschaft in der Region erhalten bleiben müssen.

5.1.2 Vorranggebiete für die Forstwirtschaft sind ...

5.1.3 Die Vorranggebiete dürfen nur in unabweisbaren Fällen anderweitig in Anspruch genommen werden. Bei allen raumbedeutsamen Maßnahmen ist darauf zu achten, dass sowohl die natürliche Eignungsgrundlage dieser Gebiete als auch deren wirtschaftliche Nutzbarkeit erhalten bleibt bzw. nach Möglichkeit verbessert wird. Die Siedlungstätigkeit hat sich den Erfordernissen der Land- und Forstwirtschaft anzupassen.“

Auch der Antragsteller erhob im Rahmen der Bürgerbeteiligung Bedenken gegen die Planung. In dem von ihm eingeleiteten Normenkontrollverfahren beantragte er, den Bebauungsplan für nichtig, hilfsweise für unwirksam zu erklären.

Das Normenkontrollgericht hat den Bebauungsplan „V. D.“ mit Urteil vom 17. April 2002 für unwirksam erklärt und den weitergehenden Antrag abgelehnt.

#### **Aus den Gründen:**

1. Die Revision des Antragstellers ist zulässig. Insbesondere fehlt es nicht an einer Beschwer. Das Normenkontrollgericht hat den Bebauungsplan „Vorderste Dell“ nach § 47 Abs. 5 Satz 4 VwGO für unwirksam erklärt. Der Antragsteller verfolgt mit seinem Rechtsmittel das Ziel, dass der Plan in Anwendung des § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO für nichtig erklärt wird. Dies reicht aus, um eine Beschwer zu begründen (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 20. Juni 2001 - BVerwG 4 BN 21.01 - Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 148 und vom 11. Dezember 2002 - BVerwG 4 BN 16.02 - BVerwGE 117, 239). Ob der angegriffene Bebauungsplan, wie der Antragsteller meint, gegen das Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB verstößt und aus diesem Grunde geeignet ist, die Nichtigkeitsfolge auszulösen, ist eine Frage der Begründetheit der Revision.

2. Die Revision ist unbegründet. Das Normenkontrollgericht hat den Bebauungsplan „V. D.“ zu Recht nur für unwirksam erklärt. Selbst wenn die hierfür angeführten Gründe aus den vom Antragsteller angestellten Erwägungen in Einzelpunkten zu Zweifeln Anlass geben könnten, würde sich am Ergebnis nichts ändern. Eine Nichtigkeitserklärung kommt jedenfalls nicht in Betracht.

2.1 Als Fehler, der die Nichtigkeit des angegriffenen Bebauungsplans zur Folge haben könnte, sieht auch der Antragsteller allenfalls den von ihm gerügten Verstoß gegen die in der Nr. 5.1 des regionalen Raumordnungsplans - RROP - für die Region Trier enthaltene Planaussage an. Diese Regelung scheidet nach Auffassung des Normenkontrollgerichts als Anknüpfungspunkt für einen Nichtigkeitsausspruch indes schon deshalb aus, weil sie nicht die Qualität eines verbindlichen Ziels der Raumordnung hat, sondern sich in einem bloß abwägungsrelevanten Grundsatz der Raumordnung erschöpft. Diese Wertung lässt sich aus bundesrechtlicher Sicht letztlich nicht beanstanden.

2.1.1 Der regionale Raumordnungsplan für die Region Trier gehört dem irrevisiblen Landesrecht an, dessen Auslegung und Anwendung nach § 560 ZPO i.V.m. § 173 VwGO der revisionsgerichtlichen Kontrolle entzogen ist. Ein Bezug zum Bundesrecht lässt sich freilich nicht von vornherein in Abrede stellen. Das Normenkontrollgericht hat bei der Auslegung von Bestimmungen des regionalen Raumordnungsplans nicht gänzlich freie Hand. Denn was als ein Ziel im Sinne des Raumordnungsrechts anzusehen ist, wird durch das Bundesrecht vorgeprägt. Ob eine Planaussage Zielqualität hat, ist vom Bundesrecht her zu beurteilen, das auf den Zielbegriff nicht nur im ROG, sondern auch in der für die Bauleitplanung bedeutsamen Vorschrift des § 1 Abs. 4 BauGB abhebt. Nach der Begriffsbestimmung des § 3 Nr. 2 des ROG - ROG - vom 18. August 1997 (BGBl I S. 2081) sind Ziele der Raumordnung verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Landes- oder Regionalplanung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums. Grundsätze der Raumordnung werden in § 3 Nr. 3 ROG als allgemeine Aussagen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums in oder aufgrund von § 2 ROG als Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen gekennzeichnet. Der Bebauungsplan „V. D.“ ist freilich nicht an diesen Bestimmungen, sondern an den Regelungen des ROG in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. April 1993 (BGBl I S. 630) zu messen, da der Aufstellungsbeschluss vor dem 1. Januar 1998, nämlich am 9. Dezember 1997, gefasst wurde (vgl. § 23 Abs. 1 ROG n.F.). Das alte ROG differenzierte indes ebenso wie die Neuregelung zwischen den in § 2 ROG a.F. bezeichneten Grundsätzen der Raumordnung, deren Wirkung in § 3 ROG a.F. näher erläutert wurde, und den Zielen der Raumordnung, die der Gesetzgeber nicht im Einzelnen definierte, deren Beachtung er in § 5 Abs. 4 ROG a.F. aber den in § 4 Abs. 5 ROG a.F. genannten Stellen aufgab. Was Ziele der Raumordnung sind, hat der erkennende Senat unter der Geltung des alten ROG im Beschluss vom 20. August 1992 - BVerwG 4 NB 20.91 - (BVerwGE 90, 329) näher umschrieben und von den Grundsätzen der Raumordnung abgegrenzt. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung bei den von ihm in § 3 ROG n.F. vorgenommenen Begriffsbestimmungen aufgegriffen. Den Zielen kommt die Funktion zu, räumlich und sachlich die zur Verwirklichung der Grundsätze der Raumordnung notwendigen Voraussetzungen zu schaffen. In ihnen spiegelt sich bereits eine Abwägung zwischen den durch die Grundsätze verkörperten unterschiedlichen raumordnerischen Belangen wider. Sie sind anders als die Grundsätze nicht bloß Maßstab, sondern als räumliche und sachliche Konkretisierung der Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Planungsraumes das Ergebnis landesplanerischer Abwägung. Einer weiteren Abwägung auf einer nachgeordneten Planungsstufe sind sie nicht zugänglich. Die planerischen Vorgaben, die sich ihnen entnehmen lassen, sind verbindlich. Dagegen erschöpft sich

BVerwG: Bebauungsplan, Anpassung an die Ziele der Raumordnung, Bestimmtheit der Ziele bei Regel-Ausnahme-Struktur (ZfBR 2004, 177)

179

die Bedeutung von Grundsätzen der Raumordnung darin, dass sie als Direktiven für nachfolgende Abwägungsentscheidungen dienen. Folgerichtig sind Ziele bei Planungen und allen sonstigen Maßnahmen, durch die Grund und Boden in Anspruch genommen oder die räumliche Entwicklung eines Gebiets beeinflusst wird, zu „beachten“ (vgl. § 5 Abs. 4 Satz 1 ROG a.F.) während die Grundsätze in der Abwägung nach Maßgabe der dafür geltenden Vorschriften zu „berücksichtigen“ sind (vgl. § 3 Abs. 1 und 2 ROG a.F.).

2.1.2 Das Normenkontrollgericht hat sich bei seiner Auslegung des regionalen Raumordnungsplans an dieser Rechtsprechung orientiert. Es hat nicht verkannt, dass die in der Nr. 5.1 RROP getroffene Regelung Elemente aufweist, die auf eine Zielfestlegung hindeuten. Die Planaussage ist ausdrücklich als „Ziel“ gekennzeichnet. In der Nr. 5.1.1 RROP ist zudem von „Vorranggebieten“ die Rede, die aufgrund ihrer strukturellen Bedeutung „für die Landwirtschaft in der Region erhalten bleiben müssen“. Die Festlegung von Vorranggebieten, die die in § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ROG n.F. genannten Merkmale aufweisen, haben nach der Wertung des Gesetzgebers Zielcharakter (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. März 2003 - BVerwG 4 C 4.02 - ZfBR 2003, 464). Wie aus § 6 ROG n.F. zu ersehen ist, gilt dies indes nur für Raumordnungspläne, die in der Zeit nach dem 1. Januar 1998 in Ausfüllung des durch die §§ 7 bis 16 ROG n.F. gesetzten Rahmens aufgestellt worden sind. Jedoch hat der Senat der Festlegung von Gebieten, die für bestimmte, raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen vorgesehen sind und andere raumbedeutsame Nutzungen in diesem Gebiet ausschließen, soweit diese mit den vorrangigen Funktionen, Nutzungen oder Zielen der Raumordnung nicht vereinbar sind, schon nach altem Recht Zielqualität beigemessen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. August 1992 - BVerwG 4 NB 20.91 - a.a.O.; vgl. auch Urteil vom 19. Juli 2001 - BVerwG 4 C 4.00 - BVerwGE 115, 17).

Das Normenkontrollgericht weist allerdings zu Recht darauf hin, dass die Nr. 5.1.1 RROP nicht allein deshalb zwangsläufig als Zielfestlegung zu qualifizieren ist, weil sie unter der Überschrift „Ziele“ Vorranggebiete ausweist. Aus dieser Wortwahl lassen sich nicht zwingend Zielbindungen ableiten. Die Angaben sind als Indiz dafür zu werten, dass der Plangeber davon ausgegangen ist, eine Zielfestlegung getroffen zu haben. Ob eine raumordnerische Vorgabe die Qualität eines Ziels oder eines Grundsatzes hat, hängt jedoch nicht von der Bezeichnung ab (vgl. hierzu § 7 Abs. 1 Satz 3 ROG n.F.), sondern richtet sich nach dem materiellen Gehalt der Planaussage selbst (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. April 2003 - BVerwG 4 BN 25.03 - SächsVBl 2003, 192). Erfüllt eine planerische Regelung nicht die inhaltlichen Voraussetzungen, die nunmehr in § 3 Nr. 2 ROG n.F. umschrieben sind, so ist sie kein Ziel der Raumordnung. Anderslautende Bekundungen des Plangebers vermögen eine Planaussage, die lediglich die Merkmale eines Grundsatzes aufweist, nicht zu einem Ziel erstarken zu lassen.

2.1.3 Von diesem Ausgangspunkt aus steht Bundesrecht der Wertung, dass es sich bei der Nr. 5.1 RROP nur um einen Grundsatz der Raumordnung handelt, nicht entgegen. Nicht zu folgen vermag der Senat allerdings der Ansicht des Normenkontrollgerichts, wonach bereits der Umstand, dass diese Bestimmung als Regel-Ausnahme-Tatbestand konzipiert ist, gegen die Annahme einer Zielfestlegung spricht.

Richtig ist, dass der Plangeber die Vorrangregelung, die er in der Nr. 5.1.1 RROP für die Landwirtschaft trifft, in der Nr. 5.1.3 RROP einschränkt. Nach Satz 1 dieser Vorschrift dürfen die Vorranggebiete „in unabweisbaren Fällen“ anderweitig in Anspruch genommen werden. Die Sätze 2 und 3 enthalten hierzu nähere Maßgaben. Daraus ist zu ersehen, dass der Plangeber selbst der landwirtschaftlichen Nutzung keinen absoluten Vorrang einräumt. Hierdurch wird eine etwaige Zielqualität aber nicht notwendig in Frage gestellt. Dem für eine Zielfestlegung charakteristischen Erfordernis abschließender Abwägung ist genügt, wenn die Planaussage auf der landesplanerischen Ebene keiner Ergänzung mehr bedarf. Dies ist nicht gleichbedeutend mit einem Höchstmaß an Stringenz. Der Plangeber kann es, je nach den planerischen Bedürfnissen, damit bewenden lassen, bei der Formulierung des Planungsziels Zurückhaltung zu üben, und damit den planerischen



Spielraum der nachfolgenden Planungsebene schonen. Von einer Zielfestlegung kann freilich dann keine Rede mehr sein, wenn die Planaussage eine so geringe Dichte aufweist, dass sie die abschließende Abwägung noch nicht vorwegnimmt. Erhält der Adressat der Regelung die Möglichkeit, sich durch eine eigene Abwägungsentscheidung ohne landesplanungsbehördliche Beteiligung über die landesplanerische Abwägung hinwegzusetzen, so widerspricht dies der Konzeption des ROG, das Zielabweichungen zwar zulässt, die Entscheidung hierüber aber unter den in § 5 Abs. 5 ROG a.F. (vgl. nunmehr § 11 ROG n.F.) genannten Voraussetzungen den Landesplanungsbehörden zuweist. Macht der Plangeber von der Möglichkeit Gebrauch, den Verbindlichkeitsanspruch seiner Planungsaussage dadurch zu relativieren, dass er selbst Ausnahmen formuliert, wird damit nicht ohne weiteres die abschließende Abwägung auf eine andere Stelle verlagert. Es ist ihm grundsätzlich unbenommen, selber zu bestimmen, wie weit die Steuerungswirkung reichen soll, mit der von ihm geschaffene Ziele Beachtung beanspruchen. Auch Plansätze, die eine Regel-Ausnahme-Struktur aufweisen, können die Merkmale einer „verbindlichen Vorgabe“ im Sinne des § 3 Nr. 2 ROG n.F. oder einer „landesplanerischen Letztentscheidung“ bzw. einer „abschließenden landesplanerischen Abwägung“ im Sinne des Senatsbeschlusses vom 20. August 1992 - BVerwG 4 NB 20.91 - (a.a.O.) erfüllen, wenn der Plangeber neben den Regel- auch die Ausnahmevoraussetzungen mit hinreichender tatbestandlicher Bestimmtheit oder doch wenigstens Bestimmbarkeit (vgl. § 3 Nr. 2 ROG n.F.) selbst festlegt. In einem solchen Fall handelt es sich um verbindliche Aussagen, die nach Maßgabe ihrer - beschränkten - Reichweite der planerischen Disposition nachgeordneter Planungsträger entzogen sind.

2.1.4 Das Normenkontrollgericht hat diesen rechtlichen Zusammenhang zwar nicht erkannt, führt aber weitere gewichtige Anhaltspunkte dafür an, dass der Plangeber über eine Abwägungsdirektive nicht hat hinausgehen wollen. So weist es darauf hin, dass die Nr. 5.1 RROP sich sachlich eng an die Nr. 2.5 des Landesentwicklungsprogramms anlehnt, aus der sich das landesplanerische Anliegen herauslesen lässt, die für eine landwirtschaftliche Nutzung gut geeigneten Flächen grundsätzlich als solche zu erhalten und nur unter bestimmten Voraussetzungen für anderweitige Zwecke in Anspruch zu nehmen. Daraus und aus der inhaltlichen Parallelität der auf der Landes- und der Regionalebene getroffenen Regelungen folgert die Vorinstanz, dass die in der Nr. 5.1.1 RROP erwähnte Vorrangfunktion lediglich als Gewichtungsvorgabe in der Abwägung mit den in der Nr. 5.1.3 RROP bezeichneten anderen öffentlichen Belangen zum Tragen kommen soll. Gegen eine strikte Zielvorgabe spricht nach seiner Auffassung ferner der Gesichtspunkt, dass landwirtschaftliche Vorrangflächen in einer Größenordnung ausgewiesen worden sind, die darauf schließen lässt, dass insoweit eine abschließende Abwägung der unterschiedlichen Anforderungen an den Raum nicht stattgefunden hat. Dies beruht nach der Darstellung der Vorinstanz darauf, dass die Abgrenzung ohne Rücksicht auf die konkreten Verhältnisse in den einzelnen Gemeinden einseitig auf der Grundlage der Bodengüteklasseneinteilung in der Standortgruppenkarte des Geologischen Landesamtes vorgenommen wurde. An dieses Verständnis des Landesrechts ist der erkennende Senat gebunden, so dass im Ergebnis die Verneinung des Zielcharakters bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist.

BVerwG: Bebauungsplan, Anpassung an die Ziele der Raumordnung, Bestimmtheit der Ziele bei Regel-Ausnahme-Struktur (ZfBR 2004, 177) 180

2.1.5 Das Normenkontrollgericht durfte auf der Grundlage seiner Auslegung offen lassen, ob die Antragsgegnerin bei ihrer Planung der in der Nr. 5.1 RROP enthaltenen Planaussage

zuwidergehandelt hat. Ein etwaiger Verstoß wäre als Abwägungsfehler zu qualifizieren. Dass dieser Mangel von einem Gewicht sein könnte, das zur Nichtigkeit des angegriffenen Bebauungsplans führt, macht der Antragsteller nicht ansatzweise geltend und ist auch sonst nicht ersichtlich.

2.2 Selbst wenn sich das Normenkontrollgericht vorhalten lassen müsste, bei seiner Auslegung nicht in dem rechtlich gebotenen Maße dem bundesrechtlichen Zielbegriff Rechnung getragen zu haben, würde sich das angefochtene Urteil im Ergebnis als richtig erweisen. Wäre die in der Nr. 5.1 RROP getroffene Regelung mit dem Antragsteller als Ziel der Raumordnung zu werten, so hätte die Antragsgegnerin möglicherweise das in § 1 Abs. 4 BauGB normierte Ziellanpassungsgebot missachtet. Ein solcher Verstoß zieht aber nicht ohne weiteres die Nichtigkeit nach sich. Er führt in aller Regel lediglich zur Unwirksamkeit, denn er kann in einem ergänzenden Verfahren nachträglich ausgeräumt werden.

2.2.1 § 47 Abs. 5 Satz 4 VwGO knüpft an § 215 a Abs. 1 Satz 1 BauGB an. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats eröffnet diese Vorschrift ein weites Feld der Fehlerbereinigung. Im Wege des ergänzenden Verfahrens behebbar sind grundsätzlich alle beachtlichen Satzungsängel. Ausgenommen sind nur Nachbesserungen, die geeignet sind, das planerische Gesamtkonzept in Frage zu stellen. § 215 a Abs. 1 Satz 1 BauGB bietet keine Handhabe dafür, die Planung in ihren Grundzügen zu modifizieren. Die Identität des Bebauungsplans oder der sonstigen Satzung darf nicht angetastet werden (vgl. BVerwG, Urteile vom 8. Oktober 1998 - BVerwG 4 CN 7.97 - Buchholz 406.11 § 215 a BauGB Nr. 1 = DVBl 1999, 243 und vom 16. Dezember 1999 - BVerwG 4 CN 7.98 - BVerwGE 110, 193; Beschlüsse vom 10. November 1998 - BVerwG 4 BN 45.98 - Buchholz 406.11 § 215 a BauGB Nr. 2, vom 16. März 2000 - BVerwG 4 BN 6.00 - ZfBR 2000, 353, vom 6. Dezember 2000 - BVerwG 4 BN 59.00 - Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 144, vom 20. Juni 2001 - BVerwG 4 BN 21.01 - Buchholz 310 § 47 VwGO Nr. 148, vom 6. März 2002 - BVerwG 4 BN 7.02 - Buchholz 406.11 § 215 a BauGB Nr. 10, vom 5. August 2002 - BVerwG 4 BN 32.02 - NVwZ-RR 2003, 7 und vom 20. Mai 2003 - BVerwG 4 BN 57.02 - ZfBR 2003, 692). § 215 a Abs. 1 Satz 1 BauGB setzt voraus, dass diese Grenze gewahrt bleibt, differenziert im Übrigen aber nicht nach bestimmten Fehlerarten. Behebbar sind neben Verfahrens- und Formfehlern auch materiellrechtliche Mängel. Zu den in diesem Bereich praktisch bedeutsamsten Verstößen gehören Mängel im Abwägungsvorgang, die nach § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB erheblich sind, wenn sie offensichtlich sind und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sein können. Fehler dieser Art können unter Rückgriff auf § 215 a Abs. 1 Satz 1 BauGB gegebenenfalls auch in der Weise geheilt werden, dass die Satzung punktuell geändert oder ergänzt wird (vgl. BVerwG, Urteile vom 8. Oktober 1998 - BVerwG 4 CN 7.97 - a.a.O. und vom 16. Dezember 1999 - BVerwG 4 CN 7.98 - a.a.O.; Beschlüsse vom 2. November 1999 - BVerwG 4 BN 41.99 - UPR 2000, 226 und vom 25. Mai 2000 - BVerwG 4 BN 17.00 - ZfBR 2000, 421). Mängel, die aus einer Überschreitung der durch § 9 BauGB und die Baunutzungsverordnung eröffneten Festsetzungsmöglichkeiten herrühren, lassen sich ebenfalls im Wege eines ergänzenden Verfahrens beheben (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 1999 - BVerwG 4 CN 7.98 - a.a.O.). Gleiches gilt für Verstöße gegen Erfordernisse der Bestimmtheit oder Normenklarheit (vgl. BVerwG, Beschluss vom 6. März 2002 - BVerwG 4 BN 7.02 - a.a.O.).

2.2.2 Auch die Missachtung des in § 1 Abs. 4 BauGB normierten Anpassungsgebots ist als ein Mangel zu werten, der einer Behebung in einem ergänzenden Verfahren zugänglich ist.

Das Erfordernis, Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen, stellt kein unausräumbares rechtliches Hindernis dar. Es kann durch Zulassung einer Zielabweichung überwunden werden. Die rechtlichen Voraussetzungen hierfür bietet § 5 Abs. 5 ROG a.F. (vgl. auch § 11 ROG n.F.). Danach schaffen die Länder Rechtsgrundlagen für ein Verfahren zur Abweichung von Zielen der Raumordnung. Der Landesgesetzgeber in Rheinland-Pfalz ist diesem Regelungsauftrag nachgekommen. Nach § 13 Abs. 5 Satz 2 des Landesplanungsgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 8. April 1991 (GVBl S. 104) können Abweichungen von dem verbindlichen regionalen Raumordnungsplan zugelassen werden, wenn diese aufgrund veränderter Tatsachen oder Kenntnisse nach raumordnerischen Gesichtspunkten geboten sind und der regionale Raumordnungsplan in seinen Grundzügen nicht berührt wird. Die Abweichungsentscheidung liegt freilich nicht in der Hand des Trägers der Bauleitplanung. Sie wird nach § 13 Abs. 5 Satz 2 LPlG vielmehr von der oberen Landesplanungsbehörde getroffen. Will eine Gemeinde von einem verbindlichen regionalen Raumordnungsplan abweichen, so hat sie nach § 13 Abs. 6 LPlG die zuständige Landesplanungsbehörde einzuschalten. Die Entscheidung, ob und in welchem Umfang von Zielen der Raumordnung abgewichen werden kann, richtet sich ebenso wie das raumordnungsrechtliche Zielfestlegungsverfahren ausschließlich nach den Regeln des Raumordnungs- und des Landesplanungsrechts. Der Umstand, dass das Zielabweichungsverfahren von einem anderen Verwaltungsträger in eigener Zuständigkeit durchzuführen ist, schließt indes die Anwendung des § 215 a Abs. 1 Satz 1 BauGB nicht aus. Diese Vorschrift setzt nicht voraus, dass die Gemeinde selbst in der Lage ist, den Fehler zu beheben, an dem ihre Planungsentscheidung leidet.

Die Entstehungsgeschichte des § 215 a BauGB lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber Verstöße, die nur in einem externen Verfahren ausräumbar sind, von dem neu geschaffenen Nachbesserungsregime nicht hat ausschließen wollen. In der dem Gesetzentwurf beigefügten Begründung wird unter Hinweis auf das Gutachten der Expertenkommission zur Novellierung des Baugesetzbuchs als Beispiel für einen im ergänzenden Verfahren behebbaren Fehler ausdrücklich auch der „Verstoß gegen eine Landschaftsschutzverordnung“ genannt (BTDrucks 13/6392 S. 74). Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass ein Bebauungsplan, der sich über die Verbotsregelungen des förmlichen Landschaftsschutzes hinwegsetzt, nicht für nichtig erklärt zu werden braucht, wenn sich der Mangel dadurch beseitigen lässt, dass die Schutzverordnung geändert oder aufgehoben wird. Daraus hat der Senat gefolgert, dass auch Verstöße gegen naturschutzrechtliche Verbotsregelungen, die sich nicht im Wege einer Ausnahme oder Befreiung (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 - BVerwG 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287; Beschluss vom 25. August 1997 - BVerwG 4 NB 12.97 - Buchholz 406.11 § 6 BauGB Nr. 7), sondern nur durch eine Änderung oder eine (Teil-)Aufhebung der Verordnung ausräumen lassen, vom Anwendungsbereich des § 215 a Abs. 1 Satz 1 BauGB erfasst werden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Mai 2003 - BVerwG 4 BN 57.02 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

Die für das Verhältnis zum Naturschutzrecht entwickelten Grundsätze lassen sich auf Zuwiderhandlungen gegen das Zielanpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB übertragen. Zielfestlegungen wirken gegenüber Festsetzungen eines Bebauungsplans, die ihnen widersprechen, nicht als absolute Sperre. Ein etwaiger Konflikt lässt sich durch eine Zielabweichung auflösen. Diese Möglichkeit reicht aus, um den Weg für ein ergänzendes Verfahren zu ebnet. § 215 a Abs. 1 Satz 1 BauGB macht die Durchführung eines solchen Verfahrens nicht von einer positiven Prognose abhängig (vgl. BVerwG, Urteile vom 8. Oktober 1998 - BVerwG 4 CN 7.97 - a.a.O. und vom 16.

Dezember 1999 - BVerwG 4 CN 7.98 - a.a.O.). Entscheidend ist, dass die Fehlerbehebung nicht als ausgeschlossen erscheint. Nur wenn feststeht, dass eine Beseitigung des Mangels nicht in Betracht kommt, steht der Planung auf unabsehbare Zeit ein unüberwindliches Hindernis entgegen, das nach der Rechtsprechung des Senats zur Nichtigkeit führt (vgl. zu § 1 Abs. 3 BauGB: BVerwG, Urteile vom 12. August 1999 - BVerwG 4 CN 4.98 - BVerwGE 109, 246, vom 18. Mai 2001 - BVerwG 4 CN 4.00 - BVerwGE 114, 247 und vom 21. März 2002 - BVerwG 4 CN 14.00 - BVerwGE 116, 144).

Dem Planungsbetroffenen entstehen dadurch, dass § 215 a Abs. 1 Satz 1 BauGB ein weites Anwendungsfeld erschlossen wird, keine Nachteile. Wie aus § 47 Abs. 5 Satz 4 VwGO erhellt, steht die Unwirksamkeitserklärung bis zur Behebung der aufgezeigten Mängel in ihren Wirkungen der Nichtigkeitsfeststellung gleich. Ob die Gemeinde von der Möglichkeit des ergänzenden Verfahrens Gebrauch macht, bleibt ihr überlassen. Beschließt sie eine neue Satzung, so ist es dem Planungsbetroffenen unbenommen, sich hiergegen wiederum im Wege der Normenkontrolle zur Wehr zu setzen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 2002 - BVerwG 4 BN 16.02 - a.a.O.).

2.2.3 Für den Fall, dass der Antragsgegnerin unter dem Blickwinkel der Nr. 5.1 RROP ein Zielverstoß zur Last zu legen sein sollte, deutet nichts auf ein unausräumbares Hindernis hin. Es zeichnet sich im Gegenteil die konkrete Möglichkeit ab, dass sich der Mangel, wenn nötig, in absehbarer Zeit beseitigen lässt. Nach der unwidersprochen gebliebenen Darstellung der Antragsgegnerin sind Widerstände von Seiten des Trägers der Regionalplanung gegen das gemeindliche Planvorhaben schon deshalb nicht (mehr) zu erwarten, weil ohnehin beabsichtigt ist, die Vorrangfunktion der überplanten Flächen im Zuge der inzwischen in Angriff genommenen Überarbeitung des regionalen Raumordnungsplanes aufzuheben.

---

#### **Parallelfundstellen:**

BeckRS 2003, 25051 ♦ IBRRS 2003, 3095 ♦ NVwZ 2004, 226 ♦ ZUR 2004, 165 ♦ LSK 2004, 040533 (Ls.) ♦ BauR 2004, 280 ♦ BVerwGE 119, 54 ♦ DVBl 2004, 251 ♦ UPR 2004, 115

## **† In Aufstellung befindliches Raumordnungsziel als einem Bauvorhaben entgegenstehender Belang**

*ROG §§ 3 Nrn. 2, u. 4, 4 IV 1, 7 IV, 12 II; BauGB §§ 35 I Nr. 5, III 1 u. 3, 42*

**1. Die vom Gesetzgeber unter den in § 12 II ROG genannten Voraussetzungen eröffnete Möglichkeit, zur Sicherung eines in Aufstellung befindlichen Ziels der Raumordnung die Erteilung einer Baugenehmigung zu untersagen, lässt die Befugnis der Bauaufsichtsbehörde unberührt, die Baugenehmigung mit der Begründung zu versagen, dem Bauvorhaben (hier: Windkraftanlage) stehe ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung als unbenannter öffentlicher Belang i.S. des § 35 III 1 BauGB entgegen.**

**2. Ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung hat die Qualität eines öffentlichen Belangs, wenn es inhaltlich hinreichend konkretisiert und wenn zu erwarten ist, dass es sich zu einer verbindlichen, den Wirksamkeitsanforderungen genügenden Zielfestlegung i.S. des § 3 Nr. 2 ROG verfestigt.**

BVerwG, *Urteil* vom 27. 1. 2005 - 4 C 5/04 (OVG Koblenz)

### **Zum Sachverhalt:**

Der Kl. beantragte am 29. 10. 2001 eine Baugenehmigung für die Errichtung einer Windkraftanlage mit 100 m Nabenhöhe auf dem Gemeindegebiet der Beigel. zu 1 im Naturpark Nordeifel. Südöstlich des Vorhabens sind auf Standorten, die in dem am 5. 12. 2003 beschlossenen und am 7. 6. 2004 bekannt gemachten regionalen Raumordnungsplan der Beigel. zu 2 als Vorranggebiet festgelegt sind, Baugenehmigungen für zwei Windkraftanlagen gleichen Typs erteilt worden. Fünf weitere Anlagen in der näheren Umgebung befanden sich bis Ende Januar 2003 noch im Genehmigungsverfahren. Mit Bescheid vom 18. 1. 2002 versagte der Bekl. die beantragte Baugenehmigung.

Nach Zurückweisung seines dagegen eingelegten Widerspruchs erhob der Kl. Klage, die das VG abwies. Das OVG hat auf die Berufung des Kl. antragsgemäß festgestellt, dass der in Aufstellung befindliche Regionalplan - Teilfortschreibung Windkraft - der Region Trier bis zur Beschlussfassung der Regionalvertretung vom 5. 12. 2003 der beantragten Baugenehmigung nicht entgegenstand. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Gegen das Urteil legten sowohl der Kl. als auch der Bekl. Revision ein. Die Revision des Bekl. hatte Erfolg; die Revision des Kl. wurde zurückgewiesen.

### **Aus den Gründen:**

II. 1. Die Revision des Kl. ist zulässig, aber unbegründet. Soweit der Kl. mit seinem Hauptantrag erfolglos geblieben ist, lässt sich das angefochtene Urteil nicht beanstanden. Das BerGer. hat zu Recht entschieden, dass der Bekl. nicht verpflichtet ist, die beantragte Baugenehmigung zu erteilen.

1.1. Dahinstehen kann, ob dies bereits daraus folgt, dass das Vorhaben des Kl. eine Windfarm i.S. der Nr. 1.6 des Anhangs der 4. BImSchV entstehen ließe und deshalb nach § 4 I BImSchG einer

immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedarf (vgl. hierzu *BVerwG*, NVwZ 2004, 1235). Das *BerGer.* hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die vom Kl. geplante Windkraftanlage zu den in der Nachbarschaft genehmigten Anlagen in den für eine Windfarm unerlässlichen räumlichen Zusammenhang treten würde. Der *Senat* sieht keinen Anlass, dieser Frage weiter nachzugehen. Der *Bekl.* geht zwar davon aus, dass der Akteninhalt in diesem Punkt hinreichende Aufschlüsse gibt. Der Kl. stellt dies aber nachdrücklich in Abrede.

1.2. Nach Auffassung des *BerGer.* scheitert das Vorhaben des Kl. jedenfalls daran, dass ihm ein in den Entwurf der Teilfortschreibung des regionalen Raumordnungsplans Region Trier (Teilbereich Windenergie) aufgenommenes, in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung entgegensteht. Diese Einschätzung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Nach den Feststellungen des *BerGer.* befindet sich das Grundstück, auf dem der Kl. die Windkraftanlage errichten möchte, in einem Bereich, der in der am 5. 12. 2003 von der *Beigel.* zu 2 beschlossenen Teilfortschreibung des Regionalplans nicht als Vorrangfläche, sondern als Ausschlusszone für die Windenergienutzung gekennzeichnet ist. Wie aus § 7 IV 1 Nr. 1 und S. 2 ROG zu ersehen ist, kann die Festlegung von Vorranggebieten mit der Bestimmung verbunden werden, dass die von der Vorrangregelung erfassten Nutzungen an anderer Stelle im Planungsraum ausgeschlossen sind. Sowohl die positiven als auch die negativen Elemente solcher planerischen Aussagen weisen die Merkmale von Zielen der Raumordnung auf (vgl. *BVerwGE* 118, 33 = NVwZ 2003, 738). Rechtliche Wirkungen können sie indes schon entfalten, bevor sie die Qualität verbindlicher Zielvorgaben i.S. des § 3 Nr. 2 ROG erlangen. Denn nach § 4 IV 1 ROG sind die Erfordernisse der Raumordnung bei Genehmigungen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Maßnahmen nach Maßgabe der für diese Entscheidungen geltenden Vorschriften zu berücksichtigen. Zu den sonstigen Erfordernissen der Raumordnung zählen nach § 3 Nr. 4 ROG nicht zuletzt in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung.

1.2.1. Der *Senat* hat bereits im Urteil vom 13. 3. 2003 (*Buchholz* 406.11 § 35 BauGB Nr. 356 = NVwZ 2003, 1261) aus der Wertung, die der Gesetzgeber in § 4 IV 1 ROG vorgenommen hat, gefolgert, dass in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung als nicht benannter öffentlicher Belang i.S. des § 35 III 1 BauGB auch im Rahmen des § 35 I BauGB von rechtlicher Bedeutung sein können, wenn den Gegenstand des Genehmigungsverfahrens eine raumbedeutsame Maßnahme i.S. des § 3 Nr. 6 ROG bildet. Er hat im Urteil vom selben Tage (*BVerwGE* 118, 33 = NVwZ 2003, 738) klargestellt, dass auch die Errichtung einer einzelnen Windkraftanlage die Merkmale einer raumbedeutsamen Maßnahme erfüllen kann. Nicht bloß § 35 II BauGB, sondern auch § 35 I BauGB bietet die tatbestandlichen Voraussetzungen dafür, den Anforderungen des § 4 IV 1 ROG Rechnung zu tragen. Nach dieser Vorschrift darf auch ein Vorhaben, das im Außenbereich an sich privilegiert zulässig ist, nicht zugelassen werden, wenn öffentliche Belange „entgegenstehen“. Ob dies der Fall ist, ist im Wege einer „nachvollziehenden“ Abwägung zu ermitteln (vgl. *BVerwGE* 28, 148 = NJW 1968, 1105; *BVerwGE* 115, 17 = NVwZ 2002, 476, und *BVerwG*, *Buchholz* 406.11 § 35 BauGB Nr. 350 = NVwZ 2002, 1112). Dabei sind die öffentlichen Belange je nach ihrem Gewicht und dem Grad ihrer nachteiligen Betroffenheit einerseits und das kraft der gesetzlichen Privilegierung gesteigert durchsetzungsfähige Privatinteresse an der Verwirklichung des Vorhabens andererseits einander gegenüberzustellen. Diese im Unterschied zur multipolaren planerischen Abwägung durch eine zweiseitige Interessenbewertung gekennzeichnete Entscheidungsstruktur der Zulassungsvorschrift des § 35 I BauGB lässt vom rechtlichen Ansatz her Raum dafür, in Aufstellung befindliche Ziele als Erfordernisse der Raumordnung i.S. des § 4 IV 1 ROG zu „berücksichtigen“.

1.2.2. Die hiergegen erhobenen Einwände des Kl. greifen nicht durch.

1.2.2.1. § 245b I 2 BauGB in der Fassung vom 30. 7. 1996 rechtfertigt nicht die Schlüsse, die der Kl. aus ihm zieht. Diese Bestimmung ermöglichte es in Anlehnung an § 15 BauGB, die Entscheidung über die Zulässigkeit von Windkraftanlagen längstens bis zum 31. 12. 1998 auszusetzen, wenn die für die Raumordnung zuständige Stelle die Aufstellung, Änderung oder Ergänzung von Zielen der Raumordnung zu Windenergieanlagen eingeleitet hatte. Die als „Überleitungsvorschrift“ gekennzeichnete Regelung des § 245b BauGB ergänzte als flankierende Maßnahme das neue Konzept des Gesetzgebers, die Errichtung von Windkraftanlagen in § 35 I Nr. 7 BauGB (jetzt: § 35 I Nr. 5 BauGB) zu privilegieren, gleichzeitig aber neben den Gemeinden auch den für die Raumordnung zuständigen Stellen durch Ausweisungen von Konzentrationszonen mit Ausschlusswirkung für

BVerwG: † In Aufstellung befindliches Raumordnungsziel als einem Bauvorhaben entgegenstehender Belang (NVwZ 2005, 578)

579

den übrigen Planungsraum ein Steuerungsmittel an die Hand zu geben. Der Gesetzgeber beschränkte die Wirkungen dieses speziellen Sicherungsinstruments auf den Zeitraum bis zum 31. 12. 1998. Ob und wie die für die Raumordnung zuständigen Stellen nach diesem Termin ihre planerischen Aktivitäten bei der Aufstellung von Zielen im Rahmen des § 7 IV 1 Nr. 1 und S. 2 ROG sicherten, richtete sich nach den insoweit einschlägigen allgemeinen Vorschriften des Bauplanungs- und des Raumordnungsrechts (vgl. *BVerwG*, NVwZ 2004, 984; NVwZ 2004, 477).

1.2.2.2. § 35 III 2 und 3 BauGB lässt sich entgegen der Auffassung des Kl. ebenfalls nicht als Argument gegen die Berücksichtigung in Aufstellung befindlicher Ziele der Raumordnung im Baugenehmigungsverfahren ins Feld führen. Satz 2 setzt ebenso wie Satz 3 verbindlich gewordene Zielfestlegungen voraus. Es deutet nichts darauf hin, dass diese Bestimmungen im Regelungskonzept des § 35 BauGB als abschließende Raumordnungsklauseln zu verstehen sind. § 4 IV 1 ROG macht vielmehr deutlich, dass im Fachrecht nicht bloß verbindliche Zielfestlegungen, sondern auch in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung relevant sein können. Der unterschiedlichen rechtlichen Qualität trägt der Gesetzgeber dadurch Rechnung, dass Ziele, deren endgültige rechtliche Verfestigung noch aussteht, im Anwendungsbereich des § 35 III 1 BauGB lediglich eine Berücksichtigungspflicht begründen.

1.2.2.3. Auch aus der raumordnungsrechtlich eröffneten Möglichkeit, raumbedeutsame Maßnahmen unter bestimmten Voraussetzungen zu untersagen, lässt sich entgegen der Ansicht des Kl. keine Sperrwirkung ableiten, die verhindert, ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung als öffentlichen Belang i.S. des § 35 III 1 BauGB einzustufen. Nach § 12 I Nr. 2 ROG ist u.a. vorzusehen, dass die in § 4 I und III ROG bezeichneten raumbedeutsamen Maßnahmen zeitlich befristet untersagt werden können, wenn zu befürchten ist, dass die Verwirklichung in Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung befindlicher Ziele der Raumordnung unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde. Eine solche befristete Untersagung kann nach § 12 II ROG auch bei behördlichen Entscheidungen über die Zulässigkeit raumbedeutsamer Maßnahmen von Personen des Privatrechts erfolgen, wenn die Ziele der Raumordnung bei der Genehmigung der Maßnahme nach § 4 IV ROG rechtserheblich sind. Zu den in dieser Vorschrift angesprochenen Entscheidungen gehört nicht zuletzt die Baugenehmigung, sofern eine raumbedeutsame Maßnahme den Genehmigungsgegenstand bildet.

Die raumordnungsrechtliche Untersagung beansprucht gegenüber der auf ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung gestützten Genehmigungsversagung keinen Vorrang. Sie dient einem anderen Schutzzweck. Die befristete Untersagung, deren Höchstdauer zwei Jahre nicht überschreiten darf (vgl. § 12 IV ROG; § 19 III Nr. 2 RhpFLPlanG 2003; § 19 III 1 und 2 RhpFLPlanG 1977), ist der Zurückstellung nach § 15 BauGB vergleichbar. Sie stellt ein Sicherungsmittel dar, mit dessen Hilfe sich verhindern lässt, dass die Verwirklichung zukünftiger Ziele bereits im Vorfeld der Planung vereitelt oder wesentlich erschwert wird. § 35 III 1 BauGB hat, soweit er es i.V. mit § 4 IV 1 ROG ermöglicht, in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung als Zulassungshindernis zu berücksichtigen, eine andere Funktion. Er ist nicht als Mittel der Planungssicherung konzipiert. Vielmehr dient er erklärtermaßen dem Schutz öffentlicher Belange. Zur Wahrung des Grundanliegens, den Außenbereich weitestmöglich von Bebauung freizuhalten, zählt er beispielhaft die Schutzgüter auf, die es grundsätzlich rechtfertigen, die Verwirklichung von Bauvorhaben abzuwehren. Mit dieser Schutzrichtung fügt er sich in das Schutzkonzept des Raumordnungsrechts ein, in dem einer der Grundpfeiler ebenfalls darin besteht, die Freiraumstruktur zu sichern (vgl. § 7 II 1 Nr. 2 ROG). Wie aus § 4 IV 1 ROG zu ersehen ist, misst der Gesetzgeber der koordinierenden Funktion der Raumordnung, die er in § 1 I 1 ROG selbst als zusammenfassende übergeordnete Planung kennzeichnet, bereits in der Entstehungsphase von Zielbestimmungen maßgebliche Bedeutung bei. Die steuernde Kraft, die Ziele der Raumordnung nach § 3 Nr. 2 ROG als „verbindliche Vorgaben“ haben, dokumentiert sich im Aufstellungsverfahren in rechtserheblichen Vorwirkungen als sonstige „Erfordernisse“ der Raumordnung i.S. des § 3 Nr. 4 ROG. Dieser ausdrücklichen gesetzgeberischen Wertung ist im Rahmen der Zulassungsentscheidung nach § 35 BauGB Rechnung zu tragen.

Die Überlegungen, die der Kl. in diesem Zusammenhang zum Planungsschadensrecht anstellt, rechtfertigen keine abweichende Beurteilung. Die landesplanerische Untersagung wäre allenfalls dann als vorrangiges Handlungsinstrument anzusehen, wenn sie geeignet wäre, in entsprechender Anwendung der §§ 39 und 42 BauGB Entschädigungsansprüche auszulösen. Das trifft indes nicht zu. § 39 BauGB scheidet als Anspruchsgrundlage von vornherein aus, da er als Vertrauenstatbestand einen rechtsverbindlichen Bebauungsplan voraussetzt. Auch § 42 BauGB ist unergiebig. Diese Vorschrift knüpft die Entschädigungspflicht allgemein an die Aufhebung oder die Änderung einer zulässigen Nutzung. Der *Senat* hat es im Urteil vom 19. 9. 2002 (BVerwGE 117, 44 = NVwZ 2003, 214) für möglich gehalten, dass § 42 BauGB ein weites Verständnis des Entzugs von Nutzungsmöglichkeiten zu Grunde liegt (vgl. auch BGHZ 64, 366, und BGHZ 81, 374 = NJW 1982, 1394). Diese Sichtweise hat sich der Bundestagsausschuss für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen im Rahmen der Erörterungen zum Entwurf des EAGBau unter Hinweis auf das Urteil des *BGH* (BGHZ 135, 192 = NJW 1997, 2115) nicht zu Eigen gemacht (BT-Dr 15/2996, S. 62). Nach seiner Auffassung haben die Nutzungsmöglichkeiten, die § 35 BauGB eröffnet, nicht die in § 42 BauGB vorausgesetzte Qualität einer eigentumsrechtlichen Rechtsposition. Vorhaben im Außenbereich sind nicht ohne weiteres zulässig, denn sie stehen unter dem Vorbehalt der Nichtbeeinträchtigung (II) bzw. des Nichtentgegenstehens (I) öffentlicher Belange. Windkraftanlagen weisen überdies die Besonderheit auf, dass sie zwar seit dem 1. 1. 1997 privilegiert zulässig sind, seit diesem Zeitpunkt aber auch dem Planvorbehalt des § 35 III 3 BauGB unterworfen sind.

Im Übrigen übersieht der Kl., dass eine in Umsetzung des § 12 II ROG ausgesprochene landesplanerische Untersagung sich selbst bei weitestgehendem Verständnis des § 42 BauGB



deshalb nicht als eine Aufhebung oder Änderung der zulässigen Nutzung werten lässt, weil sie sich in einer bloßen Sicherungsfunktion erschöpft. In ihren Wirkungen ist sie der Zurückstellung und der Veränderungssperre i.S. der §§ 14 und 15 BauGB vergleichbar. Sie hat zur Folge, dass ein ansonsten zulässiges Vorhaben einer Privatperson nicht zugelassen werden kann. Von daher hat sie zwar den Charakter einer Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S. des Art. 14 I 2 GG. Dem Betroffenen wird jedoch kein unverhältnismäßiges Opfer auferlegt, wenn ihm ein finanzieller Ausgleich versagt wird. Wie aus § 18 BauGB zu ersehen ist, geht der Gesetzgeber davon aus, dass eine rechtmäßige Veränderungssperre - gegebenenfalls unter Anrechnung einer Zurückstellung - eine Entschädigungspflicht erst auslöst, wenn sie länger als vier Jahre dauert. Dies wird von der Rechtsprechung gebilligt (vgl. BVerwGE 51, 121 = NJW 1977, 400; BGHZ 73, 161 = NJW 1979, 653). Die landesplanerische Untersagung bietet nach der Wertung, die dieser gesetzgeberischen Entscheidung zu Grunde liegt, noch weniger als § 18 BauGB Anlass zu etwaigen Bedenken. Denn ihre Höchstdauer ist nach § 12 IV ROG von vornherein auf zwei Jahre begrenzt. Folgerichtig hat der Bundesgesetzgeber bei der Schaffung des Raumordnungsgesetzes 1998 darauf verzichtet, Entschädigungsfragen zu thematisieren. Wie aus der Regierungsvorlage zu § 12 erhellt, beruht dies auf der Erwägung, dass „die Grenze zur Entschädigungspflicht, gemessen an den Fristen des § 18 BauGB, nicht überschritten wird“ (BT-Dr 13/6392, S. 86). Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass sich der Kl. für die Ansicht stark macht, die Windenergienutzung von sonstigen Grundstücksnutzungen zu unterscheiden und als Ausübung einer von ihm als „Windabschöpfungsrecht“ bezeichneten Berechtigung zu qualifizieren, die nach seiner Einschätzung dem Schürf- und Ausbeutungsrecht nach dem Bundesberggesetz vergleichbar ist.

1.2.2.4. Der wahlweise Rückgriff auf das raumordnungsrechtliche Planungssicherungsinstrument der Untersagung und das ordnungsrechtliche Mittel der Baugenehmigungsversagung stellt entgegen der Auffassung des Kl. keinen Fremdkörper im Rechtssystem dar. Über § 4 IV 1 ROG hinaus können im Anwendungsbereich des § 35 BauGB auch sonstige noch nicht abgeschlossene

BVerwG: † In Aufstellung befindliches Raumordnungsziel als einem Bauvorhaben entgegenstehender Belang (NVwZ 2005, 578)	580
--	-----

Planungsverfahren als Zulassungshindernis in Betracht kommen. Bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Außenbereichsvorhabens kann als unbenannter öffentlicher Belang i.S. des § 35 III 1 BauGB ein in Aufstellung befindlicher Bebauungsplan ebenso durchschlagen wie eine noch nicht zur förmlichen Planfeststellung gediehene Fachplanung, ohne dass sich der Planungsträger darauf verweisen lassen muss, von der der raumordnerischen Untersagung vergleichbaren Möglichkeit der Veränderungssperre (vgl. § 14 BauGB, § 9a FStrG) Gebrauch zu machen (vgl. BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 107, und BVerwGE 34, 146).

1.2.3. Das BerGer. hat nicht verkannt, dass ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung bestimmten Anforderungen genügen muss, um im Zulassungsregime des § 35 BauGB relevant zu sein.

1.2.3.1. Erforderlich ist zum einen ein Mindestmaß an inhaltlicher Konkretisierung. Der Gesetzgeber lässt es nicht mit der Aufstellung eines Raumordnungsplans bewenden. Es genügt nicht der Hinweis des Trägers der Raumordnungsplanung, einen Aufstellungsbeschluss gefasst oder einen sonstigen Akt vollzogen zu haben, der sich als Einleitung eines Planungsverfahrens werten lässt. Der Gesetzgeber knüpft nach Maßgabe des § 4 IV 1 ROG Rechtsfolgen allein an die Zielaufstellung. Dabei kommen aus dem Kreis etwaiger in Aufstellung befindlicher Ziele nur solche als

Zulassungshindernis in Betracht, die geeignet sind, ohne weiteren planerischen Zwischenschritt unmittelbar auf die Zulassungsentscheidung durchzuschlagen. Das zukünftige Ziel muss bereits so eindeutig bezeichnet sein, dass es möglich ist, das Bauvorhaben, das den Gegenstand eines bauordnungsrechtlichen Zulassungsverfahrens bildet, an ihm zu messen und zu beurteilen, ob es mit ihm vereinbar wäre. Die insoweit erforderliche Detailschärfe weist es erst auf, wenn es zeichnerisch oder verbal so fest umrissen ist, dass es anderen Behörden und der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden kann. Dieses Stadium der Verlautbarungsreife ist regelmäßig erreicht, wenn es im Rahmen eines Beteiligungsverfahrens zum Gegenstand der Erörterung gemacht werden kann.

1.2.3.2. Das BerGer. ist indes zu Recht bei dem Erfordernis inhaltlicher Konkretisierung nicht stehen geblieben. Es hat die Berücksichtigungsfähigkeit eines in Aufstellung befindlichen Ziels als öffentlichen Belang im Rahmen des § 35 BauGB vielmehr von einer zusätzlichen Voraussetzung abhängig gemacht. Der inhaltlich konkretisierte Entwurf der Zielfestlegung muss die hinreichend sichere Erwartung rechtfertigen, dass er über das Entwurfsstadium hinaus zu einer verbindlichen Vorgabe i.S. des § 3 Nr. 2 ROG erstarken wird. Es würde dem Gewährleistungsgehalt des Art. 14 I 1 GG zuwiderlaufen, ein ansonsten zulässiges Vorhaben an Zielvorstellungen des Planungsträgers scheitern zu lassen, bei denen noch nicht absehbar ist, ob sie je als zukünftiges Ziel der Raumordnung Außenwirksamkeit entfalten werden. Die Planung muss ein genügendes Maß an Verlässlichkeit bieten, um auf der Genehmigungsebene als Versagungsgrund zu dienen. Diesem Erfordernis ist erst dann genügt, wenn ein Planungsstand erreicht ist, der die Prognose nahe legt, dass die ins Auge gefasste planerische Aussage Eingang in die endgültige Fassung des Raumordnungsplans finden wird. Davon kann keine Rede sein, solange der Abwägungsprozess gänzlich offen ist. Gerade bei Plänen, die auf der Grundlage des § 35 III 3 BauGB aufgestellt werden, bedarf es eines Gesamtkonzepts, das dadurch gekennzeichnet ist, dass eine positive Ausweisung, die für eine bestimmte Nutzung substanziellen Raum schafft, mit einer Ausschlusswirkung an anderer Stelle kombiniert wird. Diese Wechselbezüglichkeit von positiver und negativer Komponente bringt es in der Regel mit sich, dass der Abwägungsprozess weit fortgeschritten sein muss, bevor sich hinreichend sicher abschätzen lässt, welcher der beiden Gebietskategorien ein im Planungsraum gelegenes einzelnes Grundstück zuzuordnen ist.

Das bedeutet freilich nicht zwangsläufig, dass die zukünftige Ausschlusswirkung eines in Aufstellung befindlichen Ziels einem Außenbereichsvorhaben erst dann entgegengehalten werden kann, wenn der Planungsträger die abschließende Abwägungsentscheidung getroffen hat und es nur noch von der Genehmigung und der Bekanntmachung abhängt, dass eine Zielfestlegung entsteht, die die in § 35 III 3 BauGB genannten Merkmale aufweist. Lässt sich bereits zu einem früheren Zeitpunkt absehen, dass die Windkraftanlage auf einem Grundstück errichtet werden soll, das in einem Raum liegt, der für eine Windenergienutzung von vornherein tabu ist oder aus sonstigen Gründen erkennbar nicht in Betracht kommt, so ist das insoweit in Aufstellung befindliche Ziel der Raumordnung schon in dieser Planungsphase im Baugenehmigungsverfahren berücksichtigungsfähig. Ob und wie lange vor der abschließenden Beschlussfassung sich die Planung gegebenenfalls in Richtung Ausschlusswirkung verfestigen kann, beurteilt sich nach den jeweiligen Verhältnissen vor Ort. Je eindeutiger es nach den konkreten Verhältnissen auf der Hand liegt, dass der Bereich, in dem das Baugrundstück liegt, Merkmale aufweist, die ihn als Ausschlusszone prädestinieren, desto eher ist die Annahme gerechtfertigt, der Plangeber werde



### Bauvorhaben entgegenstehender Belang(NVwZ 2005, 578)

Dass der Kl. diese Einschätzung nicht teilt, lässt sich nicht als Beleg für einen Abwägungsfehler werten. Es deutet auch nichts darauf hin, dass die Vorinstanz die Bedeutung der privaten Belange verkannt haben könnte. Das BerGer. hat im Anschluss an die Senatsrechtsprechung ausdrücklich hervorgehoben, dass sich das Zurücktreten der Privilegierung in Teilen des Planungsgebiets nach der Wertung des Gesetzgebers nur dann rechtfertigen lässt, wenn die Planung die Gewähr dafür bietet, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen. Der Träger der Raumordnungsplanung darf das Instrumentarium, das ihm das Raumordnungsrecht an die Hand gibt, nicht für eine „Verhinderungsplanung“ missbrauchen (vgl. BVerwGE 117, 287 = NVwZ 2003, 733, und BVerwGE 118, 33 = NVwZ 2003, 738). Das BerGer. hat näher begründet, warum das im Aufstellungsverfahren entwickelte Konzept der Regionalvertretung, durch das Standorte für mehr als 500 Windkraftanlagen gesichert werden, nicht auf eine „Feigenblattplanung“ hinausläuft, obwohl der Vorrangflächenanteil lediglich 0,49% des Plangebiets ausmacht.

Die Rechtsprechung des erkennenden *Senats* steht dieser Würdigung nicht entgegen. In den Urteilen vom 17. 12. 2002 (BVerwGE 117, 287 = NVwZ 2003, 733) und vom 13. 3. 2003 (BVerwGE 118, 33 = NVwZ 2003, 738) wird darauf hingewiesen, dass sich der gemessen an der Gesamtfläche geringe Umfang einer Positivausweisung, isoliert betrachtet, nicht als Indiz oder gar Beleg für eine verkappte Verhinderungsplanung werten lässt. Der Kl. beschränkt sich darauf, der Würdigung der Vorinstanz seine eigene, abweichende Einschätzung entgegenzuhalten. Die von ihm ins Feld geführten Argumente sind nicht geeignet, ein Abwägungsdefizit zu Lasten der Windenergienutzung aufzuzeigen. Sie sind bereits im Ansatz verfehlt. Es versteht sich von selbst, dass der Planungsträger nicht verpflichtet ist, überall dort Vorranggebiete festzulegen, wo Windkraftanlagen bereits vorhanden sind. Der Gesetzgeber sieht es als berechtigtes öffentliches Anliegen an, die Windenergienutzung zu kanalisieren und Fehlentwicklungen gegenzusteuern. Dieses Ziel ließe sich nicht erreichen, wenn sich die Flächenauswahl nach den Standorten vorhandener Windkraftanlagen zu richten hätte. Trägt der Planungsträger der Kraft des Faktischen dadurch Rechnung, dass er bereits errichtete Anlagen in sein Konzentrationszonenkonzept mit einbezieht, so ist es ihm unbenommen, sich bei der Gebietsabgrenzung an dem vorhandenen Bestand auszurichten und das vom Kl. angesprochene „Repowering“-Potenzial auf diesen räumlichen Bereich zu beschränken. Schafft er auf diese Weise im Sinne der Senatsrechtsprechung für die Windenergienutzung substanziellen Raum, so braucht er nicht darüber hinaus durch einen großzügigen Gebietszuschnitt den Weg für den Bau neuer Anlagen freizumachen, die für ein späteres „Repowering“ zusätzliche Möglichkeiten eröffnen.

1.2.3.4. Nach der Darstellung des BerGer. überwiegt der öffentliche Belang, der sich als Ausschlusskriterium in dem in Aufstellung befindlichen Ziel der Raumordnung dokumentiert, das Interesse des Kl., das Baugrundstück für Zwecke der Windenergienutzung in Anspruch zu nehmen. Den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils ist zu entnehmen, dass der für die Errichtung der Windkraftanlage vorgesehene Standort im Geltungsbereich der Landschaftsschutzverordnung „Naturpark Nordeifel“ liegt, in dem es verboten ist, die Natur zu schädigen, das Landschaftsbild zu verunstalten oder den Naturgenuss zu beeinträchtigen. Eine der „Leitlinien“ der Raumordnungsplanung war es, diesen förmlich unter Schutz gestellten Bereich von Windkraftanlagen freizuhalten. Allerdings ließ die Beigel. zu 2 schon in der Anfangsphase des

Aufstellungsverfahrens erkennen, dass sie trotz der Schutzgebietsfestsetzung bereit war, in der Nachbarschaft der als Baugrundstück vorgesehenen Parzelle ein Vorranggebiet für die Windenergienutzung auszuweisen. Dies beruhte nach den vom BerGer. getroffenen Feststellungen indes ausschließlich auf der Erwägung, dass dort bereits genehmigte Windkraftanlagen vorhanden waren, die es nach der Einschätzung des Planungsträgers rechtfertigten, einen „Ausnahmefall“ anzuerkennen. Die Beigel. zu 2 hatte keinen erkennbaren Anlass, über die Bestandssicherung hinaus Raum für zusätzliche Anlagen zu schaffen.

1.2.4. Der rechtlichen Argumentation des BerGer. ist nicht dadurch nachträglich der Boden entzogen worden, dass sich die Rechtslage insofern geändert hat, als der regionale Raumordnungsplan für den Teilbereich Windenergie im Laufe des Revisionsverfahrens in Kraft getreten ist. Der Kl. macht selbst nicht geltend, dass die zur Außenwirksamkeit erforderlichen Verfahrensschritte der Genehmigung und der Bekanntmachung, die im Zeitpunkt der Entscheidung der Vorinstanz noch ausstanden, inzwischen aber vollzogen worden sind, Mängel aufweisen. Sein Vorbringen bietet auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die materiell-rechtlichen Erwägungen, die das BerGer. im Vorgriff auf die endgültige Zielfestlegung angestellt hat, nicht mehr geeignet sind, das Berufungsurteil zu tragen.

2. Die Revision des Bekl. ist zulässig und begründet. Soweit die Vorinstanz auf den Hilfsantrag des Kl. hin festgestellt hat, „dass der in Aufstellung befindliche Regionalplan - Teilfortschreibung Windkraft - der Region Trier bis zur Beschlussfassung der Regionalvertretung vom 5. 12. 2003 der beantragten Baugenehmigung nicht entgegenstand“, verstößt das angefochtene Urteil gegen Bundesrecht. Das BerGer. hätte der auf dieses Ziel gerichteten Klage nicht stattgeben dürfen. Das Prozessrecht bietet für einen solchen Ausspruch keine Stütze. Der Feststellungsantrag ist unzulässig.

2.1. § 113 I 4 VwGO ermöglicht in analoger Anwendung die Feststellung, dass die Versagung des Verwaltungsakts rechtswidrig gewesen ist. Das BerGer. erfasst mit seinem Tenor indes nur einen Teilausschnitt aus dem Rechtswidrigkeitsspektrum. Es bringt zum Ausdruck, dass der in Aufstellung befindliche Regionalplan bis zum 5. 12. 2003 der beantragten Baugenehmigung nicht entgegenstand. Zu der Frage, ob die Genehmigung zu diesem Zeitpunkt aus sonstigen Gründen zu Recht oder zu Unrecht versagt worden ist, äußert es sich nicht. Diese Prüfung erübrigte sich schon deshalb nicht, weil der Bekl. die fehlende Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens bis zum 5. 12. 2003 nicht bloß unter Hinweis auf die Planung der Beigel. zu 2 aus einem in Aufstellung befindlichen Ziel der Raumordnung, sondern aus verschiedenen sonstigen Zulassungshindernissen herleitet.

2.2. Auch auf der Grundlage des § 43 I VwGO muss der Hilfsantrag erfolglos bleiben. Dahinstehen kann, ob er auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses abzielt. Die begehrte Feststellung erschöpft sich darin, dass dem Bauvorhaben zu einem bestimmten Zeitpunkt ein näher bezeichneter öffentlicher Belang nicht i.S. des § 35 I BauGB entgegengestanden habe. Jedenfalls hat der Kl. kein berechtigtes Interesse an der von ihm begehrten Feststellung. Er betrachtet den anhängigen Rechtsstreit als einen Baustein auf dem Wege zu einem Folgeprozess, in dem er Entschädigungsansprüche auf der Grundlage der §§ 39ff. BauGB geltend zu machen beabsichtigt. Für einen etwaigen Planungsschaden müsste indes nicht der Bekl. eintreten. Anspruchsgegner wäre vielmehr die Beigel. zu 2, die nach § 16 I RhPflPlanG 1977 bzw. § 15 I RhPflPlanG 2003 die Stellung einer selbstständigen Körperschaft des öffentlichen Rechts hat. Zwar kann zum

Gegenstand einer Feststellungsklage grundsätzlich auch ein Rechtsverhältnis gemacht werden, das nicht zwischen den Parteien, sondern zwischen dem Kl. und einem Dritten besteht. Voraussetzung hierfür aber ist, dass der Kl. gerade gegenüber dem Bekl. ein Interesse daran hat, insoweit eine Klärung herbeizuführen. Das ist nur dann der Fall, wenn das Drittrechtsverhältnis auch für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander von Bedeutung ist (vgl. *BVerwG*, NJW 1970, 2260, und NJW 1997, 3257; vgl. auch *BGH*, NJW 1984, 2950, und NJW-RR 1996, 869). Anhaltspunkte, die im Verhältnis des Kl. zum Bekl. in diese Richtung weisen, sind weder vorgetragen worden noch sonst aus den Umständen ersichtlich.

---

**Anm. d. Schriftltg.:**

Zur Anpassung von Bebauungsplänen an die Ziele der Raumordnung vgl. *BVerwG*, NVwZ 2005, 584 (in diesem Heft).

---

**Parallelfundstellen:**

BeckRS 2005, 23942 ♦ IBRRS 2005, 1005 ♦ KommJur 2005 Heft 6, 221 ♦ LSK 2005, 180203 (Ls.)  
♦ BauR 2005, 987 ♦ BayVBI 2005, 505 ♦ BVerwGE 122, 364 ♦ DVBI 2005, 706 ♦ NuR 2005, 519  
♦ UPR 2005, 267

Bayer. VGH: Windenergieanlage, in Aufstellung befindlicher Regionalplan, Vorbehalts- und Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung

ZfBR  
2012,  
170

## **Windenergieanlage, in Aufstellung befindlicher Regionalplan, Vorbehalts- und Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung**

*BauGB § 35 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 Sätze 1 und 3; BNatSchG § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; BayLPIG 2005 Art. 11*

**Sprechen bei der Änderung eines Regionalplans mehrere weiche Ausschlusskriterien gegen die Festlegung einer Fläche als Vorranggebiet für Windkraftanlagen und damit auch für den Ausschluss des Gebiets, so ist dieses in Aufstellung befindliche Ziel der Raumordnung soweit konkretisiert, dass es als unbenannter öffentlicher Belang nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB einer dort geplanten Windkraftanlage entgegenstehen kann.**

Bayer. VGH, *Urteil* vom 17. Nov. 2011 - 2 BV 10.2295

### **Zum Sachverhalt**

Der Kl. begehrt, den Bekl. zur Erteilung des beantragten Vorbescheids zur Errichtung einer Windkraftanlage auf dem Grundstück FINr. 1 in H. zu verpflichten. Das Grundstück steht im Eigentum des Bekl. (Forstverwaltung). Die Windkraftanlage soll auf einem Stahlgittermast mit einer Grundfläche von 23 m mal 23 m in einer Höhe von 125 m angebracht werden. Der Stahlgittermast verjüngt sich nach oben und soll in Nabenhöhe noch eine Breite von 5 m aufweisen. Die Rotorblätter sollen einen Durchmesser von 95 m haben. Die Gesamthöhe der Windkraftanlage inklusive Rotorblätter soll 172,5 m betragen. Das Bauvorhaben soll in einem Forstgebiet im Naturpark F. errichtet werden. Das gemeindliche Einvernehmen wurde mit Beschluss vom 3. 02. 2004 erteilt.

Der Bekl. lehnte den Vorbescheidsantrag ab. Es handle sich um eine raumbedeutsame Anlage, welcher Ziele der Raumordnung entgegenstünden, da der Standort außerhalb der für die Nutzung der Windenergie vorgesehen Vorbehalts- und Vorranggebiete des Regionalplans O. liege. Das Vorhaben führe darüber hinaus wegen seiner Größe und seines exponierten Standorts zu einer erheblichen Verunstaltung des Landschaftsbilds. Zudem stünden Belange des Naturschutzes dem Vorhaben entgegen. Der dagegen einlegte Widerspruch wurde von der Regierung von O. zurückgewiesen. Der Verpflichtungsklage des Kl. gab das VG Bayreuth statt.

### **Aus den Gründen:**

Die zulässigen Berufungen des Bekl. und des Beigeladenen (§ 124 Abs. 1 VwGO) sind begründet. Das VG hat den Bekl. zu Unrecht verpflichtet, dem Kl. den beantragten Vorbescheid zur Errichtung einer Windkraftanlage zu erteilen (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

1. Dem nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierten Vorhaben des Kl. stehen die Ziele des insoweit in Aufstellung befindlichen Regionalplans des Beigeladenen als unbenannter öffentlicher Belang im Sinn von § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegen.

Der Beigeladene hat die „Änderung des Regionalplans O. Ziel B V 3.1.1 Windenergie“ beschlossen. Dazu beschloss der Planungsausschuss des Beigeladenen am 29. 11. 2009 einen umfangreichen

Kriterienkatalog. Der Regionalplan sieht künftig unter dem Punkt „3.1.1 Windenergie“ folgende Ziele vor:

„(Z) Die Errichtung raumbedeutsamer Windkraftanlage ist in der Region auf die ausgewiesenen Vorranggebiete für Windkraftanlagen zu konzentrieren. In diesen wird der Nutzung der Windenergie Vorrang vor anderen raumbedeutsamen Nutzungen eingeräumt; diese sind ausgeschlossen, soweit sie mit der Nutzung der Windenergie nicht vereinbar sind.“

Es folgt der Verweis auf eine Karte sowie die namentliche Aufzählung von 68 künftigen Vorranggebieten. Der vom Kl. geplante Bauort ist nicht unter diesen Vorranggebieten. Als weiteres Ziel wird im Anschluss formuliert:

„(Z) Außerhalb der ausgewiesenen Vorranggebiete ist die Errichtung raumbedeutsamer Windkraftanlagen in der Regel ausgeschlossen (Ausschlussgebiete). Innerhalb bestehender Windfarmen ist ausnahmsweise auch außerhalb der ausgewiesenen Vorranggebiete der Ersatz bestehender Windkraftanlagen durch leistungsfähigere Anlagen (Repowering) möglich, wenn dies mit den geltenden immissionsschutzrechtlichen Bestimmungen vereinbar ist.“

a) In der Rechtsprechung (vgl. BVerwG vom 1. 07. 2010 – 4 C 4/08 BVerwGE 137, 247 = NVwZ 2011, 61; vom 27. 01. 2005 – 4 C 5/04 BVerwGE 122, 364 = BayVBl 2005, 505 = NVwZ 2005, 578; vom 13. 03. 2003 – 4 C 3/02 BayVBl 2003, 757 = NVwZ 2003, 1261) ist geklärt, dass ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung, das – wie hier – zur Ausschlusswirkung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB führen soll, als sonstiges Erfordernis der Raumordnung i. S. d. § 3 Nr. 4 ROG einem nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Vorhaben als unbenannter öffentlicher Belang entgegenstehen kann. § 4 Abs. 1 und 3 ROG machen deutlich, dass im Fachrecht nicht bloß verbindliche Zielfestlegungen, sondern auch in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung relevant sein können. Der Raumordnung kommt bereits in der Entstehungsphase von Zielbestimmungen maßgebliche Bedeutung zu. Die steuernde Kraft, die Ziele der Raumordnung nach § 3 Nr. 2 ROG als „verbindliche Vorgaben“ haben, dokumentiert sich im Aufstellungsverfahren in rechtserheblichen Vorwirkungen als sonstige „Erfordernisse“ der Raumordnung i. S. d. § 3 Nr. 4 ROG. Der unterschiedlichen

Bayer. VGH: Windenergieanlage, in Aufstellung befindlicher Regionalplan, Vorbehalts- und Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung (ZfBR 2012, 170)

171

rechtlichen Qualität wird dadurch Rechnung getragen, dass Ziele, deren endgültige rechtliche Verfestigung noch aussteht, im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB nur eine Berücksichtigungspflicht begründen.

aa) Erforderlich ist insoweit zum einen ein Mindestmaß an inhaltlicher Konkretisierung (vgl. BVerwG vom 27. 01. 2005 – 4 C 5/04 a. a. O.). Nicht ausreichend ist der bloße Hinweis des Trägers der Raumordnungsplanung, einen Aufstellungsbeschluss gefasst oder einen sonstigen Akt vollzogen zu haben, der sich als Einleitung eines Planungsverfahrens werten lässt. Der Gesetzgeber knüpft nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 und 3 ROG Rechtsfolgen allein an die Zielaufstellung. Das zukünftige Ziel muss bereits so eindeutig bezeichnet sein, dass es möglich ist, das Bauvorhaben, das den Gegenstand eines bauordnungsrechtlichen Zulassungsverfahrens bildet, an ihm zu messen und zu beurteilen, ob es mit ihm vereinbar wäre. Die insoweit erforderliche Detailschärfe weist es erst auf, wenn es zeichnerisch oder verbal so fest umrissen ist, dass es anderen Behörden und der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden kann. Dieses Stadium der Verlautbarungsreife ist



regelmäßig dann erreicht, wenn es im Rahmen eines Beteiligungsverfahrens zum Gegenstand der Erörterung gemacht werden kann.

Im vorliegenden Fall wurde der Entwurf zur Teil-Änderung des Regionalplans O. in der Fassung vom 6. 05. 2011 bereits zum Gegenstand der öffentlichen Anhörung gemäß Art. 13 BayLPIG gemacht. Die Frist zur Geltendmachung von Einwendungen lief am 30. 09. 2011 ab. Der Änderungsentwurf ist auf der Internet-Seite des Beigeladenen für jedermann einsehbar. Die beiden Ziele sind – wie unter Ziffer 1 zitiert – bereits vollständig ausformuliert und auch zeichnerisch im Weg einer Karte dargestellt. Es ist daher von einer bereits hinreichenden Konkretisierung der künftigen Ziele auszugehen. Auch kann das klägerische Vorhaben bereits an den beiden in Aufstellung befindlichen Zielen im Rahmen des hier verfahrensgegenständlichen bauordnungsrechtlichen Zulassungsverfahrens (Vorbescheid) gemessen werden.

bb) Zum anderen ist im Rahmen der Berücksichtigungsfähigkeit eines in Aufstellung befindlichen Ziels als öffentlicher Belang im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB zu verlangen, dass der inhaltlich konkretisierte Entwurf der Zielfestlegung die hinreichend sichere Erwartung rechtfertigt, dass er über das Entwurfsstadium hinaus zu einer verbindlichen Vorgabe im Sinn des § 3 Nr. 2 ROG erstarken wird (vgl. BVerwG vom 27. 01. 2005 – 4 C 5/04 a. a. O.). Es würde dem Gewährleistungsgehalt des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zuwider laufen, ein ansonsten zulässiges Vorhaben an Zielvorstellungen des Planungsträgers scheitern zu lassen, bei denen noch nicht absehbar ist, ob sie je als zukünftiges Ziel der Raumordnung Außenwirksamkeit entfalten werden. Die Planung muss daher ein genügendes Maß an Verlässlichkeit bieten, um auf der Genehmigungsebene als Versagungsgrund zu dienen. Diesem Erfordernis ist erst dann genügt, wenn ein Planungsstand erreicht ist, der die Prognose nahe legt, dass die ins Auge gefasste planerische Aussage Eingang in die endgültige Fassung des Raumordnungsplans finden wird. Davon kann nicht die Rede sein, solange der Abwägungsprozess gänzlich offen ist. Gerade bei Plänen, die auf der Grundlage des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aufgestellt werden, bedarf es eines Gesamtkonzepts, das dadurch gekennzeichnet ist, dass eine positive Ausweisung, die für eine bestimmte Nutzung substanziellen Raum schafft, mit einer Ausschlusswirkung an anderer Stelle kombiniert wird. Diese Wechselbezüglichkeit von positiver und negativer Komponente bringt es in der Regel mit sich, dass der Abwägungsprozess weit fortgeschritten sein muss, bevor es sich hinreichend sicher abschätzen lässt, welcher der beiden Gebietskategorien ein im Planungsraum gelegenes einzelnes Grundstück zuzuordnen ist.

Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass die zukünftige Ausschlusswirkung eines in Aufstellung befindlichen Ziels einem Außenbereichsvorhaben erst dann entgegengehalten werden kann, wenn der Planungsträger die abschließende Abwägungsentscheidung getroffen hat und es nur noch von der Genehmigung sowie der Bekanntmachung abhängt, dass eine Zielfestlegung entsteht (vgl. BVerwG vom 27. 01. 2005 – 4 C 5/04 a. a. O.). Lässt sich bereits zu einem früheren Zeitpunkt absehen, dass die Windkraftanlage auf einem Grundstück errichtet werden soll, das in einem Raum liegt, der für eine Windenergienutzung von vornherein tabu ist oder aus sonstigen Gründen erkennbar nicht in Betracht kommt, so ist das insoweit in Aufstellung befindliche Ziel der Raumordnung schon in dieser Planungsphase im Baugenehmigungsverfahren berücksichtigungsfähig. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach den jeweiligen Verhältnissen im Einzelfall. Je eindeutiger es nach den konkreten Verhältnissen auf der Hand liegt, dass der Bereich, in dem das Baugrundstück liegt, Merkmale aufweist, die ihn als Ausschlusszone prädestinieren,

desto eher ist die Annahme gerechtfertigt, der Plangeber werde diesem Umstand in Form einer negativen Zielaussage Rechnung tragen.

Im vorliegenden Fall steht zwar die abschließende Abwägungsentscheidung des Beigeladenen noch aus. Sie ist für Anfang des Jahres 2012 geplant. Das vom Kl. vorgesehene Baugrundstück ist jedoch bereits im Entwurf für die Anhörung nicht als Vorranggebiet dargestellt. Auch ist nicht zu erwarten, dass das Baugrundstück noch den Status eines Vorranggebiets erreichen wird. Das Gebiet des Sch. wurde im Rahmen des Aufstellungsverfahrens als Gebiet Nr. 143 auf seine Eignung anhand der vom Planungsausschuss beschlossenen Kriterien überprüft. Der am 29. 11. 2009 beschlossene Kriterienkatalog unterscheidet im Einklang mit den Vorgaben der Rechtsprechung (vgl. OVG Lüneburg vom 28. 01. 2010 – 12 KN 65/078 BauR 2010, 1043) und der Literatur (vgl. Scheidler, WiVerw 2011, 113/130; Scheidler, BayVBl 2011, 161/162), denen sich der Senat anschließt, zwischen sogenannten harten Ausschlusskriterien für Flächen, die von vornherein für die Windenergienutzung ausgenommen bleiben sollen, und sogenannten weichen Ausschlusskriterien für Flächen, welche im Einzelfall auf ihre konkrete Eignung überprüft werden müssen. Im Fall des Gebiets Nr. 143 treffen gleich mehrere weiche Ausschlusskriterien zu, so dass aufgrund der Kumulation der Kriterien auf eine Ausweisung als Vorrangfläche verzichtet wurde. So befindet sich das Gebiet Nr. 143 in einem Naturpark, wengleich weder in einer der Schutzzonen noch in einem Landschaftsschutzgebiet. Träfe Letzteres zu, würde jedoch bereits ein hartes Ausschlusskriterium vorliegen. Die Verordnung über den „Naturpark F. (vom 14. 07. 1995, GVBl 1995, 561) setzt in ihrem § 1 Abs. 1 „Schutzgegenstand“ das Gebiet der nördlichen Frankenalb in den Landkreisen Amberg-Sulzbach, Neustadt a. d. Waldnaab, Bamberg, Bayreuth, Forchheim, Kulmbach, Lichtenfels und Nürnberger Land als Naturpark fest. Unstreitig befindet sich das Baugrundstück im Landkreis Bayreuth. Auch in der Karte, welche Bestandteil der Naturparkverordnung ist und dem GVBl entsprechend § 2 Abs. 1 der Verordnung als Anlage im Maßstab 1 : 100 000 beiliegt, ist zu erkennen, dass das Gebiet des Sch. Bestandteil des Naturparks F. ist.

Des Weiteren ist das Gebiet Nr. 143 im geltenden Regionalplan O. als landschaftliches Vorbehaltsgebiet mit der Nr. 30 dargestellt.

Bayer. VGH: Windenergieanlage, in Aufstellung befindlicher Regionalplan, Vorbehalts- und Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung(ZfBR 2012, 170)	172
---	-----

Als Ziel ist insoweit im Regionalplan unter B I 2 bestimmt, dass in landschaftlichen Vorbehaltsgebieten den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege besonderes Gewicht zukommt. Das Gebiet 30 wird genannt unter „-In der Nördlichen Frankenalb Teile des Gebiets Naturpark F. und ist zeichnerisch auf der Karte 3 dargestellt, welche auf der Internet-Seite des Beigeladenen für jedermann einsehbar ist. Diese Darstellung müsste zunächst aufgehoben werden, bevor das Gebiet Nr. 143 als Vorrangfläche für Windenergie ausgewiesen werden könnte. Das Gebiet Nr. 143 fällt zudem unter das weiche Ausschlusskriterium „großflächige Wälder“. Es umfasst ca. 2.000 ha Waldfläche auf oberfränkischer Seite. Ab einer Größe von 200 ha geht der Beigeladene von einem großflächigen Wald aus, der – mit Ausnahme natürlich der für forstwirtschaftliche Zwecke notwendigen Forstwege – unzerschnitten bleiben soll. Unzerschnitten bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Wald in seiner bisherigen Gestalt erhalten und von technischen Einrichtungen oder Bauwerken frei bleiben soll. Für den Bau einer einzelnen Windkraftanlage wäre hier eine Rodung auf einer Fläche von 23 m mal 23 m erforderlich, wenn allein von der Grundfläche des Stahlgittermasts ausgegangen wird. Die Rodungsfläche wäre tatsächlich aber noch größer, weil

ein ausreichender Abstand zum verbleibenden Wald zu sichern ist. Zudem ist bislang noch völlig ungeklärt, auf welche Weise der erzeugte Strom weitergeleitet werden soll. Insoweit steht – im Gegensatz zu den vorhandenen Forstwegen – keine Infrastruktur zur Verfügung, sondern müsste erst geschaffen werden. Nach den Feststellungen des Beigeladenen im Datenblatt zum Gebiet Nr. 143 besteht als nächste Einspeisemöglichkeit das Umspannwerk R, das je nach Standort bezogen auf das gesamte überprüfte Gebiet sich in 4 bis 7,5 km Entfernung befindet. Die notwendigen Stromleitungen für die Weiterleitung des erzeugten Stroms würden daher eine weitere Zerschneidung im obigen Sinn durch eine technische Anlage darstellen. Außerdem soll hier der Erholungscharakter erhalten bleiben. Ein solcher Erholungscharakter kann grundsätzlich auch einem Wald mit überwiegendem Nutzholzbestand nicht abgesprochen werden. Denn ein solcher Wald eignet sich ebenfalls für ausgedehnte Spaziergänge oder Wanderungen. Darüber hinaus dient ein geschlossenes Waldgebiet der Stabilisierung des Naturhaushalts und bildet ein Rückzugsgebiet für bedrohte Tier- und Pflanzenarten. Zwar gibt es unmittelbar im Bereich des Bauorts keine Nachweise von durch Windkraftanlagen bedrohte Fledermausarten. Das nächste nachgewiesene Vorkommen befindet sich in 2 bis 2,5 km Entfernung. Dies schließt aber nicht die Bestrebung des Beigeladenen aus, die hier betroffene Fläche als Ausbreitungsgebiet vorzuhalten, insbesondere weil sich dieser Bereich von der Vegetation her für die Ausbreitung der Fledermausarten des Großen Abendseglers und der Zwergfledermaus eignet. Dafür, dass das Gebiet Nr. 143 auch im Rahmen des weiteren Abwägungsvorgangs nicht mehr Einzug in den Kreis der Vorranggebiete halten wird, spricht zudem, dass im Rahmen des Anhörungsverfahrens zu diesem Gebiet keinerlei Vorschläge für dessen Einbeziehung gemacht worden sind. Bis zur letzten mündlichen Verhandlung des Senats lag dem Beigeladenen auch kein Antrag des Kl. auf Einbeziehung des Gebiets Nr. 143 in den Katalog der Vorranggebiete vor. Erst mit Telefax vom 10. 11. 2011 beantragte der Kl. beim Beigeladenen die Einbeziehung dieser Fläche, ohne jedoch substantiiert auf die Gründe des Beigeladenen, welche zum Ausschluss dieser Fläche geführt hatten, einzugehen.

Es lässt sich daher bereits jetzt vor der abschließenden Abwägungsentscheidung absehen, dass der vom Kl. beabsichtigte Bauort nicht innerhalb eines der künftigen Vorranggebiete zu liegen kommen wird. Es liegen mehrere Gründe vor, die jeder für sich allein geeignet sind, das Gebiet Nr. 143 nicht als Vorranggebiet für Windenergie auszuweisen und einen Ausschluss zu tragen. Diesen Gründen ist der Kl. auch in seinem Antrag vom 10. 11. 2011 nicht substantiiert entgegengetreten. Im Übrigen gibt es keine Anhaltspunkte, dass die beiden zitierten Ziele (Festlegung von Vorranggebieten und Ausschlusswirkung) nicht in der Form des Entwurfs vom 6. 05. 2011 Gegenstand des Regionalplans werden. Es ist lediglich noch nicht sicher, ob tatsächlich alle derzeit genannten 68 Vorranggebiete auch diesen Status erhalten werden. Insoweit wird es möglicherweise noch zum Ausschluss des einen oder anderen Gebiets oder zu leichten Verschiebungen im Rahmen der Sichtung der Einwände und der abschließenden Abwägung kommen.

b) Das klägerische Vorhaben muss sich grundsätzlich an den in Aufstellung befindlichen Zielen des Regionalplans O. messen lassen, weil es raumbedeutsam in diesem Sinn ist. Die spätere Ausschlusswirkung, die § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB an bestimmte Ziele der Raumordnung knüpft, gilt nur für raumbedeutsame Vorhaben. Dies nimmt die textliche Formulierung der in Aufstellung befindlichen Ziele des Raumordnungsplans auf.

Auch die Errichtung einer einzelnen Windkraftanlage kann die Merkmale einer raumbedeutsamen Anlage erfüllen. Ein Vorhaben ist gemäß § 3 Nr. 6 ROG raumbedeutsam, wenn es die räumliche

Entwicklung oder Funktion eines Gebiets beeinflusst (vgl. BVerwG vom 13. 03. 2003 – 4 C 4/02 a. a. O.; vom 2. 08. 2002 – 4 B 36/02 BauR 2003, 837). Ob eine einzelne Windkraftanlage in diesem Sinn raumbedeutsam ist, beurteilt sich nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls. Die Raumbedeutsamkeit einer Einzelanlage kann sich insbesondere aus ihren Dimensionen (Höhe, Rotordurchmesser), aus ihrem Standort oder aus ihren Auswirkungen auf bestimmte Ziele der Raumordnung (Schutz von Natur und Landschaft, Erholung und Fremdenverkehr) ergeben. Die Größe ist zwar insoweit ein wichtiges Entscheidungskriterium, begründet aber für sich allein noch nicht zwingend die Raumbedeutsamkeit. Neben der Höhe sind auch das Geländeprofil der Umgebung sowie der Charakter und die Funktion der Landschaft, in welche die Anlage hineinwirkt, von Bedeutung (vgl. Scheidler, WiVerw 2011, 113/122). Eine Gesamthöhe von ca. 100 m ist jedoch als starkes Indiz für eine Raumbedeutsamkeit zu werten. In der Rechtsprechung werden Windkraftanlagen daher ab einer Höhe von 100 m regelmäßig als raumbedeutsam eingestuft (vgl. BVerwG vom 2. 08. 2002 – 4 B 36/02 a. a. O. – 97,5 m; BayVGH vom 24. 09. 2007 – 14 B 05.2149 und – juris – 111 m; Scheidler a. a. O. m. w. N.)

Die vom Kl. beantragte Windkraftanlage soll eine Gesamthöhe von 172,5 m aufweisen und auf einem Stahlgittermast errichtet werden, welcher am Boden eine Seitenlänge von 23 m und im Bereich der Nabe noch eine Seitenlänge von 5 m aufweisen soll. Der Rotordurchmesser soll dabei 95 m und die Nabenhöhe 125 m betragen. Der Standort des Bauvorhabens befindet sich zudem auf einem Höhenrücken in ca. 600 m über N. N.. Allein die Höhe ist hier bereits als starkes Indiz für die Raumbedeutsamkeit der Anlage des Kl. zu werten. Dazu kommt der durchaus exponierte Standort der Lage auf einem Höhenrücken, so dass von einer überörtlichen Wirkung und damit der Raumbedeutsamkeit der klägerischen Anlage auszugehen ist.

Bayer. VGH: Windenergieanlage, in Aufstellung befindlicher Regionalplan, Vorbehalts- und Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung(ZfBR 2012, 170)	173
---	-----

c) Auch im Übrigen kann der Senat keine die künftige Wirksamkeit dieser in Aufstellung befindlichen Ziele des Regionalplans O. in Frage stellenden Gesichtspunkte erkennen. Seitens des Kl. erfolgte hierzu kein substantiierter Vortrag.

aa) Der Senat geht insbesondere davon aus, dass das Bayerische Landesplanungsgesetz 2005 für die Festlegung von Konzentrationszonen mit Ausschlusswirkung im Weg der Festsetzung von Vorranggebieten nunmehr eine ausreichende Rechtsgrundlage enthält. Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayLPIG 2005 lässt ausdrücklich die Festlegung von Gebieten zu, in denen bestimmte raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen ausgeschlossen werden sollen. Die Nummern 1 und 2 der genannten Vorschrift erlauben die Festlegung von Vorranggebieten und Vorbehaltsgebieten entsprechend § 8 Abs. 7 Satz 1 Nrn. 1 und 2 ROG. Auf die Umsetzung des § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 ROG und die dort genannten Eignungsgebiete hat der Landesgesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung ausdrücklich verzichtet, da dessen Regelungsgehalt sich auf einen zielförmigen Ausschluss bestimmter Maßnahmen außerhalb des festgelegten Gebiets beschränke, während innergebietlich eine landesplanerische (positive) Regelungswirkung trotz der Verwendung des Begriffs „geeignet“ nicht gegeben sei, was zu Missverständnissen führen könne (vgl. LT-Drs. 15/1667 S. 18). Durch Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayLPIG 2005 werde hingegen klargestellt, dass Festlegungen auch Gebiete bezeichnen können, in denen bestimmte, raumbedeutsame Nutzungen ausgeschlossen werden sollen. Die Begründung lässt dagegen nicht erkennen, dass der Landesgesetzgeber auf eine Konzentrationswirkung mit Ausschlusswirkung im Sinn von § 35 Abs. 3

Satz 3 BauGB verzichten wollte. Vielmehr wollte der Landesgesetzgeber dies lediglich in klarerer Weise formulieren, als es sich aus dem damaligen § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG 1998 ergab. Der Senat geht daher hinsichtlich der neuen Rechtslage mit dem 14. Senat (vgl. Urteil vom 24. 09. 2007 – 14 B 05.2149 und 14 B 05.2151 –) und der Literatur (vgl. Scheidler WiVerw 2011, 113/126; Goppel BayVBI 2009, 48/49) davon aus, dass Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayLPIG 2005 eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Ausweisung von Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie und den damit verbundenen Ausschluss der Errichtung von Windkraftanlagen auf anderen Flächen darstellt.

bb) Der Senat geht auch inhaltlich davon aus, dass hier die beabsichtigte Festlegung von Konzentrationszonen mit Ausschlusswirkung rechtlich nicht zu beanstanden ist. Nach der Rechtsprechung (vgl. BVerwG vom 17. 12. 2002 – 4 C 15/01 BVerwGE 117, 287 = NVwZ 2003, 733 = BayVBI 2003, 664; vom 15. 09. 2009 – 4 BN 25/09 BauR 2010, 82; HessVGH vom 17. 03. 2011 – 4 C 883/10.N ZfBR 2011, 484) vermag die Darstellung einer Konzentrationszone die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur auszulösen, wenn ihr ein schlüssiges Plankonzept zugrunde liegt, das sich auf den gesamten Planbereich erstreckt. Denn § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verleiht derartigen Festlegungen rechtliche Ausschlusswirkung gegenüber dem jeweiligen Bauantragsteller und Vorhabensträger mit der Folge, dass Vorhaben außerhalb der Konzentrationszonen in der Regel unzulässig sind. Dabei bedingen die negative und die positive Komponente der festgelegten Konzentrationszonen einander. Denn der Ausschluss der Anlagen auf Teilen des Plangebiets lässt sich nach der Wertung des Gesetzgebers nur rechtfertigen, wenn der Plan sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen. Dem Plan muss daher ein schlüssiges räumliches Planungskonzept zugrundeliegen, das den allgemeinen Anforderungen des planungsrechtlichen Abwägungsgebots gerecht wird. Die Abwägung aller beachtlichen Belange muss sich auf die positiv festgelegten und die ausgeschlossenen Standorte erstrecken. Eine gezielte (rein negative) Verhinderungsplanung bzw. eine bloße „Feigenblatt-Planung“, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinausläuft, ist dem Plangeber verwehrt. Er muss die in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB enthaltene Entscheidung des Gesetzgebers, Windkraftanlagen im Außenbereich zu privilegieren, beachten und für die Windenergienutzung im Plangebiet in substantieller Weise Raum schaffen. Eine Verhinderungsplanung liegt dabei nicht schon dann vor, wenn die Festlegung von Konzentrationsflächen im Ergebnis zu einer Art Kontingentierung der Anlagenstandorte führt. Denn der Gesetzgeber sieht es als berechtigtes öffentliches Interesse an, die Windenergienutzung zu kanalisieren und auch Fehlentwicklungen entgegenzusteuern. Wo die Grenze zu einer unzulässigen Negativplanung verläuft, lässt sich jedoch nicht abstrakt, sondern nur angesichts der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Planungsraum bestimmen. Allein ein geringes Verhältnis der Gesamtfläche der Konzentrationszonen zu den für die Windenergienutzung überhaupt geeigneten Potentialflächen kann, muss aber nicht auf das Vorliegen einer Verhinderungsplanung schließen lassen.

Die Ausarbeitung des Planungskonzepts vollzieht sich abschnittsweise (vgl. dazu BVerwG vom 15. 09. 2009 – 4 BN 25/09 a. a. O.; HessVGH vom 17. 03. 2011 – 4 C 883/10.N a. a. O.; Scheidler WiVerw 2011, 113/129 ff.). So sind im ersten Abschnitt diejenigen Bereiche zu ermitteln, welche sich aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für die Nutzung der Windenergie nicht eignen (Tabuzonen oder harte Ausschlusskriterien). In einem weiteren Arbeitsschritt sind die Zonen zu

ermitteln, in welchen zwar rechtlich und tatsächlich der Betrieb von Windkraftanlagen möglich ist, aber nach den planungsrechtlichen Vorstellungen keine Windenergieanlagen aufgestellt werden sollen (weiche Ausschlusskriterien). Darüber hinaus ist zu verlangen, dass das Verfahren der Ausarbeitung des Planungskonzepts hinreichend nachvollziehbar und – nicht zuletzt aus Gründen des Rechtsschutzes – dokumentiert ist (vgl. HessVGH vom 17. 03. 2011 – 4 C 883/10.N a. a. O.). Im Fall der Region O. erfolgte die Ermittlung der Vorranggebiete für Windenergie flächendeckend und für die ganze Region. Ausgeschieden wurden zunächst Flächen, welche nach dem Bayerischen Windatlas 2010 eine Windgeschwindigkeit von weniger als 5,0 m/s in 140 m über Grund aufwiesen. Standorte mit geringerer Windhöffigkeit hätten nicht das Interesse von Windenergieunternehmen gefunden. Insoweit ist es sachgerecht, Bereiche mit ersichtlich nur geringer, eine wirtschaftliche Nutzung der Windenergie nicht zulassender Windhöffigkeit von vornherein auszuschließen (vgl. auch HessVGH vom 17. 03. 2011 – 4 C 883/10.N a. a. O.). Anschließend wurden die verbleibenden Gebiete anhand des durch Beschluss des Planungsausschusses vom 26. 11. 2009 aufgestellten Kriterien-Katalogs nach harten und weichen Ausschlusskriterien untersucht. Für alle ausreichend windhöffigen Gebiete, zu denen auch der vom Kl. geplante Standort zählt (Gebiet Nr. 143), wurden ausführliche Daten-Blätter erstellt und die Gebiete anhand des Kriterien – Katalogs überprüft und bewertet. Der Beigeladene hat sich insoweit an der von der Rechtsprechung aufgestellten Methodik orientiert, so dass dieses Vorgehen nicht beanstandet werden kann. Auch hat der Kl. insoweit keine substantiellen Einwände vorgebracht. Alle verbliebenen Gebiete – hier 68 – wurden als Vorranggebiete für Windenergie in den Planentwurf aufgenommen und die Bewertung jedes einzelnen Gebiets

Bayer. VGH: Windenergieanlage, in Aufstellung befindlicher Regionalplan, Vorbehalts- und Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung(ZfBR 2012, 170)	174
---	-----

im Rahmen der Anhörung als Anlage zum Begründungsentwurf beigelegt. Daher ist hier auch von einer ausreichenden Dokumentation des Auswahlvorgangs auszugehen.

Das Gebiet Nr. 143 wurde im Rahmen der Überprüfung anhand mehrerer weicher Ausschlusskriterien ausgeschlossen (s. oben unter Ziffer 1. a) bb)). Dies ist – wie bereits festgestellt – rechtlich nicht zu beanstanden. Von Seiten des Kl. erfolgte keine substantielle Auseinandersetzung mit den Argumenten des Beigeladenen für den Ausschluss des Gebiets.

Insgesamt sind 68 Gebiete mit einer Gesamtfläche von ca. 4280 ha als Vorranggebiete in den Planentwurf eingeflossen. Dies entspricht in etwa 1,2% der Regionsfläche. Zwar wird es auf Grund der in der Anhörung erfolgten Einwendungen möglicherweise noch einige Anpassungen bei den Flächen geben. Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass sich diese noch deutlich reduzieren werden. Der Senat geht nicht davon aus, dass es sich lediglich um eine Verhinderungsplanung handelt. Bei einer Ausweisung von 1,2% der Gesamtfläche wird der Windenergienutzung in substantieller Weise Raum verschafft und ihr ein ausreichender Flächenanteil gesichert. In der Rechtsprechung wurden bereits die unterschiedlichsten Flächenanteile als ausreichend angesehen. Die Beispiele reichen von 1% (OVG Berlin-Brandenburg vom 14. 09. 2010 – 2 A 4.10 –) über 0,61% (OVG Lüneburg vom 28. 01. 2010 – 12 KN 65/07 BauR 2010, 1043) bis hin zu 1 Promille (VGH Mannheim vom 9. 06. 2005 – 3 S 1545/04 NuR 2006, 371). Der Senat kann bei dem hier vorliegenden Flächenverhältnis kein Indiz für eine bloße Verhinderungsplanung erkennen, zumal im Vergleich zur bisherigen Ausweisung von lediglich 0,027% der Regionsfläche eine gravierende Steigerung der Flächen für die Windenergienutzung vorliegt.

Der Regionalplan-Entwurf ist auch nicht deswegen zu beanstanden, weil es grundsätzlich Ziel ist, möglichst mehrere Windkraftanlagen auf bestimmten Flächen zu konzentrieren und damit indirekt Windparks den Vorrang gegenüber Einzelanlagen einzuräumen. Zum einen sind nach den Zielen des Regionalplans Einzelanlagen weder ausdrücklich noch indirekt ausgeschlossen. Es besteht zum anderen aber auch ein berechtigtes öffentliches Interesse, die Windenergienutzung zu kanalisieren und Fehlentwicklungen entgegenzusteuern, um somit die „Verspargelung“ der Landschaft zu verhindern. Daher ist es planerisch zur optimalen Nutzung der vorhandenen Flächen wünschenswert, dass mehrere Anlagen in einem Vorranggebiet errichtet werden können. Es ist jedoch rechtlich keineswegs ausgeschlossen, dass mehrere Einzelgenehmigungen für eine Konzentrationsfläche erteilt werden. Dies mag sich aus wirtschaftlichen Gründen in der Regel nicht anbieten. Es ist aber gerade nicht das erklärte Ziel des Regionalplans Einzelanlagen zu verhindern, solange sich diese in ausgewiesenen Vorranggebieten befinden.

d) Nach der im vorliegenden Fall vorzunehmenden Abwägung im Einzelfall steht der unbenannte öffentliche Belang in Form der in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung dem Vorhaben auch entgegen.

Ob ein öffentlicher Belang einem privilegierten Vorhaben im Einzelfall entgegensteht, ist im Weg einer „nachvollziehenden“ Abwägung zu ermitteln (vgl. BVerwG vom 01. 07. 2010 – 4 C 4/08 a. a. O.; vom 27. 01. 2005 – 4 C 5/04 a. a. O. m. w. N.). Dabei sind die öffentlichen Belangen je nach ihrem Gewicht und dem Grad ihrer nachteiligen Betroffenheit einerseits sowie das kraft der gesetzlichen Privilegierung gesteigert durchsetzungsfähige Privatinteresse an der Verwirklichung des Vorhabens andererseits einander gegenüberzustellen. Ein in Aufstellung befindliches Ziel besitzt dabei nicht das Gewicht, das § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB den bereits wirksam festgelegten Zielen der Raumordnung verleiht. Es kann sich jedoch auch gegen ein privilegiertes Vorhaben durchsetzen (vgl. BVerwG vom 1. 07. 2010 – 4 C 4/08 a. a. O.; vom 13. 03. 2003 – 4 C 3.02 a. a. O.). Um das private Interesse des Bauherrn an der Verwirklichung des Vorhabens gegen die in Aufstellung befindliche Planung nachvollziehend abwägen zu können, muss feststehen, welche Belange bereits Gegenstand der planerischen Abwägung waren und ob beim Baugrundstück besondere Umstände vorliegen, die bei der Abwägung noch nicht berücksichtigt wurden.

Im vorliegenden Fall wurde das Gebiet Nr. 143 vom Beigeladenen aus mehreren Gründen für nicht geeignet gehalten, um als Vorranggebiet für die Nutzung von Windenergie dienen zu können. Es handelt sich also nicht nur um den Ausschluss eines Gebiets aus lediglich einem Grund. Damit liegt ein umso gewichtigerer öffentlicher Belang für die hier vorzunehmende Abwägung vor. Eine einzelne Windkraftanlage außerhalb der dafür vorgesehenen Vorranggebiete würde zudem das Planungsziel der Konzentration erheblich unterlaufen. Demgegenüber hat der Kl. außer seinem Interesse an der Verwirklichung seines Vorhabens keine besonderen Umstände vorgetragen. Es ist auch nicht erkennbar, dass hinsichtlich des Baugrundstücks besondere Umstände vorliegen. Das Baugrundstück ist ausreichend windhöflich, was von Seiten des Beigeladenen nicht mehr bestritten wird. Allerdings ist die gesamte Region O. vergleichsweise windreich. Der Kl. ist nicht Eigentümer des Baugrundstücks, sondern darf dieses nur vertraglich nutzen. Eigentümer des Baugrundstücks ist der Freistaat Bayern (Forstverwaltung). Es ist ferner nicht erkennbar oder vorgetragen, dass dem Kl. an keiner anderen Stelle – innerhalb eines künftigen Vorranggebiets – ein Grundstück für sein Vorhaben zur Verfügung stehen könnte. Im Ergebnis fällt somit hier die Abwägung zulasten des Kl. aus.

2. Es kann deshalb dahinstehen, ob dem klägerischen Vorhaben auch der öffentliche Belang „Belange des Naturschutzes“ nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB entgegensteht.

Es ist nicht geklärt, ob tatsächlich ein Verstoß gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vorliegt. Die naturschutzfachliche Stellungnahme der Regierung von O. vom 19. 09. 2011 geht nunmehr davon aus, dass angesichts des derzeit bekannten Brutplatzes des Schwarzstorchs kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für die Tiere vorliegt. Das Tötungsrisiko bei kollisionsgefährdeten Fledermausarten (hier Großer Abendsegler und Zwergfledermaus) soll nicht signifikant erhöht sein, wenn geeignete Abschaltalgorithmen installiert werden. Allerdings steht bis heute nicht fest, ob überhaupt ein Vorkommen der genannten kollisionsgefährdeten Fledermausarten im Bereich des Bauortes besteht. Den nächsten Nachweis einer Population beider Arten gibt es in einer Entfernung von 2 bis 2,5 km zum geplanten Standort. Es fehlt jedoch an einem hinreichend substantiiert vorgetragenen Gefährdungspotenzial für beide Fledermausarten. Weder wurden seitens der Naturschutzbehörde Versuche unternommen, die tatsächlich vorkommenden bedrohten Arten zu ermitteln, noch beschäftigen sich die Ausführungen hinreichend substantiiert mit der Höhenlage des geplanten Standorts, der Größe der Anlage oder des Abstands der Rotoren von den Baumkronen. Vorgetragen wurde lediglich, dass die genannten Arten zusammen mit der Flughautfledermaus, für die es in der näheren Umgebung keinen Standortnachweis gibt, möglicherweise beim Durchzug während

Bayer. VGH: Windenergieanlage, in Aufstellung befindlicher Regionalplan, Vorbehalts- und Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung (ZfBR 2012, 170)

175

der Frühjahrs- und Herbstwanderungen zwischen den Sommer- und Winterquartieren betroffen sein könnten. Das Bayerische Staatsministerium für Umwelt und Gesundheit fordert in seinen „Vorläufigen Hinweisen für die naturschutzrechtliche Prüfung von Windkraftanlagen“, dass vielmehr regelmäßige Aufenthalte nachzuweisen sind und das signifikant erhöhte Risiko jeweils im Einzelfall in Bezug auf die Lage der Windkraftanlage, die jeweiligen Artenvorkommen und die Biologie der Arten (Schlagrisiko) zu klären sind. Insoweit fehlt ein Vortrag seitens des Bekl.. Ein solcher Bericht hätte auch im Hinblick auf die bloße Annahme, dass die beiden genannten Arten tatsächlich am Bauort vorkommen, erfolgen können. Auch sind seit Jahren einige Kilometer nordöstlich des geplanten Standorts Windkraftanlagen in Betrieb, zu welchen offensichtlich bis heute keine entsprechenden Erhebungen bzw. Beobachtungen gemacht wurden. Ob im Hinblick auf die Entfernung des Nachweises eines Standorts kollisionsgefährdeter Arten und die Tatsache, dass es sich hier lediglich um eine einzelne Windkraftanlage handelt, die Forderung des Bekl. nach einer speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung (saP) eine Forderung „ins Blaue hinein“ darstellt, kann hier letztlich dahinstehen. Nach der Rechtsprechung (BVerwG vom 9. 07. 2008 – 9 A 14/07 BVerwGE 131, 274 = NVwZ 2009, 302) ist der Vorhabensträger nicht verpflichtet ein lückenloses Arteninventar zu erstellen. Die Untersuchungstiefe hängt vielmehr maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall ab. Lassen bestimmte Vegetationsstrukturen sichere Rückschlüsse auf die faunistische Ausstattung zu, so kann es mit der gezielten Erhebung der insoweit maßgeblichen repräsentativen Daten sein Bewenden haben. Untersuchungen quasi „ins Blaue hinein“ sind nach Auffassung des BVerwG nicht veranlasst. Hier wurde seitens der Naturschutzbehörde lediglich vorgetragen, dass die Vegetation als Lebensraum geeignet wäre. Dies reicht zwar noch aus, um im Rahmen der Regionalplanung das Gebiet als Ausbreitungsgebiet der bedrohten Fledermausarten vorzuhalten. Der Senat hat jedoch Zweifel, ob allein auf diese



allgemeine Aussage gestützt bereits „sichere Rückschlüsse“ auf das Vorhandensein der hier in Frage stehenden kollisionsgefährdeten Arten möglich sind.

---

**Parallelfundstellen:**

BeckRS 2011, 56627 ◆ GewA 2012, 95

**VGH München, Beschluss vom 28.04.2014 - 22 ZB 12.1075****Titel:**

Windkraftanlage, Zulassungsgrund, Windenergie, Genehmigungsfähigkeit, Rotmilan, streng geschützte Vogelart, öffentliche Belange, ernstliche Zweifel, Artenschutz, Berufungszulassung, immissionsschutzrechtliche Genehmigung, Landschaftspflege, Naturschutz

**Normenketten:**

*VwGO § 124 II Nrn. 1 u. 2*

*BauGB § 35 III 1 Nr. 5, S. 2 u. 3*

*BNatSchG § 44 I Nr. 1*

**Orientierungssatz:**

Erfolgloser Antrag auf immissionsschutzrechtliche Genehmigung von Windkraftanlagen;

In Aufstellung befindliche, die Windkraftnutzung betreffende Teilfortschreibung eines Regionalplans;

In Aussicht genommene Einstufung aller nicht als Vorrang- oder Vorbehaltsgebiete festgelegten Flächen als Ausschlussgebiete;

Konzentration der Windkraftnutzung in Vorrang- oder Vorbehaltsgebieten und Ausschluss einer solchen Nutzung andernorts jeweils nur „in der Regel“;

Noch fehlende abschließende Entscheidung über den Entwurf des Regionalplans;

Rechtliche Beachtlichkeit auch eines solchen Entwurfs angesichts zweifelsfrei fehlender Eignung der Vorhabensfläche für die Errichtung von Windkraftanlagen aus Gründen des Landschafts- und des Vogelschutzes.

**Rechtsgebiete:**

Umweltrecht, Verwaltungsverfahren und -prozess, Öffentliches Baurecht

**Schlagworte:**

Windkraftanlage, Zulassungsgrund, Windenergie, Genehmigungsfähigkeit, Rotmilan, streng geschützte Vogelart, öffentliche Belange, ernstliche Zweifel, Artenschutz, Berufungszulassung, immissionsschutzrechtliche Genehmigung, Landschaftspflege, Naturschutz

**Vorinstanzen:**

VG Würzburg, *Urteil* vom 17.04.2012 - W 4 K 11.359

VG Würzburg, *Urteil* vom 17.04.2012 - W 4 K 11.359

**ECLI:**

ECLI:DE:BAYVGH:2014:0428.22ZB12.1075.0A

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

22 ZB 12.1075

Beschluss

vom 28. April 2014

(VG Würzburg, Entscheidung vom 17. April 2012, Az.: W 4 K 11.359)

22. Senat

Sachgebietsschlüssel:

Hauptpunkte:

- erfolgloser Antrag auf immissionsschutzrechtliche Genehmigung von Windkraftanlagen;
- in Aufstellung befindliche, die Windkraftnutzung betreffende Teilfortschreibung eines Regionalplans;
- in Aussicht genommene Einstufung aller nicht als Vorrang- oder Vorbehaltsgebiete festgelegten Flächen als Ausschlussgebiete;
- Konzentration der Windkraftnutzung in Vorrang- oder Vorbehaltsgebieten und Ausschluss einer solchen Nutzung andernorts jeweils nur „in der Regel“;
- noch fehlende abschließende Entscheidung über den Entwurf des Regionalplans;
- rechtliche Beachtlichkeit auch eines solchen Entwurfs angesichts zweifelsfrei fehlender Eignung der Vorhabensfläche für die Errichtung von Windkraftanlagen aus Gründen des Landschafts- und des Vogelschutzes.

Rechtsquellen:

In der Verwaltungsstreitsache

...

gegen

..., vertreten durch: Landesadvokatur ...

- Beklagter -

wegen immissionsschutzrechtlicher Genehmigung;

hier: Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Würzburg vom 17. April 2012,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 22. Senat,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Schenk, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Dietz, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Ertl, ohne mündliche Verhandlung am 28. April 2014 folgenden Beschluss:

I.

Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird abgelehnt.

II.

Die Klägerin trägt die Kosten des Antragsverfahrens.

III.

Der Streitwert wird für das Antragsverfahren auf 341.525 Euro festgesetzt.

### **Gründe:**

I.

**1**Die Klägerin beantragte am 25. März 2010 beim Landratsamt Rhön-Grabfeld die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung von vier Wind Kraftanlagen im Gebiet der Gemeinde H. Sie sollen - bei einem Rotordurchmesser von 104 m - eine Gesamthöhe von 152 m aufweisen und auf einer zum Naturpark „... Rhön“ gehörenden Feldflur errichtet werden, die westlich von H. dergestalt in den S. Forst rechts der Saale hineinragt, dass die Vorhabensfläche im Norden, Westen und Süden von einem Landschaftsschutz- bzw. einem landschaftlichen Vorbehaltsgebiet umgeben ist.

**2**Das Landratsamt lehnte die Erteilung der beantragten Genehmigung durch Bescheid vom 4. Juli 2011 ab, da das Vorhaben den Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG erfülle; zudem stünden ihm Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB) entgegen.

**3**Die auf Aufhebung dieses Bescheids und Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung der beantragten Genehmigung gerichtete Klage der Klägerin wies das Verwaltungsgericht durch Urteil vom 17. April 2012 als unbegründet ab, da dem Vorhaben Ziele entgegenstünden, die sich aus der in Aufstellung befindlichen Änderung des Abschnitts 5.3 („Windkraftanlagen“) im Kapitel B VII („Energieversorgung“) des Regionalplans Main-Rhön ergäben (Abschnitt 1 der Entscheidungsgründe). Zudem spreche vieles dafür, dass auch der Versagungsgrund des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB eingreife. Denn aufgrund der in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Erkenntnisse lägen gewichtige Anhaltspunkte dafür vor, dass der Rotmilan bei Errichtung der von der Klägerin geplanten Windkraftanlagen einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko im Sinn von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ausgesetzt wäre (Abschnitt 2 der Entscheidungsgründe).

**4**Zur Begründung ihres Antrags, gegen dieses Urteil die Berufung zuzulassen, macht die Klägerin geltend, es lägen Zulassungsgründe im Sinn von § 124 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 VwGO vor.

II.

**5**Der Antrag auf Zulassung der Berufung bleibt ohne Erfolg, da sich aus den Darlegungen in der Antragsbegründung (vgl. zu ihrer Maßgeblichkeit § 124 a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 Satz 2 VwGO) nicht ergibt, dass die Voraussetzungen der von der Klägerin in Anspruch genommenen Zulassungsgründe erfüllt sind.

**6**1. Soweit die Klägerin ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung im Sinn von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO geltend macht, kann dahinstehen, ob sie Gesichtspunkte vorgebracht hat, die die Tragfähigkeit einzelner Argumente erschüttern, auf die das Verwaltungsgericht die Feststellung gestützt hat, dass der Genehmigungsfähigkeit des streitgegenständlichen Vorhabens Ziele entgegenstehen, die in die in Aufstellung befindliche Änderung des einschlägigen Regionalplans Eingang finden sollen. Da die weiteren Erwägungen, mit denen das Verwaltungsgericht diese Auffassung begründet hat, durch die Klägerin nicht in beachtlicher Weise angegriffen wurden und diese Gesichtspunkte ausreichen, um das angefochtene Urteil zu tragen, ist es der Klägerin nicht gelungen, die Ergebnisrichtigkeit dieser Entscheidung in der erforderlichen Weise in Frage zu stellen.

**71.1** Anknüpfend an die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. März 2003 (4 C 3.02 - NVwZ 2003, 1261), vom 27. Januar 2005 (4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364) und vom 1. Juli 2010 (4 C 4.08 - BVerwGE 137, 247) sowie des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 17. November 2011 (2 BV 10.2295 - VGH n. F. 64, 217) ging das Verwaltungsgericht in Abschnitt 1.3 der Gründe seiner Entscheidung davon aus, dass ein erst in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung der Zulässigkeit eines Vorhaben nur dann im Sinn von § 35 Abs. 1 BauGB entgegenstehen kann, wenn es u. a. bereits „ein Mindestmaß an inhaltlicher Konkretisierung“ erreicht hat (BVerwG, U. v. 27.1.2005 a. a. O. S. 371). Das zukünftige Ziel muss geeignet sein, „ohne weiteren planerischen Zwischenschritt unmittelbar auf die Zulassungsentscheidung durchzuschlagen“; es muss „bereits so eindeutig bezeichnet sein, dass es möglich ist, das Bauvorhaben ... an ihm zu messen und zu beurteilen, ob es mit ihm vereinbar wäre“ (BVerwG, U. v. 27.1.2005 a. a. O. S. 371 f.). Die insoweit erforderliche Detailschärfe weist es erst auf, „wenn es zeichnerisch oder verbal so fest umrissen ist, dass es anderen Behörden und der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden kann“ (BVerwG, U. v. 27.1.2005 a. a. O. S. 372).

**8**Die Behauptung der Klägerin, der Regionale Planungsverband habe für den von einer Richtfunktrasse und der sie umgebenden Fresnelzone nicht erfassten Teil der in den S. Forst rechts der Saale hineinragenden Flur keine planerische Aussage treffen wollen, lässt unberücksichtigt, dass der Planungsausschuss des Regionalen Planungsverbands Main-Rhön am 25. Juli 2011 beschlossen hat, in den Abschnitt 5.3 des Kapitels B VII des Textteils des Regionalplans als Nummer 5.3.2 folgendes Ziel aufzunehmen:

**9**„Windkraftanlagen sind in der Regel in den Vorrang- und Vorbehaltsgebieten für Windkraftnutzung zu konzentrieren und in den Gebieten außerhalb der Vorrang- und Vorbehaltsgebiete in der Regel ausgeschlossen.“

**10**Von der Regel des Satzes 1 ausgenommen

**11**- sind die bereits errichteten oder rechtskräftig genehmigten Windkraftanlagen;

**12**- ist die Errichtung von Windkraftanlagen in Sondergebieten (Konzentrationsflächen) für Windkraftnutzung, die in Flächennutzungsplänen dargestellt sind, die beim Inkrafttreten der X-ten Verordnung zur Änderung des Regionalplans der Region Main-Rhön (3) vom ... bereits rechtswirksam sind.“

**13**Aus der zweiten Hälfte des Satzes 1 der geplanten Nummer 5.3.2 geht eindeutig hervor, dass sich der Regionale Planungsverband hinsichtlich derjenigen Flächen, die er nicht als Vorrang- oder Vorbehaltsgebiete für Windkraftnutzung festzulegen beabsichtigt, keineswegs jedweder planerischen Aussage enthalten hat. Wenn dort Windkraftanlagen (vorbehaltlich der sich aus dem Satz 2 der künftigen Nummer 5.3.2 ergebenden Einschränkungen) künftig ausgeschlossen sein sollen, so kommt darin der Wille dieses Planungsträgers zum Ausdruck, dass es sich bei solchen Flächen nach dem Inkrafttreten der entsprechenden Änderungsverordnung vielmehr um Ausschlussgebiete im Sinn von Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayLplG in der bis einschließlich 30. Juni 2012 geltenden Fassung vom 27. Dezember 2004 (GVBl S. 521, BayRS 230-1-W; nachfolgend „BayLplG a. F.“ genannt) bzw. im Sinn von Art. 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayLplG in der seit dem 1. Juli 2012

geltenden Fassung vom 25. Juni 2012 (GVBl S. 254, BayRS 230-1-W; im Folgenden: „BayLplG n. F.“) handeln soll.

**14**Da das Areal, auf dem die Klägerin Windkraftanlagen errichten will, nach den planerischen Absichten, wie sie in dem am 25. Juli 2011 beschlossenen Entwurf einer Änderung des Regionalplans Niederschlag gefunden haben, weder zu den Vorrang- noch zu den Vorbehaltsgebieten gehören soll, zählt es zu den Flächen, die nach dem Willen des Regionalen Planungsverbandes (vorbehaltlich der sich aus dem Satz 2 der in Aussicht genommenen Nummer 5.3.2 des Kapitels B VII des Regionalplans ergebenden Ausnahmen) von Windkraftanlagen freizuhalten sind.

**15**1.2 Dem Vorhaben steht ein Ziel der Raumordnung, das noch keine Verbindlichkeit erlangt hat, sondern Bestandteil eines erst in Aufstellung befindlichen Raumordnungsplans ist, ferner entgegen, wenn die hinreichend sichere Erwartung gerechtfertigt ist, dass der Entwurf der Zielfestlegung zu einer verbindlichen Vorgabe im Sinn von § 3 Nr. 2 ROG in der bis einschließlich 30. Juni 2009 geltenden Fassung vom 18. August 1997 (BGBl I S. 2081) bzw. von § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG in der derzeit geltenden Fassung vom 22. Dezember 2008 (BGBl I S. 2986) erstarken wird (BVerwG, U. v. 27.1.2005 - 4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364/372). Damit diese Voraussetzung bejaht werden kann, muss die Planung ein genügendes Maß an Verlässlichkeit bieten (BVerwG, U. v. 27.1.2005 a. a. O. S. 372). Das ist dann der Fall, wenn entweder ein Planungsstand erreicht ist, der die Prognose nahe legt, dass die ins Auge gefasste planerische Aussage Eingang in die endgültige Fassung des Raumordnungsplans finden wird (BVerwG, U. v. 27.1.2005 a. a. O. S. 372), oder wenn - falls das Aufstellungsverfahren dieses Stadium noch nicht erreicht hat - sich bereits absehen lässt, dass die Windkraftanlage auf einem Grundstück errichtet werden soll, das in einem Raum liegt, der für eine Windenergienutzung von vornherein tabu ist oder aus sonstigen Gründen erkennbar nicht in Betracht kommt (BVerwG, U. v. 27.1.2005 a. a. O. S. 373). Je eindeutiger es hierbei nach den konkreten Verhältnissen auf der Hand liegt, dass der Bereich, in dem das Baugrundstück liegt, Merkmale aufweist, die ihn als Ausschlusszone prädestinieren, desto eher ist die Annahme gerechtfertigt, der Plangeber werde diesem Umstand in Form einer negativen Zielaussage Rechnung tragen (BVerwG, U. v. 27.1.2005 a. a. O. S. 373).

**16**Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts, die durch die Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung allenfalls zu einem nicht entscheidungserheblichen Teil erschüttert werden, sollen die verfahrensgegenständlichen Windkraftanlagen jedenfalls auf einer Fläche errichtet werden, die im Sinn der zweiten in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Januar 2005 (4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364/373) dargestellten Alternative für diesen Zweck zweifelsfrei nicht in Betracht kommt. Einer Ausweisung dieser Flur als Vorrang- oder Vorbehaltsgebiet für die Nutzung der Windenergie stehen zum einen der landschaftsprägende Charakter des dortigen Höhenrückens (dazu nachfolgend unter 1.2.1), zum anderen der Umstand entgegen, dass das im Norden, Westen und Süden vom S. Forst rechts der Saale eingerahmte Areal mindestens einer streng geschützten Vogelart - nämlich dem Rotmilan - als Niststätte und Nahrungshabitat dient (1.2.2).

**17**Dementsprechend hat sich das Verwaltungsgericht der in einem Schreiben des Regionalen Planungsverbandes Main-Rhön an das Landratsamt vom 22. Dezember 2011 zum Ausdruck gebrachten und seitens der Regionalplanungsstelle in der mündlichen Verhandlung bekräftigten Auffassung angeschlossen, dass die Festlegung der Fläche, auf der die Klägerin die verfahrensgegenständlichen Windkraftanlagen errichten möchte, als Vorrang- oder Vorbehaltsgebiet für die Nutzung der Windenergie mit einem im Landesentwicklungsprogramm 2006 festgelegten Ziel (dessen Inhalt auf Seite 17 oben der Entscheidungsgründe referiert und dessen Nummer dort ausdrücklich erwähnt wird) unvereinbar wäre.

**18**1.2.1 Soweit die Nummer 2.2.9.2 des Landesentwicklungsprogramms 2006 der Festlegung von Vorrang- oder Vorbehaltsgebieten für die Nutzung der Windenergie auf landschaftsprägenden Geländerücken entgegenstand, („Freileitungsstrassen, Windkraftanlagen und andere weithin sichtbare Einrichtungen sollen ... landschaftsprägende Geländerücken und schutzwürdige Belange der Tier- und Pflanzenwelt, insbesondere den Vogelschutz, nicht beeinträchtigen.“) hat die Klägerin in Abrede gestellt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen dieses planungsrechtlichen Ziels vorlägen. Bei den für die Verwirklichung des Vorhabens vorgesehenen Grundstücken handele es sich um gewöhnliche, von intensiver Landwirtschaft geprägte Flächen, die sich innerhalb einer von menschlicher Siedlungstätigkeit geprägten Mittelgebirgslandschaft befänden, wie sie für einen Großteil Deutschlands typisch sei. Sie würden in keiner Hinsicht eine besonders exponierte Lage aufweisen; eine Verunstaltung des Landschaftsbildes - sie setze eine in ästhetischer Hinsicht grobe Unangemessenheit des Vorhabens voraus, die auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden werde - sei nicht erkennbar. Ohnedies dürfe eine Verunstaltung des Landschaftsbildes wegen der erhöhten Durchsetzungsfähigkeit privilegierter Vorhaben nur im Ausnahmefall angenommen werden, was z. B. dann der Fall sein könne, wenn eine aufgrund ihrer Schönheit oder Funktion besonders schutzwürdige Umgebung oder ein besonders grober Eingriff in das Landschaftsbild inmitten stünden.

**19**Soweit diese Darlegungen darauf abzielen, die Voraussetzungen des in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB enthaltenen Tatbestandsmerkmals der „Verunstaltung des Landschaftsbilds“ in Abrede zu stellen, erweisen sie sich als unbehelflich. Denn das Verwaltungsgericht hat die fehlende Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens nicht aus dieser Bestimmung hergeleitet. Wenn das angefochtene Urteil auf Seite 17 oben auf die Lage der verfahrensgegenständlichen Windkraftanlagen auf einem „auffälligen Geländerücken“ abgestellt hat, so geschah das vielmehr, um nachzuweisen, dass die vom Regionalen Planungsverband beabsichtigte Festlegung der Vorhabensfläche als ein Ausschlussgebiet im Sinn von Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayLplG a. F. aller Voraussicht nach deswegen zu einem verbindlichen Ziel der Raumordnung würde erstarken müssen, weil eine regionalplanerische Zulassung der Errichtung von Windkraftanlagen in diesem Areal mit dem sich aus Art. 18 Abs. 1 BayLplG a. F. ergebenden Gebot der Konkordanz des Regionalplans mit einschlägigen Festlegungen der nächsthöheren Stufe der Raumordnung (hier: dem Landesentwicklungsprogramm 2006) unvereinbar gewesen wäre.

**20**Die Annahme des Verwaltungsgerichts, die verfahrensgegenständlichen Anlagen sollten auf einem „landschaftsprägenden Geländerücken“ im Sinn der Nummer 2.2.9.2 des Landesentwicklungsprogramms 2006 errichtet werden, stützt sich zum einen auf die bei den Akten befindlichen kartografischen Darstellungen, zum anderen auf mehrere übereinstimmende Bekundungen öffentlicher Stellen, die die topografischen Gegebenheiten jeweils bereits für sich genommen, erst recht aber in ihrer Zusammenschau überzeugend und in zweifelsfreier Weise wiedergeben. Die Begründung des Zulassungsantrags hat dem nichts Durchgreifendes entgegengesetzt.

**21**Ausweislich der Angaben auf Seite 3 der im Auftrag der Windpark W. Betriebs und Verwaltungs GmbH erstellten Studie „Vorprüfung zur Umweltverträglichkeit (DER) zur Errichtung von vier Windenergieanlagen am Standort H.“ liegen die Grundstücke, auf denen die geplanten Anlagen entstehen sollen, ca. 340 bis 360 m über NN. Aus der Karte, die sich als Blatt 197 in dem vom Landratsamt im ersten Rechtszug vorgelegten Ordner „Antragsunterlagen“ befindet, geht hervor, dass dieses Areal nach Süden hin in eine dreieckige Geländeform ausläuft, die dergestalt steil in das Tal der Fränkischen Saale abfällt, dass sie im Osten, Süden und Westen von diesem Flusslauf umschlossen wird. Der gleichen Karte lässt sich entnehmen, dass die Fränkische Saale selbst in diesem Abschnitt 225 bzw. 224 m über NN verläuft (vgl. die Höhenangabe, die in dieser Karte an der Brücke eingetragen ist, auf der die Kreisstraße NES 17 ein Fließgewässer überquert, das kurz danach in die Fränkische Saale einmündet, sowie die ebendort vermerkte, den im Westen des vorerwähnten Geländevorsprungs unmittelbar an der Fränkischen Saale liegenden Ort O. betreffende Höhenangabe). Bereits angesichts dieser Gegebenheiten kann nicht ernstlich bezweifelt werden, dass ein Geländevorsprung, der sich in dreieckiger Gestalt steil in ein mäandrierendes, ca. 120 bis 135 m tiefer verlaufendes Flusstal vorschiebt, als „landschaftsprägender Geländerücken“ im Sinn der Nummer 2.2.9.2 des Landesentwicklungsprogramms 2006 angesehen werden muss.

**22**Zwar sollen - wie in der Begründung des Zulassungsantrags zutreffend angemerkt wird - die Windkraftanlagen nicht unmittelbar auf diesem Geländevorsprung, sondern etwas zurückgesetzt hiervon errichtet werden. Das ändert indes nichts daran, dass sie aus größerer Entfernung sichtbar wären und landschaftsprägend wirken würden. Dies gälte selbst dann, wenn der Wald, mit dem der westliche und südliche Teil des Geländevorsprungs ausweislich der vorerwähnten Karte bestanden ist, aus diesen beiden Himmelsrichtungen ganz oder teilweise als Sichtbarriere wirken würde. Denn jedenfalls im Osten des Vorhabens - mithin in Richtung auf Bad Neustadt a. d. Saale und H. hin - existieren ausweislich dieser Karte keine topografischen Hemmnisse, die der Wahrnehmbarkeit der geplanten Windkraftanlagen entgegenstünden. Auch die Lichtbilder, die sich jeweils auf den Deckblättern des anlässlich des verfahrensgegenständlichen Vorhabens erstellten landschaftspflegerischen Begleitplans, des Berichts zur Schattenwurfprognose und des Berichts über die Ergebnisse der speziellen artenschutzrechtlichen Prüfung finden, bestätigen, dass sich östlich der in Aussicht genommenen Standorte ein flaches, nur mit wenigen Gehölzen bestandenes Gelände erstreckt, das weite Sichtbeziehungen ermöglicht.



**23**Dieser Befund wird durch mehrere im Laufe des Genehmigungsverfahrens von fachkundiger Seite abgegebene Stellungnahmen bestätigt. Die Regierung von Unterfranken und der Regionale Planungsverband Main-Rhön haben in ihren weithin wortgleichen Stellungnahmen vom 28. April 2010 bzw. vom 4. Mai 2010 jeweils angemerkt, die geplanten Windkraftanlagen würden nicht nur aufgrund ihrer Höhe, sondern auch „angesichts ihrer landschaftlich sehr exponierten Standorte (...) eine große Fernwirkung entwickeln und somit das Landschaftsbild entsprechend verändern.“ Der Standort befinde sich „auf einem auffälligen Geländerücken, der von der Fränkischen Saale in einer markanten Schleife in einem tief eingeschnittenen Tal umflossen wird, der als eine der höchsten Erhebungen der weiteren Umgebung die Landschaft deutlich prägt und der weithin zu sehen ist.“ In den Abschnitten 2.3 und 4 beider Stellungnahmen wird ferner auf die „hohe landschaftliche Wertigkeit“ des betroffenen Areals hingewiesen. In Übereinstimmung damit hat der Kreisheimatpfleger des Landkreises Rhön-Grabfeld am 1. Juni 2010 ausgeführt, die geplanten Anlagen würden nicht nur das Landschaftsbild von H., sondern „weit darüber hinaus“ beeinträchtigen. Das innerhalb des Landratsamts bestehende Umweltamt schließlich hat in seiner Stellungnahme vom 15. Juni 2011 zu dem von der Klägerin beigebrachten landschaftspflegerischen Begleitplan kritisch angemerkt, darin sei auf die Fernwirkung der Windkraftanlage nicht eingegangen worden; jene Ausarbeitung vermittle den Eindruck, die Anlage werde außerhalb eines Radius von 5 km nicht oder nicht erheblich in Erscheinung treten. Die darin enthaltene pauschale Aussage, in einem waldreichen Mittelgebirge werde der Aspekt der Sichtbarkeit überschätzt, sei jedoch - speziell auf die Rhön bezogen - falsch, da sich die dortige Landschaft von anderen Mittelgebirgen durch die zahlreichen Sichtbeziehungen deutlich abhebe.

**24**1.2.2 Ebenfalls keine ernstlichen Zweifel ergeben sich aus der Begründung des Zulassungsantrags gegen die Richtigkeit der auf Seite 17 des angefochtenen Urteils festgehaltenen Auffassung des Verwaltungsgerichts, an der geplanten Festlegung der für das verfahrensgegenständliche Vorhaben in Aussicht genommenen Fläche als Ausschlussgebiet für die Nutzung der Windkraft werde sich im weiteren Fortgang des Verfahrens über die Fortschreibung des Regionalplans aller Voraussicht nach ferner deshalb nichts mehr ändern, weil einer anderslautenden planerischen Entscheidung aufgrund bestehender Brutnachweise u. a. des Rotmilans naturschutzfachliche Bedenken entgegenstünden.

**25**Das Landratsamt hat dem Verwaltungsgericht mit Schreiben vom 5. April 2012 mitgeteilt, der Fachreferent für Naturschutz dieser Behörde habe am 4. April 2012 bei H. einen Horst des Rotmilans entdeckt. An diesem Horst seien die beiden Alttiere vorgefunden und zeitgleich dazu zwei weitere Rotmilane beobachtet worden, die über den Ackerflächen gejagt hätten. Der durch wiederholte Beobachtungen von Rotmilanen erhärtete Verdacht, dass sich im Untersuchungsgebiet Brutplätze befinden könnten, und die von der Klagepartei verkannte hohe Bedeutung der betroffenen Flächen für den Rotmilan hätten sich damit bestätigt.

**26**Bei den im Schreiben vom 5. April 2012 erwähnten „wiederholten Beobachtungen“ handelt es sich erkennbar vor allem um die Wahrnehmungen einer Privatperson, die dem Landratsamt im Anschluss an mehrere vorangegangene diesbezügliche Mitteilungen eine

am 31. März 2011 erstellte, den Zeitraum vom 5. bis zum 31. März 2011 umfassende Auflistung hatte zukommen lassen, in der 42 - zum Teil mehrere Exemplare umfassende - Sichtungen von Rotmilanen dokumentiert wurden. Ausweislich der vom Mitteleiler erstellten Karte (Bl. 200 der im Genehmigungsverfahren angefallenen Akte des Landratsamts) bezogen sich die weitaus meisten dieser Wahrnehmungen auf Orte, die sich innerhalb der für die Aufstellung der Windkraftanlagen in Aussicht genommenen, im Norden, Westen und Süden vom S. Forst rechts der Saale umgebenen Flur befinden. Der Annahme des Verwaltungsgerichts, dass Nr. 2.2.9.2 des LEP 2006 auch aus diesem Grund der Zulassung der Errichtung von Windkraftanlagen entgegenstehe, hat die Klägerin nichts Durchgreifendes entgegengesetzt.

**27**Der Regionale Planungsverband Main-Rhön hatte bei Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug die Bindung an das in der Nummer 2.2.9.2 des Landesentwicklungsprogramms 2006 festgelegte Ziel zu beachten, die sich für ihn gemäß Art. 18 Abs. 1 BayLplG a. F. ergab. Das in der Nummer 2.2.9.2 verankerte Postulat der Nichtbeeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Tier- und Pflanzenwelt greift deutlich über die Reichweite des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG hinaus; es wird z. B. bereits dann missachtet, wenn durch Windkraftanlagen der Bruterfolg einer streng geschützten Vogelart gefährdet wird, da in diesem Fall die Bemühungen um ihre Erhaltung einen Rückschlag erleiden. Der Zeuge S. hat bei seiner Einvernahme durch das Verwaltungsgericht diesbezüglich ausgeführt, dass während des gesamten betroffenen Jahres keine Brut mehr stattfinde, wenn ein Rotmilan durch eine Windkraftanlage von seinem Nistplatz vertrieben werde. Die Klägerin hat dagegen nichts Durchgreifendes eingewandt.

**28**1.2.3 Unberücksichtigt bleiben muss im vorliegenden Verfahren auf Zulassung der Berufung, dass das seit dem 1. September 2013 geltende Landesentwicklungsprogramm Bayern vom 22. August 2013 (GVBl S. 550, BayRS 230-1-5-W; nachfolgend „Landesentwicklungsprogramm 2013“ genannt) kein der Nummer 2.2.9.2 des Landesentwicklungsprogramms 2006 unmittelbar entsprechendes Ziel mehr enthält. Zwar wäre diese Entwicklung in einem Berufungsverfahren zu beachten, da die Begründetheit einer auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung abzielenden Verpflichtungsklage von der bei Schluss der mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz bestehenden Sach- und Rechtslage abhängt. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit eines Urteils im Sinn von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO ergeben sich aus einer nach dem Erlass der angefochtenen Entscheidung eingetretenen Veränderung der Rechtslage indes nur, wenn dieser Umstand innerhalb der Antragsbegründungsfrist (§ 124 a Abs. 4 Satz 4 VwGO) geltend gemacht wurde; eine künftige Rechtsänderung, auf sich der Rechtsmittelführer innerhalb dieser Frist nicht berufen hat, muss unberücksichtigt bleiben (so ausdrücklich BVerwG, B.v. 15.12.2003 - 7 AV 2.03 - NVwZ 2004, 744/745; vgl. zur fehlenden Berücksichtigungsfähigkeit nachträglicher, nicht rechtzeitig vorgetragener Veränderungen der Sach- oder Rechtslage im Verfahren auf Zulassung der Berufung ferner z. B. OVG NRW, B.v. 12.1.1998 - 10 A 4078/97 - NVwZ 1998, 754/755; NdsOVG, B.v. 3.11.1998 - 9 L 5136/97 - DVBl 1999, 476/477; Seibert in Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 124 Rn. 97; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 124 Rn. 7 c; Redeker/von Oertzen, VwGO, 15. Aufl. 2010, § 124 Rn. 15 c). Den künftigen Wegfall der Nummer

2.2.9.2 des Landesentwicklungsprogramms 2006 hat die Klägerin in der Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung indes nicht einmal ansatzweise thematisiert.

**291.2.4** Sprechen jedenfalls die landschaftliche Wertigkeit der Vorhabensfläche und ihre Bedeutung als Lebensraum einer streng geschützten Vogelart dafür, dass sie im Sinn des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Januar 2005 (4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364/373) für eine Nutzung der Windenergie „erkennbar nicht in Betracht kommt“, so kann die tatsächliche und rechtliche Tragfähigkeit der weiteren Annahmen, aufgrund derer das Verwaltungsgericht zu diesem Ergebnis gelangt ist, dahinstehen.

**301.3** Keine ernstlichen Zweifel ergeben sich aus der Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung ferner daran, dass die Absicht des Regionalen Planungsverbandes, das Areal, auf dem die Klägerin die verfahrensgegenständlichen Windkraftanlagen errichten möchte, nicht als Vorrang- oder Vorbehalts-, sondern als Ausschlussgebiet für die Nutzung der Windenergie festzulegen, rechtliche Verbindlichkeit wird erlangen können (vgl. zu diesem dritten Kriterium, von dessen Erfüllung es abhängt, ob ein erst in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung einem Vorhaben entgegengehalten werden kann, ebenfalls BVerwG, U. v. 27.1.2005 - 4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364/373). Zu verneinen ist dieses Erfordernis dann, wenn dem Planentwurf Mängel anhaften, die sich als formelles oder materielles Wirksamkeitshindernis erweisen können (BVerwG, U. v. 27.1.2005 a. a. O. S. 374).

**31**Die Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung verneint die Rechtskonformität des Planentwurfs über die bereits vorstehend erörterten Argumente hinaus mit dem Argument, er stehe insofern in Widerspruch zur Gemeinsamen Bekanntmachung vom 20. Dezember 2011, als diese davon ausgehe, mit der Festlegung von Vorrang- oder Vorbehaltsgebieten für die Errichtung von Windkraftanlagen werde keine Aussage über die Nutzung der Windenergie außerhalb dieser Gebiete getroffen; aus einer solchen Festlegung könne mithin nicht abgeleitet werden, dass die Errichtung von Windkraftanlagen außerhalb von Vorrang- oder Vorbehaltsgebieten unzulässig sei.

**32**Dieser Einwand ist schon deshalb ungeeignet, ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils hervorzurufen, weil die Gemeinsame Bekanntmachung, wie die Klägerin auf Seite 4 des Schriftsatzes ihrer Bevollmächtigten vom 5. Juli 2012 selbst zutreffend festhält, ausdrücklich auch die Befugnis der Regionalen Planungsverbände erwähnt, bei Bedarf Ausschlussgebiete festzulegen. Dass die Gemeinsame Bekanntmachung den Regionalen Planungsverbänden die Möglichkeit einräumt, ggf. sogar alle Flächen innerhalb einer Region, die nicht als Vorrang- oder Vorbehaltsgebiete für die Nutzung der Windenergie festgelegt werden, zu diesbezüglichen Ausschlussgebieten zu bestimmen, folgt auch daraus, dass es im weiteren Fortgang des Abschnitts 2.2 dieser Bekanntmachung (S. 7) heißt: „Ausschlussgebiete können entweder - bei Vorliegen entsprechender Gründe - alle Gebiete außerhalb der Vorrang- und Vorbehaltsgebiete oder auch Teile davon umfassen.“ Von der erstgenannten dieser beiden Möglichkeiten hat der Regionale Planungsverband Main-Rhön im ersten Satz der Nummer 5.3.2 des Entwurfs einer Fortschreibung des Kapitels B VII des Regionalplans Gebrauch gemacht. Dass die Einstufung des im Norden, Westen und Süden vom S. Forst rechts der Saale umrahmten Areals als Ausschlussgebiet auf zumindest triftigen - wenn nicht sogar rechtlich zwingenden

- Gründen beruht, wurde im Vorstehenden dargelegt; ob dies auch für alle anderen im Entwurf der Fortschreibung des Regionalplans als Ausschlussgebiete vorgesehenen Flächen gilt, kann im vorliegenden Fall mangels Entscheidungserheblichkeit auf sich beruhen.

**33**1.4 Der unterschiedlichen rechtlichen Qualität, die erst in Aufstellung befindlichen Zielen der Raumordnung gegenüber solchen Zielen zukommt, die im Sinn von § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB bereits rechtsverbindlich festgelegt wurden, ist dadurch Rechnung zu tragen, dass erstere lediglich eine Berücksichtigungspflicht begründen (BayVGH, U. v. 17.11.2011 - 2 BV 10.2295 - VGH n. F. 217/219): Es ist im Weg einer nachvollziehenden Abwägung zu ermitteln, ob sie als sonstige („unbenannte“) öffentliche Belange gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB einem im Außenbereich privilegiert zulässigen Vorhaben entgegenstehen (BVerwG, U. v. 27.1.2005 - 4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364/366 m. w. N.; U. v. 1.7.2010 - 4 C 4.08 - BVerwGE 137, 247/258). Dabei sind die öffentlichen Belange je nach ihrem Gewicht und dem Grad ihrer nachteiligen Betroffenheit einerseits und das kraft der gesetzlichen Privilegierung gesteigert durchsetzungsfähige Privatinteresse an der Verwirklichung des Vorhabens andererseits einander gegenüberzustellen (BVerwG, U. v. 27.1.2005 a. a. O. S. 366).

**34**Dieser von Rechts wegen gebotenen Abwägung hat das Verwaltungsgericht in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils einen eigenständigen Abschnitt (Nr. 1.6) gewidmet. Im vorletzten Absatz des Abschnitts 1.2 der Entscheidungsgründe hat es zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein noch nicht rechtsverbindlich in Kraft gesetztes Ziel der Raumordnung einem privilegierten Vorhaben nur in der Gestalt eines unbenannten öffentlichen Belangs entgegengehalten werden kann, und dass aus ihm eine bloße Berücksichtigungspflicht folgt. All dies widerlegt die in der Begründung des Zulassungsantrags aufgestellte Behauptung, das Verwaltungsgericht habe die der beabsichtigten Fortschreibung des Regionalplans zugrunde liegenden Vorstellungen so behandelt, als handele es sich bei ihnen um bereits festgesetzte Ziele im Sinn von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

**35**Auch die Gesichtspunkte, mit denen die Klägerin die Rechtmäßigkeit der Abwägung in Frage zu stellen versucht, sind nicht geeignet, ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung hervorzurufen. Unter dem Gesichtspunkt der zu berücksichtigenden privaten Belange verweist die Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung darauf, dass die Klägerin in Gestalt der für den Bescheid vom 4. Juli 2011 zu entrichtenden Kosten sowie der Aufwendungen für die im Verwaltungsverfahren beigebrachten Gutachten und für die Sicherung der Grundstücke, auf denen die Windkraftanlagen errichtet werden sollen, bereits mehr als 200.000,- € ausgegeben habe, um das Vorhaben verwirklichen zu können. In diesen Investitionen manifestiert sich indes das typische Risiko, das ein Unternehmen eingeht, wenn es trotz noch fehlender Gewissheit darüber, ob ein Projekt tatsächlich und rechtlich realisierbar ist, zum Zweck seiner Ermöglichung finanzielle Mittel einsetzt. Stellt sich heraus, dass Belange des Gemeinwohls (hier: Erfordernisse des Artenschutzes und der Bewahrung des Landschaftsbilds) dem Vorhaben entgegenstehen, kann der Investor nicht verlangen, diese Anliegen müssten im Wege der Abwägung hinter seinen Wunsch zurücktreten, vor der Belastung mit vergeblichen Aufwendungen verschont zu bleiben. Zum Einen dient die Planung gerade der

Ermittlung, ob das Vorhaben am Standort verwirklicht werden kann oder andere Belange entgegenstehen, so dass die Planungsaufwendungen selbst kein abwägungserheblicher Belang sein können. Zum Anderen hätte es sonst ein privater Investor in der Hand, durch möglichst hohen Planungsaufwand entgegenstehende Gemeinwohlbelange zu beseitigen.

**36**Soweit das Ergebnis der vorgenommenen Abwägung u. a. damit begründet wurde, dass die Klägerin nicht Eigentümerin der Baugrundstücke, sondern nur deren Pächterin ist, rechtfertigt sich diese Differenzierung aus dem Umstand, dass ein Investor in allen Fällen, in denen für die Verwirklichung des von ihm geplanten Vorhabens mehr als nur ein einziges Grundstück in Betracht kommt, frei ist, sich für ein rechtlich und tatsächlich geeignetes Objekt zu entscheiden, während die Möglichkeiten des Eigentümers eines Grundstücks, aus ihm Nutzen zu ziehen, an die der jeweiligen Liegenschaft anhaftenden Merkmale gebunden sind: Immobilien weisen gerade nicht jedes Maß an Fungibilität auf, das für Finanzkapital kennzeichnend ist. An dem Umstand, dass die Klägerin für die Realisierung ihrer Absicht, durch die Erzeugung elektrischer Energie aus der Windkraft Gewinn zu erzielen, nicht zwingend auf die Nutzung derjenigen Flurstücke angewiesen ist, auf die sich der von ihr gestellte Genehmigungsantrag bezieht, würde sich nichts ändern, wenn sie sich - wie vorgetragen - zusätzlich zu den von ihr behauptetermaßen abgeschlossenen Pachtverträgen dingliche Sicherungen an den Grundstücken hätte einräumen lassen, auf denen sie die verfahrensgegenständlichen Anlagen errichten will.

**37**Mit dem Hinweis darauf, dass die Verpächter dieser Äcker sowie die Eigentümer derjenigen Nachbargrundstücke, die einzuhaltende Abstandsflächen auf ihre Besitztümer übernommen haben, Zahlungen nur bei Realisierung des Vorhabens erhalten würden, versucht die Klägerin in rechtlich unbeachtlicher Weise, Interessen Dritter (bei denen es sich im Übrigen um rechtlich noch in keiner Weise verfestigte, bloße Erwerbchancen handelt) zu ihren Gunsten zu instrumentalisieren. Gleiches gilt für ihren Hinweis auf das behauptete Interesse der Gemeinde H., durch die Verwirklichung des Vorhabens Steuereinnahmen zu erzielen.

**38**Das in § 1 Abs. 2 EEG zum Ausdruck kommende öffentliche Interesse am Ausbau erneuerbarer Energien überwiegt die Belange, die gegen die Errichtung von Windkraftanlagen an den von der Klägerin hierfür in Aussicht genommenen Standorten sprechen, schon deshalb nicht, weil die beiden im vorliegenden Fall nachteilig betroffenen Anliegen - nämlich dasjenige des Schutzes heimischer Tierarten und der Bewahrung kennzeichnender Landschaftsbilder - gemäß Art. 141 Abs. 1 Satz 4 BV in Bayern Verfassungsrang genießen. Eröffnet das Bundesrecht der vollziehenden Gewalt - wie das im Rahmen des Tatbestandsmerkmals des „Entgegenstehens“ öffentlicher Belange der Fall ist - einen Abwägungsspielraum, so müssen auch sich aus dem Landesverfassungsrecht ergebende Staatszielbestimmungen in eine solche Entscheidung einfließen (Möstl in Lindner/Möstl/Wolff, BV, 2009, Art. 141 Rn. 5; Holzner, BV, 2014, Art. 141 Rn. 3).

**39**2. Ebenfalls nicht aufgezeigt wird durch die Begründung des Zulassungsantrags, dass die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten im Sinn von § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO aufweist.

**40**Soweit die Klägerin in Abschnitt I.a des Schriftsatzes ihres Bevollmächtigten vom 5. Juli 2012 die Komplexität der Ermittlungs- und Abwägungsvorgänge anspricht, die mit der Aufstellung eines Regionalplans einhergehen, erweist sich dieses Argument als unbehelflich, da im vorliegenden Klageverfahren weder die Rechtmäßigkeit des gesamten Regionalplans der Region Main-Rhön noch auch nur die Rechtskonformität der geplanten Fortschreibung des Abschnitts 5.3 im Kapitel B VII dieses Regionalplans in ihrer Gesamtheit nachzuprüfen ist. Entscheidungserheblich kommt es vielmehr allein auf die Frage an, ob die in Aussicht genommene Neufassung dieses Teils des Regionalplans schon vor ihrem Inkrafttreten dem Vorhaben der Klägerin als Versagungsgrund nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegengesetzt werden kann. Die insoweit aufgeworfenen tatsächlichen und rechtlichen Probleme lassen sich, wie in Abschnitt II.1 dieses Beschlusses dargestellt, bereits anhand des Akteninhalts und der vorliegenden, gefestigten Rechtsprechung in eindeutiger Weise lösen. Die Erfordernisse, die erfüllt sein müssen, damit ein erst in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung der planungsrechtlichen Zulässigkeit sogar eines privilegierten Vorhabens im Sinn von § 35 Abs. 1 BauGB entgegengehalten werden kann, ergeben sich insbesondere aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Januar 2005 (4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364); die Subsumtion unter das nach dem Vorgesagten hier allein in Betracht kommende Kriterium des „für eine Windenergienutzung erkennbar nicht in Betracht kommenden Raumes“ (BVerwG, U. v. 27.1.2005 a. a. O. S. 373) führt im vorliegenden Fall unter doppeltem - nämlich unter landschafts- und unter artenschutzrechtlichem Gesichtspunkt - zu einem eindeutigen Ergebnis.

**41**Aus dem Umstand, dass das Landratsamt die für den Ablehnungsbescheid zu entrichtende Gebühr auf 42.522,- € festgesetzt hat, folgt entgegen dem Vorbringen in Abschnitt I.c der Antragsbegründung nicht, dass ein sich an einen solchen Bescheid anschließendes Gerichtsverfahren besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten im Sinn von § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO aufwerfen muss. Denn die Sach- und Rechtsfragen, die sich in einem (ggf. aufwändigen) Verwaltungsverfahren stellen, können durch die Behörde so gründlich aufbereitet und derart evident zutreffend beantwortet worden sein, dass sich die in einem anschließenden Rechtsstreit zu treffende Entscheidung als in jeder Hinsicht unproblematisch darstellt.

**423.** Die Voraussetzungen des Zulassungsgrundes der „grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache“ (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) sind nur erfüllt, wenn der Rechtsmittelführer eine konkrete tatsächliche oder rechtliche Frage formuliert, er ferner darlegt, dass diese Frage im Interesse der Rechtseinheit oder der Fortentwicklung des Rechts der Klärung in einem Berufungs- bzw. in einem sich daran ggf. anschließenden Revisionsverfahren bedarf, er - drittens - aufzeigt, dass diese Frage im anhängigen Rechtsstreit entscheidungserheblich ist, und sich aus seinem Vorbringen schließlich ergibt, dass sie sich in einzelfallübergreifender Weise beantworten lässt (vgl. z. B. Seibert in Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 124 a Rn. 211-214). Hinsichtlich keines der Gesichtspunkte, denen die Klägerin ausweislich der Ausführungen in Abschnitt II der Antragsbegründung vom 5. Juli 2012 grundsätzliche Bedeutung beimisst, genügt ihr Vorbringen diesen Erfordernissen.

**433.1** Sie begehrt eine Zulassung der Berufung nach § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zunächst mit der Begründung, in der Region Main-Rhön sei mit an Sicherheit grenzender

Wahrscheinlichkeit eine nicht absehbare Vielzahl von Genehmigungsanträgen für die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen zu erwarten, bei denen ebenfalls die Frage zu beantworten sein werde, „ob die in Aufstellung befindlichen Ziele des Regionalplanes bereits jetzt Ausschlusswirkung an andere[r] Stelle im Sinne [von] § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zukommt bzw. ob sie als unbenannter öffentlicher Belang im Sinne [von] § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB zu berücksichtigen sind.“ Soweit sich die Klägerin auf den Ablehnungsgrund des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bezieht, fehlt es bereits an der Darlegung der Entscheidungserheblichkeit dieses Gesichtspunkts. Denn weder hat das Verwaltungsgericht den Rechtssatz aufgestellt, ein erst in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung könne einem Vorhaben gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegengesetzt werden, noch wurde in der Antragsbegründung aufgezeigt, dass die Frage, wann noch nicht rechtsverbindlich festgelegte Ziele der Raumordnung der planungsrechtlichen Zulässigkeit eines Vorhabens entgegenstehen, anhand dieser Vorschrift, nicht aber nach Maßgabe von § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB zu beantworten ist.

**44**Soweit die Antragsbegründung die Frage einer sich aus § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB ergebenden Ausschlusswirkung thematisiert, hat die Klägerin nicht dargelegt, dass dieses Problem in einzelfallübergreifender Weise klärungsfähig ist. Solange ein auf die Aufstellung oder die Fortschreibung eines Regionalplans gerichtetes Verfahren noch nicht ausreichend weit vorangeschritten ist, hängt die Eignung eines solchen Entwurfs, einem Antrag auf Genehmigung einer Windkraftanlage als Versagungsgrund entgegengehalten zu werden, nach dem Vorgesagten u. a. davon ab, ob das Vorhaben auf einem Grundstück errichtet werden soll, das in einem Raum liegt, der für die Windenergienutzung entweder von vornherein tabu ist oder der aus sonstigen Gründen hierfür erkennbar nicht in Betracht kommt (BVerwG, U. v. 27.1.2005 - 4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364/373). Ob dies der Fall ist, lässt sich nur anhand der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls beantworten. Denn das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil vom 27. Januar 2005 (a. a. O.) festgehalten, dass es sich „nach den jeweiligen Verhältnissen vor Ort“ beurteilt, „ob und wie lange vor der abschließenden Beschlussfassung sich die Planung gegebenenfalls in Richtung Ausschlusswirkung verfestigen kann“. Von „den konkreten Verhältnissen“ - d. h. von den Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalles - hängt es mithin ab, ob der Bereich, in dem das Baugrundstück liegt, Merkmale aufweist, die ihn als Ausschlusszone prädestinieren (BVerwG, U. v. 27.1.2005 a. a. O. S. 373).

**453.2** Lässt man dahinstehen, inwieweit sich aus der Gemeinsamen Bekanntmachung vom 20. Dezember 2011 überhaupt rechtlich verpflichtende Vorgaben für die Ausübung des Planungsermessens durch die Regionalen Planungsverbände ergeben (diese Bekanntmachung misst sich ausweislich der Aussage im letzten Absatz ihres Abschnitts 1 selbst nur die Funktion zu, „Orientierungshilfen und Hinweise“ zu geben), so wäre die in der Antragsbegründung aufgeworfene Frage, „ob die Darstellung von Vorrang- bzw. Vorbehaltsgebieten für Windenergie in einem regionalen Entwicklungsplan [gemeint erkennbar: in einem Regionalplan] zu einer Ausschlusswirkung an anderer Stelle führt oder ob zu diesem Zweck vielmehr Ausschlussgebiete ausdrücklich dargestellt werden müssen“, angesichts der eindeutigen Fassung des Abschnitts 2.2 der Gemeinsamen Bekanntmachung vom 20. Dezember 2011 (vgl. dazu Abschnitt II.1.3 dieses Beschlusses) nicht

klärungsbedürftig. Insbesondere zeigt die Klägerin nicht auf, dass die Rechtmäßigkeit der im Textteil eines Regionalplans enthaltenen Aussage, allen Flächen, die nicht als Vorrang- oder Vorbehaltsgebiete für die Nutzung der Windenergie festgelegt werden, solle die Eigenschaft diesbezüglicher Ausschlussgebiete zukommen, in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt wird; allenfalls unter dieser Voraussetzung ließe sich ein dahingehender Klärungsbedarf bejahen.

**463.3** Teils nicht entscheidungserheblich und im Übrigen nicht in verallgemeinerungsfähiger Weise klärungsfähig ist die in der Begründung des Antrags auf Zulassung des Berufung formulierte Frage, „ab welchem konkreten Zeitpunkt im Rahmen eines in Aufstellung befindlichen Regionalplanes möglichen künftigen Zielen der Raumordnung bereits Bindungswirkung zukommt“, weil dies bereits in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs geklärt ist (vgl. oben II.1.2 m. w. N. sowie II.1.3 a.E.).

**473.4** Einen Klärungsbedarf zeigt die Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung ferner insofern nicht auf, als sie der Frage grundsätzliche Bedeutung beimisst, „ob einem (in Aufstellung befindlichen oder festgesetzten) Ziel der Regionalplanung ohne weiteres Ausschlusswirkung im Sinne [von] § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bzw. als ‚ungeschriebenem öffentlichen Belang‘ im Sinne [von] § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB ... zukommen kann, wenn die Errichtung von Windkraftanlagen nur in der Regel in Vorrang- und Vorbehaltsgebieten für Windkraftnutzung zu konzentrieren und in den Gebieten außerhalb der Vorrang- und Vorbehaltsgebiete in der Regel ausgeschlossen sein soll[...]“. Denn diese Frage hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 18. September 2003 (4 CN 20.02 - BVerwGE 119, 54) in eindeutiger Weise beantwortet. Danach können auch Plansätze, die eine Regel-Ausnahme-Struktur aufweisen, die Merkmale einer „verbindlichen Vorgabe“ im Sinn von § 3 [Abs. 1] Nr. 2 ROG oder einer landesplanerischen Letztentscheidung bzw. einer „abschließenden landesplanerischen Abwägung“ erfüllen, wenn der Plangeber neben den Regel- auch die Ausnahmevoraussetzungen mit hinreichender tatbestandlicher Bestimmtheit oder doch wenigstens Bestimmbarkeit selbst festlegt. In einem solchen Fall handelt es sich um verbindliche Aussagen, die nach Maßgabe ihrer - beschränkten - Reichweite der planerischen Disposition nachgeordneter Planungsträger entzogen sind (BVerwG, U. v. 18.9.2003 - 4 CN 20.02 - BVerwGE 119, 54/60).

**483.5** Das Problem, „ab welchem Flächenanteil gemessen am Planungsgebiet davon ausgegangen werden kann, dass der Windenergie ‚substantiell Raum verschafft worden ist‘“, rechtfertigt jedenfalls seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Dezember 2012 (4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231) nicht mehr eine Zulassung der Berufung nach § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO. Denn spätestens seither ist geklärt, dass sich die Frage, ob eine Planung der Nutzung der Windenergie substantiell Raum verschafft (vgl. zu diesem Postulat BVerwG, U. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287/295; U. v. 13.3.2003 - 4 C 3.02 - NVwZ 2003, 1261; U. v. 13.3.2003 - 4 C 4.02 - NVwZ 2003, 738/739; U. v. 21.10.2004 - 4 C 2.04 - BVerwGE 122, 109/111; U. v. 24.1.2008 - 4 CN 2.07 - NVwZ 2008, 559/560), nicht anhand bestimmter Verhältniszahlen (z. B. nach Maßgabe der Relation zwischen der Größe der Konzentrationsfläche und der Größe derjenigen Potenzialflächen, die sich nach Abzug der harten Tabuzonen von der Gesamtheit der



Außenbereichsflächen ergibt) beantworten lässt (BVerwG, U. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231/236). Dies liegt letztlich auch deshalb auf der Hand, weil sich die Gegebenheiten, die in den Gebieten einzelner Planungsträger bestehen, erheblich voneinander unterscheiden können: Ist z. B. das Gebiet einer Gemeinde zu erheblichen Teilen besiedelt, und besteht das restliche Gemeindegebiet weithin aus harten Tabuzonen (d. h. Flächen, die für eine Windenergienutzung schlechthin ungeeignet sind; vgl. BVerwG, U. v. 17.12.2002 a. a. O. S. 299), lässt sich eine im Vergleich zur Gesamtgröße des Plangebiets kleine Zone, innerhalb derer die Nutzung der Windenergie zugelassen wird, nicht als Indikator für eine missbilligenswerte Verhinderungstendenz werten (BVerwG, U. v. 17.12.2002 a. a. O. S. 295). Kommt es aber maßgeblich auf die Verhältnisse im Einzelfall an, ließe sich im vorliegenden Rechtsstreit entgegen den Vorstellungen, die in Abschnitt II.e der Antragsbegründung vom 5. Juli 2012 anklingen, für den Fall der Zulassung der Berufung kein bestimmter, über den Einzelfall hinaus zu beachtender Prozentsatz benennen, den die als Standorte für Windkraftanlagen in Betracht kommenden Vorrang- und Vorbehaltsgebiete in einem Regionalplan mindestens aufweisen müssen (gegen die Möglichkeit bzw. die rechtliche Gebotenheit eines solchen „abstrakten Grenzwerts“ zu Recht auch Bovet/Kindler, DVBl 2013, 488/493).

**494.** Soweit die Klägerin in der Begründung des Antrags auf Zulassung der Berufung verschiedentlich vorgebracht hat, das angefochtene Urteil weiche von obergerichtlichen Entscheidungen ab, geht sie erkennbar selbst davon aus, dass die Voraussetzungen des Zulassungsgrundes nach § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO nicht erfüllt sind, da die Entscheidungen, zu denen sich das Verwaltungsgericht in Widerspruch gesetzt habe, von keinem der in dieser Vorschrift genannten Gerichte erlassen wurden. Das Vorbringen, einer pauschalen Abstandsfläche von 800 m, die Windkraftanlagen von vorhandener Wohnbebauung eingehalten müssten, fehle nach dem Urteil des Niedersächsischen Obergerichtes vom 20. Juli 1999 (1 L 5203/96 - NuR 2000, 49/50) die städtebauliche Rechtfertigung, erfordert auch keine Zulassung der Berufung nach § 124 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 VwGO, da es auf die Zulässigkeit eines derartigen einheitlichen Maßstabs im gegebenen Fall nicht entscheidungserheblich ankäme, da die Versagung der von der Klägerin beantragten Genehmigung nicht ursächlich auf diesem Umstand beruhen würde.

**50**Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf § 52 Abs. 1 i. V. m. § 47 Abs. 3 GKG und der Empfehlung in der Nummer 19.1.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

---

### Zitiervorschlag:

VGH München Beschl. v. 28.4.2014 – 22 ZB 12.1075, BeckRS 2014, 50944