



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 4 C 7.09
VGH 6 A 630/08

Verkündet
am 20. Mai 2010
Stowasser
Obersekretär
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 20. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Rubel, die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Gatz, Dr. Jannasch, die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Philipp und den Richter am Bundesverwaltungsgericht Petz

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 17. Juni 2009 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Beigeladenen wird das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 17. Juni 2009 aufgehoben, soweit unter Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides des Beklagten vom 4. Oktober 2005 die Berufung der Beigeladenen gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Gießen vom 4. Juli 2007 zurückgewiesen worden ist. Insoweit wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Hessischen Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zur Hälfte; im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung der Endentscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten um die Erteilung einer Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von fünf Windenergieanlagen auf Grundstücken im Stadtgebiet der Beigeladenen.
- 2 Die Klägerin, ein Unternehmen der Windenergiebranche, beantragte am 18. November 2002 beim Regierungspräsidium Darmstadt (im Folgenden: Beklagter) die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von fünf Windenergieanlagen mit je einer Gesamthöhe von 133 m auf verschiedenen Grundstücken im Gemeindegebiet der Beigeladenen. Die Baugrundstücke lagen zum Zeitpunkt der Antragstellung in einem Gebiet, das im Flächennutzungsplan vom 20. März 1998 unter der Bezeichnung WE II als Vorranggebiet für die Windenergienutzung dargestellt war. Zwei weitere Vorranggebiete waren als WE I und WE III ausgewiesen. Die Vorrangflächen, deren Darstellung auf den Ergebnissen einer Raumanalyse vom Februar 1997 basiert, hatten nach den vorinstanzlichen Feststellungen eine Größe von insgesamt ca. 500 ha. Mit Ausnahme eines Teilbereichs, in dem sich das für die Windenergieanlage 1 vorgesehene Baugrundstück befindet, wurde die Vorrangzone WE II als Bereich für die Windenergienutzung in den Regionalen Raumordnungsplan Südhessen übernommen. Der gesamte Vorrangbereich ist im Regionalen Raumordnungsplan Südhessen mit den Darstellungen „Regionaler Grünzug“ und „Bereich für die Landwirtschaft“ unterlegt.
- 3 Im Rahmen ihrer Beteiligung am Genehmigungsverfahren wies die Beigeladene den Beklagten mit Schreiben vom 5. Februar 2003 darauf hin, dass ihre Stadtverordnetenversammlung am 21. September 2001 einen Beschluss zur

Aufstellung von Bebauungsplänen, darunter für die Fläche WE II, sowie zum Erlass einer hierauf bezogenen Veränderungssperre gefasst habe, „um die weitere Entwicklung zu ordnen und Fehlentwicklungen - insbesondere bezüglich des Landschaftsbildes und der Naherholungsfunktion - zu vermeiden“, die Veränderungssperre die Genehmigung von Windenergieanlagen ausschließe und das Einvernehmen zu den Vorhaben deshalb nicht erteilt werden könne. Der Beklagte stellte daraufhin die Entscheidung über den Genehmigungsantrag der Klägerin zurück. Von der in Aussicht genommenen Bebauungsplanung nahm die Beigeladene später Abstand.

- 4 Die Stellungnahmen und Anregungen von Trägern öffentlicher Belange zu den Vorentwürfen der Bebauungspläne für die Vorrangzonen WE I bis III veranlasseten die Beigeladene, auch eine Änderung des Flächennutzungsplans in Erwägung zu ziehen. Nachdem sie im Juni 2004 ein ornithologisches Gutachten zu der Fragestellung eingeholt hatte, welche Flächen der Vorrangzone WE II für die Errichtung von Windenergieanlagen am besten geeignet und welche ungeeignet seien, und auf der Grundlage einer im März 2005 erfolgten Aktualisierung der Raumanalyse 1997 beschloss ihre Stadtverordnetenversammlung am 21. Juli 2005 die 2. Änderung des Flächennutzungsplans. Unter der Bezeichnung WE ist nunmehr für die Nutzung der Windenergie eine 34,7 ha große Vorrangfläche vorgesehen, die nach den vorinstanzlichen Feststellungen vier Windenergieanlagen Platz bietet und auf der zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits zwei Windenergieanlagen errichtet waren. Die Fläche erfasst die Baugrundstücke der Klägerin nicht. Am 7. März 2006 genehmigte der Beklagte die 2. Änderung des Flächennutzungsplans; die öffentliche Bekanntmachung der Genehmigung erfolgte am 18. März 2006.
- 5 Während des Verfahrens zur Änderung des Flächennutzungsplans teilte die Beigeladene dem Beklagten wiederholt mit, dass sie ihr Einvernehmen weiterhin nicht erteile; der Kreisausschuss des Wetteraukreises ersetzte das Einvernehmen nicht. Mit Bescheid vom 4. Oktober 2005 lehnte der Beklagte den Genehmigungsantrag der Klägerin unter Hinweis auf das versagte und nicht ersetzte Einvernehmen ab. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin bereits Untä-

tigkeitsklage erhoben. Ihr Widerspruch gegen den Ablehnungsbescheid blieb unbeschieden.

- 6 Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit dem Hauptantrag auf Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung der beantragten Genehmigung abgewiesen, auf den Hilfsantrag jedoch festgestellt, dass der Beklagte nicht berechtigt war, den Antrag der Klägerin wegen Fehlens des Einvernehmens der Beigeladenen nach § 36 BauGB abzulehnen.

- 7 Die im Umfang der Klagestattgabe zugelassene Berufung der Beigeladenen hat der Verwaltungsgerichtshof mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Rechtswidrigkeit des Bescheides des Beklagten vom 4. Oktober 2005 festgestellt wird. Die Anschlussberufung der Klägerin blieb ebenfalls ohne Erfolg. Zur Begründung heißt es zusammengefasst: Der Erteilung der beantragten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung stünden nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB die Darstellungen des Flächennutzungsplans der Beigeladenen in der Fassung der 2. Änderung entgegen. Da alle Baugrundstücke außerhalb der Vorrangfläche WE für die Nutzung der Windenergie lägen, scheitere die Realisierung der Vorhaben an § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Die Konzentrationsflächenplanung in der Gestalt der 2. Änderung des Flächennutzungsplans leide an keinen zur Unwirksamkeit führenden formellen oder materiellen Mängeln. Namentlich sei sie nicht mit beachtlichen Fehlern im Abwägungsvorgang behaftet. Die Klägerin dringe allerdings mit ihrem erstinstanzlich gestellten Hilfsantrag durch, soweit dieser auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides des Beklagten vom 4. Oktober 2005 gerichtet sei. Die allein auf die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens gestützte Ablehnung des Genehmigungsantrags sei rechtswidrig gewesen, weil keiner der von der Beigeladenen angeführten Gründe - mangelnde Sicherung einer ausreichenden Erschließung, die Ausweisung des für die Errichtung der Anlagen vorgesehenen Bereichs als „Regionaler Grünzug“ im Regionalen Raumordnungsplan Südhessen, eine nach dem Flächennutzungsplan 1998 bestehende Höhenbegrenzung der Anlagen sowie Vorwirkungen des mit der 2. Änderung des Flächennutzungsplans einhergehenden Ausschlusses der betroffenen Grundstücke von der Windenergienutzung - die Verweigerung des Einvernehmens gerechtfertigt hätten.

Andere Versagungsgründe als diejenigen, auf die sich die Beigeladene bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses, dem Wirksamwerden der 2. Änderung des Flächennutzungsplans am 18. März 2006 berufen habe, seien nicht zu prüfen.

- 8 Gegen das Urteil haben die Klägerin und die Beigeladene die vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Revision eingelegt.

II

- 9 Die Revision der Klägerin ist unbegründet; die Revision der Beigeladenen ist begründet.
- 10 1. Der Verwaltungsgerichtshof hat entschieden, dass die Klägerin seit dem 18. März 2006, dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der 2. Änderung des Flächennutzungsplans der Beigeladenen (vgl. § 6 Abs. 5 Satz 2 BauGB), die beantragte Genehmigung nicht mehr beanspruchen kann. Dagegen ist revisionsgerichtlich nichts zu erinnern.
- 11 Die Genehmigungsfähigkeit der umstrittenen Windenergieanlagen richtet sich nach § 6 Abs. 1 BImSchG. Hiernach ist die Genehmigung zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass die sich aus § 5 BImSchG und einer auf Grund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden (Nr. 1) und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen (Nr. 2). Zu den anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften gehören auch die Bestimmungen des Baugesetzbuchs. Maßgeblich ist vorliegend § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, wonach Vorhaben zur Nutzung der Windenergie im Außenbereich zulässig sind, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die Erschließung gesichert ist. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs stehen den zur Genehmigung gestellten Windenergieanlagen öffentliche Belange entgegen. Das ist aus Sicht des Bundesrechts nicht zu beanstanden.

- 12 a) Zweifelhaft ist allerdings, ob - wie die Vorinstanz meint - den Vorhaben der Klägerin die Darstellungen des Flächennutzungsplans in der Fassung der 2. Änderung (im Folgenden: Flächennutzungsplan 2006) als öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB entgegenstehen. Sollten die Baugrundstücke als Fläche für die Landwirtschaft dargestellt sein, dürfte das die Zulassung von Windenergieanlagen nicht hindern; denn Flächen, die für die Landwirtschaft vorgesehen sind, sind in der Regel nicht in dem Sinne anderweitig verplant, dass die dargestellte Nutzung privilegierte Vorhaben ausschließen könnte (Urteil vom 6. Oktober 1989 - BVerwG 4 C 28.86 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 258). Den geplanten Anlagen stehen jedoch öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen, weil hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan 2006 eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Das hat der Verwaltungsgerichtshof richtig erkannt. Unrichtig, aber im Ergebnis unschädlich ist nur die Verknüpfung, die er zwischen § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB hergestellt hat. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB errichtet eine eigenständige Zulassungshürde. Die Ausschlusswirkung, die § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugt, ist nämlich die gesetzliche Rechtsfolge der Darstellung von Konzentrationsflächen im Flächennutzungsplan und leitet sich nicht aus einer „negativen“, über § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB beachtlichen Darstellung im Flächennutzungsplan ab. Die Ausschlussflächen sind im Flächennutzungsplan nicht „dargestellt“.
- 13 b) Die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB tritt nur ein, wenn die Konzentrationsflächenplanung wirksam ist. Das ist hier der Fall.
- 14 aa) Dem Flächennutzungsplan 2006 mangelt es nicht an der städtebaulichen Erforderlichkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Nach der Rechtsprechung des Senats sind solche Bauleitpläne nicht erforderlich, die einer positiven Planungskonzeption entbehren und ersichtlich der Förderung von Zielen dienen, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des Baugesetzbuchs nicht bestimmt sind. Davon ist auszugehen, wenn eine positive Zielsetzung nur vorgeschoben wird, um eine in Wahrheit auf bloße Verhinderung gerichtete Planung zu verdecken (Urteile vom 14. Juli 1972 - BVerwG 4 C 8.70 - BVerwGE 40, 258 und vom 16. Dezember 1988 - BVerwG 4 C 48.86 -

BVerwGE 81, 111; Beschlüsse vom 18. Dezember 1990 - BVerwG 4 NB 8.90 - Buchholz 406.11 § 9 BBauG/BauGB Nr. 47 und vom 11. Mai 1999 - BVerwG 4 BN 15.99 - NVwZ 1999, 1338). Aus dieser Rechtsprechung kann die Klägerin nichts für sich herleiten. Das Ziel, im Vorranggebiet WE die Windenergienutzung zu ermöglichen, entspricht dem Planungswillen der Beigeladenen. Das Vorranggebiet hat die Beigeladene nicht dargestellt, um in Wahrheit eine andere Nutzung der Vorrangflächen zu verhindern. Planerische Festsetzung und planerischer Wille stimmen überein. Der Umstand, dass die ursprünglich dargestellten Vorrangflächen durch die Änderungsplanung deutlich eingeschränkt wurden, nimmt der Planung nicht ihre positive Zielsetzung.

- 15 Das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit richtet eine Planungsschranke ferner für den Fall auf, dass sich eine Planung als nicht vollzugsfähig erweist, weil ihr auf unabsehbare Zeit unüberwindbare rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Wege stehen (vgl. Urteile vom 12. August 1999 - BVerwG 4 CN 4.98 - BVerwGE 109, 246, vom 21. März 2002 - BVerwG 4 CN 14.00 - Buchholz 406.11 § 1 BauGB Nr. 110 = DVBl 2002, 1469, vom 30. Januar 2003 - BVerwG 4 CN 14.01 - BVerwGE 117, 351 und vom 18. März 2004 - BVerwG 4 CN 4.03 - BVerwGE 120, 239). Nach den tatrichterlichen, den Senat nach § 137 Abs. 2 VwGO bindenden und von der Klägerin nicht in Zweifel gezogenen Feststellungen der Vorinstanz bietet das Vorranggebiet WE Raum für den technisch und wirtschaftlich sinnvollen Betrieb von vier Windenergieanlagen (UA S. 27). Sollte das Vorranggebiet eine geringere Aufnahmekapazität haben als von der Beigeladenen angenommen, wäre das kein Umstand, der geeignet wäre, die städtebauliche Erforderlichkeit des Flächennutzungsplans 2006 in Frage zu stellen.
- 16 bb) Die Konzentrationsflächenplanung der Beigeladenen leidet nicht an beachtlichen Verstößen gegen das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB.
- 17 (1) Die Anforderungen, die das Abwägungsgebot an eine wirksame Konzentrationsflächenplanung stellt, sind in der Rechtsprechung des Senats geklärt (Urteile vom 17. Dezember 2002 a.a.O., vom 13. März 2003 - BVerwG 4 C 4.02 - BVerwGE 118, 33 und - BVerwG 4 C 3.02 - NVwZ 2003, 1261, vom 21. Okto-

ber 2004 - BVerwG 4 C 2.04 - BVerwGE 122, 109 <111> und vom 24. Januar 2008 - BVerwG 4 CN 2.07 - NVwZ 2008, 559). Der Verwaltungsgerichtshof hat keine Rechtssätze formuliert, die der Senatsrechtsprechung widersprechen. Seine anlässlich dieses Falles geäußerte Auffassung, dass die Reduzierung mehrerer und größerer Konzentrationszonen auf eine einzelne Konzentrationszone mit geringeren Ausmaßen nicht zwingend auf eine zu missbilligende Verhinderungsplanung führt, dass aber die Gemeinde unter einem besonderen Rechtfertigungszwang steht und an die Vollständigkeit der Ermittlung des Abwägungsmaterials sowie an die Tragfähigkeit der in den Abwägungsprozess einfließenden Aspekte und Überlegungen besondere Anforderungen zu stellen sind, ist mit Bundesrecht vereinbar.

- 18 (2) Die Angriffe der Klägerin gegen die berufsgerichtliche Sachverhaltswürdigung bleiben ohne Erfolg. Das Revisionsgericht ist nicht befugt, die Sachverhalts- und Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch eine eigene Tatsachenwürdigung zu ersetzen (§ 137 Abs. 2 VwGO). Nur wenn die Tatsachenfeststellung und -würdigung mit zulässigen und begründeten Revisionsgründen erschüttert wird oder die Würdigung gegen allgemeine Erfahrungssätze oder Denkgesetze verstößt, ist sie revisionsgerichtlich zu beanstanden (vgl. Urteil vom 13. Dezember 1988 - BVerwG 1 C 44.86 - BVerwGE 81, 74 <76>). Ein solcher Verstoß liegt hier aber nicht vor.
- 19 (a) Die Klägerin wirft dem Verwaltungsgerichtshof vor, das Planungskonzept der Beigeladenen zu Unrecht gebilligt zu haben. Die Beigeladene habe es versäumt, sämtliche Außenbereichsflächen ihres Stadtgebiets in ihre Standortanalyse einzubeziehen. Sie habe im Verfahren zur 2. Änderung des Flächennutzungsplans neue Ausschluss- und Restriktionskriterien aufgestellt (Mindestabstände zu benachbarten Wohnbauflächen, gemischten Bauflächen, landwirtschaftlichen Gebäuden im Außenbereich, gewerblichen Flächen, Straßen und Freileitungen; Schutz der örtlichen, regionalen und überregionalen Avifauna; Freiraum- und Biotopschutz), anhand dieser Kriterien aber nicht das gesamte Stadtgebiet auf die Eignung für die Nutzung der Windenergie untersucht, sondern die Kriterien lediglich auf die bereits ausgewiesenen Vorranggebiete WE I

bis III angewandt. Das genüge nicht den Grundsätzen einer gesamträumlichen schlüssigen Planung.

- 20 Die Kritik der Klägerin geht an den vorinstanzlichen Feststellungen vorbei. Danach hat die Beigeladene fünf mögliche Flächen (A bis F) *im Gemeindegebiet* ermittelt (UA S. 28) und davon drei Flächen (B, C und E) - die Fläche E entspricht der jetzigen Konzentrationszone WE - innerhalb der früheren Zone WE II als künftige Flächen für die Windenergienutzung ins Auge gefasst. Diese Feststellungen, an die der Senat nach § 137 Abs. 2 VwGO gebunden ist, widersprechen der Behauptung der Klägerin, die Beigeladene habe allein die ursprünglich dargestellten Vorranggebiete WE I bis III den neu gebildeten Ausschluss- und Restriktionskriterien unterworfen.
- 21 (b) Die Klägerin bemängelt ferner, dass der Verwaltungsgerichtshof die Gründe als plausibel und gewichtig akzeptiert hat, die die Beigeladene zur Verkleinerung der Vorrangzone WE II und zur Streichung der Vorrangzone WE III veranlasst haben. Auch diese Kritik ist unberechtigt.
- 22 (aa) Die Beigeladene hat nach den tatrichterlichen Feststellungen im Berufungsurteil die ehemalige Vorrangzone WE III und den westlich der Hochspannungstrasse befindlichen Abschnitt der vormaligen Vorrangzone WE II nicht mehr als Positivfläche für die Windkraft vorgesehen, weil der Bereich im Regionalplan Südhessen 2000 als Regionaler Grünzug ausgewiesen ist und es in der Nähe schutzwürdige Waldgebiete gibt (UA S. 31 f.).
- 23 Die Klägerin wendet ein, zwischen der Windenergienutzung und der Ausweisung des Regionalen Grünzugs im Regionalplan bestehe kein Zielkonflikt. Die Ausweisung des Regionalen Grünzugs verhindere nicht die Darstellung einer Konzentrationszone für die Windenergienutzung. Dies sehe der Verwaltungsgerichtshof ebenso, sei er doch bei der Prüfung des Hilfsantrags zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beigeladene im Genehmigungsverfahren nicht berechtigt gewesen sei, mit dem Hinweis auf den Regionalen Grünzug ihr Einvernehmen zu versagen. Die Klägerin übersieht, dass die Befugnis, einen regionalplanerisch ausgewiesenen Grünzug mit einem Vorranggebiet für die Windenergienutzung

zu überplanen, die Gemeinde nicht daran hindert, dem Interesse, den Grünzug von Windenergieanlagen freizuhalten, den Vorzug zu geben. Dass der Verwaltungsgerichtshof die Vorzugswürdigkeit des Freihaltebelangs mit der Beigeladenen unzutreffend eingeschätzt hat, macht die Klägerin nicht geltend. Die Absicht der Beigeladenen, im Ballungsraum Rhein-Main die raren Möglichkeiten der Freiraumsicherung zu nutzen, missbilligt sie nicht.

- 24 Auch mit der Anerkennung des Kriteriums „Waldabstand“ ist die Klägerin nicht einverstanden. Sie geht davon aus, dass das Kriterium willkürlich gewählt worden sei, weil es der Beklagte während des Verfahrens auf Genehmigung der umstrittenen Windenergieanlagen nicht zur Sprache gebracht habe. Mit den tatrichterlichen Feststellungen stimmt das nicht überein. Der Verwaltungsgerichtshof hat das Bestreben der Beigeladenen, die Waldflächen zu schützen, als sachlich gerechtfertigt angesehen, weil sie für Zwecke der Naherholung und als Kompensationsflächen für die ICE-Trasse Frankfurt-Köln gebraucht würden (UA S. 31 f.). An diese Würdigung ist der Senat nach § 137 Abs. 2 VwGO gebunden.
- 25 (bb) Die nördlich bzw. östlich der Zone WE gelegenen Flächen hat die Beigeladene zum Schutz der Vogelwelt von der Nutzung der Windenergie ausgeschlossen. Das hat die Zustimmung der Vorinstanz gefunden, weil die in Rede stehenden Flächen nach Aussagen eines Gutachters für die Errichtung von Windenergieanlagen hochsensibel bzw. sensibel seien (UA S. 30 f.). Zwar seien sensible Bereiche - anders als hochsensible Bereiche - aus fachlicher Sicht keine (unbedingten) Ausschlussgebiete für die Errichtung von Windenergieanlagen. Es werde jedoch - so der Gutachter - empfohlen, diese hochwertigen Räume möglichst störungsfrei zu halten. Abgesehen von diesen fachlichen Bedenken, die deutlich gegen die Einbeziehung der ornithologisch sensiblen Bereiche in die Flächen für die Nutzung der Windenergie sprächen, scheitere eine Nutzung dieser Flächen jedenfalls am Artenschutz. Mit der Behauptung, die Empfehlung des Gutachters sei unbegründet, setzt die Klägerin der Einschätzung der avifaunistischen Schutzwürdigkeit der Flächen durch den Gutachter und den Verwaltungsgerichtshof ihre davon abweichende Einschätzung entgegen. Der Bindung des Senats an die vorinstanzliche Sachverhaltswürdigung

kann sie sich dadurch nicht entziehen. Die Tatsache, dass sensible Landschaftsräume aus fachlicher Sicht für Windenergieanlagen nicht zwingend gesperrt werden müssen, bedeutet nicht, dass die Gemeinde sie nicht für die Nutzung der Windenergie sperren darf. Sich im Konfliktfall zwischen der Windenergienutzung und dem Vogelschutz für den Vogelschutz zu entscheiden, hält sich im Rahmen des Spielraums, den das Abwägungsgebot der Gemeinde einräumt. Ob das Artenschutzrecht, namentlich das Störungsverbot des § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG, der Nutzung der Flächen für die Windenergie zwingend entgegensteht, kann an dieser Stelle offen bleiben. Selbst wenn das nicht der Fall sein sollte, hätten dem Verwaltungsgerichtshof die „fachlichen Bedenken, die deutlich gegen die Einbeziehung der ornithologisch sensiblen Bereiche in die Flächen für die Windenergienutzung sprechen“, ersichtlich genügt, um der Beigeladenen zu attestieren, die Flächen nördlich und östlich der Vorrangzone WE fehlerfrei als Ausschlussflächen eingestuft zu haben.

- 26 (c) Die Klägerin rügt als weiteren Fehler im Abwägungsvorgang, dass die Beigeladene bei der Ermittlung der Potenzialflächen ein Raster mit pauschalen Mindestabständen zu schutzwürdigen Nutzungen über das Gemeindegebiet gelegt und auf eine Korrektur des Rasters verzichtet habe, obwohl sie hätte erkennen müssen, dass sie bei einem Festhalten an den Mindestabständen der Windenergie nicht mehr, wie vom Bundesverwaltungsgericht gefordert (Urteil vom 17. Dezember 2002 a.a.O. S. 295), in substantieller Weise Raum verschaffen werde.
- 27 Der Verwaltungsgerichtshof hat festgestellt, dass die Beigeladene um Wohnbebauung (Bauflächen und Gebäude) Schutzkorridore mit einer Breite von 1.100 m herumgelegt und einen Mindestabstand zu den vorhandenen Aussiedlerhöfen von 300 m angesetzt hat (UA S. 30). Diese Abstandsgrößen erschienen plausibel und sachgerecht. Die im Vergleich zu den im Jahre 1997 gewählten wesentlich größeren Abstandswerte bezüglich benachbarter Wohnbebauung (Schutzkorridor 1.100 m gegenüber 400 m) entsprächen der technischen Weiterentwicklung der Windenergieanlagen, die nunmehr eine Gesamthöhe von ca. 140 m aufwiesen, während die Beigeladene bei ihrer Vorgängerplanung noch von einer maximalen Anlagenhöhe von 85 m ausgegangen sei. Ob die

von der Beigeladenen gewählten Abstandswerte das Minimum dessen darstellen, was zur Verhinderung unzumutbarer Lärmimmissionen, von Beeinträchtigungen durch Schattenwurf und von optischer Bedrängung notwendig ist, lässt sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen. Daraus mag geschlossen werden, dass sich die Beigeladene auch mit kleiner dimensionierten Pufferzonen hätte zufrieden geben können. Eine Überarbeitung des Auswahlkonzepts war aber nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs nicht erforderlich, weil das Vorranggebiet WE - noch - groß genug sei, um der Windenergie ausreichend, d.h. substantziell, Raum zu geben (UA S. 27). Das hält der revisionsgerichtlichen Kontrolle stand.

- 28 Wo die Grenze zur Verhinderungsplanung verläuft, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. Beschränkt sich die Gemeinde darauf, ein einziges Konzentrationsgebiet auszuweisen, ist dies, für sich genommen, noch kein Indiz für einen fehlerhaften Gebrauch der Planungsermächtigung. Auch Größenangaben sind, isoliert betrachtet, als Kriterium ungeeignet. Wenn die Grenze zur Verhinderungsplanung überschritten ist, kann erst nach einer Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Planungsraum beurteilt werden (Urteil vom 24. Januar 2008 a.a.O. Rn. 11). Die Einschätzung, ob die Gemeinde der Windenergie substantziell Raum verschafft hat, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung. Da diese Wertung maßgebend auf der Würdigung der örtlichen Gegebenheiten in tatsächlicher Hinsicht beruht, kann sie revisionsgerichtlich nur darauf überprüft werden, ob sie auf einem Rechtsirrtum beruht, insbesondere weil der Tatrichter eine irrige Vorstellung davon hatte, wann eine Verhinderungsplanung vorliegt, oder ob sie gegen allgemeine Beweiswürdigungsgrundsätze verstößt (vgl. Urteil vom 13. Juli 2006 - BVerwG 4 C 2.05 - BVerwGE 126, 233 Rn. 17). Hieran gemessen ist die vorinstanzliche Entscheidung nicht zu bemängeln. Der Verwaltungsgerichtshof ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich nicht abstrakt bestimmen lässt, wo die Grenze zur Verhinderungsplanung verläuft - insbesondere hat er nicht auf allgemein verbindliche Größenordnungen abgestellt -, sondern dass es auf die Gegebenheiten der konkreten Verhältnisse im Plangebiet ankommt (UA S. 25). Diese Verhältnisse hat er vorliegend im Rahmen einer Gesamtbetrachtung gewürdigt, in die sowohl verschiedene Relationen (Größe der Konzentrationsfläche im Vergleich zur Ge-

meindegebietsgröße, zur Größe der im Regionalplan Südhessen vorgesehenen Mindestgröße für Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen und zur Größe der für die Nutzung der Windenergie reservierten Flächen in den Nachbargemeinden; Anzahl und Energiemenge der Windenergieanlagen) als auch andere Gesichtspunkte wie etwa das Gewicht der Ausschlusskriterien eingeflossen sind. Seine Erwägungen lassen ebenso wie seine Einschätzung, der Nutzung der Windenergie werde - noch - ausreichend Raum gegeben, Rechtsfehler nicht erkennen.

- 29 Zu Unrecht sieht die Klägerin darin einen entscheidungserheblichen Verfahrensfehler, dass der Verwaltungsgerichtshof in den Entscheidungsgründen seines Urteils die Größe der Vorrangfläche WE fälschlich mit 43,7 ha angegeben hat (UA S. 27), während der richtige Wert, der im Tatbestand des Urteils auch genannt ist (UA S. 7), 34,7 ha beträgt. Mit dem Beklagten und der Beigeladenen ist der Senat der Auffassung, dass das Berufungsurteil auf dem Fehler nicht beruht. Einem isolierten oder einseitigen Abstellen auf Größenangaben eine Absage erteilend hat der Verwaltungsgerichtshof nicht nur auf das Verhältnis zwischen der Größe der Zone WE und der im Regionalplan Südhessen vorgesehenen Mindestgröße für Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen abgestellt, sondern auch und in erster Linie darauf, dass die Vorrangzone WE vier Windenergieanlagen aufnehmen kann, mit deren Stromausbeute sich der Bedarf von ca. 4 000 Haushalten decken lässt (UA S. 28 f.). Es bestehen keine ernstlichen Zweifel, dass der Verwaltungsgerichtshof den Flächennutzungsplan 2006 auch dann als wirksam angesehen hätte, wenn er von der zutreffenden Größe der Vorrangzone WE ausgegangen wäre.
- 30 (d) Auf einen Abwägungsfehler führt es nicht, dass in der Vorrangzone WE eine nach der Planung der Beigeladenen mögliche fünfte Windenergieanlage mangels ausreichenden Abstands zu den benachbarten Aussiedlerhöfen nicht errichtet worden ist (UA S. 27). Der Verwaltungsgerichtshof hat aus diesem Umstand nicht den Schluss gezogen, dass die Beigeladene die Aufnahmekapazität der Vorrangzone überschätzt hätte. Zu beanstanden ist das nicht. Das Berufungsurteil enthält keine Feststellungen, aus denen sich ableiten ließe, dass fünf Anlagen mit einer von der Beigeladenen angenommenen Höhe (85 m) und

bei einer aufeinander abgestimmten Gruppierung nicht in der Vorrangzone hätten Platz finden können.

- 31 (e) Einen Abwägungsfehler hat der Verwaltungsgerichtshof darin gesehen, dass die Beigeladene die Nachteile, die mit der Änderung des Flächennutzungsplans zu Lasten der Eigentümer der nunmehr in die Ausschlusszone für die Windenergienutzung fallenden Grundstücke verbunden sind, und die privaten Interessen der von dem Ausschluss betroffenen Personen und Unternehmen mit konkreten Absichten zur Errichtung von Windenergieanlagen auf den betroffenen Grundstücken nicht in die Abwägung einbezogen hat (UA S. 20). Diesen Fehler hat er jedoch nach § 214 Abs. 3 Satz 3 (richtig: § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2) BauGB als unbeachtlich gewertet. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Offen bleiben kann, ob § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BauGB oder § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB die vorliegend maßgebliche Planerhaltungsvorschrift ist (vgl. zum Verhältnis der beiden Bestimmungen Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, § 214 Rn. 120); denn beide Vorschriften machen die Beachtlichkeit von Mängeln im Abwägungsvorgang trotz sprachlicher Unterschiede (vgl. Urteil vom 9. April 2008 - BVerwG 4 CN 1.07 - BVerwGE 131, 100 Rn. 18 ff. zum Merkmal „in wesentlichen Punkten“) von denselben Voraussetzungen abhängig.
- 32 Der Verwaltungsgerichtshof hat den von ihm markierten Abwägungsfehler als unbeachtlich gewertet, weil er nicht auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sei (UA S. 20). Im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (Beschlüsse vom 9. Oktober 2003 - BVerwG 4 BN 47.03 - BRS 66 Nr. 65 und vom 20. Januar 1992 - BVerwG 4 B 71.90 - Buchholz 406.11 § 214 BauGB Nr. 5 = NVwZ 1992, 663) ist er davon ausgegangen, dass Mängel im Abwägungsvorgang das Abwägungsergebnis beeinflussen haben, wenn nach den Umständen des jeweiligen Falles die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Mangel die Planung anders ausgefallen wäre. Eine solche konkrete Möglichkeit besteht immer dann, wenn sich anhand der Planunterlagen oder erkennbarer oder nahe liegender Umstände die Möglichkeit abzeichnet, dass der Mangel im Abwägungsvorgang von Einfluss auf das Abwägungsergebnis gewesen sein kann. Der Verwaltungsgerichtshof hat die konkrete Möglichkeit, dass bei Ein-

stellung der betroffenen privaten Interessen von der Änderung der Flächennutzungsplanung Abstand genommen worden wäre oder zu Gunsten der Grundstückseigentümer und Bauinteressenten Modifikationen an der Änderungsplanung vorgenommen worden wären, „in Anbetracht des in der mündlichen Verhandlung seitens der Beigeladenen nochmals hervorgehobenen Gewichts, das den öffentlichen Interessen an der Erhaltung des Freiraums, dem Schutz der Avifauna und dem Schutz vor allem der umliegenden Wohnbebauung zugemessen worden ist“, verneint. Die von der Klägerin geäußerte Vermutung, dass die Beschlussfassung „bei Einbeziehung der Privatinteressen“ und „etwaiger Entschädigungsansprüche“ anders ausgefallen wäre, reiche zur Annahme einer Auswirkung auf das Abwägungsergebnis nicht aus. An die tatrichterliche Würdigung der Vorinstanz ist der Senat nach § 137 Abs. 2 VwGO gebunden.

- 33 2. Der Ausspruch des Verwaltungsgerichtshofs, dass der Bescheid des Beklagten vom 4. Oktober 2005 rechtswidrig war, hält der revisionsgerichtlichen Prüfung nicht in jeder Hinsicht stand. Da die Feststellungen im Berufungsurteil nicht ausreichen, um dem Senat eine abschließende Entscheidung zu ermöglichen, ist die Sache nach § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückzuverweisen.
- 34 Der Verwaltungsgerichtshof hat angenommen, dass ein Kläger die Feststellung verlangen kann, zu einem von ihm selbst bestimmten Zeitpunkt habe ein materieller Anspruch bestanden. Das stimmt mit der Rechtsprechung des Senats überein (Urteil vom 28. April 1999 - BVerwG 4 C 4.98 - BVerwGE 109, 74). Der Verwaltungsgerichtshof hat sich ferner erkennbar davon leiten lassen, dass auf die Berufung einer beigeladenen Gemeinde gegen die erstinstanzliche Feststellung, der Kläger habe eine beantragte Genehmigung beanspruchen können, materielles Recht nur insoweit zu prüfen ist, als es auch dem Schutz der Beigeladenen zu dienen bestimmt ist. Dieser Prüfungsansatz ist ebenfalls zutreffend (Urteil vom 31. Oktober 1990 - BVerwG 4 C 45.88 - BRS 50 Nr. 86). Dem Schutz der gemeindlichen Planungshoheit dient die Vorschrift des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB. Sie bestimmt u.a., dass für die Zulassung eines Vorhabens im Außenbereich das Einvernehmen mit der Gemeinde erforderlich ist. Die Ge-

meinde darf ihr Einvernehmen nur aus den sich aus § 35 BauGB ergebenden Gründen versagen (§ 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Das bedeutet im Ergebnis, dass die Voraussetzungen des § 35 BauGB auf das Rechtsmittel der Gemeinde hin in vollem Umfang nachzuprüfen sind (Urteile vom 31. Oktober 1990 a.a.O. und vom 14. April 2000 - BVerwG 4 C 5.99 - NVwZ 2000, 1048 <1049>).

Unvereinbar mit Bundesrecht ist die einschränkende Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass § 35 BauGB nur mit Blick auf diejenigen Gründe zu prüfen ist, auf die die beigeladene Gemeinde die Versagung ihres Einvernehmens gestützt hat. Das Recht der Gemeinde, ihr Einvernehmen zu einem Außenbereichsvorhaben zu verweigern, ist nicht mit der Obliegenheit verbunden, die Entscheidung zu begründen (vgl. BTDrucks 13/6392 S. 60 zu Nr. 29 und Buchst. b). Der Bestimmung des § 36 BauGB kann deshalb auch nicht entnommen werden, dass in den Fällen, in denen - wie hier - das Einvernehmen rechtzeitig verweigert wurde, die Gemeinde mit Gründen, die sie bei ihrer Verweigerung nicht angeführt hat, in einem späteren Rechtsbehelfsverfahren präkludiert ist (so zutreffend OVG Weimar, Beschluss vom 29. Januar 2009 - 1 EO 346/08 - juris Rn. 50).

- 35 a) Die Beschränkung, die sich der Verwaltungsgerichtshof auferlegt hat, mag der Grund dafür sein, dass im Berufungsverfahren nicht geprüft worden ist, ob den Vorhaben der Klägerin zum maßgeblichen Zeitpunkt das artenschutzrechtliche Störungsverbot des § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG in der seinerzeit geltenden Fassung entgegenstand, das sich zugleich als ein nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB beachtlicher Belang des Naturschutzes darstellt (vgl. Urteil vom 24. Februar 1978 - BVerwG 4 C 12.76 - Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 61 S. 29). Nach § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG a.F. war es verboten, wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten an ihren Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtsstätten durch Aufsuchen, Fotografieren oder ähnliche Handlungen zu stören.
- 36 Ob durch die Errichtung und den Betrieb der zur Genehmigung gestellten Anlagen der Tatbestand des § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG a.F. erfüllt worden wäre, ist ungeklärt. Der Verwaltungsgerichtshof ist zwar in anderem Zusammenhang zu der Einschätzung gelangt, dass u.a. die Nutzung des Antragsgebiets für die

Windenergie „am Artenschutzrecht scheitert“ (UA S. 31). Mit dem von ihm für „bedeutsam“ gehaltenen Störungsverbot hat er sich jedoch nur cursorisch befasst. Da das Berufungsurteil nicht die tatsächlichen Feststellungen enthält, die notwendig wären, um dem Senat eine Subsumtion unter § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG a.F. zu ermöglichen, muss der Verwaltungsgerichtshof die Prüfung nachholen. Ihm wird er zugrunde zu legen haben, dass zu den „ähnlichen Handlungen“, durch die europäische Vogelarten an ihren Nist-, Brut-, Wohn- und Zufluchtsstätten gestört werden, auch bau- oder betriebsbedingte Störungen gehören (vgl. Urteil vom 16. März 2006 - BVerwG 4 A 1075.04 - BVerwGE 125, 116), weil andernfalls den europarechtlichen Vorgaben, insbesondere dem weit gefassten Störungsverbot des Art. 5 Buchst. d VRL, dessen Umsetzung § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG a.F. jedenfalls auch diene, nicht hinreichend Rechnung getragen worden wäre (Urteil vom 21. Juni 2006 - BVerwG 9 A 28.05 - BVerwGE 126, 166 Rn. 34). Andererseits ist nicht jede Störung untersagt, sondern nur eine erhebliche Störung, die vorliegt, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das bundesrechtlich geregelte Störungsverbot nämlich nicht weiter reichen, als dies unionsrechtlich gefordert ist (vgl. BTDrucks 16/5100 S. 11 zu Nr. 7). Dies kommt im geänderten Wortlaut zum Ausdruck, den das Störungsverbot in § 42 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG 2007 und in § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG in der Fassung des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl I S. 2542) erhalten hat.

- 37 b) Im Übrigen ist das vorinstanzliche Urteil - jedenfalls im Ergebnis - mit Bundesrecht vereinbar.
- 38 aa) Der Verwaltungsgerichtshof hat sich entgegen der Ansicht der Beigeladenen nicht dadurch über § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB hinweggesetzt, dass er die Erschließung der umstrittenen Außenbereichsvorhaben als gesichert angesehen hat.
- 39 Der Verwaltungsgerichtshof ist davon ausgegangen, dass bis zum 4. Oktober 2005 die umstrittenen Bauvorhaben tatsächlich nicht erschlossen waren. Er hat das für unschädlich gehalten, weil die Klägerin der Beigeladenen mit Schreiben

vom 6. Mai 2005 ein Erschließungsangebot unterbreitet habe, dem ein Ausbauplan und eine Aufstellung der einzelnen Erschließungsmaßnahmen als Anlagen beigefügt gewesen seien. Damit habe die Klägerin die ihr als erschließungswillige Bauherrin obliegenden Pflichten zunächst erfüllt. Es wäre dann Sache der Beigeladenen gewesen, die Klägerin auf Mängel in dem Angebot - die die Beigeladene erst im gerichtlichen Verfahren gerügt habe - aufmerksam zu machen und ihr Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben; die Klägerin sei ohne erkennbare positive Reaktion der Gemeinde nicht verpflichtet gewesen, von sich aus weitere Vorschläge zu machen und das Erschließungsangebot nachzubessern (UA S. 40). Dagegen ist bundesrechtlich nichts zu erinnern.

- 40 Es entspricht der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 30. August 1985 - BVerwG 4 C 48.81 - BRS 44 Nr. 75), dass die Erschließungsmaßnahmen, die im Einzelfall erforderlich sind, nicht schon bei Vorlage des Genehmigungsantrags oder, wenn sich ein gerichtliches Verfahren anschließt, bis zu dessen Abschluss verwirklicht sein müssen. Gesichert ist die Erschließung, wenn damit gerechnet werden kann, dass sie bis zur Herstellung des Bauwerks (spätestens bis zur Gebrauchsabnahme) funktionsfähig angelegt ist, und wenn ferner damit zu rechnen ist, dass sie auf Dauer zur Verfügung stehen wird. Die Erschließung muss nicht notwendig von der Gemeinde, sondern darf auch durch den Bauherrn oder einen Dritten vorgenommen werden. Von einer gesicherten Erschließung ist nicht erst dann auszugehen, wenn der Bauinteressent oder Dritte die Erschließungsaufgabe vertraglich übernommen hat. Vielmehr genügt es, dass der Gemeinde ein zumutbares Erschließungsangebot vorgelegen hat. Ein solches Angebot hat eine Ersetzungsfunktion. Schon mit seiner Hilfe kann sich der Bauherr die Möglichkeit verschaffen, das Genehmigungshindernis der fehlenden Erschließung zu überwinden (Beschluss vom 18. Mai 1993 - BVerwG 4 B 65.93 - BRS 55 Nr. 105). Für ein zumutbares Erschließungsangebot genügt es freilich nicht, wenn der Bauinteressent lediglich seine Bereitschaft erklärt, in Vertragsverhandlungen einzutreten. Vielmehr muss das Angebot so konkret sein, dass es auf seine Eignung überprüft werden kann, einen Zustand herbeizuführen, der die gleiche Gewähr der Verlässlichkeit bietet, wie wenn das Baugrundstück bereits erschlossen wäre. Hiervon kann auch dann nicht gänzlich abgesehen werden, wenn die Gemeinde sich so unnachgiebig zeigt, dass Ver-

tragsverhandlungen keinen Erfolg versprechen. Vom Grad der Kooperationsbereitschaft der Gemeinde hängt allenfalls ab, welchen Substanziierungsanforderungen das Angebot gerecht werden muss. Lässt die Gemeinde keinen Zweifel daran aufkommen, dass sie bereit ist, aktiv am Zustandekommen eines Erschließungsvertrages mitzuwirken, so hat der Bauinteressent seinerseits durch ein entsprechend detailliertes Angebot eine möglichst breite Verhandlungsgrundlage als Voraussetzung dafür zu schaffen, dass eine Übereinstimmung in sämtlichen Fragen erzielt werden kann, die einer Regelung bedürfen. Verharrt die Gemeinde dagegen in einem Zustand der Passivität, so kann es der Bauherr im allgemeinen fürs Erste damit bewenden lassen, ihr ein Angebot zu unterbreiten, durch das sie in die Lage versetzt wird, sich über den Umfang seiner Leistungsbereitschaft ein Urteil zu bilden.

- 41 Der Verwaltungsgerichtshof hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass das Erschließungsangebot der Klägerin vom 6. Mai 2005 den Umständen, die durch eine grundsätzliche Ablehnung der Vorhaben der Klägerin durch die Beigeladene gekennzeichnet seien, angepasst und dass es angesichts der ablehnenden Haltung der Beigeladenen gegenüber den umstrittenen Vorhaben fürs Erste ausreichend substantiiert gewesen sei. An diese vorinstanzliche Würdigung ist der Senat gebunden. Die Beigeladene zeigt nicht auf, dass der Würdigung eine irrtümliche Rechtsauffassung zugrunde liegt. Vielmehr stellt sie ihrerseits überzogene rechtliche Anforderungen an das Erschließungsangebot. Entgegen ihrer Ansicht müssen einem Erschließungsangebot, das die Gemeinde von vornherein nicht annehmen will, nicht alle Belege beigelegt sein, die für den Nachweis der gesicherten Erschließung notwendig sind. Der Verwaltungsgerichtshof hat ferner nicht zu geringe Anforderungen an den Nachweis der Zuverlässigkeit der Eigenleistungen gestellt, die auch die Übernahme des durch den Ausbau entstehenden Unterhaltungsaufwandes einschließen müssen, weil nur auf diese Weise die Gemeinde unwirtschaftliche Aufwendungen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BauGB vermeiden kann. Die Klägerin hat sich in § 3 des Vertragsentwurfs verpflichtet, den durch die Ausbaumaßnahmen und den Betrieb der Windenergieanlagen bedingten erhöhten Erhaltungsaufwand vom Beginn des Ausbaus der Wege bis zur endgültigen Einstellung des Betriebs der Windenergieanlagen zu tragen. Mit dem Angebot, der Beigeladenen einen ein-

klagbaren Anspruch auf Übernahme der Unterhaltungskosten zu verschaffen, hat sie ihre Bereitschaft dokumentiert, die im konkreten Fall erforderlichen Mittel aufzubringen. Dass sie die Bereitschaft noch durch den Nachweis liquider Mittel hätte untermauern müssen, hat der Verwaltungsgerichtshof zu Recht nicht verlangt.

- 42 bb) Die Beigeladene beanstandet des Weiteren die vorinstanzliche Auffassung, dass die Genehmigung der umstrittenen Windenergieanlagen nicht an der Ausweisung der Standortflächen als Regionaler Grünzug im Regionalen Raumordnungsplan Südhessen hätte scheitern müssen. Ihrer Ansicht nach ist das nicht mit § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 BauGB vereinbar, wonach raumbedeutsame Vorhaben den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen dürfen. Dass die Ausweisung als Regionaler Grünzug teilweise durch diejenige als Vorrangflächen für Windenergie überlagert sei, komme der Klägerin nicht nach § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BauGB zugute - hiernach stehen öffentliche Belange raumbedeutsamen privilegierten Vorhaben nicht entgegen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind -, weil die konkurrierende Darstellung wegen eines Abwägungsmangels unwirksam sei. Die Argumentation der Beigeladenen greift nicht durch.
- 43 Der Verwaltungsgerichtshof hat die Festlegung „Regionaler Grünzug“ im Regionalen Raumordnungsplan als Ziel behandelt, von dem - wiederum mit der Qualität eines Ziels der Raumordnung - nach Abschnitt 3.1-2 des Textteils des Programms ausdrücklich Abweichungen aus Gründen des öffentlichen Wohls zugelassen sind (UA S. 42). Zu den Vorhaben, die aus Gründen des öffentlichen Wohls zulässig sind, hat er Windenergieanlagen gezählt. Hieran ist der Senat gebunden, da es sich bei den Bestimmungen des Regionalen Raumordnungsplans um irrevisibles Landesrecht (§ 173 VwGO i.V.m. § 560 ZPO) handelt. Steht die Errichtung von Windenergieanlagen im Regionalen Grünzug mit den Zielen der Raumordnung im Einklang, liegt ein Verstoß gegen § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 BauGB nicht vor. Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob die Ausweisung der Vorrangflächen für Windenergie im Regionalen Raumordnungsplan wirksam ist und damit in der Lage gewesen wäre, zu Gunsten der

Klägerin die positive Wirkung des § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BauGB zu entfalten, und braucht der darauf bezogenen Verfahrensrüge der Beigeladenen nicht nachgegangen zu werden, der Verwaltungsgerichtshof habe ihren Vortrag zum Abwägungsdefizit ignoriert und dadurch gegen § 108 VwGO und Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen.

- 44 cc) Zu Unrecht moniert die Beigeladene, dass der Verwaltungsgerichtshof der Klägerin den geltend gemachten Genehmigungsanspruch nicht deshalb gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB abgesprochen hat, weil ihre Anlagen höher als 85 m hätten sein sollen. Nach den tatrichterlichen Feststellungen im Berufungsurteil sah der Flächennutzungsplan 1998 eine Höhenbegrenzung für Windenergieanlagen nicht vor (UA S. 43). Dass eine Höhenbegrenzung (auf 85 m) bei der Aufstellung des Plans vorausgesetzt oder als Planmotiv für eine großzügigere Dimensionierung der Vorrangflächen mitbestimmend war, hat der Verwaltungsgerichtshof als rechtlich belanglos erachtet. Das ist bundesrechtlich zutreffend. Aus der Planbegründung ersichtliche Überlegungen der Entscheidungsträger der Gemeinde können zwar zur Auslegung und Erläuterung unklarer Darstellungen herangezogen werden; sind die Aussagen in der Planurkunde aber eindeutig, hat es mit ihnen sein Bewenden und ist ein Rückgriff auf außerhalb der Urkunde liegende Beweismittel unzulässig (vgl. Urteil vom 18. März 2004 - BVerwG 4 CN 4.03 - BVerwGE 120, 239 <244>).
- 45 dd) Mit dem Argument der Beigeladenen, der öffentliche Belang der Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes hätte der Erteilung der beantragten Genehmigung entgegengestanden, hat sich der Verwaltungsgerichtshof nicht auseinandergesetzt. Seine Begründung, er habe nur diejenigen öffentlichen Belange prüfen dürfen, mit denen die Beigeladene die Versagung ihres Einvernehmens begründet habe, ist zwar, wie bereits dargelegt, mit Bundesrecht nicht vereinbar. Gleichwohl ist das Urteil im Ergebnis richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO).
- 46 Die Baugrundstücke lagen am 4. Oktober 2005 im Vorranggebiet WE II, das die Beigeladene im Flächennutzungsplan dargestellt hatte, um die Rechtsfolgen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeizuführen. Die Vorschrift versetzt die Gemeinde in die Lage, die bauliche Entwicklung privilegierter Vorhaben im Sinne

des § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB im Außenbereich planerisch zu steuern. Die Vorhaben sind nicht mehr nur dann unzulässig, wenn ihnen öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegenstehen, sondern auch dann, wenn für sie durch Darstellungen in einem Flächennutzungsplan eine wirksame Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Die gesetzgeberische Privilegierungsentscheidung kommt zwar weiterhin, aber nur mehr nach Maßgabe der gemeindlichen Planungsvorstellungen zum Tragen. Das bedeutet, dass den öffentlichen Belangen, denen an sich erst auf der Stufe der Vorhabenzulassung Rechnung zu tragen ist, schon auf der Ebene der Flächennutzungsplanung rechtliche Bedeutung zukommt (vgl. Urteil vom 17. Dezember 2002 - BVerwG 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287 <300>). Die Gemeinde, die von der Ermächtigung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Gebrauch macht, hat die öffentlichen Belange, die nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB erheblich sind und nicht zugleich zwingende, im Wege der Ausnahme oder Befreiung nicht überwindbare Verbotstatbestände nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfüllen, bei der Bauleitplanung nach Maßgabe des § 1 Abs. 7 BauGB gegen das Interesse Bauwilliger abzuwägen, den Außenbereich für die Errichtung von Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB in Anspruch zu nehmen. Mit der Darstellung von Konzentrationsflächen bringt sie zum Ausdruck, dass sie die der Abwägung zugänglichen öffentlichen Belange geringer gewichtet hat als die Nutzerinteressen. Ist die Planung wirksam, weil die Abwägung frei von Fehlern ist oder Abwägungsmängel nach dem Fehlerfolgenregime des § 214 BauGB unbeachtlich sind, dürfen diese Belange bei der Entscheidung über die Vorhabenzulassung nicht wieder als Genehmigungshindernis aktiviert werden (Urteil vom 18. August 2005 - BVerwG 4 C 13.04 - BVerwGE 124, 132 <144>). Nach dem Modell des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bedingen die positive und negative Komponente der Darstellung von Konzentrationsflächen einander und lässt sich das Zurücktreten der Privilegierung in Teilen des Plangebiets nur dann rechtfertigen, wenn die Gemeinde sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen (Urteil vom 17. Dezember 2002 a.a.O. S. 294).

- 47 Die Beigeladene stellt nicht in Abrede, dass sie bei der Festlegung der Vorrangzonen WE I bis III im Flächennutzungsplan 1998 dem Schutz des Orts- und

Landschaftsbildes einen geringeren Wert beigemessen hat als dem Belang der Nutzung der zur Verfügung gestellten Flächen für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen. Ihr Einwand geht dahin, sie sei im Abwägungsprozess von einer Anlagenhöhe bis 85 m ausgegangen. Größere Anlagen, wie sie die Klägerin zur Genehmigung gestellt habe, entsprächen nicht ihren planerischen Vorstellungen, weil sie das Orts- und Landschaftsbild verunstalteten. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB habe dem Genehmigungsantrag daher entgegengehalten werden dürfen. Dem ist zu widersprechen. Die Stadtverordnetenversammlung der Beigeladenen hat im Flächennutzungsplan 1998 eine Höhenbegrenzung nicht festgeschrieben und damit die Folgen - die Zulässigkeit von Windenergieanlagen mit einer Höhe über 85 m - in Kauf genommen. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das Gremium sich irrig für nicht befugt gehalten hat, im Flächennutzungsplan eine Höhenbeschränkung festzusetzen, oder etwas anderes beschlossen hat, als der Inhalt der Planurkunde belegt.

- 48 ee) Die Beigeladene beanstandet schließlich als weiteren Bundesrechtsverstoß, dass es der Verwaltungsgerichtshof abgelehnt hat, den planreifen Entwurf der 2. Änderung des Flächennutzungsplans, die die Baugrundstücke den Ausschlussflächen zuordnet, als öffentlichen Belang anzuerkennen. Auch damit bleibt sie ohne Erfolg.
- 49 Der Senat lässt offen, ob ein planreifer Entwurf eines Flächennutzungsplans, dem nach seinem Inkrafttreten die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zukommen sollen, einem Außenbereichsvorhaben generell nicht als öffentlicher Belang entgegenstehen kann. Eine „Vorwirkung“ scheidet jedenfalls für den Fall aus, dass die künftigen Ausschlussflächen nach dem aktuellen Flächennutzungsplan noch in einer Konzentrationsfläche liegen. Nach der Rechtsprechung des Senats erfüllt der Flächennutzungsplan im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, d.h. soweit es um die Ausschlusswirkung geht, eine dem Bebauungsplan vergleichbare Funktion (Urteil vom 26. April 2007 - BVerwG 4 CN 3.06 - BVerwGE 128, 382 Rn. 16). Hinsichtlich der Konzentrationsflächen gilt nichts entscheidend anderes. Zwar tritt der Flächennutzungsplan nicht an die Stelle eines Bebauungsplans - die Gemeinde ist nicht gehindert, die Positiv-

flächen zum Zwecke der Feinsteuerung noch mit einem Bebauungsplan zu überplanen, in dem beispielsweise die Vorhabenstandorte durch die Festsetzung von Baugrenzen (§ 23 BauNVO) vorgegeben werden (vgl. dazu Urteil vom 21. Oktober 2004 - BVerwG 4 C 3.04 - BVerwGE 122, 117) -, er bestimmt aber, in der Bindungswirkung einem Bebauungsplan vergleichbar, dass in den dargestellten Konzentrationsflächen die bevorzugten Vorhaben ihrer Art nach zulässig sind. Solange die Darstellung Bestand hat, kann ihnen eine nur in Aufstellung befindliche anderweitige Flächennutzungsplanung nicht als öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegengehalten werden.

50 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Gatz

Dr. Jannasch

Dr. Philipp

Petz

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 950 000 € festgesetzt.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Gatz

Dr. Jannasch

Dr. Philipp

Petz

Sachgebiet:	BVerwGE:	ja
Bauplanungsrecht	Fachpresse:	ja

Rechtsquellen:

BauGB	§ 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 Satz 1, Abs. 3 Satz 3
BlmSchG	§ 6 Abs. 1
BNatSchG 2002	§ 42 Abs. 1 Nr. 2

Stichworte:

Windenergieanlagen; Flächennutzungsplan; ~ mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB; Konzentrationsflächenplanung; Verhinderungsplanung; Abwägung; Abwägungsfehler; Unbeachtlichkeit von ~; Artenschutz; Störungsverbot; artenschutzrechtliches ~; Einvernehmen; gemeindliches ~; Erschließung; Erschließungsangebot.

Leitsätze:

1. Eine Gemeinde, die von der Ermächtigung zur Konzentrationsflächenplanung Gebrauch macht, hat die öffentlichen Belange, die nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB erheblich sind und nicht zugleich zwingende, im Wege der Ausnahme oder Befreiung nicht überwindbare Verbotstatbestände nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfüllen, bei der Planung nach Maßgabe des § 1 Abs. 7 BauGB gegen das Interesse Bauwilliger abzuwägen, den Außenbereich für die Errichtung von Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB in Anspruch zu nehmen. Ist die Planung wirksam, weil die Abwägung frei von Fehlern ist oder Abwägungsmängel nach dem Fehlerfolgenregime des § 214 BauGB unbeachtlich sind, dürfen diese Belange bei der Entscheidung über die Zulassung eines Vorhabens auf der Konzentrationsfläche nicht wieder als Genehmigungshindernis aktiviert werden.

2. Es bleibt offen, ob die Darstellungen eines in Aufstellung befindlichen Flächennutzungsplans, dem nach seinem Inkrafttreten die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zukommen sollen, einem Außenbereichsvorhaben generell nicht als unbenannter öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegenstehen können. Eine „Vorwirkung“ scheidet jedenfalls für den Fall aus, dass die künftigen Ausschlussflächen nach dem aktuellen Flächennutzungsplan noch in einer Konzentrationsfläche liegen.

3. Verpflichtet ein Gericht eine Verwaltungsbehörde zur Erteilung einer Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb eines Außenbereichsvorhabens und ersetzt dabei ein versagtes gemeindliches Einvernehmen, sind auf das Rechtsmittel der Gemeinde die Voraussetzungen des § 35 BauGB in vollem Umfang nachzuprüfen. Eine Beschränkung der Prüfung auf diejenigen Gründe, auf die die Gemeinde die Versagung ihres Einvernehmens gestützt hat, ist unzulässig.

Urteil des 4. Senats vom 20. Mai 2010 - BVerwG 4 C 7.09

I. VG Gießen vom 04.07.2007 - Az.: VG 8 E 2538/05 -

II. VGH Kassel vom 17.06.2009 - Az.: VGH 6 A 630/08 -