



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 4 BN 65.09
OVG 2 K 93/08

In der Normenkontrollsache

hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 29. März 2010

durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Rubel,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Gatz und
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Bumke

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Obergerichtes des Landes Sachsen-Anhalt vom 30. Juli 2009 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 60 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die auf alle Zulassungsgründe des § 132 Abs. 2 VwGO gestützte Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision bleibt ohne Erfolg.
- 2 1. Die Rechtssache hat nicht die rechtsgrundsätzliche Bedeutung, die ihr die Beschwerde beimisst.
- 3 1.1 Die Beschwerde wirft als grundsätzlich klärungsbedürftig die Frage auf, ob ein Raumordnungsplan der Nutzung der Windenergie im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in substantieller Weise Raum verschaffen (kann), wenn die darin für die Errichtung von Windenergieanlagen ausgewiesenen Konzentrationsflächen nach ihrer Anzahl und Energiemenge auch mit Blick auf den *Bundesdurchschnitt* geeignet sind, einen den energiepolitischen Zielsetzungen nicht offensichtlich widersprechenden Beitrag zur Erhöhung des Anteils regenerativer Energien an der Gesamtenergienutzung zu leisten (Beschwerdebegründung S. 2-5 Hervorhebung im Original).

- 4 Die Beschwerde ist der Auffassung, das Oberverwaltungsgericht habe durch das Abstellen auf den Bundesdurchschnitt erstmalig einen allgemeinen Maßstab zugrunde gelegt. Die Grundsatzrüge bleibt ebenso wie die hilfsweise erhobene Divergenzrüge (Beschwerdebegründung S. 4, 12-15) ohne Erfolg.

- 5 Wie sich aus der von der Beschwerde zitierten Rechtsprechung des Senats ergibt, 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 Außenbereich erstreckt (Urteile vom 17. Dezember 2002 - BVerwG 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287 <298>; vom 13. März 2003 - BVerwG 4 C 3.02 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 356 <in Buchholz insoweit nicht veröffentlicht> juris Rn. 20 sowie - BVerwG 4 C 4.02 - BVerwGE 118, 33 <37>; vom 21. Oktober 2004 - BVerwG 4 C 2.04 - BVerwGE 122, 109 <111> und vom 24. Januar 2008 - BVerwG 4 CN 2.07 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 376 Rn. 10 f.; Beschlüsse vom 12. Juli 2006 - BVerwG 4 B 49.06 - ZfBR 2006, 679 <680>; vom 23. Juli 2008 - BVerwG 4 B 20.08 - BauR 2008, 2009 <insoweit nicht veröffentlicht> juris Rn. 9 und vom 15. September 2009 - BVerwG 4 BN 25.09 - ZfBR 2010, 65 <66>). Der Träger der Raumordnungsplanung darf das Instrumentarium, das ihm das Raumordnungsrecht an die Hand gibt, nicht für eine "Verhinderungsplanung" missbrauchen (Urteil vom 27. Januar 2005 - BVerwG 4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364 <375>). Wo die Grenze zur Verhinderungsplanung verläuft, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. Wann diese Grenze überschritten ist, kann erst nach einer Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Planungsraum beurteilt werden. Die Entscheidung, anhand welcher Kriterien sich beantworten lässt, ob eine Konzentrationsplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Nutzung der Windenergie in substantieller Weise Raum verschafft, obliegt grundsätzlich dem Tatsachengericht.

- 6 An diesen Grundsätzen hat sich das Oberverwaltungsgericht orientiert: Das Oberverwaltungsgericht hat in seinem zur Begründung in Bezug genomme-

nen Urteil vom 14. Mai 2009 - 2 L 255.06 - zunächst darauf hingewiesen, dass die Frage, wann ein Raumordnungsplan der Nutzung der Windenergie in substantieller Weise Raum verschaffe, in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Obergerichte bislang nicht abschließend geklärt sei. Insbesondere lasse sich „daraus“ kein positiver Wert hinsichtlich eines bestimmten Anteils der Gesamtfläche des jeweiligen Planungsgebietes, der Errichtung einer bestimmten Anzahl von Windkraftanlagen und/oder der Erzielung einer bestimmten Gesamtnennleistung entnehmen. „Stattdessen“ sei eine Gesamtbetrachtung angemessen, wonach der Nutzung der Windenergie in substantieller Weise Raum verschafft sei, wenn die ausgewiesenen Konzentrationsflächen nach ihrer Zahl und Größe einen beachtlichen Teil der potentiell für die Windkraftnutzung in Betracht kommenden Fläche ausmachten und mit hinreichender Sicherheit zur Errichtung von Windkraftanlagen führten, die nach ihrer Anzahl und Energiemenge auch mit Blick auf den Bundesdurchschnitt geeignet seien, einen gewichtigen und den allgemein anerkannten energiepolitischen Zielsetzungen nicht offensichtlich widersprechenden Beitrag zur Erhöhung des Anteils regenerativer Energien an der Gesamtenergieerzeugung zu leisten.

- 7 Entgegen der Auffassung der Beschwerde hat das Oberverwaltungsgericht damit nicht eine Typisierung bzw. Abstraktion des Begriffs vorgenommen und eine von dem jeweiligen Einzelfall losgelöste Antwort auf die Frage gegeben, wann eine Konzentrationsplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Nutzung der Windenergie in substantieller Weise Raum verschafft. Insbesondere hat das Oberverwaltungsgericht nicht auf ein verbindliches, abstrakt bestimmtes „Mindestmaß“ abgestellt. Es hat die Frage vielmehr aufgrund einer Gesamtbetrachtung geprüft. Dass das Oberverwaltungsgericht sich dabei einer Reihe von Hilfskriterien bedient und unter anderem hinsichtlich der Energiemenge „auch“ auf den Bundesdurchschnitt abgestellt hat, bedeutet nicht, dass es seiner Würdigung allgemeingültige Größenordnungen zugrunde gelegt hat. Größenangaben sind, isoliert betrachtet, als Kriterium ungeeignet (Beschluss vom 12. Juli 2006 a.a.O.). Aus der Feststellung, eine Gesamtleistung von ca. 850 Megawatt stelle auch mit Blick auf den Landes- und Bundesdurchschnitt einen mehr als beachtlichen Bei-

trag an der Windenergieerzeugung dar (juris Rn. 48 des in Bezug genommenen Urteils vom 14. Mai 2009), lässt sich nicht - gleichsam im Umkehrschluss - der Rechtsatz ableiten, es gebe ein Mindestmaß an Energieleistung, das grundsätzlich nicht unterschritten werden dürfe. Das Obergericht hat vielmehr an Hand der von ihm herangezogenen Kriterien (Zahl und Größe der Fläche, Anzahl und Energiemenge der Windenergieanlagen) in einer Gesamtschau Relationen gebildet, deren Aussagekraft auf einer Würdigung der konkreten örtlichen Gegebenheiten im Planungsraum beruhen.

- 8 1.2 Die auf den Gesichtspunkt des Repowering zielende Frage, ob bei der Abwägung mit besonderem Gewicht einzustellen und zu begründen ist, dass bereits genehmigte und errichtete Windenergieanlagen infolge der Planung aus den Konzentrationszonen herausfallen und den Grundstückseigentümern bzw. Betreibern damit die Möglichkeit genommen wird, ältere Anlagen zu ersetzen und gegebenenfalls auch neu anzuordnen (Beschwerdebegründung S. 5-8), rechtfertigt ebenfalls nicht die Zulassung der Revision.
- 9 In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass vorhandene Windenergieanlagen als Tatsachenmaterial bei der Abwägung zu berücksichtigen sind (Beschluss vom 23. Juli 2008 a.a.O. juris Rn. 7). Werden Grundstücke mit vorhandenen Windenergieanlagen beim Zuschnitt der Konzentrationsflächen nicht berücksichtigt, sind die Betreiber auf den Bestandsschutz für ihre Anlagen beschränkt. Der Planungsträger hat daher das Interesse der Betreiber, ältere Anlagen durch effizientere neue Anlagen zu ersetzen und diese dabei gegebenenfalls auch neu anzuordnen (Repowering), in der Abwägung zu berücksichtigen (Urteil vom 24. Januar 2008 a.a.O. Rn. 17). Die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten eines Grundstücks muss vom Planungsträger als ein wichtiger Belang privater Eigentümerinteressen in der Abwägung der öffentlichen und der privaten Belange beachtet werden (vgl. auch zur gemeindlichen Bauleitplanung Urteil vom 31. August 2000 - BVerwG 4 CN 6.99 - BVerwGE 112, 41 <49>; Beschlüsse vom 26. August 2009 - BVerwG 4 BN 35.09 - BauR 2010, 54 und vom 16. Januar 1996 - BVerwG 4 NB 1.96 - Buchholz 406.11 § 1 BauGB Nr. 88 S. 38). Bei der Bewertung der privaten und der öffentlichen Belange und der

Frage, welchem Belang der Vorzug zu geben ist, ist dem Planungsträger aber ein weiter planerischer Gestaltungsspielraum eingeräumt. Insbesondere ist er nicht dazu verpflichtet, Standorte für die Windenergienutzung dort 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 (Urteil vom 27. Januar 2005 a.a.O.). Die Abwägung kann, muss aber nicht von dem planerischen Willen geleitet sein, bereits vorhandene Windenergieanlagen einen gewissen Vorrang dergestalt einzuräumen, dass diese Flächen wegen ihres Repowering-Potentials nach Möglichkeit erneut als Konzentrationsflächen ausgewiesen werden. Ein - wie die Beschwerde es formuliert - „gesteigertes“ Abwägungs- und Begründungserfordernis löst das Repowering-Potential vorhandener Windenergieanlagen nicht aus. Entscheidend ist, dass der Planungsträger die Interessen der Betreiber vorhandener Windenergieanlagen erkennt und angemessen gewichtet. Das hat das Oberverwaltungsgericht bejaht und ausgeführt, die Antragsgegnerin habe die zum Zeitpunkt der Planung vorhandenen Windenergieanlagen erfasst und berücksichtigt und unter Berücksichtigung des vorhandenen Bestandes einen großen Teil der nunmehrigen Konzentrationsflächen gerade im Bereich vorhandener Windparks ausgewiesen (UA S. 13). Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall von den von der Beschwerde in Bezug genommenen Fällen, über die das Oberverwaltungsgericht Lüneburg (Urteil vom 22. Januar 2009 - 12 KN 29/07 - NVwZ-RR 2009, 546 <insoweit nicht veröffentlicht> juris Rn. 49) und der Verwaltungsgerichtshof Kassel (Urteil vom 17. Juni 2009 - 6 A 630/08 - NuR 2009, 556 <insoweit nicht veröffentlicht> juris Rn. 60) zu entscheiden hatten. Denn in den dortigen Verfahren waren die Interessen der im Plangebiet bereits vertretenen Windkraftbetreiber vernachlässigt worden bzw. hatte das Interesse an der Beibehaltung des früheren Rechtszustands für die Entscheidung erkennbar keine Rolle gespielt.

- 10 1.3 Die sinngemäße Frage, ob in die Abwägung mit besonderem Gewicht einzustellen ist, dass die Planung im Hinblick auf ausgewiesene Sondergebiete angesichts der Anpassungspflicht gemäß § 1 Abs. 4 BauGB nach deren Auf-

hebung zu Entschädigungsansprüchen gegenüber den Gemeinden in entsprechender Anwendung des § 39 Satz 1 BauGB führen kann (Beschwerdebegründung S. 8-12), beruht ebenfalls auf der unzutreffenden Annahme einer - hier aus Art. 28 Abs. 2 GG - rechtlich gebotenen „besonderen Gewichtungsvorgabe“. Artikel 28 Abs. 2 GG schützt nicht vor raumordnungsrechtlicher Überplanung. Auf die Ausführungen unter 1.2 kann verwiesen werden. Auch hier gilt, dass der Planungsträger lediglich die Belange der gegebenenfalls anpassungspflichtigen Gemeinden erkennen und gewichten muss. Dazu hat das Oberverwaltungsgericht ausgeführt, die Antragsgegnerin habe die von den betroffenen Gemeinden im Rahmen des Beteiligungsverfahrens vorgebrachten Anregungen und Bedenken im Rahmen ihrer Abwägung berücksichtigt (UA S. 14).

- 11 2. Die Verfahrensrüge, mit der die Beschwerde mangelnde Sachverhaltsaufklärung geltend macht (Beschwerdebegründung S. 15-17), führt ebenfalls nicht zur Zulassung der Revision. Die Antragstellerin rügt, trotz Ankündigung seitens des Oberverwaltungsgerichts in der mündlichen Verhandlung sei nicht aufgeklärt worden, ob der Antragsgegnerin die Anzahl der vorhandenen bei der Ausweisung nicht berücksichtigten Windenergieanlagen bekannt gewesen sei. Angesichts der gerichtlichen Ankündigung, dass „der Senat ... diesen Punkt nunmehr aufklären“ müsse, habe die Antragstellerin auf die Stellung eines entsprechenden Beweisantrags verzichtet; sie habe nach Kenntnis der unterbliebenen Aufklärung einen Antrag auf Tatbestandsberichtigung gestellt, über den bislang nicht entschieden worden sei.

- 12 Ein Verstoß gegen die Pflicht des Gerichts zur Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen wird mit diesem Vortrag nicht aufgezeigt. Das Oberverwaltungsgericht hat - wie sich aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils ergibt (UA S. 4) - den Vortrag der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 17. Juli 2009 zur Anzahl der genehmigten bzw. bestehenden Windenergieanlagen zur Kenntnis genommen. Es ist indes davon ausgegangen, dass die von der Antragstellerin vorgelegten (höheren) Zahlen darauf beruhten, dass das Planungsgebiet im Jahr 2008, also außerhalb des maßgeblichen Planungszeitraums, erheblich erweitert worden sei und seitdem eine Reihe weiterer, zuvor nicht vorhandener

Windparks umfasse. Die Antragsgegnerin habe anhand der vorgelegten Verwaltungsvorgänge nachgewiesen, dass sie die zum Zeitpunkt der Planung vorhandenen Windenergieanlagen erfasst und berücksichtigt habe (UA S. 13). Das Oberverwaltungsgericht geht damit davon aus, dass die Antragsgegnerin die - wie die Beschwerde es formuliert - „Feststellungslast“ trifft, dass sie aber „anhand der vorgelegten Verwaltungsvorgänge“ die von der Antragstellerin geltend gemachten Widersprüche ausgeräumt habe. Die „angekündigte“ Aufklärung seitens des Gerichts ist damit nicht - wie die Beschwerde geltend macht - „überraschender Weise“ unterblieben. Denn die Feststellung, dass die Antragsgegnerin die zum Zeitpunkt der Planung vorhandenen Windenergieanlagen erfasst und berücksichtigt habe, beruht ersichtlich darauf, dass das Oberverwaltungsgericht seinerseits die Angaben der Antragsgegnerin anhand der Verwaltungsvorgänge und im Lichte der Einwände der Antragstellerin überprüft und den geltend gemachten Widerspruch als ausgeräumt erachtet hat. Soweit die Antragstellerin zumindest sinngemäß auch eine unzulässige Überraschungsentscheidung rügen wollte, wäre auch damit kein Verfahrensfehler aufgezeigt. Dass die Frage streitig war, ist in der mündlichen Verhandlung erörtert worden. Welche Folgerungen das Gericht aus den ihm gegenüber abgegebenen Erklärungen und/oder den ihm vorgelegten Unterlagen ziehen will oder möglicherweise ziehen könnte, beruht auf einer Würdigung des Gesamtergebnisses des Verfahrens. Die Würdigung des Gesamtergebnisses des Verfahrens ist indes einer Vorabberörterung mit den Beteiligten entzogen; sie ist der Schlussberatung vorbehalten (Beschluss vom 6. Juli 2001 - BVerwG 4 B 50.01 - juris Rn. 12). Auf eben diese Schlussberatung zielt erkennbar der von der Beschwerde angeführte gerichtliche Hinweis, dass „der Senat ... diesen Punkt nunmehr aufklären“ müsse. Vor diesem Hintergrund führt auch der Vorwurf der Antragstellerin, sie sei an der Stellung eines Beweisantrags gehindert gewesen, nicht weiter. Die Antragstellerin greift mit der Beschwerde - wie auch mit ihrem Antrag auf Tatbestandsberichtigung - letztlich nur die tatrichterliche Würdigung an, weil sie der Meinung ist, sie habe substantiiert nachgewiesen, dass der zum Zeitpunkt der Planung vorhandene Bestand nicht erfasst und berücksichtigt worden sei, hält dem Oberverwaltungsgericht also vor, ihre Ausführungen nicht so gewürdigt zu haben, wie sie es für geboten hält. Sie zeigt jedoch nicht auf, dass sich dem Oberverwaltungsgericht auf der Grundlage der Verwaltungsvor-

gänge eine weitere Sachverhaltsaufklärung hätte aufdrängen müssen. Etwaige Fehler in der Sachverhalts- und Beweiswürdigung sind revisionsrechtlich regelmäßig nicht dem Verfahrensrecht, sondern dem materiellen Recht zuzuordnen und können deswegen einen Verfahrensmangel im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO nicht begründen. Eine Fallgestaltung, die eine abweichende Beurteilung zulassen würde, wird von der Beschwerde nicht dargelegt.

- 13 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 1 GKG.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Gatz

Dr. Bumke