

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 22 CS 12.2297
Sachgebietsschlüssel: 1021

Rechtsquellen:

§ 15 Abs. 3 Sätze 1 und 3, § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 Satz 3 BauGB.

Hauptpunkte:

Für sofort vollziehbar erklärte immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Windkraftanlage;
Anspruch der Standortgemeinde auf Zurückstellung der Entscheidung über die Genehmigung;
beabsichtigter gemeindeübergreifend abgestimmter Teilflächennutzungsplan zur Ausweisung von Konzentrationszonen und Ausschlusszonen für Windkraftanlagen;
Sicherungsfähigkeit der Planung;
Kompensation von Defiziten an Konzentrationsflächen in einzelnen Gemeinden durch ein Flächenüberangebot in anderen Gemeinden;
substanzieller Raum für die Windkraftnutzung;
einheitliche Abstandsvorgabe von 900 m für Windkraftanlagen zu allgemeinen Wohngebieten, Dorfgebieten, Mischgebieten, Einzelhäusern und Splittersiedlungen im Außenbereich;
gesicherte Erschließung;
Einsatz schwerer Baufahrzeuge und von Schwertransportern für die Errichtung der Windkraftanlage.

Leitsätze:

Beschluss des 22. Senats vom 21. Januar 2013
(VG München, Entscheidung vom 5. Oktober 2012, Az.: M 1 S 12.3896)

22 CS 12.2297
M 1 S 12.3896

*Großes
Staatswappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Verwaltungsstreitsache

vertreten durch den Oberbürgermeister,

- Antragstellerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte *****

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch die Landesrechtsanwaltschaft Bayern,

- Antragsgegner -

beigefügt:

vertreten durch

vertreten durch den Geschäftsführer

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte *****

wegen

immissionsschutzrechtlicher Genehmigung;
Antrag nach § 80a Abs. 3, § 80 Abs. 5 VwGO;
hier: Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 5. Oktober 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 **21. Januar 2013**
folgenden

Beschluss:

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.
- III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 30.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für eine von der Beigeladenen geplante Windkraftanlage auf dem Stadtgebiet der Antragstellerin.
- 2 Die Antragstellerin beabsichtigt seit etwa Anfang des Jahres 2011 mit zuletzt 13 weiteren Gemeinden des Landkreises D*****, einen gemeinsamen Teilflächennutzungsplan zur Ausweisung von Konzentrationsflächen für Windkraftanlagen aufzu-

stellen. In einem Gutachten des Büros „B*****“ vom 28. April 2011, das u.a. als Grundlage für die Ausweisung von Gebieten für die Windkraftnutzung im Rahmen der vorbereitenden kommunalen Bauleitplanung dienen sollte, wurde das Ergebnis von Ermittlungen zu den für die Nutzung von Windenergie geeigneten Flächen im Landkreis dargestellt.

3 Am 13. Juli 2011 beantragte die Beigeladene die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windkraftanlage mit einer Leistung von 2.300 kW und einer Höhe von 180,38 m auf den im Stadtgebiet der Antragstellerin im Außenbereich liegenden Grundstücken FINrn. 324 und 334 der Gemarkung E*****. Der Abstand der Windkraftanlage zur nächsten Wohnbebauung beträgt etwa 600 m.

4 Am 28. Juli 2011 beschloss der Stadtrat der Antragstellerin die Änderung des bestehenden Flächennutzungsplans und die Aufstellung eines „Gemeinsamen sachlichen Teilflächennutzungsplans“ zur Ausweisung von Konzentrationszonen für Windkraftanlagen für das gesamte Stadtgebiet, wobei die Aufstellung zunächst zusammen mit 15 weiteren Gemeinden des Landkreises erfolgte. Ziel sollte sein, durch eine positive Planung eine räumliche Steuerung von Windkraftstandorten im gesamten Plangebiet zu erreichen. Der Stadtratsbeschluss wurde am 24. August 2011 im Amtsblatt der Antragstellerin bekannt gemacht. Am 7. November 2011 beschloss die Antragstellerin, die mit Schreiben des Landratsamts D***** vom 19. Oktober 2011 förmlich vom Genehmigungsantrag der Beigeladenen unterrichtet worden war, ihrer künftigen Planung die – inzwischen weiter entwickelten – „landkreisweiten Kriterien“ für die Mindestabstände zwischen Windkraftanlagen und bewohnten Gebieten zugrunde zu legen, so einen Mindestabstand zu reinen Wohngebieten (WR) von 1.150 m sowie zu allgemeinen Wohngebieten (WA), Mischgebieten (MI), Dorfgebieten (MD), Einzelhäusern, Siedlungssplittern und ländlichen Siedlungen von 900 m; auf dieser Grundlage sollte ein Vorentwurf für den sachlichen Teilflächennutzungsplan erarbeitet werden. Grundlage des Stadtratsbeschlusses waren das genannte „Gutachten B*****“ vom 28. April 2011 und eine Standortanalyse des Büros „B*****“ vom Oktober 2011. Dieser Standortanalyse zufolge gibt es bei Zugrundelegung der im „Landkreiskonzept“ vorgesehenen Abstände zu den unterschiedlichen Gebietsarten sowie zu Einzelanwesen im Stadtgebiet der Beigeladenen keine für Windkraftanlagen geeigneten Flächen. Wie dem Entwurf des Teilflächennutzungsplans (Gemeinsamer sachlicher Teilflächennutzungsplan, Teilgebiet D*****,

i.d.F. v. 9.12.2011, VGH-Akte Bl. 54 ff.) zu entnehmen ist, lief die Gesamtplanung anhand der o.g. Abstände darauf hinaus, dass vom Landkreis D***** (579,2 km²) 498,3 km² als Plangebiet erfasst wurden (die Gemeinden P***** , H***** und O***** hatten eine Beteiligung an der gemeinsamen Planung abgelehnt) und hiervon 4,69 km² (ca. 0,94%) als geeignet für Konzentrationszonen für Windkraftanlagen angesehen wurden.

- 5 Mit Schreiben vom 10. und 14. November 2011 versagte die Antragstellerin – einem Stadtratsbeschluss vom 7. November 2011 entsprechend – das gemeindliche Einvernehmen zum Vorhaben der Beigeladenen und beantragte insoweit die Zurückstellung der Entscheidung über den Genehmigungsantrag; mit Schreiben vom 18. November 2011 konkretisierte sie ihren Antrag dahingehend, dass eine Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB bis zum Wirksamwerden des „Gemeinsamen sachlichen Teilflächennutzungsplans“, längstens aber für ein Jahr, beantragt werde. Das Vorhaben liege in einem Bereich, der nach den Abstandskriterien des sog. „Landkreiskonzepts“ nicht für eine Konzentrationsfläche in Betracht komme.
- 6 Mit Bescheid vom 23. November 2011 stellte das Landratsamt die Entscheidung über den Antrag auf Genehmigung von Errichtung und Betrieb der strittigen Windkraftanlage bis zum Wirksamwerden des „Gemeinsamen sachlichen Teilflächennutzungsplans“, längstens aber für ein Jahr ab Zustellung des Zurückstellungsbescheids, zurück und ordnete insoweit die sofortige Vollziehung an.
- 7 Auf Antrag der Beigeladenen stellte das Bayerische Verwaltungsgericht München mit Beschluss vom 1. Februar 2012 (Az. M 1 S 11.6013) die aufschiebende Wirkung der von ihr erhobenen Anfechtungsklage gegen den Zurückstellungsbescheid des Landratsamts D***** vom 23. November 2011 wieder her. Die hiergegen eingelegte Beschwerde des Antragsgegners wies der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 20. April 2012 zurück (Az. 22 CS 12.310). Der Antragsgegner hob daraufhin den Zurückstellungsbescheid auf; das Klageverfahren wurde eingestellt.
- 8 Am 23. Januar 2012 billigte der Stadtrat der Antragstellerin den mit den 13 verbliebenen Landkreisgemeinden erarbeiteten Entwurf des „Gemeinsamen sachlichen Teilflächennutzungsplans“ zur Ausweisung von Konzentrationsflächen für Windkraftanlagen im Landkreis D***** und beschloss die Durchführung der Beteiligung der

Öffentlichkeit und der Behörden. Parallel dazu wurde die frühzeitige Beteiligung der Träger öffentlicher Belange gemeinsam von allen Gemeinden durchgeführt.

- 9 Mit Bescheid vom 4. Juli 2012 lehnte das Landratsamt den Antrag der Antragstellerin auf Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB nunmehr ab. Der Stadtrat der Antragstellerin beschloss am 24. Juli 2012, an der Verweigerung seines gemeindlichen Einvernehmens festzuhalten. Gegen den Bescheid vom 4. Juli 2012 erhob die Antragstellerin Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht München mit dem Ziel, den Antragsgegner zur Erteilung der beantragten Zurückstellung zu verpflichten (Az. M 1 K 12.3199); über die Klage ist noch nicht entschieden.
- 10 Mit Bescheid vom 9. August 2012 erteilte das Landratsamt der Beigeladenen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Windkraftanlage auf den Grundstücken FINrn. 324 und 334 der Gemarkung E****-***** und ersetzte darin das Einvernehmen der Antragstellerin. Weiter ordnete es die sofortige Vollziehbarkeit der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung an. Es begründete die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens damit, die Erschließung sei jedenfalls durch die Zufahrtsmöglichkeit an das öffentliche Straßennetz über den öffentlichen Feld- und Waldweg FINrn. 325 und 332 sowie das Baugrundstück gesichert. Die von der Antragstellerin beschlossenen Planungsgrundsätze seien als Verhinderungsplanung zu qualifizieren, weshalb keine hinreichende Planreife für eine Zurückstellung vorliege. Die aktuellen Planungen würden der Windenergie im Planungsgebiet keinen substanziellen Raum geben. Es bestehe vielmehr ein äußerst ungünstiges Verhältnis zwischen den sich ergebenden Konzentrationsflächen und den nicht für die Windenergienutzung zur Verfügung stehenden Flächen. Insbesondere die einheitliche Abstandsvorgabe für Windkraftanlagen zu im Außenbereich gelegenen Einzelhäusern oder Splittersiedlungen einerseits und zur Wohnnutzung im Innenbereich andererseits sei unzulässig.
- 11 Gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 9. August 2012 erhob die Antragstellerin Anfechtungsklage zum Bayerischen Verwaltungsgericht München und beantragte, die aufschiebende Wirkung der Klage wiederherzustellen.
- 12 Mit Beschluss vom 5. Oktober 2012 lehnte das Verwaltungsgericht den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage ab. Die angefochtene im-

missionsschutzrechtliche Genehmigung vom 9. August 2012 verletze die Antragstellerin voraussichtlich nicht in eigenen Rechten.

- 13 Ein Anspruch auf Zurückstellung ergebe sich nach § 15 Abs. 3 Satz 1 BauGB zugunsten der Antragstellerin nicht. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der sicherungsfähigen Planung sei jener der behördlichen Entscheidung über den Zurückstellungsantrag vom 4. Juli 2012. Die gemeinsame Flächennutzungsplanung der an der landkreisweiten Planung beteiligten Gemeinden stelle zwar ein Mindestmaß eines schlüssigen gesamträumlichen Konzepts dar. Ein Sicherheitsbedürfnis für diese Planung sei jedoch zu verneinen, weil die planenden Gemeinden den ihnen bei der Bestimmung der sog. „Tabuzonen“ eingeräumten Gestaltungsspielraum derart ausgeübt hätten, dass der für die Windenergie geschaffene Raum nicht mehr als substanziell anzusehen sei. Denn wegen der relativ großen räumlichen Abstände zwischen Bebauung und Windkraftanlage auf der Grundlage rechtlich nicht haltbarer Kriterien stehe weniger als 1% der überplanten Fläche für die Windenergie überhaupt zur Verfügung. Eine Zurückstellung komme jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der beabsichtigte Flächennutzungsplan bereits aus ex-ante Sicht der Windenergie nicht genügend Raum zur Verfügung stelle. Dies sei hier der Fall. Die von den Gemeinden und der Antragstellerin zu Grunde gelegten Abstände zwischen Windkraftanlagen und Bebauung von 1150 m zu reinen Wohngebieten und 900 m zu allgemeinen Wohngebieten, Dorf- und Mischgebieten sowie zu Splittersiedlungen im Außenbereich hielten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Sie widersprächen der bauplanungsrechtlichen und immissionsschutzrechtlichen Differenzierung nach dem unterschiedlichen Schutzbedürfnis und der unterschiedlichen Schutzwürdigkeit dieser Arten von Bebauung. Es sei nicht nachvollziehbar, dass zum Schutz bestehender Siedlungen, zur Gleichbehandlung der Bevölkerung und zur Erhöhung der Akzeptanz der Bevölkerung vereinheitlichte Abstände für erforderlich gehalten würden. Gerade Bebauung im Außenbereich könne nicht dieselbe Wohnqualität beanspruchen wie im Innenbereich. Eine sich auf der Grundlage dieses ungeeigneten Kriteriums ergebende Planung sei städtebaulich nicht i.S.v. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB erforderlich, weil weniger schutzwürdige Bereiche in demselben Maß geschützt würden wie höher schutzwürdige Bereiche.

- 14 Auch die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB i.V.m. Art. 67 BayBO begegne nach summarischer Prüfung keinen Bedenken. Der Windkraftanlage als nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiertem Vorhaben

zur Nutzung der Windenergie stünden öffentliche Belange i.S.v. § 35 Abs. 3 BauGB am beantragten Standort nicht entgegen. Die Erschließung des Vorhabens sei nach summarischer Prüfung gesichert, wie die von der Beigeladenen vorgelegte „Übersichtszuwegung“ ergebe. Demnach sei insbesondere die Erschließung von Süden her über öffentliche Feldwege gesichert (FINrn. 325 und 332 der Gemarkung E****-*****). Eine Erschließung scheine aus gegenwärtiger Sicht also möglich. Den Darstellungen des in Aufstellung befindlichen Flächennutzungsplans komme schon mangels Planreife nicht die rechtliche Wirkung eines die Zulässigkeit des Vorhabens hindernden Belangs zu, weil die an der Planung beteiligten Gemeinden sich auch nicht teilweise mit den im Auslegungsverfahren vorgebrachten Einwendungen und Anregungen befasst hätten.

- 15 Die Antragstellerin hat Beschwerde eingelegt.
- 16 Die Antragstellerin macht geltend, einen Zurückstellungsanspruch zu haben. Sie beabsichtige eine Konzentration der Windkraftnutzung auf bestimmten Flächen. Hierzu habe sie neben „harten“ Tabukriterien auch „weiche“ Kriterien und Tabuzonen festgelegt. Diese seien flexibel und abwägungsoffen; es könne auch am Ende eines Abwägungsvorgangs ein geringerer Abstand zur Bebauung in Betracht kommen. Dabei sei keine Prognose ex ante möglich, sondern das Ergebnis des Planungsprozesses sei abzuwarten. Die Gleichbehandlung von allgemeinen Wohngebieten, Mischgebieten und Dorfgebieten sowie von Wohnbebauung im Außenbereich sei gerechtfertigt, weil in allen diesen Fällen einheitlich eine Wohnnutzung stattfinde, auch wenn die Gebiete in unterschiedlichem Maße von weiteren Nutzungen mit unterschiedlichem Störungsgrad mitgeprägt seien. Es handele sich hier um eine grobe Festlegung, die auch in einem späteren Bebauungsplan, der aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln sei, noch konkretisiert werden könne. Die Richtwerte in technischen Vorschriften zur Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit der unterschiedlichen Nutzungen seien nicht verbindlich, sondern nur Orientierungswerte, wobei schließlich erst ein Bebauungsplan über die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit entscheide. Die Antragstellerin komme hier dem Vorsorgegrundsatz nach und sehe ein Unterschreiten der Immissionsrichtwerte als zulässiges Ziel an; sie wolle auf diese Weise die Wohnnutzung im Rahmen ihrer Abwägung besonders schützen. Der in Aufstellung befindliche Flächennutzungsplan stehe somit als öffentlicher Belang dem Vorhaben entgegen. Auch bereits ein in Vorbereitung befindlicher Flächennutzungsplan könne als öffentlicher Belang nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einem privilegierten

Außenbereichsvorhaben entgegengehalten werden. Zudem sei die Erschließung nicht gesichert; 3,50 m breite Feld- und Waldwege genügten nicht für den Transport der Bauteile durch Schwertransporte. Die Antragstellerin jedenfalls werde den öffentlichen Weg nicht weiter ausbauen.

- 17 Der Antragsgegner beantragt eine Entscheidung nach Sach- und Rechtslage und verweist darauf, die Antragstellerin habe ihre Planungen gegenüber dem früheren Verfahren nicht sachlich geändert. Da der Zurückstellungsanspruch der Antragstellerin mit der Unvereinbarkeit des Vorhabens unter Berücksichtigung des 900 m-Abstands begründet worden sei, könne dieses Kriterium somit keiner völlig offenen Abwägung mehr im Planungsprozess unterliegen. Die Erschließung sei gesichert, eine Rechtsverletzung der Antragstellerin dadurch zudem nicht gegeben. Eine Zuwegung erfolge über die öffentlichen Feldwege auf den Grundstücken FINrn. 325 und 332 sowie das Baugrundstück. Ob die Wege ausreichend seien für Schwertransporte zur Errichtung der strittigen Windkraftanlage, sei weder im Genehmigungsverfahren zu prüfen, noch Bestandteil der erteilten Genehmigung.
- 18 Die Beigeladene beantragt die Zurückweisung der Beschwerde. Die Antragstellerin habe keinen Zurückstellungsanspruch, sondern betreibe eine „Negativplanung“ mit „weichen“ Kriterien. Eine Kompensation des faktischen Ausschlusses von Windkraftanlagen im Gemeindegebiet durch eine entsprechende Ausweisung von Flächen in den anderen Gemeinden sei nicht ersichtlich. Dies gelte erst recht deshalb, weil die mittlerweile vorliegende artenschutzrechtliche Prüfung alle größeren Waldgebiete im Landkreisgebiet zum Schutz der dort lebenden Tiere zusätzlich von der Windenergienutzung ausschließe. Die Erschließung sei über die Zufahrten gesichert.
- 19 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und die beigezogenen Behördenakten Bezug genommen.

II.

- 20 Die Beschwerde bleibt erfolglos. Die von der Antragstellerin innerhalb der Beschwerdebegründungsfrist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO dargelegten Gründe, auf welche die Prüfung des Beschwerdegerichts beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), rechtfertigen keine Änderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses.

- 21 1. Die Antragstellerin rügt, die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung mit Bescheid des Landratsamts vom 9. August 2012 sei entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts deshalb rechtswidrig, weil die Voraussetzungen für eine Zurückstellung der Entscheidung über die Genehmigung gemäß § 15 Abs. 3 BauGB erfüllt gewesen seien. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Antragstellerin stand wohl kein Zurückstellungsanspruch gegenüber dem Antragsgegner zu.
- 22 Gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 BauGB hat die Baugenehmigungsbehörde auf Antrag der Gemeinde die Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB für einen Zeitraum bis zu längstens einem Jahr nach Zustellung der Zurückstellung des Baugesuchs auszusetzen, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen, mit dem die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erreicht werden sollen, und zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde. Der Verwaltungsgerichtshof hat unter Hinweis auf den Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens und den Wortlaut des § 15 Abs. 3 Satz 1 BauGB ausgeführt, dass die Vereinbarkeit des Vorhabens mit der beabsichtigten Planung nur beurteilt werden kann, wenn die planerischen Vorstellungen der Gemeinde nicht noch völlig offen sind; absolutes Mindestmaß ist, dass sich die Planung nicht als bloße (verbotene) Negativ- oder Alibiplanung darstellt. Es muss absehbar sein, dass der Windkraftnutzung in substantieller Weise Raum gegeben werden soll. Anderenfalls liegt eine sicherungsfähige Planung nicht vor (BayVGH, B.v. 22.3.2012 – 22 CS 12.349, 22 CS 12.356 – Rn.10; B.v. 20.4.2012 – 22 CS 12.310 – Rn.16). An einer solchen hat es im vorliegenden Fall im Zeitpunkt des Erlasses des Bescheids vom 9. August 2012 allem Anschein nach gefehlt.
- 23 a) Wie das Verwaltungsgericht zu Recht ausgeführt hat, führt die auf dem „Landkreiskonzept“ beruhende, von der Antragstellerin am 7. November 2011 beschlossene Planung zu dem Ergebnis, dass im größten Teil des Landkreises weniger als 1 % der überplanten Fläche für die Nutzung der Windenergie zur Verfügung steht und auf dem Stadtgebiet der Antragstellerin eine Windenergienutzung überhaupt nicht möglich ist. Auf diese Weise wird der Windenergienutzung wohl nicht in substantieller Weise Raum gegeben werden können.

- 24 Der Verwaltungsgerichtshof geht dabei entgegen der Auffassung der Antragstellerin davon aus, dass auch die sogenannten „weichen“, d.h. rechtlich nicht gebotenen, Abstandskriterien fester Bestandteil der angestrebten Flächennutzungsplanung sind (vgl. dazu unten II.1.d)). Eine positive Planung dahin, dass die Antragstellerin und die mit ihr planenden Gemeinden im Hinblick auf die angestrebte gemeinsame Flächennutzungsplanung das Defizit an Konzentrationsflächen auf dem Stadtgebiet der Antragstellerin durch ausreichende Flächen im restlichen Planungsgebiet kompensieren, also der negativen Ausschlusswirkung ihrer Planung auch eine positive Zulassungskomponente zur Seite stellen (zu diesem Kriterium BVerwG, U.v. 21.10.2004 – 4 C 2/04 – NVwZ 2005, 211 f. m.w.N.; BVerwG, U.v. 24.1.2008 – 4 CN 2/07 – NVwZ 2008, 559 f.), ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil verweist die Beigeladene – von der Antragstellerin insoweit unbestritten – darauf, dass eine zwischenzeitliche artenschutzrechtliche Prüfung ergeben habe, dass eine Windenergienutzung in den größeren Waldgebieten des Landkreises rechtlich nicht möglich sei. Dieser Umstand war zwar im Genehmigungszeitpunkt für die Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs auf Zurückstellung noch nicht vollständig bekannt. Er bestätigt aber, dass gravierende Zweifel an der Eignung selbst der geringfügigen verbliebenen Konzentrationsflächen für die Windenergienutzung bestanden; es war nicht sicher, dass die Errichtung von Windkraftanlagen zugelassen werden kann. Dass sich die planerischen Vorstellungen der beteiligten Gemeinden bis zum Erlass des angefochtenen Genehmigungsbescheids im Sinne einer stärkeren Berücksichtigung der Windenergienutzung weiterentwickelt hätten, ist nicht erkennbar; die insoweit maßgeblichen Beschlussgremien (vgl. BayVGH, B.v. 7.12.2012 – 22 CS 12.2328 – Rn. 34) sind jedenfalls nicht in diese Richtung tätig geworden. Insgesamt haben sich die Zweifel daran verdichtet, dass der Windenergie im Planungsgebiet substantiell Raum gegeben werden soll, was zur Rechtswidrigkeit der Gesamtplanung führt und deren rechtliche Realisierbarkeit und damit Sicherungsfähigkeit ausschließt (offen noch die Beurteilung in BayVGH, B.v. 20.4.2012 – 22 CS 12.310 – Rn. 21 m.w.N.).
- 25 Darüber hinaus könnte sich die Erkenntnislage durch die nun vorliegende artenschutzrechtliche Prüfung nach Erlass der angefochtenen Genehmigung zu Lasten der Antragstellerin und zu Gunsten der Beigeladenen geändert haben. Dies wäre im Drittanfechtungsprozess gegen die erteilte immissionschutzrechtliche Genehmigung zu Gunsten des Vorhabensträgers zu berücksichtigen (vgl. u.a. zum Atomrecht BVerwG, U.v. 17.7.1980 – 7 C 101.78 – DVBl 1980, 1001/1006; zum Baurecht BVerwG, B.v. 11.1.1991 – 7 B 102.90 – BayVBl 1991, 375).

- 26 b) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat das Verwaltungsgericht zu Recht den von ihr gewählten einheitlichen Mindestabstand zur Wohnbebauung im Innen- und Außenbereich für rechtswidrig erachtet. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits angedeutet hatte (BayVGH, B.v. 20.4.2012 –22 CS 12.310 – Rn. 22 a.E.) und das Verwaltungsgericht im angegriffenen Beschluss zu Recht feststellt, überschreitet die von der Antragstellerin und den mit ihr planenden Gemeinden als „weiche“ Tabuzone gewählte einheitliche Abstandsvorgabe von 900 m für Windkraftanlagen zu Wohnbebauung in „allgemeinen Wohngebieten, Misch- und Dorfgebieten, Außenbereichsflächen“ (Gemeinsamer sachlicher Teilflächennutzungsplan, Teilgebiet D*****, i.d.F. v. 9.12.2011, VGH-Akte Bl. 54/64, 73) aller Voraussicht nach die Grenzen planerischer Gestaltungsfreiheit.
- 27 Dem Verwaltungsgericht war die Prüfung dieses Kriteriums nicht deswegen verwehrt, weil es sich um ein Detail der Planung handele, wie die Antragstellerin meint. Im Gegenteil müssen sich die vom Planungsträger festgelegten „weichen“ Ausschlusskriterien in demselben Maß, in dem sich das Verhältnis zwischen den bei der Anwendung „harter“ Ausschlussfaktoren verfügbaren Potentialflächen und den nach dem „Landkreiskonzept“ ermittelten Konzentrationsflächen zu deren Ungunsten verschiebt, eine immer kritischere Prüfung ihrer Rechtfertigung gefallen lassen (BayVGH, B.v. 20.4.2012 –22 CS 12.310 – Rn. 22 mit Verweis auf BVerwG, U.v. 24.1.2008 – 4 CN 2/07 – NVwZ 2008, 559/560). Zwar kann ein Planungsträger in einem ersten Schritt seiner Planung zunächst relativ große Pufferzonen um bestimmte Nutzungen herum zu Grunde legen. Wenn er als Ergebnis dieser Untersuchung jedoch erkennt, dass er der Windenergie mit der gewählten Methode nicht substantiell Raum gibt, hat er sein Auswahlkonzept zu überprüfen und gegebenenfalls abzuändern. Je kleiner die für die Windkraftnutzung verbleibenden Flächen ausfallen, umso mehr ist das gewählte methodische Vorgehen zu hinterfragen und zu prüfen, ob mit Blick auf die örtlichen Verhältnisse auch kleinere Pufferzonen als Schutzabstand genügen. Will der Planungsträger dennoch an den bisher vorgesehenen Abständen festhalten, muss er auf eine planerische Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verzichten (BVerwG, U.v. 24.1.2008 – 4 CN 2/07 – NVwZ 2008, 559/560). So liegt es hier.
- 28 Der von der Antragstellerin vorgesehene einheitliche Schutzabstand zu Gunsten von allgemeinen Wohn-, Misch- und Dorfgebieten sowie Außenbereichsflächen ebnet die sachlich und rechtlich bestehenden Unterschiede der Schutzbedürftigkeit und

Schutzwürdigkeit der unterschiedlichen Bereiche ohne die von Verfassungen wegen nach Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 GG erforderliche sachliche Rechtfertigung ein. Dies fällt umso mehr ins Gewicht, als es angesichts der geringen verbliebenen Konzentrationsflächen geboten gewesen wäre, das anfangs gewählte methodische Vorgehen zu hinterfragen. Das Bauplanungsrecht als Bodenrecht bestimmt einerseits, welche Nutzungen auch im Hinblick auf Beeinträchtigungen der Nachbarschaft an bestimmten Orten zulässig sind, andererseits, welchen Schutz vor Beeinträchtigungen andere Nutzungen, z.B. Wohnbebauung, beanspruchen können (BVerwG, U.v. 24.4.1991 – 7 C 12.90 – UPR 1991, 340/341). Die in der TA Lärm (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm vom 26.8.1998, GMBI S. 503, Nr. 6.1 c und d) bestimmten Immissionsrichtwerte entsprechen den in § 30 BauGB i.V.m. §§ 4–6 BauNVO vorgesehenen Abstufungen für Gebiete unterschiedlicher Qualität, Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit. Sie entsprechen insbesondere auch der Gebietspezifität des immissionsschutzrechtlichen Begriffs der erheblichen Belästigungen. Das Maß des immissionsschutzrechtlich Zumutbaren richtet sich nach der Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit des insoweit maßgeblichen Gebiets, die insoweit von der baurechtlichen Prägung der Situation, in der sich störende und gestörte Nutzung befinden, und von etwaigen tatsächlichen oder planerischen Vorbelastungen abhängen (BVerwG, B.v. 3.5.1996 – 4 B 50.96 – UPR 1996, 309/310; BVerwG, U.v. 18.5.1995 – 4 C 20.94 – DVBl 1996, 40/43 m.w.N.). Während ein allgemeines Wohngebiet nach § 4 Abs. 1 BauNVO „vorwiegend“ dem Wohnen dient, ein Dorf- oder Mischgebiet nach § 5 Abs. 1 oder § 6 Abs. 1 BauNVO hingegen nur neben anderen Nutzungen auch dem Wohnen dient, ist im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 BauGB eine Wohnnutzung die Ausnahme. Der Gesetzgeber hat mit §§ 30, 34 und 35 BauGB ein differenziertes System geschaffen, wobei für § 35 BauGB der Leitgedanke der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs charakteristisch ist. Dem entsprechend kann eine Wohnbebauung in allgemeinen Wohngebieten einen höheren Schutz vor Lärm beanspruchen als in Dorf- und Mischgebieten; eine Wohnnutzung an der Grenze zum Außenbereich allenfalls einen allgemeinen Wohngebieten vergleichbaren Schutz (vgl. nur BayVGH, B.v. 31.5.2007 – 15 CS 07.389); eine Wohnbebauung im Außenbereich hingegen allenfalls noch Schutz, wie er gemischten Bereichen wie Kern-, Misch- oder Dorfgebieten zuzubilligen ist. Wer im Außenbereich wohnt, muss gemäß § 35 Abs. 1 BauGB u.U. auch mit belastenden Anlagen rechnen und ist insofern planerisch vorbelastet. Diesem differenzierten Regulationssystem widersprechen die „weichen“ Tabuzonen der Antragstellerin mit einheitlichen Abstandsvorgaben für die genannten Bereiche ohne sachliche Rechtfertigung. Die

von der Antragstellerin angeführte Rechtfertigung „zur Abwägung öffentlicher und privater Belange und zur Schaffung der Akzeptanz innerhalb der Bevölkerung“ ist aller Voraussicht nach nicht tragfähig.

29 c) Der Antragstellerin ist insoweit wohl die Berufung auf ihr planerisches Ermessen im Hinblick auf eine Orientierung am Vorsorgegrundsatz (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BImSchG) verwehrt.

30 Zur Berücksichtigung des Vorsorgegrundsatzes im Rahmen der Bauleitplanung hat das Bundesverwaltungsgericht Folgendes ausgeführt (BVerwG, U.v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287/301 m.w.N.): „Über Grenzwertregelungen, durch die die Erheblichkeitsschwelle im Sinne des Schutzstandards des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG zu Gunsten der Nachbarschaft auch mit Wirkung für das Städtebaurecht konkretisiert wird, darf sich die Gemeinde nicht sehenden Auges hinwegsetzen. Ist vorhersehbar, dass sich im Falle der Umsetzung der planerischen Regelungen die immissionsschutzrechtlich maßgeblichen Grenzwerte nicht werden einhalten lassen, so ist der Bauleitplan nichtig. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass die Gemeinde umgekehrt im Interesse von Bauinteressenten von ihren planerischen Befugnissen keinen anderen Gebrauch machen darf, als Nutzungen bis an die Grenze dessen zu ermöglichen, was anhand der Maßstäbe des Immissionsschutzrechts gerade noch zulässig ist, ohne als schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des § 3 Abs. 1 BImSchG qualifiziert werden zu können. Wie der Senat wiederholt ausgeführt hat, ist es ihr vielmehr bereits im Vorfeld der Abwehr schädlicher Umwelteinwirkungen gestattet, durch ihre Bauleitplanung eigenständig gebietsbezogen das Maß des Hinnehmbaren zu steuern... Abwägungsfehlerhaft ist eine solche am Vorsorgegrundsatz des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG orientierte Planung im Rahmen des Darstellungsprivilegs des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erst dann, wenn sie auch unter Berücksichtigung des Gestaltungsspielraums, den der Gesetzgeber der Gemeinde zubilligt, städtebaulich nicht mehr begründbar ist.“ Dies ist der Fall, wenn eine solche Planung eines rechtfertigenden Anlasses entbehrt und dazu führt, dass andere städtebauliche Anforderungen wie das Erfordernis für eine Konzentrations- und Ausschlussplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, der Windenergienutzung substantiell Raum zu geben, nicht mehr eingehalten werden können, oder dass wesentlich Ungleiches ohne sachliche Rechtfertigung gleich behandelt wird. So liegt der Fall hier, wie sich aus den Ausführungen unter II.1.b) ergibt.

- 31 d) Soweit die Antragstellerin geltend macht, ihre „weichen“ Kriterien der einheitlichen Abstandsvorgaben von 900 m für Windkraftanlagen zu allgemeinen Wohn-, Misch- und Dorfgebieten sowie zu Außenbereichsflächen (Gemeinsamer sachlicher Teilflächennutzungsplan, Teilgebiet D****, i.d.F.v. 9.12.2011, VGH-Akte Bl. 54/64, 73) seien noch abwägungsoffen und flexibel, ein anderes Abwägungsergebnis sei im Planungsverfahren noch möglich, kann dem nicht gefolgt werden.
- 32 Mit dem Verwaltungsgericht ist zwar davon auszugehen, dass in einem Planungsprozess eine anfangs zu geringe Anzahl und Größe der für die Windkraftnutzung vorgesehenen Konzentrationsflächen noch behoben werden kann, so dass am Ende der Planung ein vertretbares Ergebnis vorliegen kann, das der Windkraftnutzung ausreichend Raum gibt. Doch dafür fehlen vorliegend nach den insoweit unbestrittenen Feststellungen des Verwaltungsgerichts alle Anhaltspunkte, insbesondere eine von der bisherigen abweichende neue Willensbildung im Stadtrat der Antragstellerin, der allein eine verbindliche Änderung der Planung verantwortet. Der vorliegend geltend gemachte Anspruch der Antragstellerin auf Zurückstellung wird ja gerade mit der Unvereinbarkeit der strittigen Anlage mit dem 900 m-Abstandskriterium begründet.
- 33 Fehl geht auch der Einwand der Antragstellerin, es handele sich lediglich um eine grobe, in später dem Flächennutzungsplan nachfolgenden Bebauungsplänen noch korrigierbare Festlegung. Sie verkennt dabei, dass die Konzentrationsplanung und Ausschlussplanung nach § 35 Abs. 3 BauGB zwar formell einen Flächennutzungsplan zum Gegenstand hat, diesem aber eine einem Bebauungsplan vergleichbare Funktion zukommt, weil seine Festsetzungen nicht mehr lediglich der vorbereitenden Darstellung dienen, aus der ein Bebauungsplan als nachfolgender Schritt mit eigenem planerischen Spielraum nach § 8 Abs. 2 BauGB zu entwickeln wäre. Die Darstellungen eines solchen Flächennutzungsplans führen vielmehr eine unmittelbar wirksame Beachtungspflicht herbei, weil der öffentliche Belang der Freihaltung des Außenbereichs in den Ausschlusszonen bei der nachvollziehenden Abwägung grundsätzlich Vorrang vor der in § 35 Abs. 1 BauGB angeordneten Privilegierung genießt (BVerwG, U.v. 21.10.2004 – 4 C 2/04 – NVwZ 2005, 211/212 m.w.N.).
- 34 2. Die Antragstellerin rügt weiter, die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens (§ 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB, Art. 67 Abs. 1 Satz 1 BayBO) in der streitgegenständlichen Genehmigung vom 9. August 2012 sei entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts rechtswidrig, weil die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB

nicht erfüllt seien. Dies ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren aber nicht.

- 35 Ob die Flächennutzungsplanung der Antragstellerin unabhängig von den vorgenannten rechtlichen Einwänden, denen sie ausgesetzt ist, die erforderliche Planreife erreicht hat oder auch ohne diese dem Vorhaben entgegengehalten werden könnte, bedarf keiner Entscheidung mehr, weil sie – wie ausgeführt – wohl rechtlich nicht realisierbar ist und schon deshalb dem Vorhaben nicht im Sinn von § 35 Abs. 1 BauGB entgegenstehen kann.
- 36 Soweit die Antragstellerin einwendet, das Grundstück habe keine hinreichende Erschließung, trifft das nicht zu, denn die Verbindung zum öffentlichen Straßen- und Wegenetz ist nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts und den Darstellungen der Beigeladenen gegeben. Die als Zufahrten zu den Baugrundstücken in Betracht kommenden Wege (von Norden über öffentliche Feldwege FINrn. 379 und 189 sowie das Grundstück FINr. 311, von Süden über öffentliche Feldwege FINrn. 325 und 332 der Gemarkung E*****) sind jedenfalls für den in Folge der privilegierten Nutzung zu erwartenden Verkehr technisch geeignet und rechtlich eröffnet (Art. 6 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 BayStrWG). Ob die Zufahrten auch für in der Bauphase möglicherweise erforderliche schwere Baufahrzeuge oder Schwertransporter geeignet sind, war bei der Erteilung der streitgegenständlichen Genehmigung nicht zu prüfen (§ 6 Abs. 1 BImSchG i.V.m. § 35 Abs. 1 BauGB). Der Begriff der Erschließung in § 35 Abs. 1 BauGB stellt nicht auf die zur Errichtung des geplanten Vorhabens erforderlichen Fahrzeugbewegungen, sondern erst auf das durch die Nutzung des fertiggestellten Vorhabens verursachte Verkehrsaufkommen ab; nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Erschließung bereits dann gesichert, wenn die Erschließungsanlage im Zeitpunkt der Ingebrauchnahme des Bauwerks funktionstüchtig angelegt ist (vgl. BVerwG, U.v. 30.8.1985 – 4 C 48/81 – NVwZ 1986, 38/39 a.E.). Für Windkraftanlagen genügt daher die Erreichbarkeit mit den für nach der Ingebrauchnahme anfallende Kontroll- und Wartungsarbeiten erforderlichen Fahrzeugen. Die Erreichbarkeit in der Bauphase ist keine Frage der rechtlichen Zulässigkeit, sondern der tatsächlichen Realisierbarkeit des Vorhabens (so überzeugend VG Stuttgart, U.v. 29.4.2010 – 13 K 898/08 – juris Rn. 89 f. m.w.N.).
- 37 Kosten: § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO.

38 Streitwert: § 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG; wie Vorinstanz.

Dr. Schenk

Dr. Dietz

Ertl