

Rechtsprechung der niedersächsischen Justiz

(Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Rügeverlustes bei schwerem Mangel eines Bebauungsplanes)

Die Vorschrift des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB i. d. bis zum 19.7.2004 geltenden Fassung v. 27.8.1997 unterliegt verfassungsrechtlichen Bedenken allenfalls insoweit, als nach dem Wortlaut der Norm auch ein schwerer Mangel im Abwägungsergebnis nach rügelosem Ablauf der Sieben-Jahres-Frist unbeachtlich wird.

Die Annahme eines schwerwiegenden Mangels i. d. Sinne ist nur gerechtfertigt, wenn der Plan selbst derart fehlerhaft ist, dass das Vertrauen auf die Gültigkeit einer Rechtsnorm nicht schutzwürdig sein kann. Der Mangel im Abwägungsergebnis muss sich einem verständigen Beobachter geradezu aufdrängen.

OVG Lüneburg 12. Senat, Urteil vom 11.11.2013, 12 LC 257/12

§ 1 Abs 3 BauGB, § 215 Abs 1 Nr 2 BauGB, § 35 Abs 1 Nr 5 BauGB, § 35 Abs 3 S 3 BauGB, § 9 Abs 1 BImSchG, Art 14 Abs 1 S 2 GG

Verfahrensgang

vorgehend VG Hannover 12. Kammer, 30. August 2012, Az: 12 A 1642/11, Urteil

Tatbestand

- 1 Die Klägerin begehrt die Erteilung eines Vorbescheides für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage auf dem Flurstück L. der Flur M., Gemarkung N.. Das genannte Flurstück liegt im Außenbereich der Beigeladenen. Die 12. und 18. Änderung des Flächennutzungsplans der Beigeladenen sehen Vorrangflächen für Windenergie an anderer Stelle vor.
- 2 Mit der seit dem 20. Januar 1999 rechtsverbindlichen 12. Änderung des Flächennutzungsplans wies die Beigeladene in ihrem Gemeindegebiet erstmals eine Sonderbaufläche für Windenergie aus. Diese etwa 10,4 ha große Fläche liegt nördlich der Bundesautobahn (BAB) O. zwischen den Ortsteilen P. und Q.. Die südliche Grenze des Vorranggebiets grenzt unmittelbar an die Kreisstraße R.. In dem Erläuterungsbericht führte die Beigeladene aus, dass Windenergieanlagen außerhalb des dargestellten Sondergebiets nicht zulässig seien. Der Bestimmung dieser Vorrangfläche lag ausweislich der Begründung des Erläuterungsberichts u. a. folgendes methodisches Vorgehen zugrunde: Zunächst ermittelte die Beigeladene durch den Ausschluss von „Restriktionsbereichen“ und „Tabubereichen“ potenzielle Suchbereiche. Als „Tabubereiche“ bezeichnete die Beigeladene alle naturschutzrechtlich definierten Bereiche (z. B. Naturschutzgebiete, Landschaftsschutzgebiete, geschützte Landschaftsbestandteile und Gewässer), innerhalb derer Vorrangstandorte für Windkraftanlagen nicht ausgewiesen werden sollten, um Nutzungskonflikte zu vermeiden. Die „Restriktionsbereiche“ ergäben sich im Wesentlichen aus den zu Ortslagen und Einzelgehöften (einschließlich der in Planung befindlichen Siedlungserweiterungen) und zur Bundesautobahn einzuhaltenden Abständen. Bei der Ermittlung der Restriktionsbereiche seien die für das Land Niedersachsen geltenden Abstandsregelungen weitgehend berücksichtigt worden. Zu Siedlungsbereichen habe sie jedoch einen um 450 m größeren Abstand (950 m) in Ansatz gebracht. Aufgrund der Gesamterscheinung von Windkraftanlagen könnten so die Belange des Immissionsschutzes (Lärm), des Landschaftsschutzes und die Belange der allgemeinen Siedlungsentwicklung der jeweils angrenzenden Ortsteile angemessener berücksichtigt werden. Es sei davon auszugehen, dass bei einem Abstand von rund 950 m zur nächsten Siedlung eine Entwicklung der der Windkraftanlage zugewandten Ortslage möglich bleibe. Gleichzeitig könnten auftretende Lichtreflexe und Lärmimmissionen im Hinblick auf benachbarte Siedlungsbereiche deutlich gemindert werden. Insbesondere werde dabei berücksichtigt, dass eine Höhenbegrenzung der Windkraftanlagen nicht beabsichtigt sei. Mittels des u. a. für das Gebiet des Beklagten von der Uni S. erarbeiteten Windatlasses habe sie - die Beigeladene - (in einem weiteren Arbeitsschritt) die lokale Windhäufigkeit ermittelt. Sie gehe davon aus, dass ab einer mittleren Ausnutzungsdauer von 1.300 - 1.800 Stunden im Jahr mittlere bis gute Voraussetzungen für den Betrieb von Windkraftanlagen vorlägen. Die Bereiche mit einer entsprechenden Windhäufigkeit seien mit den ermittelten Suchbereichen abgeglichen worden. Danach verblieben zwei potenzielle Standorte für Windkraftanlagen (Konzentrationszonen). Auf die südlich der Bundesautobahn gelegene Potenzialfläche verzichtete die Beigeladene u. a. aus Gründen des Landschaftsschutzes insgesamt. Von dem

verbleibenden potenziellen Suchbereich wies die Beigeladene nur einen Teil als Vorrangfläche für die Windenergie aus. Die Vorrangfläche erstreckt sich auf einer Länge von knapp 900 m in ost-westlicher Richtung entlang der Kreisstraße R.. Zu der Standortauswahl stellte die Beigeladene fest, dass aufgrund der Lage ihres Gemeindegebiets und ihrer Ortsteile zueinander nur eine eher kleine Vorrangfläche für Windkraftanlagen geeignet sei. Größere zusammenhängende Flächen, die nicht in naturschutzrechtlich geschützten Bereichen lägen, seien nicht vorhanden.

- 3 Am 5. April 2001 beantragte die T. Gbr.mBH, vertreten durch den heutigen Geschäftsführer der Klägerin, die Genehmigung der Errichtung und des Betriebs einer Windenergieanlage außerhalb des ausgewiesenen Vorranggebiets. Die Beigeladene nahm diesen Antrag zum Anlass, den Flächennutzungsplan zu ändern. Mit der 18. Änderung des Flächennutzungsplans wies die Beigeladene eine weitere etwa 2,4 ha große Fläche als Vorranggebiet für die Windenergie aus. Diese Fläche schließt im Westen unmittelbar an das bereits ausgewiesene Vorranggebiet an. In dem Erläuterungsbericht führte die Beigeladene zu der Standortausweisung u. a. aus, der zu überplanende Bereich sei Gegenstand des (auch im Zusammenhang mit der 12. Änderung des Flächennutzungsplans) ermittelten (potenziellen) Suchbereichs gewesen und daher für die Darstellung von Vorrangflächen für die Windkraftnutzung gleichermaßen geeignet. Die hier in Rede stehende Fläche habe sie - die Beigeladene - seinerzeit mangels Flächenverfügbarkeit nicht in die 12. Änderung des Flächennutzungsplans einbezogen. Die 18. Änderung des Flächennutzungsplans trat am 5. Dezember 2001 in Kraft. In der Folgezeit sind insgesamt drei Windenergieanlagen in dem ausgewiesenen Vorranggebiet genehmigt und errichtet worden.
- 4 Die Klägerin beantragte unter dem 7. August 2009 bei dem Beklagten die Erteilung eines Vorbescheides für die Errichtung einer Windenergieanlage des Typs U. mit einem Rotordurchmesser von 100 m, einer Nabenhöhe von 100 m und einer Gesamthöhe von 149,9 m. Der vorgesehene Standort befindet sich etwa 200 m nordwestlich der ausgewiesenen Vorrangfläche. Der Beklagte lehnte den Antrag nach Anhörung der Klägerin mit Bescheid vom 8. Oktober 2009 ab. Das Vorhaben widerspreche gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB den Darstellungen des Flächennutzungsplans der Beigeladenen.
- 5 Hiergegen erhob die Klägerin Widerspruch. Sie bat den Beklagten, die Träger öffentlicher Belange vor einer Entscheidung über den Widerspruch zu beteiligen, sowie um Feststellung, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung entbehrlich sei. Daraufhin teilte u. a. das Naturschutzamt des Beklagten mit, dass die Antragsunterlagen um naturschutzfachliche Untersuchungen und Aussagen entsprechend der Hinweise des Niedersächsischen Landkreistags zu ergänzen seien. Die vorliegenden Ausarbeitungen und Untersuchungen zu den innerhalb der Vorrangfläche bereits errichteten Windenergieanlagen schlossen den nunmehr beantragten Standort nicht oder nur unzureichend ein. Die untere Landesplanungsbehörde führte aus, dass das Vorhaben als raumbedeutsames Projekt von überörtlicher Bedeutung im Sinne des § 13 Abs. 2 NROG (a. F.) zu werten sei, für das ein Raumordnungsverfahren in Betracht komme. Auch ohne weitere Prüfung der Tatbestände, die für die Erforderlichkeit eines Raumordnungsverfahrens sprechen könnten, könne auf die Durchführung eines Raumordnungsverfahrens verzichtet werden, weil das Vorhaben (jedenfalls) den Darstellungen des Flächennutzungsplans der Beigeladenen widerspreche.
- 6 Den Widerspruch der Klägerin wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 14. März 2011 zurück. Zur Begründung führte der Beklagte aus, dass dem Vorhaben nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB öffentliche Belange entgegenstünden, weil durch Darstellungen im Flächennutzungsplan der Beigeladenen eine Ausweisung (von Vorrangflächen für Windenergie) an anderer Stelle erfolgt sei. Die Konzentrationsflächenplanung sei wirksam. Dem Flächennutzungsplan mangle es nicht an der städtebaulichen Erforderlichkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Eine Verhinderungsplanung liege nicht vor. Die Beigeladene verfolge mit der 12. und 18. Änderung des Flächennutzungsplans unzweifelhaft das Ziel, in dem ausgewiesenen Vorranggebiet die Windenergienutzung zu ermöglichen. Das Vorranggebiet biete hinreichend Raum für den technisch und wirtschaftlich sinnvollen Betrieb von Windenergieanlagen. Der Ausweisung liege ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept zugrunde. Die Anforderungen, die das Abwägungsgebot an eine wirksame Konzentrationsflächenplanung stelle, seien hier erfüllt. Gründe für die behauptete Unwirksamkeit der Konzentrationsflächenplanung habe die Klägerin nicht vorgetragen und seien auch sonst nicht ersichtlich. Mit Kostenbescheid vom selben Tag setzte der Beklagte gegenüber der Klägerin die Kosten des Widerspruchsverfahrens auf 485,40 EUR fest.
- 7 Die Klägerin hat am 15. April 2011 Klage erhoben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die Konzentrationsflächenplanung der Beigeladenen sei unwirksam. Die mit der 12. und 18. Änderung des Flächennutzungsplans der Beigeladenen dargestellte Sonderbaufläche erstrecke sich ohne Abstand entlang der Kreisstraße R.. Zeichne man eine 50 m-Abstandslinie in die so dargestellte Sonderbaufläche ein, dann verkleinere sich die Fläche bereits auf die Hälfte. Zeichne man, wie im Zeitpunkt der Planaufstellung geboten, eine 100 m-Abstandslinie parallel zur Kreisstraße ein, dann verkleinere sich die Fläche auf etwas mehr als ein Viertel und sei allenfalls noch durch eine einzelne 100 m hohe Windenergieanlage ausnutzbar. Im Ergebnis handele es sich bei der Planung daher um eine Verhinderungsplanung, auch wenn es mit Gutachten und der Verwendung von Gittermasten gelungen sei, die Baugenehmigung für die drei bereits errichteten Windenergieanlagen zu erwirken. Eine Ausnutzung durch andere Windenergieanlagen oder gar die Ersetzung durch moderne leistungsfähigere Windenergieanlagen sei wegen der geringen Tiefe der Fläche nicht möglich. Die Planung sei schon aufgrund des Auseinanderfallens von Plan und Begründung unwirksam. Die Beigeladene habe den gewollten und gebotenen sowie angeblich berücksichtigten Abstand zur Kreisstraße („Kipphöhe der Windkraftanlage, mind. jedoch 50 m“) in der Planzeichnung nicht dargestellt. Die Erhöhung des

empfohlenen Abstands zu Siedlungsbereichen von 500 m auf 950 m sei nicht gerechtfertigt. Der Gesichtspunkt des vorbeugenden Immissionsschutzes habe differenzierte Abstände zu Wohnnutzungen geboten. Selbst zu einem Allgemeinen Wohngebiet sei ein Vorsorgeabstand von 950 m nicht gerechtfertigt. Erst recht habe dies im Zeitpunkt der Planung in den Jahren 1996 bis 1998 gegolten. Alle verfügbaren Windenergieanlagen der seinerzeit größten Leistungsklasse hätten einen Schallleistungspegel von 100 dB (A) eingehalten, so dass bei einer Entfernung von 450 m der Richtwert von 40 dB(A) gegenüber Immissionsorten in faktischen oder festgesetzten Allgemeinen Wohngebieten nicht überschritten worden sei. Die seinerzeit geltende Abstandsempfehlung des Niedersächsischen Innenministeriums habe sich auf der absolut sicheren Seite bewegt. Im vorliegenden Fall komme hinzu, dass der Gebietscharakter der Splittersiedlung „N.“, zu der der (empfohlene) Abstand nahezu verdoppelt worden sei, allenfalls dem eines Dorfgebiets entsprochen habe, wenn es sich überhaupt um einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil handeln würde. Die tatsächlichen Verhältnisse hätten eher für eine Unterschreitung der empfohlenen Abstände gesprochen. Windenergieanlagen müssten mit ihrer gesamten Rotorfläche innerhalb des mit dem jeweiligen Flächennutzungsplan der Gemeinde dargestellten Sondergebiets liegen. Unter Berücksichtigung dessen und des gebotenen Mindestabstands zur Kreisstraße verbleibe Raum für die Errichtung von maximal zwei Windenergieanlagen. Damit liege eine Verhinderungsplanung vor. Die Konzentrationsflächenplanung der Beigeladenen sei abwägungsfehlerhaft. Mängel des Abwägungsergebnisses seien bereits in der Zeit der Geltung des § 215 BauGB a. F. stets als „Ewigkeitsmangel“ angesehen worden. Die seit 2004 geltende Fassung des § 215 BauGB, wonach lediglich beachtliche Mängel des Abwägungsvorgangs nach Ablauf bestimmter Fristen unbeachtlich würden, stelle dies nach herrschender Meinung nunmehr lediglich klar. Auf die Wirkungen des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. komme es im Übrigen gar nicht an. Die Vorschrift erfasse nicht Verstöße gegen § 1 Abs. 3 BauGB. Eine hier vorliegende „Feigenblatt“-Planung oder Negativplanung sei nie erforderlich im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB. Der von dem Niedersächsischen Obergericht entschiedene Fall (Urt. v. 20.10.2011 - 1 LB 195/10 -) unterscheide sich grundlegend von dem hier zur Beurteilung anstehenden. Die Planung der Beigeladenen habe sich noch nicht vollzogen, weil der gesamte baurechtliche Außenbereich für die Errichtung von Windenergieanlagen noch zur Verfügung stehe. Zudem liege ein besonders schwerwiegender und offenkundiger Mangel vor. Es wäre entgegen der Auffassung des 1. Senats des Niedersächsischen Obergerichts aber auch verfassungswidrig, wenn eine Planung, deren Ergebnis wegen schwerwiegender Mängel des Abwägungsergebnisses fehlerhaft und untragbar sei, nach dem Ablauf irgendeiner Frist von allen Grundstückseigentümern hingenommen werden müsste. Zudem finde bei der Prüfung der Vereinbarkeit eines Vorhabens mit einem als geheilt geltenden Bebauungsplan keinerlei Abwägung statt. Bei der Prüfung, ob einem privilegierten und damit vom Gesetzgeber planmäßig dem Außenbereich zugewiesenen Vorhaben ein Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehe, habe aber stets eine Abwägung zu erfolgen. Im Rahmen der gebotenen Abwägung der sich gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen wäre im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass die Planung materiell unwirksam sei, der gesamte rechtswidrig gesperrte sonstige baurechtliche Außenbereich aber noch ungenutzt zur Verfügung stehe und der Vorhabenträger nur eine solche, von dem Planungsträger eigentlich hinzunehmenden Nutzung beabsichtige. Darauf, dass der Flächennutzungsplan der Beigeladenen in keiner Weise den Anforderungen der neueren Rechtsprechung genüge, komme es vorliegend noch nicht einmal an.

8 Die Klägerin hat beantragt,

9 1. den Beklagten unter Aufhebung seines Bescheides vom 8. Oktober 2009 und des Widerspruchsbescheides vom 14. März 2011 zu verpflichten, ihr einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid zur planungsrechtlichen Zulässigkeit der Errichtung und des Betriebes einer Windenergieanlage des Typs U. mit einer Nennleistung von 2500 kW, einer Nabenhöhe von 100 m und einem Rotordurchmesser von 100 m auf dem Flurstück L., Flur M. der Gemarkung F. zu erteilen,

10 2. den Kostenbescheid vom 14. März 2011 aufzuheben.

11 Der Beklagte hat beantragt,

12 die Klage abzuweisen.

13 Der Beklagte hat u. a. ausgeführt, dass die Konzentrationsflächenplanung der Beigeladenen wirksam sei. Dem Flächennutzungsplan mangle es nicht an der städtebaulichen Erforderlichkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Die Beigeladene habe eine positive Zielsetzung nicht nur vorgeschoben, um eine in Wahrheit auf bloße Verhinderung gerichtete Planung zu verdecken. Das von der Beigeladenen ausgewiesene Vorranggebiet biete hinreichend Raum für den technisch und wirtschaftlich sinnvollen Betrieb von Windenergieanlagen. In der ausgewiesenen Konzentrationszone hätten unter Beachtung der einschlägigen Abstandsvorschriften drei Windenergieanlagen vom Typ V. mit einer Anlagenhöhe von jeweils 99,9 m genehmigt werden können. Der Darstellung von Positivflächen für die Errichtung von Windenergieanlagen liege ein schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept zugrunde. Die Anforderungen, die das Abwägungsgebot an eine wirksame Konzentrationsflächenplanung stelle, seien erfüllt. Die Beigeladene habe der Windenergie substanziell hinreichend Raum verschafft, so dass nicht von einer Verhinderungsplanung auszugehen sei. Die empfohlenen Abstände zu Straßen seien durchaus einzuhalten. Der Schutzabstand zu der Ortschaft N. von 950 m sei nicht zu beanstanden. Soweit das Niedersächsische Innenministerium im Windenergie-Erlass zu Einzelhäusern einen Abstand von 300 m

empfohlen habe, sei diese Vorgabe für die Bauleitplanung nicht verbindlich und der Planungsträger könne unter städtebaulich vertretbaren Gründen für Wohnhäuser in Einzellagen einen größeren Abstand vorsehen. Bereits zum Zeitpunkt der 12. Änderung des Flächennutzungsplans der Beigeladenen seien deutlich größere Windenergieanlagen mit wesentlich höheren Schallleistungspegeln absehbar gewesen. Im Windenergie-Erlass vom 26. Januar 2004 werde nunmehr empfohlen, zu Gebieten mit Wohnbebauung einen Abstand von 1.000 m vorzusehen. Es handele sich bei der Ortschaft N. im Übrigen nicht um eine Splittersiedlung, sondern um einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil. Es lägen ferner keine Umstände vor, aufgrund derer die durchgeführte Konzentrationsflächenplanung ausnahmsweise keine Ausschlusswirkung entfalte. Darüber hinaus habe die Beigeladene das erforderliche Einvernehmen nicht erteilt. Gegenüber der Beigeladenen seien innerhalb der in § 215 BauGB a. F. geregelten Frist offenbar keine Mängel der Abwägung geltend gemacht worden.

- 14 Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt. Sie hat u. a. ausgeführt, dass die Abstandsempfehlungen des Innenministeriums nicht zwingend einzuhalten seien. Die Abstandskriterien seien im Rahmen der Planaufstellung mit der seinerzeit für eine Genehmigung des Plans zuständigen Bezirksregierung abgestimmt worden. Sie - die Beigeladene - habe daher die Änderung des Flächennutzungsplans entsprechend durchgeführt und die Einhaltung des Abstands zu klassifizierten Straßen der konkreten Vorhabenplanung überlassen. Dies sei grundsätzlich zulässig. Die betroffene Straßenbauverwaltung habe im Verfahren keine relevanten Änderungsvorschläge eingebracht. Bei Einhaltung des jeweiligen Abstands der Masten zur Kreisstraße könne das jeweilige Rotorblatt bis an den Straßenrand herangeführt werden. Die anzuhörenden Fachbehörden hätten im Genehmigungsverfahren u. a. angesichts der geringen Verkehrsbedeutung der Kreisstraße R. auf die Einhaltung bestimmter Mindestabstände verzichten können. Eine Realisierung von Windenergieanlagen auf den südlich der Kreisstraße und der BAB O. dargestellten Eignungsflächen sei unabhängig von der Anlagenhöhe nicht zu erwarten gewesen. Die Gemeinden seien nach wie vor nicht verpflichtet, nur an den wirtschaftlich interessantesten Standorten Vorrangflächen für die Windenergie auszuweisen. Die Planung müsse jedoch auf Realisierung ausgelegt sein. Das sei hier der Fall. Drei Windenergieanlagen seien errichtet worden und würden seit 2001 von der Klägerin betrieben. Der Vorwurf einer Verhinderungsplanung entbehre jeglicher Grundlage. Die Abgrenzung im Norden und Nordwesten sei nicht willkürlich erfolgt. Bei Betrachtung der Raumstrukturen des Gemeindegebiets, der sich daraus ergebenden Abstände der Ortsteile zueinander, dem Verlauf der BAB O. sowie der naturschutzrechtlich geschützten Gebiete seien keine weitergehenden Eignungsflächen vorhanden gewesen. Ob der Standort für neueste Techniken der Windkraftanlagen ausreiche, richte sich nach dem jeweiligen Einzelfall der geplanten Anlage. Der Flächennutzungsplan treffe hierzu keine weitergehenden Aussagen. Es gebe keine für die Erzielung der Konzentrationswirkung normierten Mindestgrößen von Plangebiet. Ob eine Konzentrationswirkung erreicht werde, richte sich vielmehr nach den tatsächlichen Gegebenheiten der betroffenen Gemeinde, die in diesem Fall aufgrund der Siedlungs- und Landschaftsstruktur nur ein relativ geringes Potenzial an Eignungsflächen aufweise. Ein Abstand von 950 m zu der Ortschaft N. sei u. a. aufgrund der Lärmvorbelastung durch die BAB O. geboten gewesen. Hinzu komme die topographische Lage der Ortschaft N. und des Vorranggebiets. Ein Schlagschatten bzw. ein Diskoeffekt wirke sich besonders durch die talseitige Ausrichtung des Siedlungsbereichs N. in den Wintermonaten bei tief stehender Sonne extrem aus. In diesem Einzelfall greife der von der Klägerin herangezogene Erlass nicht. Die Gemeinden hätten die Möglichkeit, auf ihren Planungsraum angemessen einzugehen und Abweichungen von den Abstandsempfehlungen zuzulassen. Selbst bei Vorliegen eines Abwägungsfehlers wäre dieser gemäß § 215 BauGB a. F. unbeachtlich. Innerhalb eines Zeitraums von sieben Jahren nach Wirksamwerden der Änderung des Flächennutzungsplans seien keine Mängel der Abwägung geltend gemacht worden. Es bestehe kein „Ewigkeitsmangel“.
- 15 Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 30. August 2012 den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 8. Oktober 2009 und des Widerspruchsbescheides vom 14. März 2011 verpflichtet, der Klägerin einen immissionsschutzrechtlichen Vorbescheid zur planungsrechtlichen Zulässigkeit der Errichtung und des Betriebs der beantragten Windenergieanlage zu erteilen, und den Kostenbescheid vom 14. März 2011 aufgehoben. Es hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Der Errichtung der geplanten Windenergieanlage stehe nicht entgegen, dass die Beigeladene in ihrem Flächennutzungsplan an anderer Stelle eine Fläche für Windenergieanlagen als Konzentrationsfläche dargestellt habe (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB). Der Flächennutzungsplan sei unwirksam. Er dürfe allerdings entgegen der Auffassung der Klägerin nicht wegen fehlender Erforderlichkeit unwirksam sein. Diese Frage könne letztlich dahingestellt bleiben. Denn die Konzentrationsflächenplanung der Beigeladenen verstoße jedenfalls gegen das baurechtliche Abwägungsgebot und sei aus diesem Grund unwirksam. Als abwägungsfehlerhaft erweise sich die pauschale Festlegung von Mindestabständen von 950 m zu sämtlichen Siedlungsgebieten, die im Zusammenspiel mit den weiteren Kriterien dazu führe, dass eine Fläche dargestellt werde, die lediglich Raum für drei Windenergieanlagen biete. Für sich genommen folge daraus zwar kein Abwägungsfehler. Größenangaben seien, isoliert betrachtet, als Kriterium ungeeignet, weil die ausgewiesene Fläche nicht nur zur Gemeindegröße, sondern auch zur Größe der Gemeindegebietsteile, die für eine Windenergienutzung nicht in Betracht kämen, in Relation zu setzen sei. Dass das Gemeindegebiet der Beigeladenen für eine Windenergienutzung in weiten Teilen schon aufgrund der Topographie, der Waldvorkommen und der zahlreichen Landschaftsschutzgebiete ausscheide, dürfe unzweifelhaft sein. Gleichwohl gebe es aber eine größere Anzahl von grundsätzlich geeigneten Flächen, deren Ausschluss nicht aufgrund von sachlichen Zwängen, sondern aufgrund der Entscheidung der Beigeladenen, von Siedlungsgebieten einen pauschalen Abstand von 950 m zu halten, erfolgt sei. Je kleiner jedoch die ausgewählte Konzentrationsfläche ausfalle, umso höhere Anforderungen seien an die Gründe für die politischen Entscheidungen, die zum Ausschluss weiterer Flächen geführt hätten, zu stellen.

Die von der Beigeladenen in ihrem Erläuterungsbericht genannten Gründe seien nicht ausreichend. Dieser Fehler im Abwägungsvorgang sei nach § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB a. F. beachtlich, weil er offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sei. Das fehlerhafte Abwägungsergebnis sei weiterhin beachtlich. Zwar seien Mängel der Abwägung - unstreitig - nicht innerhalb der Frist des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. geltend gemacht worden. Bei verfassungskonformer Auslegung erfasse § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. jedoch den hier vorliegenden Mangel im Abwägungsergebnis nicht. Nach Auffassung der Kammer sei § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. verfassungskonform dahin auszulegen, dass ein fehlerhaftes Abwägungsergebnis, das in eine durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Position eingreife, jedenfalls dann nicht unbeachtlich werde, wenn es - wie hier - in Nutzungsrechte eingreife, die - anders als bei bereits vollzogenen Bebauungsplänen - nicht im Rahmen des durch eine Baugenehmigung vermittelten Bestandsschutzes fortgälten. Die fehlerhafte Konzentrationsflächenplanung der Beigeladenen habe zur Folge, dass den Eigentümern außerhalb der dargestellten Konzentrationsfläche gelegener Grundstücke Nutzungsmöglichkeiten genommen würden, die ihnen ohne die Planung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auf diesen Grundstücken konkret zugestanden hätten. Sei eine bauliche Nutzung eines Grundstücks mit dem geltenden öffentlichen Baurecht vereinbar, so habe der Eigentümer einen Rechtsanspruch auf Zulassung dieser Nutzung. Dieser Anspruch sei Bestandteil der Eigentumsgarantie. Die rechtswidrige Nichterfüllung dieses Anspruchs sei ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG. Eine Vorschrift, die einen derartigen Mangel des Abwägungsergebnisses nach Ablauf von sieben Jahren unbeachtlich werden ließe, wäre verfassungswidrig, weil sie nicht im Einklang mit Art. 14 Abs. 1 GG stünde. Denn Verfassungsverstöße könnten vom einfachen Gesetzgeber nicht für unbeachtlich erklärt werden. Ob eine enge - verfassungskonforme - Auslegung des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. nur bei besonders schwerwiegenden Mängeln im Abwägungsergebnis geboten sei, könne dahingestellt bleiben. Denn bei dem Eingriff in eine durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Position handele es sich um einen schwerwiegenden Mangel. Ebenso könne dahingestellt bleiben, ob sich aus Art. 19 Abs. 4 GG nur dann durchgreifende Bedenken gegen die Sieben-Jahres-Frist ergeben könnten, wenn ein Bebauungsplan zunächst nicht verwirklicht werde. Denn die von der Negativwirkung einer Konzentrationsflächenplanung betroffenen Grundstückseigentümer genossen - anders als die von bereits vollzogenen Bebauungsplänen betroffenen Grundstückseigentümer - naturgemäß keinen durch eine Baugenehmigung vermittelten Bestandsschutz. Gegen die - eine verfassungskonforme Auslegung gebietende - Verfassungswidrigkeit der Unbeachtlichkeit von Mängeln des Abwägungsergebnisses nach Ablauf von sieben Jahren könne nicht angeführt werden, dass auch rechtswidrige Verwaltungsakte nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bestandskräftig würden. Denn Verwaltungsakte regelten lediglich Einzelfälle, während es sich bei Bauleitplänen um Normen im materiellen Sinne handele, in deren Gebotsbereich ständig neue Adressaten hineinwüchsen. Ebenso wenig lasse sich die Verfassungsmäßigkeit der Unbeachtlichkeit von Mängeln des Abwägungsergebnisses nach Ablauf von sieben Jahren mit dem Hinweis auf die Präklusionsvorschriften des Planfeststellungsrechts begründen. Die Präklusion dort sei Ausfluss einer dem Betroffenen eingeräumten besonderen verfahrensrechtlichen Rechtsstellung, die mit einer Mitwirkungslast verbunden sei. An der planerischen Abwägung der Gemeinde sei der Bürger dagegen nicht beteiligt. Eine - restriktive - verfassungskonforme Auslegung des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. sei möglich. Sonstige öffentliche Belange, die dem Vorhaben widersprechen könnten, seien im Rahmen der von dem Beklagten durchgeführten Behördenbeteiligung nicht geltend gemacht worden und auch sonst nicht ersichtlich. Der Kostenbescheid der Beklagten vom 14. März 2011 sei ebenfalls aufzuheben, da mit der Aufhebung der im Widerspruchsbescheid enthaltenen Kostenentscheidung die Grundlage für eine Kostenerstattung durch die Klägerin entfallen sei.

- 16 Der Beklagte hat am 11. Oktober 2012 gegen dieses Urteil die von dem Verwaltungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassene Berufung eingelegt. Zur Begründung führt er aus: Der Flächennutzungsplan der Beigeladenen sei wirksam. Ein Verstoß gegen das Abwägungsgebot liege entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht vor. Hierzu werde auf die anliegende Stellungnahme des Planungsbüros W. vom 24. September 2012 Bezug genommen, welches seinerzeit für die 12. und 18. Änderung des Flächennutzungsplans der Beigeladenen zuständig gewesen sei. Aus der Stellungnahme werde deutlich, dass eine Vielzahl von Entscheidungskriterien für die Ausarbeitung des städtebaulichen Gesamtkonzepts der Beigeladenen mit Blick auf die Ordnung von Windenergieanlagen zu berücksichtigen gewesen sei. Zutreffend sei, dass die verbleibenden Entwicklungsflächen im Vergleich mit anderen Gemeindegebieten in Niedersachsen sehr gering ausfielen. Um jedoch sowohl der Windenergie als auch den sich aus der Siedlungsentwicklung ergebenden Raumanforderungen in diesem besonderen Einzelfall Rechnung tragen zu können, sei der Abstand zu Siedlungsbereichen auf 950 m festgelegt worden. Aufgrund der engen Talraumsituation, der dicht heranrückenden und großflächigen Landschaftsschutzgebiete, der unmittelbaren Nähe der BAB O., der Kuppensituation zwischen der BAB O. und N., der Vorbelastung durch die BAB O. und der für die Bewohner durch Höhenzüge bestehenden visuellen Raumbegrenzung im Norden werde der für das X.tal typische Raumdruck konkurrierender Nutzungen im Grenzbereich der im Flächennutzungsplan dargestellten Vorrangfläche für Windenergie in besonderer Weise deutlich. Das Spannungsfeld der konkurrierenden Nutzungen werde auch dadurch dokumentiert, dass im südlichen Bereich von N. eine Kleinst-Windenergieanlage stehe, von der für den Ort bereits über viele Jahre eine Vorbelastung ausgehe, und ein weiteres Heranrücken von Windenergieanlagen an den Siedlungsbereich den Eindruck der Zugehörigkeit erwecken würde. Die genannten Kriterien hätten ebenfalls der Bauleitplanung im Jahr 1998 zugrunde gelegen. Diese Kriterien habe die Beigeladene zwar nicht in ihrer Gesamtheit und Tiefe in dem Umfang, wie es bei heutigen Bauleitplanungen zu diesem Thema üblich sei, schriftlich niedergelegt. Sie seien aber bekannt und Grundlage der politischen Entscheidung gewesen. Die besonderen Abwägungskriterien seien den Ratsmitgliedern von dem Planungsbüro vorgestellt und im Vorfeld des Ratsbeschlusses intensiv beraten worden. Die Beigeladene habe die öffentlichen und privaten Belange, insbesondere der in den

Siedlungsbereichen lebenden Bevölkerung, gerecht abgewogen. Das Abwägungsergebnis sei entgegen der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts nicht fehlerhaft. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Beigeladene der Windenergie im Bereich südlich der Siedlung N. mehr Flächen hätte zur Verfügung stellen können. Ein fehlerhaftes Abwägungsergebnis wäre jedenfalls als unbeachtlich zu werten. § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. greife zum Nachteil der Klägerin ein. Gegen die Wirksamkeit dieser Heilungsvorschrift seien in der Literatur teilweise Zweifel geltend gemacht worden, allerdings folge das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht als zuständiges Obergericht diesen Zweifeln nicht. Im vorliegenden Fall könne nicht unberücksichtigt bleiben, dass gerade die Klägerin seit Inkrafttreten des Flächennutzungsplans umfangreiche Erkenntnisse gehabt haben müsse, da sie die 18. Änderung des Flächennutzungsplans initiiert und nach deren Inkrafttreten drei Windenergieanlagen auf der Konzentrationsfläche realisiert habe. Der Auffassung des Verwaltungsgerichts, es handle sich um einen schwerwiegenden Mangel im Abwägungsergebnis, könne ebenfalls nicht gefolgt werden. Entgegen den Ausführungen des Verwaltungsgerichts stelle eine fehlerhafte Konzentrationsflächenplanung keinen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG dar. § 35 BauGB vermittele im Außenbereich keine Baulandqualität. Soweit das Verwaltungsgericht dahinstehen lasse, ob sich aus Art. 19 Abs. 4 GG nur dann durchgreifende Bedenken gegen die Sieben-Jahres-Frist ergeben könnten, wenn ein Bebauungsplan zunächst nicht verwirklicht werde, beziehe es sich auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (v. 2.1.2001 - 4 BN 13.00 -). Das Bundesverwaltungsgericht führe u. a. aus, dass im Schrifttum zu Recht von niemandem die Auffassung vertreten werde, dass ein Planbetroffener bei einem weitgehend realisierten Bebauungsplan darauf vertrauen könne, dass eine weitere plankonforme Bebauung unterbleiben werde. Zwar handle es sich vorliegend im Gegensatz zu der genannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht um einen Bebauungsplan, sondern einen Flächennutzungsplan. Es bestehe aber eine vergleichbare Situation, weil unmittelbar mit Inkraftsetzung des Flächennutzungsplans bereits seine Verwirklichung stattgefunden habe. 2001 seien der Klägerin drei - zwischenzeitlich errichtete - Windkraftanlagen innerhalb der Konzentrationszone genehmigt worden, so dass die Konzentrationsfläche vollständig ausgeschöpft worden sei. Die Argumentation des Verwaltungsgerichts, dass gegen die - eine verfassungskonforme Auslegung gebietende - Verfassungswidrigkeit der Unbeachtlichkeit von Mängeln des Abwägungsergebnisses nach Ablauf von sieben Jahren auch nicht angeführt werden könne, dass auch rechtswidrige Verwaltungsakte nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bestandskräftig würden, weil Verwaltungsakte lediglich Einzelfälle regelten, während es sich bei Bauleitplänen um Normen im materiellen Sinn handle, in deren Gebotsbereich ständig neue Adressaten hineinwüchsen, könne nicht überzeugen. Das Verwaltungsgericht übersehe, dass gerade die Klägerin seit Fristbeginn Kenntnis von dem Bauleitplan und den behaupteten Abwägungsmängeln gehabt haben müsse. Unabhängig davon dürfte eine verfassungskonforme Auslegung des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. nicht möglich sein. Dem stehe der Wortlaut der Vorschrift entgegen. Schließlich seien entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts auch sonstige öffentliche Belange, die dem Vorhaben widersprechen könnten, im Rahmen der Behördenbeteiligung von dem Naturschutzamt thematisiert worden. Nach aktueller Mitteilung des Naturschutzamts sei ein weiterer Untersuchungsumfang auch deshalb erforderlich, da im Jahr 2001 hinsichtlich der nach neueren Erkenntnissen kollisionsgefährdeten Artengruppe der Fledermäuse keine Untersuchungen durchgeführt und im dortigen Untersuchungsraum die im Zusammenhang mit Windenergieanlagen kollisionsgefährdeten, besonders geschützten Arten Rotmilan und Rohrweihe als Nahrungsgäste festgestellt worden seien. Ein Brutplatz im Einwirkungsbereich der Windenergieanlage könne nicht ausgeschlossen werden.

- 17 Der Beklagte beantragt,
- 18 das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts zu ändern und die Klage abzuweisen.
- 19 Die Klägerin beantragt,
- 20 die Berufung zurückzuweisen.
- 21 Die Klägerin wiederholt im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen und führt ergänzend aus: Die an die Kreisstraße R. angrenzende Fläche des Vorranggebiets, die aus Gründen der Straßenverkehrssicherheit nicht ausnutzbar sei, hätte nicht dargestellt werden dürfen und müsse jedenfalls bei der Beantwortung der Frage, ob die Beigeladene mit ihrer Planung der Windenergienutzung substanziell Raum verschafft habe, außer Betracht bleiben. Die verbleibende Fläche sei so klein, dass der Windenergienutzung auf dem Gebiet der Beigeladenen nicht substanziell Raum verschafft worden sei. Die Behauptung der Berufung, es habe keine Möglichkeit bestanden, der Windenergie mehr Flächen zur Verfügung zu stellen, sei abwegig und vollkommen unzutreffend. Die großen Abstände zu jedweder Wohnbebauung seien nicht erforderlich gewesen. Dies gelte auch für den Bereich südlich von N.. Autobahnnähe Bereiche eigneten sich bekanntlich eher nicht für eine Wohnsiedlungsentwicklung. Im Falle der Splittersiedlung „N.“ bestehe nach Süden durch die Höhenlage der dortigen Wohnbebauung und das Gehölz eine natürliche Abschirmung. Eine Siedlungsentwicklung in diese Richtung sei zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt gewesen und auch nicht erfolgt. Der Verkehrslärm würde den Schall von Windenergieanlagen, die in diesem Bereich entstünden, bis zu einer erheblichen Entfernung von der Autobahn vollkommen verdecken.
- 22 Die Beigeladene stellt keinen Antrag, schließt sich in der Sache dem Vortrag des Beklagten aber im Wesentlichen an.
- 23

Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen und des Sachverhalts im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten und der Beigeladenen Bezug genommen. Sie waren in ihren wesentlichen Teilen Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe

- 24 Die vom Verwaltungsgericht zugelassene und auch im Übrigen zulässige Berufung des Beklagten ist begründet. Das Verwaltungsgericht hätte die Klage der Klägerin abweisen müssen. Der Bescheid des Beklagten vom 8. Oktober 2009 und der Widerspruchsbescheid vom 14. März 2011 sind rechtmäßig. Die Klägerin kann die Erteilung des beantragten Vorbescheides für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage nicht beanspruchen (I.). Der angefochtene Kostenbescheid vom 14. März 2011 begegnet ebenfalls keinen rechtlichen Bedenken (II.).
- 25 I. Gemäß § 9 Abs. 1 BImSchG soll auf Antrag durch Vorbescheid über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen sowie über den Standort der Anlage entschieden werden, sofern die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können und ein berechtigtes Interesse an der Erteilung eines Vorbescheides besteht. Vernünftige Gründe für ein gestuftes Vorgehen und damit ein berechtigtes Interesse der Klägerin ergeben sich hier daraus, dass die Bindungswirkung des Vorbescheides geeignet ist, ihr Investitionsrisiko zu verringern, indem hinsichtlich des Standorts eine verbindliche Klärung vorab erreicht werden kann. Eine Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung des beantragten Vorbescheides setzt jedoch voraus, dass derzeit die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des § 9 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG i. V. m. dem Bauplanungsrecht erfüllt sind. Das ist hier nicht der Fall.
- 26 Das Vorhaben der Klägerin soll im Außenbereich des Gemeindegebiets der Beigeladenen realisiert werden, so dass sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB richtet. Danach darf ein Vorhaben, das wie hier der Nutzung der Windenergie dient und deshalb im Außenbereich privilegiert zulässig ist, nicht zugelassen werden, wenn öffentliche Belange entgegenstehen. Gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 öffentliche Belange in der Regel dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Die Ausschlusswirkung nach dieser Vorschrift greift hier aufgrund der Ausweisung von Sonderbauflächen für die Windenergie durch die 12. und 18. Änderung des Flächennutzungsplans der Beigeladenen.
- 27 1. Die Konzentrationsflächenplanung der Beigeladenen in Gestalt der 12. und 18. Änderung des Flächennutzungsplans ist wirksam.
- 28 a) Der 12. und 18. Änderung des Flächennutzungsplans mangelt es nicht an der städtebaulichen Erforderlichkeit. Nach § 1 Abs. 3 BauGB darf die Gemeinde von ihrer Planungsbefugnis nur Gebrauch machen, wenn dies für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Was im Sinne dieser Vorschrift erforderlich ist, bestimmt sich nach der jeweiligen planerischen Konzeption der Gemeinde. Welche städtebaulichen Ziele die Gemeinde sich setzt, liegt in ihrem planerischen Ermessen. Erst dann, wenn überhaupt kein erkennbares Planungserfordernis besteht, fehlt die Planungsbefugnis. Nicht erforderlich im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB sind Pläne, die einer positiven Planungskonzeption entbehren und ersichtlich der Förderung von Zielen dienen, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des Baugesetzbuchs nicht bestimmt sind (BVerwG, Urt. v. 16.12.1988 - 4 C 48.86 -, BVerwGE 81, 111; Beschl. v. 18.12.1990 - 4 NB 8.90 -, NVwZ 1991, 875; Beschl. v. 11.5.1999 - 4 BN 15.99 -, UPR 1999, 352; so auch Urt. d. Sen. v. 21.12.2010 - 12 KN 71/08 -, BauR 2011, 1140). Davon ist u. a. auszugehen, wenn eine positive Zielsetzung nur vorgeschoben wird, um eine in Wahrheit auf bloße Verhinderung gerichtete Planung zu überdecken (BVerwG, Urt. v. 20.5.2010 - 4 C 7.09 -, BVerwGE 137, 74). Ferner ist eine Planung nicht erforderlich, wenn sie sich als nicht vollzugsfähig erweist, weil ihr auf unabsehbare Zeit unüberwindbare rechtliche und tatsächliche Hindernisse im Wege stehen (BVerwG, Urt. v. 12.8.1999 - 4 CN 4.98 -, BVerwGE 109, 246; Urt. v. 21.03.2002 - 4 CN 14.00 -, Buchholz 406.11 § 1 BauGB Nr. 110; Urt. v. 30.1.2003 - 4 CN 14.01 -, BVerwGE 117, 351; Urt. v. 18.3.2004 - 4 CN 4.03 -, BVerwGE 120, 239; Urt. v. 20.5.2010 - 4 C 7.09 -, a. a. O.).
- 29 Hier bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte, dass die Beigeladene mit der 12. und 18. Änderung des Flächennutzungsplans ein Vorranggebiet für Windenergie nur ausgewiesen hat, um in Wahrheit eine Nutzung der Windkraft zu verhindern. Der planerische Wille der Gemeinde war erkennbar auf die Konzentrierung von Windenergieanlagen innerhalb des ausgewiesenen Vorranggebiets gerichtet. Es sollte eine Fläche für „max. 4 Windenergieanlagen“ ausgewiesen werden. Die planerischen Festsetzungen stimmen damit überein. Die Errichtung mehrerer Windenergieanlagen innerhalb des Vorranggebiets war nicht aufgrund einer zu geringen Flächenausweisung sowie der Ausdehnung des Sondergebiets entlang der Kreisstraße R. rechtlich oder tatsächlich ausgeschlossen. Dagegen spricht bereits der Umstand, dass im Vorranggebiet tatsächlich drei Windenergieanlagen genehmigt und errichtet wurden sowie technisch und wirtschaftlich sinnvoll betrieben werden. Dass diese Anlagen heute möglicherweise nicht durch moderne und leistungsfähigere Anlagen ersetzt werden könnten, weil die Rotoren neuerer Anlagen die Grenzen des Vorranggebiets überschreiten würden, stellt die Erforderlichkeit der Planung im maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassung über die 12. und 18. Änderung des Flächennutzungsplans nicht in Frage.

- 30 b) Ohne Erfolg rügt die Klägerin in diesem Zusammenhang ein Auseinanderfallen von Plan und Begründung, weil die Beigeladene den angeblich gewollten Abstand von mindestens 50 m zu Kreisstraßen nicht festgesetzt habe. Die Erforderlichkeit der Planung wäre nur dann zweifelhaft, wenn das Planungsergebnis nicht der Planungsabsicht, wie sie sich aus den Planungsvorgängen ergibt, entsprochen hätte (dazu Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand: April 2013, § 1 Rn. 38 m. w. N.). Vorliegend ist aber aufgrund der zeichnerischen Darstellung des Plangebiets in den Planunterlagen davon auszugehen, dass die tatsächliche Ausweisung des Vorranggebiets dem planerischen Willen der Beigeladenen entsprochen hat. Soweit die Beigeladene im Erläuterungsbericht zu der 12. bzw. 18. Änderung des Flächennutzungsplans ausgeführt hat, dass sie die seinerzeit geltenden Abstandsempfehlungen des Niedersächsischen Innenministeriums, die u. a. zu Kreisstraßen einen Abstand von mind. 50 m vorsahen, „weitgehend“ gefolgt sei, das ausgewiesene Vorranggebiet diesen Abstand tatsächlich aber nicht einhält, liegt möglicherweise ein Begründungsmangel vor. Ein zur Unwirksamkeit der Planung führender Widerspruch zwischen Planungsabsicht und Planung ergibt sich aus der fehlerhaften Bezugnahme auf die Abstandsempfehlungen aber nicht.
- 31 c) Die von der Klägerin geltend gemachten Abwägungsfehler sind jedenfalls unbeachtlich, weil sie nicht im Sinne von § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB in der maßgeblichen Fassung vom 27. August 1997 (vgl. § 233 Abs. 2 Satz 3 BauGB) innerhalb von sieben Jahren seit Bekanntmachung des Flächennutzungsplans schriftlich und unter Darlegung des Sachverhalts, der den Mangel begründen soll, gegenüber der Beigeladenen geltend gemacht worden sind.
- 32 Die Vorschrift des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. erfasst im Grundsatz sowohl Mängel im Abwägungsvorgang als auch Mängel im Abwägungsergebnis (Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., § 215 Rn. 80). Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts müsse diese Vorschrift aber verfassungskonform einschränkend ausgelegt werden, so dass ein fehlerhaftes Abwägungsergebnis, welches in eine durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Position eingreife, auch nach Ablauf von sieben Jahren beachtlich bleibe. Das Verwaltungsgericht greift insoweit verfassungsrechtliche Bedenken der Literatur gegen die Unbeachtlichkeitsvorschrift des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. auf, wobei (wohl) überwiegend eine verfassungskonforme Auslegung in dem Sinne befürwortet wird, dass § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. nur auf schwere und/oder verfassungsrelevante Abwägungsmängel nicht anwendbar sei (so etwa Peine, NVwZ 1989, 637; Löhr, NVwZ 1987, 361; Quaas/Kuck, in: Schrödter, BauGB, 7. Aufl., § 215 Rn. 8; Hoppe, in: Hoppe/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 1995, § 16 Rn. 44; Gaentzsch, BauGB, § 215 Rn. 3; vgl. demgegenüber Dolde, BauR 1990, 1, 9 ff., und Gern/Schneider, VBIBW 1988, 125, 129, die § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. für verfassungswidrig halten). Das Bundesverwaltungsgericht und die bekannte obergerichtliche Rechtsprechung teilen diese Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung nicht ausdrücklich. Diese Gerichte konnte die Frage, ob zumindest „schwere Mängel im Abwägungsergebnis“ (BVerwG, Beschl. v. 2.1.2001 - 4 BN 13.00 -, BauR 2001, 1888; in diesem Sinne auch BVerwG, Beschl. v. 23.1.2003 - 4 B 79.02 -, BauR 2003, 547; Urt. v. 21.3.2013 - 4 C 15.11 -, BauR 2013, 1236; Nds. OVG, Urt. v. 20.10.2011 - 1 LB 195/10 -, n. v.) bzw. „gravierende Mängel“ (Bay. VGH, Urt. v. 23.12.1998 - 26 N 98.1675 -, NVwZ-RR 2000, 79) auch nach Ablauf einer Frist von sieben Jahren beachtlich bleiben müssen, in den jeweiligen Verfahren allerdings dahinstehen lassen.
- 33 Nach Auffassung des Senats verpflichtet die Verfassung den Gesetzgeber nicht, ein fehlerhaftes Abwägungsergebnis generell von den Heilungs- bzw. Unbeachtlichkeitsvorschriften auszunehmen. Die Rechtsprinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes lassen sich ebenfalls auf die Verfassung zurückführen (so etwa Gaentzsch, in: FS Weyreuther, S. 249, 265; Dürr, VBIBW 1987, 201, 203; insoweit auch Gern/Schneider, a. a. O., 127). Es ist einem Eigentümer generell auch zumutbar, sich innerhalb eines Zeitraums von sieben Jahren über den Inhalt einer Bauleitplanung und die Auswirkungen auf sein Eigentum zu informieren. Die aus der Verletzung dieser Obliegenheit entstehenden Nachteile muss gegebenenfalls auch ein Rechtsnachfolger gegen sich gelten lassen (vgl. Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., § 125 Rn. 80 m. w. N.).
- 34 Ob in atypischen Fällen, in denen ein Bauleitplan an einem schwerwiegenden Abwägungsmangel leidet, der - entgegen der Annahme des Gesetzgebers (BT-Drucks. 10/6166, S. 134) - innerhalb von sieben Jahren gleichwohl nicht geltend gemacht werden konnte oder bloß nicht geltend gemacht worden ist, der Anwendungsbereich des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. einer verfassungskonformen Einschränkung bedarf, kann in diesem Verfahren ebenfalls dahinstehen. Ein ausnahmsweise beachtlicher Mangel des Abwägungsergebnisses in diesem Sinne liegt nicht vor.
- 35 Das Eigentumsrecht stellt zur Überzeugung des Senats keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für eine Abgrenzung verfassungsrechtlich relevanter und nicht relevanter Mängel der Abwägung bei der Konzentrationsflächenplanung dar (gegen eine Beschränkung des § 215 Abs. 1 Satz 2 BauGB a. F. auf Mängel der Abwägung, die sich nicht auf das Eigentumsgrundrecht auswirken, auch Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., § 215 Rn. 80; Gerhardt/Bier, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Aug. 2012, Vorb. § 47 Rn. 13 Fn. 86). Das Nutzungsinteresse eines Eigentümers, im Außenbereich Windenergieanlagen zu errichten, stellt keine eigentumskräftig verfestigte Rechtsposition dar (so zum Planungsschadensrecht Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl., Rn. 137 ff.). § 35 Abs. 1 und 2 BauGB vermittelt - anders als § 34 BauGB - keine Rechtsposition, die den Schutz des Art. 14 GG gegen neu auftretende öffentliche Belange genießt. Der Eigentümer im Außenbereich muss stets mit der Entstehung neuer Belange rechnen. Denn nach der Entscheidung des Gesetzgebers, der insofern Inhalt und Schranken des Eigentums an Grundstücken gemäß Art. 14 Abs. 1

Satz 2 GG zulässigerweise bestimmt, ist der Außenbereich grundsätzlich nicht für das Bauen freigegeben, sondern in erster Linie für die Land- und Forstwirtschaft und die Erholung der Allgemeinheit bestimmt (BVerwG, Urt. v. 17.2.1984 - 4 C 56.79 -, NVwZ 1984, 434; Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 -, BVerwGE 117, 287). Die auch privilegierte Windenergienutzung steht dagegen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unter einem Planvorbehalt. Da zudem jede Konzentrationsflächenplanung die Nutzungsmöglichkeiten von Grundstücken in der Ausschlusszone betrifft, müsste nach der Auffassung des Verwaltungsgerichts jeder Fehler der Planung grundrechtsrelevant und ohne Rücksicht auf eine rechtzeitige Rüge beachtlich sein. Es bestehen für den Senat aber keine Zweifel, dass die Planungserhaltungsvorschriften der §§ 214 ff. BauGB angesichts der damit verfolgten und auch von der Verfassung anerkannten Zwecke jedenfalls im Grundsatz verfassungsgemäß sind.

- 36 Die Annahme eines schwerwiegenden Mangels, der - in Übereinstimmung mit der zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts - von Verfassungs wegen über die in § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. geregelte Frist hinaus beachtlich sein könnte, ist nach Auffassung des Senats daher nur gerechtfertigt, wenn der Plan selbst derart fehlerhaft ist, dass das Vertrauen auf die Gültigkeit einer Rechtsnorm nicht schutzwürdig sein kann. Ein schwerwiegender Mangel des Abwägungsergebnisses in diesem Sinne muss sich einem verständigen Beobachter geradezu aufdrängen. Das ist hier aber nicht der Fall.
- 37 Die von der Klägerin und - im Ergebnis von dem Verwaltungsgericht - gerügten Abwägungsfehler betreffen teilweise schon nicht das Abwägungsergebnis, sondern den Abwägungsvorgang. Dass Fehler im Abwägungsvorgang, selbst wenn sie sich im Einzelfall aufdrängen, aus verfassungsrechtlichen Gründen nach Ablauf einer Frist von sieben Jahren beachtlich bleiben müssten, wird soweit ersichtlich aber nicht vertreten und ist verfassungsrechtlich - aus den dargestellten Gründen - nicht geboten. Zum Abwägungsvorgang gehören die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials sowie die Gewichtung und Einstellung dieser Belange in die Abwägung (Urt. d. Sen. v. 17.6.2013 - 12 KN 80/12 -, NuR 2013, 580 m. w. N.). Danach betreffen auch die beanstandete Festlegung eines pauschalen Vorsorgeabstandes von 950 m zu Siedlungsbereichen, die unterbliebene Differenzierung zwischen den Wohnnutzungen in den unterschiedlichen Gebietstypen wie auch der Verzicht auf die Einhaltung eines Schutzabstands zu der Kreisstraße R. zunächst nur den Abwägungsvorgang. Diese (angeblichen) Fehler können der Ausschlusswirkung der Konzentrationsflächenplanung daher nicht mehr entgegengehalten werden.
- 38 Die von der Klägerin gerügten Fehler im Abwägungsvorgang schlagen nicht offenkundig auf das Ergebnis der Abwägung durch. Das Abwägungsergebnis weist auch im Übrigen keine besonders schwerwiegenden Mängel auf.
- 39 Das Abwägungsergebnis ist der durch die Abwägung gewonnenen Norminhalt des Plans (vgl. Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., Rn. 133 ff.; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., § 1 Rn. 187). Fehlerhaft ist das Abwägungsergebnis nicht schon dann, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Planung nach der erforderlichen Abwägung anders ausgefallen wäre und der Abwägungsausfall damit im Sinne des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB auf das Abwägungsergebnis „von Einfluss“ gewesen ist. Es ist vielmehr erst dann zu beanstanden, wenn eine fehlerfreie Nachholung der erforderlichen Abwägung schlechterdings nicht zum selben Ergebnis führen könnte, weil anderenfalls der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen würde, der zur objektiven Wichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht. Die Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit müssen überschritten sein (Urt. d. Sen. v. 17.6.2013 - 12 KN 80/12 -, a. a. O., unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 11.4.2013 - 4 CN 2.12 -, NuR 2013, 489; Urt. v. 22.9.2010 - 4 CN 2.10 -, BVerwGE 138, 12, und Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, a. a. O., Rn. 121 ff.). Das Ergebnis einer Konzentrationsflächenplanung ist vor allem dann fehlerhaft, wenn der Windenergie im Plangebiet insgesamt nicht substantiell Raum verschafft wird. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (etwa Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11, 2.11 -, DVBl. 2013, 507; Urt. v. 13.3.2003 - 4 C 4.02 -, BVerwGE 118, 33) und des Senats (Urt. v. 17.6.2013 - 12 KN 80/12 -, a. a. O.; Urt. v. 22.11.2012 - 12 LB 64/11 -, NuR 2013, 196; Urt. v. 21.4.2010 - 12 LC 9/07 -, BauR 2010, 1556) ist geklärt, dass sich nicht abstrakt, z. B. durch Ermittlung des prozentualen Anteils der Vorrang- oder Konzentrationsflächen für Windenergie an der Gesamtfläche des Planungsraums, bestimmen lässt, wo die Grenze zur unzulässigen "Negativplanung" verläuft. Maßgeblich sind vielmehr die tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Planungsraum, so dass Größenangaben - isoliert betrachtet - als Kriterium ungeeignet erscheinen. Das Verhältnis der ausgewiesenen Vorrangfläche zur Gesamtfläche bzw. zu den zuvor ermittelten Potenzialflächen kann aber als Indiz für eine Verhinderungsplanung gewertet werden (BVerwG, Urt. v. 13.12.2013 - 4 CN 1.11, 2.11 -, a. a. O.; VG Hannover, Urt. v. 24.11.2011 - 4 A 4927/09 -, juris). Danach begegnet das Abwägungsergebnis des Beigeladenen zwar durchaus Bedenken. Der Anteil des ausgewiesenen Vorranggebiets (12,8 ha) an der Fläche des Gemeindegebiets der Beigeladenen (6.215 ha) von 0,21 % ist vergleichsweise klein (zum Verhältnis der ausgewiesenen Vorrangflächen zu der Gesamtfläche des Plangebiets etwa Urt. d. Sen. v. 9.10.2008 - 12 KN 35/07 -, NdsVBl. 2009, 107; Urt. v. 28.1.2010 - 12 KN 65/07 -, BauR 2010, 1043). Ferner lassen die der Abwägungsentscheidung zugrunde gelegten Parameter, vor allem die nahezu Verdoppelung des seinerzeit empfohlenen Abstands zu Siedlungsbereichen von 500 auf 950 m, ein eher restriktives Vorgehen der Beigeladenen erkennen. Offenkundig fehlerhaft ist das Abwägungsergebnis aber nicht. Es ist nicht per se schädlich, dass die Beigeladene überhaupt nur eine Konzentrationszone ausgewiesen hat, auf der nicht mehr als 3 Windenergieanlagen verwirklicht werden konnten (vgl. zu der Ausweisung einer einzelnen Konzentrationszone mit einer beabsichtigten Aufnahmekapazität von 4 Anlagen: BVerwG, Urt. v. 20.5.2010 - 4 C 7.09 -, a. a. O.). Die ausgewiesene Fläche war auch nicht - wie die Klägerin geltend macht - nur zur Hälfte oder zu etwas mehr als einem Viertel ausnutzbar, weil Windkraftanlagen nach den seinerzeit

geltenden Abstandsempfehlungen einen Abstand von 50 bzw. 100 m zu der (klassifizierten) Kreisstraße R. einzuhalten hatten. Gesetzlich war (und ist) zu Kreisstraßen in Niedersachsen lediglich ein Abstand von 20 m einzuhalten (vgl. § 24 NStrG, dazu auch Gatz, a. a. O., Rn. 381 ff.). In der Sache bot die Fläche trotz der geringen Tiefe und eines zur Kreisstraße einzuhaltenden Sicherheitsabstands, und darauf kommt es hier maßgeblich an, Raum für die Errichtung und den Betrieb von insgesamt drei Windenergieanlagen. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Beigeladene nicht verpflichtet gewesen wäre, hätte sie im Abwägungsprozess unter Berücksichtigung des seinerzeit empfohlenen Abstands zu Siedlungsbereichen zunächst ein deutlich größeres Flächenpotenzial ermittelt, dieses Potenzial insgesamt auszuschöpfen. Vielmehr kann die planende Gemeinde nach Abzug der sogenannten „weichen“ Tabuzonen in einem weiteren Arbeitsschritt die von § 35 Abs.1 Nr. 5 BauGB privilegierten Nutzungsinteressen aus städtebaulichen Gründen zurückstellen. Die von der Beigeladenen zur Begründung eines Schutzabstands von 950 m angeführten Belange der allgemeinen Siedlungsentwicklung und des Immissionsschutzes stellen im Grundsatz städtebaulich vertretbare Gründe in diesem Sinne dar. Es drängt sich daher jedenfalls nicht auf, dass die von der Klägerin in Aussicht genommene Fläche südlich von N. oder andere bisher nicht als Vorranggebiet für die Windenergie ausgewiesene Flächen im Gemeindegebiet schlechterdings nicht wegwägbare gewesen wären. In der Sache eignet sich zudem nur ein vergleichsweise kleiner Teil des Gemeindegebiets für die Errichtung von Windenergieanlagen. Wie das Verwaltungsgericht bereits ausgeführt hat, scheiden große Teile des Gemeindegebiets der Beigeladenen schon aufgrund der Topographie, der Waldvorkommen und der zahlreichen Landschaftsschutzgebiete für die Ausweisung eines Vorranggebiets „unzweifelhaft“ aus. Vor allem entlang der nördlichen und südlichen Gemeindegrenze erstrecken sich mehrere großflächige Landschaftsschutzgebiete, die - unstreitig - nicht für eine Nutzung durch Windkraftanlagen in Betracht kommen (zum Ausschluss von Landschaftsschutzgebieten von der Konzentrationsflächenplanung OVG Berlin-Bbg., Urt. v. 24.2.2011 - OVG 2 A 2.09 -, LKV 2011, 422; zur Errichtung von Windenergieanlagen in ausgewiesenen Landschaftsschutzgebieten auch Gatz, a. a. O., Rn. 300 ff.). Auf den verbleibenden Flächen befinden sich zudem eine Reihe von Ortschaften, zu denen die Beigeladene bei der Flächenausweisung jedenfalls einen rechtlich zwingenden Schutzabstand einzuhalten hatte. In Anbetracht dessen ist hier jedenfalls nicht offensichtlich, dass die Beigeladene der Windenergie im Plangebiet insgesamt nicht substantiell Raum verschafft hat.

- 40 Ob eine verfassungskonforme Auslegung des § 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB a. F. darüber hinaus nur dann in Betracht kommt, wenn ein Bauleitplan zunächst nicht vollzogen wird (so zu einem Bebauungsplan BVerwG, Beschl. v. 2.1.2001 - 4 BN 13/00 -, a. a. O.) und ob eine Konzentrationsflächenplanung mit Ausschlusswirkung überhaupt in diesem Sinne „vollzogen“ werden kann, bedarf vor diesem Hintergrund keiner Entscheidung.
- 41 2. Da der Beklagte die Erteilung eines Vorbescheides nach § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB zu Recht abgelehnt hat, lässt der Senat ferner dahinstehen, ob die Klägerin mit ihrem Verpflichtungsantrag auch deshalb nicht vollumfänglich durchdringen kann, weil die Streitsache - etwa aufgrund fehlender naturschutzfachlicher Unterlagen - nicht spruchreif ist.
- 42 II. War danach der Widerspruchsbescheid des Beklagten vom 14. März 2011 rechtmäßig, begegnet der angefochtene Kostenbescheid des Beklagten vom selben Tag ebenfalls keinen rechtlichen Bedenken. Gegen die Höhe des Kostenansatzes hat die Klägerin keine Einwände erhoben. Sie sind auch sonst nicht ersichtlich.

 Diesen Link können Sie kopieren und verwenden, wenn Sie **genau dieses Dokument** verlinken möchten:
[http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/?](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/?quelle=jlink&docid=MWRE130003196&psml=bsndprod.psml&max=true)
[quelle=jlink&docid=MWRE130003196&psml=bsndprod.psml&max=true](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/?quelle=jlink&docid=MWRE130003196&psml=bsndprod.psml&max=true)