



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 4 BN 25.09
VGH 3 C 594/08.N

In der Normenkontrollsache

hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 15. September 2009
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Rubel
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Gatz und Petz

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 25. März 2009 wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 30 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die Beschwerde hat keinen Erfolg.
- 2 1. Nach Ansicht der Vorinstanz ist der Normenkontrollantrag zulässig. Das Normenkontrollgericht hat sich der Entscheidung des Senats vom 26. April 2007 - BVerwG 4 CN 3.06 - (BVerwGE 128, 382) angeschlossen, wonach Flächennutzungspläne mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in analoger Anwendung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der prinzipialen Normenkontrolle zugänglich sind, und den Normenkontrollantrag gegen den am 21. Juli 2006 bekannt gemachten Teilflächennutzungsplan Windenergie der Antragsgegnerin als statthaft angesehen. Der Normenkontrollantrag sei auch fristgerecht gestellt worden, nämlich am 6. März 2008 und damit innerhalb der Zweijahresfrist des § 47 Abs. 2 VwGO in der bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Fassung, die gemäß § 195 Abs. 7 VwGO maßgeblich sei (UA S. 13). Die Antragsgegnerin wirft hierzu die als grundsätzlich klärungsbedürftig bezeichnete Rechtsfrage auf (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO), ob gegen einen Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, der vor dem 1. Januar 2007 bekannt gemacht worden ist, in unmittelbarer oder analoger Anwendung des

§ 195 Abs. 7 VwGO innerhalb der Zwei-Jahres-Frist des § 47 Abs. 2 VwGO in der Fassung bis zum 31. Dezember 2006 ein Antrag nach § 47 Abs. 1 VwGO zulässig ist (Beschwerdebegründung S. 2).

- 3 Die Frage ist falsch gestellt. Die Antragsgegnerin geht davon aus, dass die verneinende Beantwortung der von ihr formulierten Frage zur Unzulässigkeit des Normenkontrollantrags führt, weil dann die - hier nicht gewährte - Einjahresfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO in der ab dem 1. Januar 2007 geltenden Fassung gilt. Diese Annahme ist nicht zwingend. Denkbar ist auch, dass Normenkontrollanträge gegen Flächennutzungspläne mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB an keine Frist gebunden sind. In diesem Fall wäre der Normenkontrollantrag selbst dann zulässig, wenn das Normenkontrollgericht zu Unrecht angenommen hätte, es gelte über § 195 Abs. 7 VwGO die Zweijahresfrist des § 47 Abs. 2 VwGO a.F.

- 4 Der Senat legt die Frage zu Gunsten der Antragsgegnerin dahingehend aus, dass in einem Revisionsverfahren geklärt werden soll, ob gegen einen Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, der vor dem 1. Januar 2007 bekannt gemacht worden ist, ein nach dem 1. Januar 2007 gestellter Normenkontrollantrag nur zulässig ist, wenn er gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO n.F. innerhalb eines Jahres nach Bekanntgabe des Plans gestellt worden ist. Die Frage führt nicht zur Zulassung der Revision, weil sie sich ohne Weiteres verneinen lässt. Nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO n.F. kann den Antrag (nach § 47 Abs. 1 VwGO) jede natürliche oder juristische Person, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift (im Sinne des § 47 Abs. 1 VwGO) oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden, sowie jede Behörde innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift stellen. Nach § 195 Abs. 7 VwGO gilt für Rechtsvorschriften im Sinne des § 47 VwGO, die vor dem 1. Januar 2007 bekannt gemacht worden sind, die Frist des § 47 Abs. 2 VwGO in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 2006 geltenden Fassung. Es liegt auf der Hand, dass der Begriff der Rechtsvorschrift im Anwendungsbereich des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO n.F. nicht anders verstanden werden kann als derjenige im Anwendungsbereich der Übergangsvorschrift des § 195 Abs. 7 VwGO; denn beide

Normen nehmen die Rechtsvorschrift im Sinne des § 47 Abs. 1 VwGO in Bezug. Der Normenkontrollantrag gegen Flächennutzungspläne mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist entweder nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO n.F. analog fristgebunden (was naheliegt, nachdem der Senat § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog anwendet); dann gilt die Analogie auch für § 195 Abs. 7 VwGO. Oder er ist nicht fristgebunden, und die Frage der Anwendung des § 195 Abs. 7 VwGO stellt sich nicht. Die Auffassung der Antragsgegnerin, ein Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sei im Anwendungsbereich des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO n.F. als Rechtsvorschrift zu qualifizieren, nicht aber im Anwendungsbereich des § 195 Abs. 7 VwGO, ist widersprüchlich.

- 5 2. Das Normenkontrollgericht hat den Normenkontrollantrag auch als begründet angesehen und den umstrittenen Teilflächennutzungsplan aus mehreren selbständig tragenden Gründen für unwirksam erklärt. Die Revision kann daher nur zugelassen werden, wenn hinsichtlich jeder Begründung ein Revisionszulassungsgrund aufgezeigt wird und vorliegt (vgl. Beschluss vom 9. Dezember 1994 - BVerwG 11 PKH 28.94 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 1 VwGO Nr. 4; stRspr). Wenn nur bezüglich einer Begründung ein Zulassungsgrund gegeben ist, kann diese Begründung nämlich hinweggedacht werden, ohne dass sich der Ausgang des Verfahrens ändert.

- 6 Nach Ansicht der Vorinstanz ist der Teilflächennutzungsplan unwirksam, weil ihm keine Umweltprüfung vorausgegangen und kein Umweltbericht erstellt worden ist (UA S. 14). Im Übrigen leide der Teilflächennutzungsplan auch an beachtlichen Mängeln im Abwägungsvorgang. Es fehle nämlich an einem schlüssigen Gesamtkonzept im Sinne der Anforderungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Dezember 2002 - BVerwG 4 C 15.01 - (BVerwGE 117, 287). Zum einen habe die Antragsgegnerin durch die schematisierte Anwendung sowohl der Abstandswerte zu Ausschlussflächen/-gebieten als auch der als „weich“ bezeichneten Abstandswerte zu Restriktionsbereichen abwägungsfehlerhaft und unter Nichtberücksichtigung bereits vorhandener und genehmigter Windkraftanlagen an außerhalb der Konzentrationszone gelegenen Orten und der damit einhergehenden und in einen ordnungsgemäßen Abwägungs-

vorgang einzustellenden Vorbelastung kein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept erstellt, das dem Gebot, der Windenergie substantiell Rechnung zu tragen, gerecht werde. Zum anderen sei das Konzept in sich widersprüchlich (UA S. 19).

- 7 Die Antragsgegnerin greift jede Begründung mit einem Grund für die Zulassung der Revision an. Soweit sie sich gegen die vorinstanzliche Bewertung des planerischen Gesamtkonzepts als widersprüchlich und deshalb unschlüssig wendet, dringt sie jedoch nicht durch. Schon aus diesem Grund muss ihre Beschwerde ohne Erfolg bleiben.

- 8 Nach der Rechtsprechung des Senats vermag die Darstellung einer Konzentrationszone die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur auszulösen, wenn ihr ein schlüssiges Plankonzept zugrunde liegt, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt (Urteil vom 17. Dezember 2002 a.a.O. S. 298; Urteil vom 13. März 2003 - BVerwG 4 C 3.02 - NVwZ 2003, 1261). Die gemeindliche Entscheidung muss nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen wird, sondern auch deutlich machen, welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten. Das Normenkontrollgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Ausarbeitung eines Planungskonzepts auf der Ebene des Abwägungsvorgangs angesiedelt ist. Sie vollzieht sich abschnittsweise. Im ersten Abschnitt sind diejenigen Bereiche als „Tabuzonen“ zu ermitteln, die sich für die Nutzung der Windenergie nicht eignen. Die Tabuzonen lassen sich in zwei Kategorien einteilen, nämlich in Zonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlich und/oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen sind („harte“ Tabuzonen) und in Zonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen zwar tatsächlich und rechtlich möglich sind, in denen nach den städtebaulichen Vorstellungen, die die Gemeinde anhand eigener Kriterien entwickeln darf, aber keine Windenergieanlagen aufgestellt werden sollen. Nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen bleiben sog. Potenzialflächen übrig, die für die Darstellung von Konzentrationszonen in Betracht kommen. Sie sind in einem weiteren Arbeitsschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d.h. die

öffentlichen Belange, die gegen die Ausweisung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht wird (OVG Koblenz, Urteil vom 26. November 2003 - 8 A 10814/03 - ZNER 2004, 82 <83>). Als Ergebnis der Abwägung muss der Windenergie in substantieller Weise Raum geschaffen werden. Mit einer bloßen „Feigenblatt“-Planung, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinausläuft, darf es nicht sein Bewenden haben (Urteil vom 17. Dezember 2002 - BVerwG 4 C 15.01 - a.a.O. <295>). Erkennt die Gemeinde, dass der Windenergie nicht ausreichend substantiell Raum geschaffen wird, muss sie ihr Auswahlkonzept nochmals überprüfen und gegebenenfalls ändern (Urteil vom 24. Januar 2008 - BVerwG 4 CN 2.07 - NVwZ 2008, 559 <560> Rn. 15).

- 9 Das Normenkontrollgericht hält das Planungskonzept der Antragsgegnerin für in sich widersprüchlich und deshalb unschlüssig, weil die gewählte Konzentrationszone K 2 unter Zurückstellung verschiedener Belange, insbesondere Arten- und Biotopschutzbelangen, dargestellt worden sei, obgleich diese Belange für andere Bereiche gleichwohl aufrecht erhalten worden seien (UA S. 25). Es übernimmt die Kritik der Antragstellerin (im Schriftsatz vom 12. August 2008, S. 32 = BA I Bl. 62), dass die Antragstellerin (nach Anlegung eines zweiten Rasters) Bereiche aus dem Kreis der Potenzialflächen ausgesondert hat, die sich insbesondere hinsichtlich der Arten- und Biotopschutzbelange nicht von der als Konzentrationszone dargestellten Zone K 2 unterscheiden. Hierauf reagiert die Antragsgegnerin mit der als grundsätzlich klärungsbedürftig bezeichneten Frage, ob es mit einem schlüssigen Planungskonzept im Sinne des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Dezember 2002 - BVerwG 4 C 15.01 - (a.a.O.) vereinbar ist, wenn bestimmte „weiche“ Restriktionskriterien mit dem Ziel der Darstellung von Konzentrationsflächen nur für diese zurückgestellt, im Übrigen jedoch, also generell, im Rahmen des Planungskonzepts beibehalten werden (Beschwerdebegründung S. 26).
- 10 Die Frage lässt sich verneinend beantworten, ohne dass es der Durchführung eines Revisionsverfahrens bedarf. Die Antragsgegnerin hat im Ausgangspunkt

richtig erkannt, dass es den Gemeinden gestattet ist, die „weichen“ Tabuzonen nach eigenen städtebaulichen Kriterien zu ermitteln. Ihr Umgriff beeinflusst den Umgriff der Potenzialflächen, da diese aus der Subtraktion der („harten“ und „weichen“) Tabuflächen von der Gesamtheit der gemeindlichen Außenbereichsflächen resultieren. Anhand der vorgegebenen Tabukriterien lässt sich ein Raster bilden, das, über das Gemeindegebiet gelegt, die Potenzialflächen herausfiltert. Es kann seine Aufgabe, die Potenzialflächen in ihrem Bestand zu erfassen, freilich nur erfüllen, wenn die Tabukriterien abstrakt definiert und einheitlich angelegt werden. Für eine differenzierte „ortsbezogene“ Anwendung der Restriktionskriterien, der die Antragsgegnerin das Wort redet, ist bei der Ermittlung der Potenzialflächen kein Raum. Die Betrachtung der konkreten örtlichen Verhältnisse erfolgt erst auf der nächsten Stufe, nämlich wenn es darum geht, für die jeweilige Potenzialfläche im Wege der Abwägung zu entscheiden, ob sich auf ihr die Windenergie oder eine andere Nutzung durchsetzen soll. Die Antragsgegnerin beachtet diese Stufenfolge nicht.

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

Prof. Dr. Rubel

Dr. Gatz

Petz