



zur Verfügung gestellt von  
**Dr. Reip & Köhler**  
Rechtsanwälte für Recht der  
Erneuerbaren Energien  
[www.NewEnergy-Law.de](http://www.NewEnergy-Law.de)

# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

BVerwG 4 C 6.09  
VGH 2 BV 07.2226

Verkündet  
am 1. Juli 2010  
Thiele  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juli 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Rubel, die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Gatz und Dr. Jannasch sowie die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Dr. Philipp und Dr. Bumke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 14. August 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger erstrebt die Erteilung eines Bauvorbescheids für die Errichtung einer Windenergieanlage.

2 Das Landratsamt lehnte den Antrag des Klägers mit Bescheid vom 23. Juni 2004 ab. Zur Begründung führte es aus, der vorgesehene Standort liege außerhalb der im Regionalplan Oberfranken-Ost für die Nutzung der Windenergie vorgesehenen Vorbehalts- und Vorranggebiete.

3 Der am 20. Oktober 1997 von der Verbandsversammlung des Beigeladenen beschlossene und mit Bescheid der Regierung von Oberfranken vom 25. März 1999 für verbindlich erklärte Regionalplan Oberfranken-Ost enthält hierzu unter B X Nr. 5.2 folgende Festlegungen:

Windenergieanlagen sollen innerhalb der Region in Vorrang- und Vorbehaltsgebieten errichtet werden ...  
In den Vorranggebieten soll der Nutzung der Windenergie Vorrang vor anderen Nutzungen eingeräumt werden.  
In den Vorbehaltsgebieten kommt der Nutzung der Windenergie ein besonderes Gewicht zu.  
In den übrigen Gebieten in der Region Oberfranken-Ost sind überörtlich raumbedeutsame Vorhaben zur Windenergienutzung i.d.R. ausgeschlossen.

4 Darüber hinaus begründete das Landratsamt seine Ablehnung mit einer im Hinblick auf die Größe und den exponierten Standort des geplanten Vorhabens zu erwartenden Verunstaltung des Landschaftsbilds und einer Gefährdung bedrohter Tierarten.

5 Das Verwaltungsgericht verpflichtete den Beklagten zur Erteilung des beantragten Vorbescheids. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Berufung des beklagten Freistaats mit Urteil vom 14. August 2008 (ZNER 2008, 267 = BayVBI 2009, 46) zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Die Festlegungen unter B X Nr. 5.2 des Regionalplans Oberfranken-Ost stünden dem Vorhaben des Klägers nicht entgegen. Die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB normierte Ausschlusswirkung komme diesen Festlegungen nicht zu. Die Festlegung von Konzentrationsflächen bedürfe einer raumordnungsrechtlichen Ermächtigung. Die bodenrechtliche Vorschrift des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vermöge diese nicht zu ersetzen. Das zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die dritte Fortschreibung des Regionalplans geltende Landespla-

nungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. September 1997 habe keine Handhabe geboten, mittels eines Regionalplans Ziele mit der Konzentrationswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB festzulegen. Hierfür habe es an dem gesetzgeberischen Willen gefehlt, Zielen der Raumordnung die Bodennutzung betreffende, gegenüber Jedermann verbindliche Wirkung beizumessen. Vielmehr hätten Ziele der Raumordnung zum damaligen Zeitpunkt nur die untergeordneten kommunalen Planungsträger gebunden. Auch auf das Landesplanungsgesetz 2005 könne die Ausschlusswirkung nicht gestützt werden, denn der bayerische Gesetzgeber habe ausdrücklich auf die Umsetzung des Instruments des Eignungsgebietes verzichtet. Somit sei der bayerischen Regionalplanung die Festlegung von Eignungsgebieten ebenso verwehrt wie die Festlegung von Vorranggebieten, denen gleichzeitig die Wirkung von Eignungsgebieten zukomme. Sonstige öffentliche Belange stünden dem klägerischen Vorhaben nicht entgegen.

- 7 Der Beklagte hat die vom Senat zugelassene Revision eingelegt. Er ist der Auffassung, bereits die bundesrechtlich eingeräumte allgemeine Zielfindungsfreiheit ermögliche es den Trägern der Regionalplanung, Festlegungen mit Ausschlusswirkung zu treffen. Die Entscheidung des bayerischen Gesetzgebers, im Bayerischen Landesplanungsgesetz 2005 Eignungsgebiete nicht vorzusehen, stehe dem nicht entgegen.
- 8 Der Kläger tritt der Revision entgegen und hebt hervor, bei der vorliegenden Planung handele es sich um eine unzulässige Verhinderungsplanung.
- 9 Der Vertreter des Bundesinteresses führt aus, entscheidende Voraussetzung für Ziele der Raumordnung sei, dass eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt sei und damit eine Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verbunden sein solle; § 7 Abs. 4 ROG 1998 habe keine Einengung der Umsetzung der Steuerungsmöglichkeiten im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB angestrebt.

II

- 10 Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Das Berufungsurteil beruht auf der Verletzung von Bundesrecht.
- 11 1. Richtig ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt der Vorinstanz. Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, dass von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB - hiernach stehen öffentliche Belange einem Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 2 bis 5 auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist - nur Gebrauch gemacht werden könne, wenn sich die Konzentrationsentscheidung des Trägers der Raumordnungsplanung auf eine landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage zurückführen lasse. Das trifft zu (vgl. Urteil vom 13. März 2003 - BVerwG 4 C 4.02 - BVerwGE 118, 33 <38>). § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vermag die erforderliche raumordnungsrechtliche Ermächtigung zur Festlegung von Konzentrationsflächen nicht zu ersetzen. Der Gesetzgeber des Baugesetzbuchs knüpft an die Ziele der Raumordnung in der Vorschrift ebenso wie in § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB oder § 1 Abs. 4 BauGB bestimmte Rechtsfolgen, regelt aber nicht die rechtlichen Voraussetzungen für die Aufstellung der Ziele. Diese Regelung überlässt er dem Landesgesetzgeber. Bundesrecht, insbesondere das Bundesraumordnungsrecht, enthielt und enthält keine Rechtsgrundlage, die es den Trägern der Regionalplanung unmittelbar und ohne Rückgriff auf das Landesrecht erlaubt, bestimmte Arten von Festlegungen zu treffen. Entgegen der Auffassung des Beklagten vermittelt die allgemeine Zielfindungsfreiheit, die er der Regelung in § 3 Nr. 2 ROG 1998 entnimmt, keine Ermächtigung zur Aufstellung von Zielen der Raumordnung. § 3 Nr. 2 ROG 1998 beschränkt sich - in Übereinstimmung mit der auch zuvor maßgeblichen Rechtslage - darauf, den Begriff der Ziele der Raumordnung zu definieren und damit Ziele von Grundsätzen und sonstigen Erfordernissen der Raumordnung abzugrenzen.
- 12 2. Nicht im Einklang mit Bundesrecht stehen dagegen die Gründe, die den Verwaltungsgerichtshof haben annehmen lassen, das bayerische Landesrecht ermögliche nicht die Festlegung von Zielen in Regionalplänen mit Ausschluss-

wirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Das gilt sowohl für die Darstellung der Rechtslage zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Änderung des Regionalplans des Beigeladenen (Oktober 1997) als auch für die Ausführungen zur Rechtslage nach dem Inkrafttreten des ROG 1998 und des daraufhin ergangenen Bayerischen Landesplanungsgesetzes 2005.

- 13 a) Der Verwaltungsgerichtshof ist der Auffassung, dass das Ziel B X Nr. 5.2 des Regionalplans zum Zeitpunkt der Beschlussfassung am 20. Oktober 1997 nicht geeignet gewesen sei, die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB normierte Ausschlusswirkung herbeizuführen. Zur Begründung hat er darauf abgestellt, dass es seinerzeit in Bayern an dem gesetzgeberischen Willen gefehlt habe, Zielen der Raumordnung den Bedeutungszuwachs beizumessen, der ihnen wegen der auch gegenüber privaten Dritten durchschlagenden Gestaltung der Bodennutzung nunmehr habe zukommen können. Regionalpläne hätten keine Verbindlichkeit für oder gegen Jedermann entfalten können und wollen und keine unmittelbaren, die Bodennutzung betreffenden Festlegungen enthalten (UA Rn. 14). Das wird der zum 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Regelung des § 35 Abs. 3 Satz 3 (damals Satz 4) BauGB nicht gerecht.
- 14 Die Vorschrift stellt die Errichtung der darin genannten Anlagen im gemeindlichen Außenbereich unter einen Planungsvorbehalt, der sich an die Gemeinden als Träger der Flächennutzungsplanung und an die Träger der Raumordnungsplanung, insbesondere der Regionalplanung, richtet. Der Planungsvorbehalt setzt gebietsbezogene Festlegungen des Plangebers über die Konzentration von Anlagen an bestimmten Standorten voraus, mit denen zugleich ein Ausschluss der Anlagen an anderer Stelle im Plangebiet verbunden sein soll. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verleiht derartigen Festlegungen rechtliche Außenwirkung gegenüber dem Bauantragsteller mit der Folge, dass Vorhaben außerhalb der Konzentrationszonen in der Regel unzulässig sind (Urteil vom 13. März 2003 - BVerwG 4 C 4.02 - a.a.O. S. 36 f.). Die Bestimmung stellt die Außenwirkung selbst her und macht deren Eintritt nicht davon abhängig, dass die Ziele bereits kraft Landesrechts Wirkungen auch gegenüber Privaten entfalten, sich also nicht nur an Gemeinden und andere Planungsträger richten. Das Urteil des Senats vom 13. März 2003 - BVerwG 4 C 4.02 - (a.a.O.) besagt nichts Gegenteili-

ges. Soweit darin eine landesgesetzliche Ermächtigungsgrundlage verlangt wird, die erkennen lässt, dass der Landesgesetzgeber auch Konzentrationsentscheidungen im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hat zulassen wollen (Urteil vom 13. März 2003 - BVerwG 4 C 4.02 - a.a.O. S. 38), wird damit nicht der vom Verwaltungsgerichtshof für notwendig gehaltenen Entscheidung des Landesgesetzgebers das Wort geredet, Zielen der Raumordnung Verbindlichkeit auch gegenüber Privaten beizumessen. Erforderlich ist nur, dass sich aus dem Landesplanungsrecht hinreichend bestimmen lässt, der Landesgesetzgeber habe den Träger der Regionalplanung ermächtigen wollen, durch eine Konzentrationsflächenplanung die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeizuführen.

- 15 b) Der Verwaltungsgerichtshof gelangt zu dem Ergebnis, dass auch der Beschluss des Beigeladenen, mit dem dieser nach Inkrafttreten der Neufassung des Bayerischen Landesplanungsgesetzes zum 1. Januar 2005 das Ziel B X Nr. 5.2 bestätigt habe, dem Vorhaben des Klägers nicht entgegengesetzt werden könne. Nach dem Inkrafttreten des ROG 1998 lasse sich die vom Beigeladenen beabsichtigte Konzentrationswirkung generell nicht erreichen. Das Bayerische Landesplanungsgesetz n.F. ermächtige den Träger der Regionalplanung nicht zur Ausweisung von Eignungsgebieten im Sinne des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG 1998 oder Gebieten im Sinne von § 7 Abs. 4 Satz 2 ROG 1998 (Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten). Nur mit Hilfe dieser Gebietskategorien könne aber die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden (UA Rn. 17 f.). Diese Aussage ist mit Bundesrecht ebenfalls nicht vereinbar.
- 16 Die Festlegung von Zielen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB setzt nicht voraus, dass der Landesgesetzgeber Eignungsgebiete im Sinne von § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG 1998 (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 ROG 2008) oder Gebiete im Sinne von § 7 Abs. 4 Satz 2 ROG 1998 (§ 8 Abs. 7 Satz 2 ROG 2008) vorsieht. Das ROG 1998 hat es dem Landesrecht überlassen zu regeln, ob die Träger der Regionalplanung von bestimmten Befugnissen zur Festlegung von Zielen der Raumordnung Gebrauch machen können. Mit § 7 Abs. 4 ROG 1998 hat der Gesetzgeber die zulässigen Gebietskategorien nicht abschließend festgelegt.

Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift, wonach die Festlegungen auch Gebiete der im Anschluss umschriebenen Art bezeichnen *können*. Sinn und Zweck der Regelung bestätigen dies. Mit ihr sollten, worauf auch der Beklagte zu Recht hinweist, vor dem Hintergrund der bereits vorhandenen Regelungen in den Ländern die genannten Gebietskategorien einheitlich definiert werden (Dallhammer, in: Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz, Raumordnung in Bund und Ländern, § 7 Rn. 124; Spannowsky, in: Bielenburg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Band 2, K § 7 Rn. 101). Den Ländern sollte dagegen nicht die Befugnis entzogen werden, weitere Gebietskategorien zu entwickeln. Der Bundesgesetzgeber war sich während des Gesetzgebungsverfahrens bewusst, dass zahlreiche Länder - so auch Bayern - beabsichtigten, die Kategorie des Eignungsgebiets nicht zu übernehmen (Dallhammer a.a.O. Rn. 123). Es spricht nichts dafür, dass er diesen Ländern verbieten wollte, mit anderen landesgesetzlichen Instrumenten eine Ausschlusswirkung zu erzielen.

- 17 3. Das Berufungsurteil beruht auf der aufgezeigten Verletzung von Bundesrecht, weil die Möglichkeit besteht, dass der Verwaltungsgerichtshof dem Landesrecht bei zutreffender Auslegung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Ermächtigung entnommen hätte, durch Regionalpläne Ziele im Sinne dieser Vorschrift festzulegen. Gleichwohl wäre die Revision zurückzuweisen, wenn sich das Berufungsurteil aus anderen Gründen als richtig darstellte (§ 144 Abs. 4 VwGO). Eine Bestätigung des Urteils als im Ergebnis zutreffend ist dem Senat indes nicht möglich. Der Verwaltungsgerichtshof hat nicht abschließend geprüft, ob die Änderung des Regionalplans dem Abwägungsgebot entspricht, sondern sich darauf beschränkt, erhebliche Bedenken zu äußern (UA Rn. 19). Dem Senat ist eine Festlegung verwehrt. Zwar sind die Anforderungen, die das Abwägungsgebot an eine wirksame Konzentrationsflächenplanung stellt, in der Rechtsprechung geklärt (Urteile vom 17. Dezember 2002 - BVerwG 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287, vom 13. März 2003 - BVerwG 4 C 4.02 - a.a.O. und - BVerwG 4 C 3.02 - BRS 66 Nr. 11, vom 21. Oktober 2004 - BVerwG 4 C 2.04 - BVerwGE 122, 109 <111> und vom 24. Januar 2008 - BVerwG 4 CN 2.07 - NVwZ 2008, 559) und enthält das Berufungsurteil auch tatsächliche Feststellungen, die für die Beurteilung, ob der Beigeladene der Windenergie sub-

stanzuell Raum verschafft hat, eine Rolle spielen können (UA Rn. 20). Die Gesamtwürdigung der konkreten Verhältnisse im Planungsraum ist aber eine tatrichterliche und keine revisionsgerichtliche Aufgabe.

- 18 4. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Es obliegt dem Verwaltungsgerichtshof, unter Beachtung der Vorgaben des Senats erneut zu prüfen, ob das Bayerische Landesplanungsgesetz alter oder neuer Fassung die Regionalplanung ermächtigt, Konzentrationsentscheidungen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu treffen, und - falls entscheidungserheblich - dazu Stellung zu beziehen, ob die Konzentrationsflächenplanung des Beigeladenen dem Abwägungsgebot gerecht wird. Zu diesem Zweck ist die Sache gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO an den Verwaltungsgerichtshof zurückzuverweisen.
- 19 Falls es für seine Entscheidung auf die Rechtslage nach Erlass des Bayerischen Landesplanungsgesetzes 2005 ankommt, wird er sich mit der Frage zu befassen haben, ob Art. 11 Abs. 2 BayLplG neben der Bezeichnung von Vorranggebieten (dort Satz 1 Nr. 1) auch deren Koppelung mit einer Ausschlusswirkung (dort Satz 1 Nr. 3) ermöglicht (bejahend VGH München, Urteil vom 24. September 2007 - 14 B 05.2149 -). Sollte er auf das Landesplanungsgesetz vom 16. September 1997 zurückgreifen müssen, mag als nicht fernliegend erscheinen, dass die Befugnisse, die nunmehr Art. 11 Abs. 2 BayLplG n.F. vorsieht, auch schon vorher bestanden haben.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Gatz

Dr. Jannasch

Dr. Philipp

Dr. Bumke

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren gemäß § 47 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG auf 30 000 € festgesetzt.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Gatz

Dr. Jannasch

Dr. Philipp

Dr. Bumke

Sachgebiet: BVerwGE: ja  
Bauplanungsrecht Fachpresse: ja  
Raumordnungsrecht

Rechtsquellen:

BauGB § 35 Abs. 3 Satz 3  
ROG 1998 § 7 Abs. 4; § 3 Nr. 2  
ROG 2008 § 8 Abs. 7

Stichworte:

Windenergieanlage; Ausschlusswirkung; Vorranggebiet; Vorbehaltsgebiet; Eignungsgebiet.

Leitsatz:

Die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorgesehene Rechtswirkung - Entgegenstehen öffentlicher Belange im Regelfall - tritt ein, wenn die genannte Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist und mit der Ausschlusswirkung verbunden werden soll. Dabei ist es unerheblich, ob Zielen der Raumordnung im Übrigen bereits unmittelbare Wirkungen gegen Jedermann zukommen sollen oder ob diese Wirkung nur gegenüber Gemeinden und anderen Planungsträgern eintritt.

Die Festlegung von Zielen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB setzt nicht voraus, dass der Landesgesetzgeber Eignungsgebiete im Sinne von § 7 Abs. 4 ROG 1998 (§ 8 Abs. 7 ROG 2008) vorsieht.

Urteil des 4. Senats vom 1. Juli 2010 - BVerwG 4 C 6.09

I. VG Bayreuth vom 24.04.2007 - Az.: VG B 2 K 04.1200 -  
II. VGH München vom 14.08.2008 - Az.: VGH 2 BV 07.2226 -