

OVG Saarlouis Urteil vom 21.2.2008, 2 R 11/06

Zulässigkeit von Windkraftanlagen im Außenbereich

Leitsätze

1. Die Bauvoranfrage soll dem Bauherrn gerade die Möglichkeit einräumen, vorab möglichst kostengünstig, das heißt vor Erstellung zum Teil kostspieliger Unterlagen, eine gemäß (§ 76 Abs. 1 Satz 3 LBO 1996) für die Dauer von drei Jahren verbindliche Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde über die Frage der grundsätzlichen Realisierbarkeit seines Vorhabens einzuholen.

2. Der § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 2004 findet nur auf raumbedeutsame Anlagen Anwendung, auch wenn die Vorschrift selbst, anders als Satz 2 der Bestimmung nicht ausdrücklich von raumbedeutsamen Vorhaben spricht. Das Erfordernis der Raumbedeutsamkeit ergibt sich aus dem Umstand, dass sich nur auf solche Vorhaben die Kompetenz zur Raum- und Landesplanung bezieht (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 2 SLPG 2002).

3. Zur näheren Bestimmung des Begriffs „raumbedeutsam“ kann auf die Definition in § 3 Nr. 6 ROG zurückgegriffen werden. Danach sind solche Vorhaben als raumbedeutsam zu qualifizieren, die „Raum in Anspruch nehmen“ oder durch die die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebiets beeinflusst werden. Das ist bei Windkraftanlagen im Einzelfall zu beurteilen.

4. Für die Aktivierung des Planungsvorbehalts des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB durch die Landesplanung bedarf es einer speziellen raumordnungsrechtlichen Ermächtigung für die Festlegung von Konzentrationsbereichen durch den Gesetzgeber, die sich der Vorschrift selbst nicht entnehmen lässt.

5. Die Ermächtigung zur (Raum-)Planung umfasst als zentrales Element die Einräumung einer planerischen Gestaltungsfreiheit. Sie erstreckt sich auf alle für die Planung relevanten Gesichtspunkte zur bestmöglichen Verwirklichung der gesetzlich vorgegebenen Planungsaufgabe sowie zur Bewältigung der aufgeworfenen Probleme und Interessenkonflikte, unterliegt jedoch – wie jede staatliche Planung – den rechtsstaatlichen Bindungen des Abwägungsgebots und ist hinsichtlich dessen Beachtung auch gerichtlicher Kontrolle zugänglich.

6. Speziell mit Blick auf den sich aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ergebenden Planungsvorbehalt beziehungsweise die dadurch (auch für die Gemeinden) eröffneten Steuerungsmöglichkeiten für nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im gemeindlichen Außenbereich privilegierte, nach den Maßstäben des § 3 Nr. 6 ROG raumbedeutsame Windkraftanlagen

lässt sich wegen der wechselseitigen Verknüpfung der positiven und der negativen Komponente einer Festlegung von entsprechenden Konzentrationszonen der (regelmäßige) Ausschluss von Windkraftanlagen auf (anderen) Teilen des Plangebiets nur rechtfertigen, wenn der Plan sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen und insbesondere natur- und artenschutzrechtlichen Belangen auch durchsetzen. Dem Plan muss daher ein „schlüssiges gesamträumliches Konzept“ zugrunde liegen, das den erwähnten allgemeinen Anforderungen des Abwägungsgebots genügt.

7. Eine Verlagerung von Konflikten im Rahmen der bauleitplanerischen Abwägung auf spätere Prüfungen und nachfolgende selbständige Verfahren ist dem Planer mit Blick auf das geltende Gebot einer Konfliktbewältigung durch die Planung nur dann erlaubt, wenn eventuelle Hindernisse für die Umsetzung der Planung grundsätzlich ausräumbar erscheinen.

8. Offensichtlich im Sinne des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB ist ein Mangel in der Abwägung, wenn er sich aus den Materialien des Planaufstellungsverfahrens ergibt und die „äußere“ Seite der Abwägung betrifft, das heißt auf objektiv fassbaren Sachumständen beruht.

9. Die in § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB 1998 darüber hinaus geforderte Ergebnisrelevanz des Abwägungsfehlers ist gegeben, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, dass die planende Stelle eine andere Entscheidung getroffen hätte, wobei in dem Zusammenhang die lediglich abstrakte Möglichkeit einer anderen Entscheidung im Ergebnis nicht genügt.

Tenor

Unter Abänderung des auf die mündliche Verhandlung vom 30.8.2006 ergangenen Urteils des Verwaltungsgerichts des Saarlandes – 5 K 106/04 – werden der Bescheid des Beklagten vom 13.10.2003 und der Widerspruchsbescheid vom 19.3.2004 aufgehoben und der Beklagte verpflichtet, dem Kläger einen positiven Bauvorbescheid zu der Frage des Nichtvorliegens einer Sperrwirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage Typ Vensys 62, Nabenhöhe 69 m, Rotordurchmesser 62 m, Gesamthöhe 100 m, auf dem Flurstück Nr. 26 in Flur 27 der Gemarkung D. zu erteilen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Beklagte und die Beigeladenen ihre eigenen außergerichtlichen Kosten selbst. Im Übrigen tragen die Beigeladenen jeweils ein Drittel der Kosten des Berufungsverfahrens und der Beklagte den Rest.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger begehrt die Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung eines positiven Bauvorbescheids für den von ihm geplanten Bau einer Windkraftanlage im Ortsteil D der Beigeladenen zu 1).

Im Juli 2003 reichte der Kläger bei dem Beklagten eine Bauvoranfrage für die „Errichtung einer Windkraftanlage“ auf der Parzelle 26 in Flur 27 der Gemarkung D ein. Nach den beigefügten Unterlagen soll auf dem nördlich von D auf einer Anhöhe mit der Bezeichnung „Großer E“ gelegenen Außenbereichsgrundstück eine Anlage vom Typ „Vensys 62“ mit einer Nabenhöhe von 69 m, einem Rotordurchmesser von 62 m (Gesamthöhe: 100 m) gebaut werden. In dem Antrag ist ausgeführt, es werde um eine Prüfung gebeten, ob „das Vorhaben aus baurechtlicher Sicht zugelassen“ werden könne. In einer „allgemeinen Projektbeschreibung“ heißt es, unzulässige Beeinträchtigungen der Umgebung durch Geräusche und Schattenwurf seien ausgeschlossen. Das werde im nachfolgenden Baugenehmigungsverfahren durch entsprechende Gutachten nachgewiesen. Mit der geplanten Anlage ließen sich aufgrund der guten Windverhältnisse an dem Standort pro Jahr umweltfreundlich 2,2 Millionen kWh Strom erzeugen und damit etwa 800 Vier-Personen-Haushalte versorgen.

In einer negativen Stellungnahme des Ministeriums für Umwelt als Landesplanungsbehörde vom 6.8.2003 heißt es, das Vorhaben stehe mit Blick auf die Ausschlusswirkung der Festlegung von Vorranggebieten für Windenergie den Zielfestlegungen des Landesentwicklungsplans Umwelt in der Fassung des Jahres 1999 entgegen und sei daher unzulässig. Seitens des Funktionsvorgängers des Beigeladenen zu 2), der zunächst auf einen ca. 350 m entfernten landwirtschaftlichen Betrieb mit Wohnhaus verwiesen und die Erstellung einer schalltechnischen Prognose hinsichtlich der zu erwartenden Lärmimmissionen für diese Anlage sowie für bestimmte Wohnhäuser im Ortsteil H der Beigeladenen zu 1) zur abschließenden Beurteilung für notwendig gehalten hatte, (vgl. das unmittelbar an den Kläger adressierte Schreiben des damaligen Landesamtes für Verbraucher-, Gesundheits- und Arbeitsschutz (Abteilung Immissionsschutz) vom 12.8.2003, Abschrift Blatt 49 der Bauakte) wurde dem Vorhaben schließlich nach Vorlage ergänzender Unterlagen durch den Kläger unter dem 3.9.2003 grundsätzlich zugestimmt. In der ablehnenden Äußerung der Unteren Naturschutzbehörde des Beklagten vom 2.9.2003 wurden keine naturschutzrechtlichen Einwände erhoben, indes auf die Planungen zur Darstellung von Vorranggebieten für die Windkraftnutzung im Rahmen der damals in Aufstellung befindlichen Neufassung des Teilplans Umwelt des Landesentwicklungsplans (LEP) hingewiesen.

Die Beigeladene zu 1) verweigerte mit Schreiben vom 12.9.2003 ihr Einvernehmen unter Hinweis auf „erhebliche Bedenken“ im Hinblick auf die landesplanerischen Vorgaben. Diese würden auch durch ein inzwischen unter dem 11.9.2003 von ihrem Gemeinderat verabschiedetes „Standortkonzept für Windenergieanlagen“ bestätigt. Der Rat habe beschlossen, lediglich die Fläche „AmKberg“ als Vorrangfläche im Flächennutzungsplan als Konzentrationszone für Windkraftanlagen darzustellen.

Mit negativem Vorbescheid vom 13.10.2003 teilte der Beklagte dem Kläger mit, dass eine Baugenehmigung wegen der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens und seine Bindung an diese Entscheidung nicht in Aussicht gestellt werden könne. Ergänzend wurde auf die negativen Stellungnahmen des Ministeriums für Umwelt und der Unteren Naturschutzbehörde hingewiesen.

Der Bescheid wurde dem Kläger am 23.10.2003 zugestellt. Den mit Eingang am 12.11.2003 erhobenen Widerspruch wies der Kreisrechtsausschuss durch auf die mündliche Verhandlung vom 19.3.2004 ergangenen Widerspruchsbescheid unter Hinweis auf die auch insoweit bestehende Bindungswirkung an die negative Stellungnahme der Beigeladenen zu 1) zurück.

Der Widerspruchsbescheid wurde am 16.4.2004 als Einschreiben an den Kläger versandt. Am 14.5.2004 hat dieser Klage beim Verwaltungsgericht erhoben.

Am 13.7.2004 wurde eine Neufassung des Teilabschnitts Umwelt des Landesentwicklungsplans (LEP Umwelt 2004) vom Ministerrat des Saarlandes beschlossen und unter dem 16.7.2004 in seinen textlichen Festlegungen („Teil A“) vom Minister für Umwelt im Amtsblatt des Saarlandes bekannt gemacht. (vgl. dazu das Amtsblatt vom 29.7.2004, Seiten 1574 ff.) Danach verfolgt der LEP Umwelt 2004 unter anderem das Ziel, im Planungszeitraum von 10 Jahren (§ 2 Abs. 3 SLPG 2002) (vgl. Art. 1 des Gesetzes Nr. 1502 zur Neuordnung des Landesplanungsrechts vom 12.6.2002, Amtsblatt Seiten 1506 ff.) Flächen zur Errichtung von Windkraftanlagen zu sichern, um diesen Anteil an erneuerbaren Energien „angemessen zu erhöhen“. (vgl. die Ziffer (13) im Abschnitt 1.4 („Räumliche Leitvorstellungen“)) Zu diesem Zweck werden durch zeichnerische Festlegungen („Teil B“) so genannte Vorranggebiete für Windenergie („VE“) festgelegt, die - für alle öffentlichen Planungsträger beachtlich - für andere Nutzungen nur insoweit zur Verfügung stehen, als diese die Zielsetzung nicht beeinträchtigen. (vgl. die Ziffer (39) im Abschnitt 2.2 („Vorranggebiete“)) Speziell zu den mit landesbezogener Ausschlusswirkung hinsichtlich sonstiger Standorte verbundenen (vgl. die Ziffern (65) und (69) in Abschnitt 2.2.6) Vorranggebieten für Windenergie heißt es im Abschnitt 2.2.6 (Teil A, textliche Festlegungen), diese sollten eine rationelle Nutzung der Windenergie gewährleisten (vgl. die Ziffer (64) in Abschnitt 2.2.6) und dienten vorrangig der Errichtung aus einem räumlichen Verbund von mindestens drei Windkraftanlagen bestehender Windparks. (vgl. die Ziffer (68) in Abschnitt 2.2.6) Grundlage für die Festlegungen seien unter anderem ein „ausreichender Abstand“ gegenüber Aussiedlerhöfen und Wohngebieten mit Blick auf Lärmimmissionen und Schattenschlag gewesen. Als generelle Ausschlusskriterien seien Vorranggebiete für Gewerbe, Industrie und Dienstleistungen (VG), für Naturschutz (VN) und für Freiraumschutz (VFS) und bewaldete Flächen sowie nach Gutachtenlage avifaunistisch wertvolle Gebiete festgelegt worden. Topographisch ungeeignete Bereiche und Flächen in der Nähe von Segelflugplätzen und sonstigen Landeplätzen seien ebenfalls ausgeschlossen worden. Unter Beachtung dieser Kriterien seien ferner teilweise entsprechend dem Vorschlag der Gemeinden bereits realisierte oder sonstige geeignete Gebiete in den Plan aufgenommen worden. (vgl. zu den Grundlagen der Festlegung allgemein die Ziffer (67) in Abschnitt 2.2.6) Für das Gebiet der Beigeladenen zu 1) wurde entsprechend deren Vorschlag lediglich eine Konzentrationszone im Bereich des „Kbergs“ festgelegt.

In der Sitzung am 9.12.2004 beschloss der Gemeinderat der Beigeladenen zu 1) eine Teilfortschreibung „Windenergie“ ihres Flächennutzungsplans. Diese wurde am 11.3.2005 vom Ministerium für Umwelt genehmigt und am 8.4.2005 amtlich bekannt gemacht. Darin heißt es, die Teilfortschreibung diene einer Steuerung der Errichtung von Windkraftanlagen im gesamten Gemeindegebiet durch die Ausweisung von Konzentrationszonen. Deren Darstellung solle insbesondere dazu führen, dass konfliktreiche Standorte wie Bereiche mit Naturschutz, Fremdenverkehr, Nachbarschutz und dergleichen ausgeschlossen und dass konfliktarme Standorte für Konzentrationszonen favorisiert werden könnten. Der Bekanntmachung war ein Lageplan der Konzentrationszone „AmKberg“ für Windkraftanlagen beigefügt.

Durch am 1.7.2005 in Kraft getretenes Bundesgesetz zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien (vgl. das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2003/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2003 zur Änderung der Richtlinie 96/82/EG des Rates zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen vom 25.6.2005, BGBl. I, Seiten 1865 ff.) und entsprechende Änderung

der 4. BImSchV (vgl. die Änderungsverordnung vom 20.6.2005, BGBl. I, Seite 1687) wurde schließlich die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit von Windkraftanlagen auf Einzelanlagen ab einer Gesamthöhe von mehr als 50 m ausgeweitet. Im Anschluss hieran hat das Verwaltungsgericht den Beigeladenen zu 2) als für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zuständige Behörde beigeladen.

Zur Begründung seiner des ungeachtet weiter verfolgten Klage hat der Kläger geltend gemacht, nach dem einschlägigen Übergangsrecht sei im vorliegenden Fall weiter von einer Zuständigkeit des Beklagten für die Erteilung des begehrten Bauvorbescheides auszugehen. Der LEP Umwelt 2004 sei bezüglich der Festlegung von Vorranggebieten für die Nutzung der Windenergie „nicht ausgereift“ und abwägungsfehlerhaft. Er rechtfertige deswegen keinen Ausschluss von Windkraftanlagen an anderer Stelle, speziell an dem hier ins Auge gefassten, wegen seines „rauen Windes“ für die Windkraftnutzung besonders geeigneten, bei den Voruntersuchungen der Beigeladenen zu 1) allerdings ohne sachlichen Grund ausgeschiedenen Standort. Auch der Flächennutzungsplan der Beigeladenen zu 1) könne seinem Vorhaben nicht entgegengehalten werden.“ Schon die Lage der in der Teilfortschreibung „Windenergie“ dargestellten Konzentrationszone „AmKberg“ am nördlichen Rand des Gemeindegebiets zwischen zwei Naturschutzgebieten unmittelbar angrenzend an das Waldgebiet F lasse eine „Verhinderungsplanung“ vermuten. Der inzwischen gefasste Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans mit Veränderungssperre deute darauf hin, dass das Genehmigungsverfahren so lange verzögert werden solle, bis an diesem Standort mit seinen eher „bescheidenen“ Windverhältnissen kein Investor mehr Interesse an der Errichtung von Windkraftanlagen habe. An diesem Standort mit einer mittleren Höhenlage von 360 üNN seien Anlagen mit einer Nabenhöhe von mindestens 100 m und einer Gesamthöhe von 150 m notwendig, um dem durch den Wald hervorgerufenen Turbulenzbereich auszuweichen. Selbst bei dieser Baugröße sei eine Wirtschaftlichkeit fraglich. Das zeigten auch die Erfahrungen an dem benachbarten, sogar noch besser geeigneten Standort M. Demgegenüber habe der Gemeinderat der Beigeladenen zu 1) in seiner Sitzung am 12.10.2005 im Rahmen des Bauleitplanverfahrens sogar eine Begrenzung der zulässigen Nabenhöhe auf lediglich 90 m beschlossen.

Der Kläger hat beantragt,

„die Beklagte“ unter Aufhebung des Bescheides vom 13.10.2003 und des Widerspruchsbescheides aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19.3.2004 zu verpflichten, ihm mittels Vorbescheides die Baugenehmigung zur Errichtung einer Windkraftanlage auf dem Vorhabengrundstück in Aussicht zu stellen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat die ergangenen Verwaltungsentscheidungen verteidigt und ergänzend auf die Neufassung des LEP Umwelt 2004 hingewiesen.

Die Beigeladene zu 1) hat keinen Antrag gestellt und auf die Anpassung ihres Flächennutzungsplans an die neuen landesplanerischen Vorgaben verwiesen.

Der Beigeladene zu 2) hat ebenfalls keinen Antrag gestellt. Er hat vorgetragen, dass zumindest die immissionsschutzrechtlichen Voraussetzungen für einen Vorbescheid vorliegen müssten, um die Übergangsvorschriften auf den baurechtlichen Vorbescheid anzuwenden. Davon könne hier, was die genaue Beschreibung der Umgebungswirkungen

anbelange, nicht ausgegangen werden. Deswegen könne sich die Wirkung eines Bauvorbescheids hier nur auf „rein baurechtliche Vorgaben“ beschränken.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit auf die mündliche Verhandlung vom 30.8.2006 ergangenen Urteil abgewiesen. In der Entscheidung ist ausgeführt, der Kläger habe mit Blick auf die hier entsprechend anzuwendende Übergangsbestimmung in § 67 Abs. 9 Satz 3 BImSchG nach wie vor ein Rechtsschutzbedürfnis für die Klage. Ein Anspruch auf Erteilung der Bebauungsgenehmigung bezüglich der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Bauvorhabens stehe dem Kläger allerdings ungeachtet seiner privilegierten Zulässigkeit im Außenbereich nicht zu. Dem Vorhaben stünden die im LEP Umwelt 2004 niedergelegten Ziele der Raumordnung als öffentlicher Belang entgegen. Eine auch nur teilweise Unwirksamkeit des LEP Umwelt 2004 lasse sich nicht feststellen. Ihm liege eine schlüssige gesamträumliche Planungskonzeption zugrunde, die auch ansonsten keine Planungs- und Abwägungsfehler erkennen lasse. Dies gelte insbesondere für die Auswahl der Konzentrationszonen unter dem Aspekt der Windhöflichkeit, für die Berücksichtigung der gemeindlichen Vorstellungen im Vorfeld, für die Einstellung der Belange des Natur- und Vogelschutzes und für die vorgenommene Wahl des erforderlichen Abstands von 1.000 m zu Wohngebieten und Aussiedlerhöfen. Insoweit dürfe der Planer über das Rücksichtnahmegebot hinausgehende Anforderungen stellen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

Das Verwaltungsgericht hat im Urteilstenor die Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassen. Die dem Kläger am 29.9.2006 zugestellte Ausfertigung enthielt die Rechtsmittelbelehrung für einen Antrag auf Zulassung der Berufung. Nachdem dies durch Berichtigungsbeschluss vom 11.10.2006 vom Verwaltungsgericht korrigiert worden war, erfolgte am 24.11.2006 eine erneute Zustellung an den Kläger. Am 13.12.2006 hat dieser Berufung eingelegt.

Er trägt vor, der Anspruch auf Erteilung eines positiven Vorbescheids hinsichtlich der bodenrechtlichen Zulässigkeit seines Vorhabens ergebe sich aus § 35 BauGB. Seine Bauvoranfrage sei dahingehend zu verstehen gewesen, dass ein positiver Bauvorbescheid zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit seines Vorhabens begehrt werde. Die Bauvoranfrage sei auch auf der Grundlage der von ihm eingereichten Unterlagen bescheidungsfähig. Das habe der Beigeladene zu 2) hinsichtlich der zu erwartenden Schallimmissionen und des Schattenwurfs der Anlage seinerzeit mit Schreiben vom 3.9.2003 bestätigt. Im Übrigen müsse er auch nach Erteilung des positiven Bauvorbescheids einen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrag stellen. Bei dessen Behandlung sei die Immissionsschutzbehörde zu einer Beurteilung auf der Grundlage von ihm vorzulegender Schallimmissionsgutachten und einer Schattenwurfprognose verpflichtet, ob die Grenzwerte der TA-Lärm beziehungsweise die Schattenwurfrichtwerte eingehalten seien. Belange des Natur- und Artenschutzes stünden seinem Vorhaben nicht entgegen. Eine Gefährdung von Brutplätzen des Uhus, von denen nach wissenschaftlichen Erkenntnissen ein Abstand von 1 bis 2 km einzuhalten sei, sei nicht zu befürchten. Der entsprechende Vortrag des Beigeladenen zu 2) entspreche nicht den avifaunistischen Gegebenheiten. Nach einem Gutachten des Dipl. Ing für Landschaftsplanung und Landschaftsökologie H. J. vom 9.10.2007 seien im Umfeld der geplanten Anlage auf dem „Großen Eberg“ keine Uhubrutplätze festgestellt worden. Die behauptete Beeinträchtigung eines Brutplatzes des Rotmilans, dessen Schutzwürdigkeit er – der Kläger – „voll akzeptiere“, in etwa 1.100 m Entfernung zum geplanten Standort sei nicht gegeben. Auch insoweit komme das Gutachten zu dem Ergebnis, dass in dem Schutzradius von 2 km keine Nachweise des Rotmilans erbracht werden könnten. Die geplante Windkraftanlage sei weder raumbeanspruchend noch raumbeeinflussend und daher nach der Legaldefinition des

§ 3 Nr. 6 ROG bereits nicht raumbedeutsam. Sie werde schon deswegen nicht von der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfasst. Darüber hinaus sei der LEP Umwelt 2004 rechtswidrig und könne seinem Vorhaben nicht entgegen gehalten werden. Es fehle schon eine hinreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Mit Blick auf die verfassungsrechtlich verankerte Planungshoheit der Gemeinden bedürfe es einer solchen für die Festlegung der Konzentrationsflächen. Die Festlegung von Vorranggebieten im LEP Umwelt 2004 greife zudem in Grundrechtspositionen der potentiellen Anlagenbetreiber ein. In der hier maßgebenden früheren Fassung des Saarländischen Landesplanungsgesetzes (SLPG) aus dem Jahre 1994 sei eine Festlegung von Vorranggebieten mit Eignungsgebietsfunktion nicht vorgesehen gewesen. Der LEP Umwelt 2004 sei auch abwägungsfehlerhaft und damit materiell rechtswidrig. Die mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verbundene Ausschlusswirkung müsse mit „guten Gründen“ gerechtfertigt werden. Dem Plan müsse insbesondere ein schlüssiges gesamträumliches Konzept zugrunde liegen. Das Saarland dürfe nicht versuchen, die Nutzung der Windenergie aus anderweitigen Erwägungen heraus zu reglementieren oder gar gänzlich zu unterbinden. Deswegen sei eine landesweite Standortanalyse zur Eignung von Windenergiestandorten vorzunehmen gewesen. Die im LEP Umwelt 2004 vorgenommene Beschränkung auf Gebiete mit mindestens 10 ha sei nicht sachgerecht. Der Plangeber habe zunächst alle Flächen mit einer ausreichenden Windhöflichkeit in die potentielle Standortbetrachtung einzustellen und erst dann eine Abschichtung anhand entgegenstehender Belange vorzunehmen. Potenziell geeignete Bereiche dürften dann unter sachlichen Aspekten mit nachvollziehbarer Begründung ausgesondert werden. Dies sei seitens der Abteilung C des Umweltministeriums auch bereits mit Schreiben vom 22.3.2004 gerügt worden. Dieses Abwägungsdefizit sei auch beachtlich, zumal die Planerhaltungsvorschrift des § 4 SLPG in der Neufassung auf den Fall noch nicht anwendbar sei. Selbst dann ergäbe sich aber nichts anderes. Auch die vorgenommene Bestimmung der Windhöflichkeit sei fehlerhaft, indem Bereiche unter 250 üNN von vorneherein ausgeschlossen worden seien. Dies sei nicht durch Gutachten belegt und fachlich auch nicht zu begründen. Auf die Notwendigkeit einer landesweiten Untersuchung habe etwa der Landkreistag im Planungsstadium hingewiesen. Ein Repowering bereits vorhandener Standorte, das heißt die Möglichkeit eines Ersetzens älterer durch neuere Anlagen, sei überhaupt nicht in den Blick genommen worden. Von den bisherigen 12 Vorranggebieten des LEP Umwelt 1999 seien 10 gestrichen worden. Außerdem habe es der Landesplanungsträger unterlassen, den seit der Gesetzesänderung zum 1.8.2004 exakt zu errechnenden Referenzertrag nach § 10 Abs. 4 EEG für die auszuweisenden Standorte zur Windenergienutzung zu berücksichtigen. Ohne eine solche Berücksichtigung seien die Standorte wirtschaftlich nicht existenzfähig und daher objektiv nicht nutzbar. Eine Planung dürfe keine wirtschaftlich ungeeigneten Standorte ausweisen, da ansonsten das Grundanliegen des Bundesgesetzgebers in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, für die Windenergie „substantiell Raum zu schaffen“, nicht erfüllbar sei. Dem LEP Umwelt 2004 liege auch kein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept zugrunde, weil bestimmte Bereiche des Planungsraums über abstrakte Ausschlusskriterien von vorneherein unberücksichtigt geblieben seien. Die Aussonderung derartiger Tabubereiche müsse auf gewichtigen öffentlichen Belangen beruhen. Dies sei bei dem undifferenzierten Kriterium eines Abstands von 1.000 m zu Wohnbebauung mit Blick auf Lärmimmissionen und Schattenschlag nicht der Fall. Die Planungsbefugnis zum „vorbeugenden Immissionsschutz“ gelte nicht uneingeschränkt. Die Bemessung der Abstände müsse auf sachgerechten raumplanerischen Erwägungen beruhen und einer unterschiedlichen Schutzwürdigkeit der Gebiete, auch der Wohnnutzungen, Rechnung tragen. Ein pauschaler Ansatz von 1.000 m sei nicht gerechtfertigt und beinhalte eine Verdopplung des im immissionsschutzrechtlichen Einzelgenehmigungsverfahren erforderlichen Abstands. Insbesondere sei der vergleichsweise geringeren Schutzwürdigkeit von Aussiedlerhöfen nicht Rechnung getragen

worden. Soweit die Landesplanung auf eine „höhere Akzeptanz in der Bevölkerung“ verweise, sei das kein sachliches Kriterium. Die Berücksichtigung von Vorranggebieten für Gewerbe, Industrie und Dienstleistungen und solcher für den Freiraumschutz als generelles Ausschlusskriterium sei ebenfalls sachlich nicht gerechtfertigt. Diese Gebiete seien gegenüber Windkraftanlagen in geringerem Maße schutzwürdig. Abwägungsfehlerhaft sei auch die Heranziehung avifaunistisch wertvoller Gebiete auf der Grundlage eines Gutachtens der Vogelschutzwarte für Hessen, Rheinland-Pfalz und das Saarland. Auch das Ausschlusskriterium „Flächen in der Nähe von Segelflugplätzen“ sei viel zu unbestimmt und in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft. Nach neuerer Rechtsprechung hätten auch genehmigte Flug- und Landeplätze gegenüber der Windenergienutzung Einschränkungen hinzunehmen. Selbst die hier nicht maßgeblichen so genannten Bauschutzbereiche nach dem Luftverkehrsrecht, die nur einen Zustimmungsvorbehalt für bauliche Anlagen begründeten, könnten keinen generellen Ausschluss von Windkraftanlagen rechtfertigen. Das Kriterium sei auch völlig willkürlich angewandt worden. Auch die Einzelfallabwägung bezüglich potentieller Vorranggebiete für die Windenergie im LEP Umwelt 2004 sei fehlerhaft. Es seien für die Windenergienutzung ungeeignete Vorranggebiete ausgewiesen worden. Das gelte etwa für das Gebiet „Steinberg“ in Schmelz, das aufgrund der sich schon aus den Akten ergebenden avifaunistischen Konfliktlage nicht geeignet sei, oder für die Festlegung eines Gebietes in der Gemeinde Saarwellingen im Abbaubereich des Steinkohlebergbaus in der Primsmulde mit den zu erwartenden Auswirkungen auf die Tagesoberfläche. Auch die Streichung der Gebietewestlich und südlich von Leitersweiler auf dem Gebiet der Kreisstadt St. Wendel und des Vorranggebiets „Orscholz“ sei ohne eine sachliche Begründung erfolgt. Auch der Flächennutzungsplan der Beigeladenen zu 1) mit seiner Teilfortschreibung Windenergie aus dem Jahre 2005 könne seinem Vorhaben nicht entgegen gehalten werden. Der aufgrund von Abwägungsfehlern rechtswidrigen Darstellung der Konzentrationszone „AmKberg könne keine Ausschlusswirkung zukommen. Das der gemeindlichen Planung zugrunde liegende Standortkonzept könne nicht nachvollzogen werden. Avifaunistische Belange seien in der Abwägung unzureichend berücksichtigt worden. Aspekte des Vogel- und Fledermausschutzes seien nicht eingestellt worden. Die Untersuchung etwaiger Konflikte sei von der Beigeladenen zu 1) einem anschließenden Bebauungsplanaufstellungsverfahren vorbehalten worden. Bedenken des ornithologischen Beobachterrings Saar hinsichtlich eines speziell mit Blick auf Fledermauspopulationen unzureichenden Abstands zum Wald seien unter Hinweis auf das Fehlen von Erkenntnissen über das Vorkommen schutzbedürftiger Vogelarten in dem Bereich zurückgewiesen worden. Aufgrund der sich aus Einwendungen ergebenden Anhaltspunkte für derartige Konfliktsituationen sei die Beigeladene zu 1) unter dem Gesichtspunkt der „Konfliktbewältigung“ verpflichtet gewesen, Untersuchungen vornehmen zu lassen. Die avifaunistischen Bedenken hätten sich im nachfolgenden Aufstellungsverfahren für den Bebauungsplan auch „in vollem Umfang bestätigt“. Der Bebauungsplan zur Ausweisung eines Sondergebiets Windenergie am Kberg sei bis heute wegen entgegenstehender Belange des Fledermausschutzes nicht genehmigt worden. Nach Presseberichten sei inzwischen durch drei Gutachten belegt, dass am Standort Kleeberg 11 streng geschützte Fledermausarten und -gruppen im Umkreis von 1.000 m um die geplanten Standorte der Windkraftanlagen angesiedelt seien. Vor allem beim Großen Mausohr, bei der Wasser-, der Breitflügel-, der Zwerg-, der Rothaut- und bei der Bartfledermaus sowie beim Großen und beim Kleinen Abendsegler seien Beeinträchtigungen und sogar der Zusammenbruch der Fledermauskolonien zu befürchten. Dem Flächennutzungsplan liege auch kein schlüssiges Gesamtkonzept mit einem ausgewogenen Verhältnis von für die Nutzung der Windenergie „durchsetzungsfähigen“ und ausgeschlossenen Flächen zugrunde. Der Plangeber müsse Gebiete festlegen, in denen sich die Windenergienutzung auch tatsächlich durchsetzen könne. Das sei bei der dargestellten Konzentrationszone Kberg – wie gezeigt – nicht der

Fall. Es fehle also letztlich an einer positiven Standortzuweisung, die eine außergebietliche Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entfalten könne.

Der Kläger, der zur Begründung seines Rechtsmittels ergänzend auf Entscheidungen anderer Obergerichte, insbesondere des OVG Magdeburg verweist, beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 27.9.2006 – 5 K 106/04 – und Aufhebung des Bescheids des Beklagten vom 13.10.2003 sowie des Widerspruchsbescheids vom 19.3.2004 den Beklagten zu verpflichten, ihm einen positiven Bauvorbescheid zur Frage des Nichtvorliegens einer Sperrwirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage Typ Vensys 62, Nabenhöhe 69 m, Rotordurchmesser 62 m, Gesamthöhe 100 m, auf dem Flurstück Nr. 26 in Flur 27 der Gemarkung D zu erteilen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt die angegriffenen Verwaltungsentscheidungen und verweist auf die Begründung des erstinstanzlichen Urteils.

Die Beigeladenen beantragen jeweils ebenfalls,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladene zu 1) ist der Ansicht, dem Kläger fehle nach der bundesgesetzlichen Änderung der behördlichen Zuständigkeit ein Rechtsschutzbedürfnis für die Klage auf Erteilung eines positiven Bauvorbescheids. Der Kläger benötige eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung und habe eine entsprechende Umstellung seiner Klage nicht vorgenommen. In der Sache verweist die Beigeladene zu 1) auf die Ausschlusswirkung der in ihrem Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationszone „Kberg“. Diese Entscheidung sei nicht abwägungsfehlerhaft gewesen. Nicht nachvollziehbar sei, dass der Kläger die Raumbedeutsamkeit der geplanten Windkraftanlage in Abrede stelle. Das Berufungsvorbringen könne die in der erstinstanzlichen Entscheidung enthaltene Feststellung der Rechtswirksamkeit des LEP Umwelt 2004 nicht in Frage stellen. Das gelte weder mit Blick auf die Ermächtigungsgrundlage noch in materieller Hinsicht. Dass die Abwägung nach Ansicht des Klägers mehrfach, beispielsweise im Hinblick auf die geforderten Abstände zur Wohnbebauung, zu seinen Lasten ausgefallen sei, begründe keinen Abwägungsfehler. Fragen eines Repowering oder des Erreichens des Referenzertrags stellten sich hier nicht, da der Kläger beabsichtige, eine neue Anlage zu errichten. Es sei Aufgabe des Klägers, nicht der Landesplanung, Wirtschaftlichkeitsberechnungen vorzunehmen. Soweit der Kläger die Nichtberücksichtigung der Belange des Vogel- und des Fledermausschutzes bei Aufstellung des Flächennutzungsplans rüge, verlange er mehr, als diese Planung leisten müsse. Insoweit sei ein Verweis auf das Bebauungsplanaufstellungsverfahren zulässig.

Der Beigeladene zu 2) trägt vor, der Kläger habe keine bescheidungsfähige Bauvoranfrage gestellt, da er mit seiner Frage nach der „baurechtlichen Zulässigkeit“ der geplanten Anlage eine umfassende Prüfung wie in einem Baugenehmigungsverfahren verlangt habe. Auch eine auf die Frage der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit reduzierte Voranfrage sei nicht bescheidungsfähig. Auf der Grundlage der eingereichten Unterlagen könne keine

positive Aussage hierzu getroffen werden. Dazu sei der Nachweis erforderlich, dass dem Vorhaben öffentliche Belange nicht entgegenstünden, dass insbesondere keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervorgerufen würden. Eine Immissions- und eine Schattenwurfprognose seien nicht vorgelegt worden. Auch fehle der Nachweis, dass naturschutzrechtliche Belange oder solche der Landschaftspflege und der natürlichen Eigenart der Landschaft und ihres Erholungswerts nicht beeinträchtigt sowie dass das Orts- und Landschaftsbild nicht verunstaltet würden. Nach den Akten der Obersten Naturschutzbehörde befänden sich 500 m nordwestlich beziehungsweise 1.300 m nordöstlich des Standorts Uhu-Brutplätze, deren Umgriff von Windkraftanlagen freizuhalten sei. Etwa 1.100 m ostnordöstlich des geplanten Standorts befinde sich eine Brutstätte des Rotmilans. Für diese Art werde empfohlen, zur Vermeidung von Brutplatzaufgaben und Verlusten durch Rotorschlag bei Interaktionen zwischen Brutplätzen und Nahrungshabitaten in einem Umgriff von 2 km um Rotmilanbrutplätze keine Windkraftanlagen zu errichten. Die vom Verwaltungsgericht zu Unrecht offen gelassene Raumbedeutsamkeit der geplanten Anlage sei nach den topografischen Verhältnissen anzunehmen. Für die Festlegung der Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung fehle auch nicht die Ermächtigungsgrundlage, da bereits das Landesplanungsgesetz 1994 dies erlaubt habe. Vorbehaltsgebiete und Vorranggebiete gehörten zu den traditionellen Instrumenten der Landesplanung. Die Reduzierung potentieller Vorranggebiete für die Windkraftnutzung auf solche mit einer Größe über 10 ha sei im LEP Umwelt 2004 bewusst gewählt worden, um einer „Verspargelung“ der Landschaft entgegen zu wirken. Was die Ermittlung der Windhöffigkeit anbelange, so habe schon der erstmaligen Festlegung von Vorranggebieten in der Änderung des LEP Umwelt im Jahre 1999 eine von der Hochschule für Technik und Wirtschaft erstellte „Windpotentialstudie für das Saarland“ zugrunde gelegen. Soweit der Kläger die unzureichende Berücksichtigung der Möglichkeit eines Repowerings rüge, sei festzuhalten, dass insgesamt acht im LEP Umwelt 1997/1999 enthaltene Vorranggebiete nicht übernommen worden seien. Vier Gebiete in Perl, Mettlach beziehungsweise nordöstlich von Nohfelden-Wolfersweiler hätten innerhalb von durch die Vogelschutzwarte ermittelten avifaunistischen Tabu- und Konfliktgebieten gelegen. Bei vier Gebieten in Namborn-Gehweiler, in Freisen-Reitscheid in St. Wendel-Leitersweiler und in Freisen Oberkirchen sei der Abstand zu Wohngebieten zwischen 450 und 500 m als nicht ausreichend angesehen worden. Die beiden letztgenannten Gebiete hätten zudem die geforderte Grenzgröße von 10 ha nicht erreicht. Wenn der Kläger auf die fehlende Berücksichtigung des Referenzertrags nach § 10 Abs. 4 EEG verweise, sei festzustellen, dass diese Gesetzesvorschrift erst zum 1.8.2004 und damit nach der Planungsentscheidung der Landesregierung in Kraft getreten sei. Die Festlegung des Mindestabstands von 1.000 m von Wohngebieten sei planungsrechtlich unter dem Aspekt vorsorgenden Immissionsschutzes nicht zu beanstanden. Neben dem Ausschluss unzumutbarer Beeinträchtigungen diene dieses Kriterium der Sicherung der raumordnungsrechtlich bedeutsamen Freiräume zu Erholungszwecken nach § 2 Abs. 2 Nr. 14 ROG im unmittelbaren Umfeld der Wohngebiete vor einem Eindringen von Windkraftanlagen. Das gelte im Ergebnis auch für die entsprechende „Pufferzone“ für Aussiedlerhöfe mit Blick auf den durch die Privilegierung landwirtschaftlicher Betriebe im Außenbereich „mitgezogenen Nebenerwerb“ touristischer Angebote wie etwa „Ferien auf dem Bauernhof“ als Beitrag der Existenzsicherung (§ 2 Abs. 2 Nr. 10 ROG). Angesichts der beabsichtigten Schaffung von Arbeitsplätzen sei es auch nicht abwägungsfehlerhaft, dass den Vorranggebieten für Gewerbe, Industrie und Dienstleistungen ein höheres Gewicht beigemessen worden sei als der Nutzung der Windenergie. Hinsichtlich der avifaunistisch wertvollen Gebiete werde auf die „Darstellung vogelschutzrelevanter Gebiete und deren Konfliktfelder mit eventueller Windkraftnutzung im Saarland sowie Empfehlungen von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen“ der Staatlichen Vogelschutzwarte für

Hessen, Rheinland-Pfalz und Saarland aus dem Jahre 2002 Bezug genommen. Hinsichtlich der Tabuzonen in der Nähe von Segelflugplätzen und sonstigen Landeplätzen sei der Plangeber ungeachtet der rechtlichen Wirkungen so genannter Bauschutzbereiche befugt gewesen, das Entstehen „problematischer Situationen in Einzelzulassungsverfahren“ von vorneherein zu vermeiden. Was die angebliche Ausweisung ungeeigneter Vorranggebiete in Schmelz angehe, habe die Gemeinde ursprünglich zwei andere Gebiete vorgeschlagen gehabt, die jedoch unter avifaunistischen Gesichtspunkten als Konfliktgebiete einzustufen gewesen seien. Der nun festgelegte Bereich „Rstraße“ liege dagegen außerhalb solcher Tabu- und Konfliktzonen. In einer von der Projektgruppe Windenergieanlagen des Deutschen Instituts für Bautechnik (BIBt) in Berlin erarbeiteten „Richtlinie für Windenergieanlagen, Einwirkungen und Standsicherheitsnachweise für Turm und Gründung“ vom März 2004 fänden sich keine Hinweise darauf, dass die Errichtung einer Windkraftanlage in Bergsenkungsgebieten wegen nicht beherrschbarer Gefahren für die Standsicherheit grundsätzlich unzulässig sei.

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat der Kläger, der in der Sitzung von der Stellung eines Hilfsantrages ausdrücklich Abstand genommen hatte, in einem Schriftsatz vom 23.1.2008 zwei Hilfsanträge formuliert, die eine Differenzierung des Nichtbestehens einer Sperrwirkung einerseits aufgrund des LEP Umwelt 2004 („1. Hilfsantrag“) beziehungsweise andererseits des Flächennutzungsplans der Beigeladenen zu 1) („2. Hilfsantrag“) enthalten.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der zugehörigen Verwaltungsunterlagen Bezug genommen. Er war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe

I.

Die Berufung (§§ 124a Abs. 1, 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) ist zulässig. Sie wurde insbesondere innerhalb der auf Antrag des Klägers verlängerten Frist in einer den Anforderungen des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO genügenden Weise begründet.

II.

Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat die Verpflichtungsklage zu Unrecht abgewiesen.

A.

Gegen deren Zulässigkeit bestehen insbesondere hinsichtlich eines (fortbestehenden) Rechtsschutzbedürfnisses keine durchgreifenden Bedenken, obwohl die Zulassung des Vorhabens des Klägers seit der mit Wirkung vom 25.6.2005 erfolgten Rechtsänderung auf Bundesebene, wonach generell „Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern“ durch die Neufassung der Ziffer 1.6 des Anhangs zur 4. BImSchV nicht mehr dem baurechtlichen, sondern nunmehr dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren unterliegen, nicht mehr dem Beklagten obliegt, vielmehr künftig auch die Einhaltung der an die Anlage zu stellenden baurechtlichen Anforderungen von der Immissionsschutzbehörde zu prüfen ist (§§ 13, 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG).

Der in dieser Verlagerung der Zuständigkeiten liegenden Problematik für „schwebende Verfahren“ hat der Bundesgesetzgeber durch die zum 1.7.2005 in Kraft getretene Überleitungsvorschrift (vgl. das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2003/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2003 zur Änderung der Richtlinie 96/82/EG des Rates zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen vom 25.6.2005, BGBl. I, Seiten 1865 ff.) des § 67 Abs. 9 BImSchG Rechnung getragen. Sie ermöglicht nach ihrem Satz 3 dem Betreiber in den dort genannten Fällen eine Fortsetzung rechtshängiger Verfahren nach altem Genehmigungsverfahrenrecht. Nach der Vorschrift werden Verfahren auf Erteilung einer Baugenehmigung für Windkraftanlagen, die vor dem 1.7.2005 rechtshängig geworden sind, nach den bisherigen Vorschriften der 4. BImSchV und der Anlage 1 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung abgeschlossen (1. Halbsatz) (vgl. BT Drucksache 15/5443 vom 10.5.2005, wonach insbesondere die Sätze 3 und 4 Rechtsunsicherheiten in laufenden Verfahren ausschließen sollten) und für die „in diesem Zusammenhang“ erteilten Baugenehmigungen gilt dann Satz 1 des § 67 Abs. 9 BImSchG entsprechend (2. Halbsatz). Obwohl der Bauvorbescheid im Falle seiner Erteilung – anders als eine Baugenehmigung – nicht die Ausführung des Vorhabens legitimiert und dem Bundesgesetzgeber auch im Bereich des Immissionsschutzrechts die Differenzierung zwischen Vorbescheid (§ 9 BImSchG) und Genehmigung (§§ 10, 19 BImSchG) bekannt war, schließt sich der Senat der – soweit ersichtlich – einhelligen Ansicht in der sonstigen obergerichtlichen Rechtsprechung an, wonach der Satz 3 des § 67 Abs. 9 BImSchG auf die vorliegende Verfahrenskonstellation einer anhängigen Verpflichtungsklage auf Erteilung lediglich eines positiven Bauvorbescheides entsprechend anzuwenden ist. (vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 16.1.2006 – 8 A 11271/05 –, BRS 70 Nr. 98, VGH Mannheim, Urteil vom 16.5.2006 – 3 S 914/05 –, BRS 70 Nr. 97, zustimmend Jarass, BImSchG, 7. Auflage 2007, § 67 RNr. 45, OVG Lüneburg, Urteile vom 13.6.2007 – 12 LB 25/07 –, ZfBR 2007, 693, und vom 11.7.2007 – 12 LC 18/07 –, DWW 2007, 381, OVG Magdeburg, Urteil vom 20.4.2007 – 2 L 110/04 –, ZNER 2007, 234, OVG Münster, Urteile vom 15.3.2006 – 8 A 2672/03 –, BauR 2006, 1715, und vom 6.9.2007 – 8 A 4566/04 –, ZUR 2007, 592, OVG Weimar, Urteil vom 29.5.2007 – 1 KO 1054/03 –, NUR 2007, 757)

B.

Die Klage ist auch begründet. Die seine Bauvoranfrage ablehnenden Verwaltungsentscheidungen verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Ihm steht ein Anspruch auf Erteilung des begehrten positiven Bauvorbescheids für die Errichtung der von ihm geplanten Windkraftanlage zu. Zugrunde zu legen ist der Beantwortung dieser Frage nach der verfahrensrechtlichen Überleitungsvorschrift des § 88 Abs. 1 LBO 2004 noch die im Zeitpunkt der Einreichung der Bauvoranfrage im Jahre 2003 maßgebliche bauordnungsrechtliche Bestimmung des § 76 LBO 1996.

1.a) Entgegen der Ansicht des Beigeladenen zu 2) hat der Kläger einen „bescheidungsfähigen“ Antrag gestellt. Die Frage nach dem Umfang der mit einer Bauvoranfrage einzureichenden Unterlagen beantwortete sich seinerzeit aus § 11 Abs. 1 BauVorIVO 1996 (heute § 13 BauVorIVO 2004). Danach waren dem Antrag die Unterlagen beizufügen, die zur Beurteilung der durch den Vorbescheid zu entscheidenden Frage des Bauvorhabens erforderlich waren. Die §§ 11 Abs. 2, 1 Abs. 2 Satz 1 BauVorIVO 1996 eröffneten der Bauaufsichtsbehörde im Bedarfsfall die Möglichkeit einer Nachforderung. Die Einhaltung dieser Anforderungen und die sich daraus ergebende „Bearbeitungsfähigkeit“ hat der Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 23.7.2003 nach der entsprechenden Vorprüfung (§§ 76 Abs. 2, 72 Abs. 2 Satz 2 LBO 1996) im Übrigen ausdrücklich bestätigt.

1.b) Der Kläger hat durch die Formulierung seines Antrags in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eine Klarstellung dahingehend vorgenommen, dass es ihm um eine Vorabentscheidung des Beklagten zu der „Vorfrage“ geht, dass seinem im Außenbereich (§ 35 BauGB) zu realisierenden Vorhaben nicht die Sperrwirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen stehen. Der Kläger hat zwar in seinem Anschreiben vom 5.7.2003 an den Beklagten allgemein gebeten, ihm „mitzuteilen, ob das Vorhaben aus baurechtlicher Sicht zugelassen werden kann“. Aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich jedoch unzweifelhaft, dass er eine auf bestimmte bauplanungsrechtliche Aspekte zielende Vorausbeurteilung begehrte und nicht – wie der Beigeladene zu 2) jetzt meint – eine umfassende „baurechtliche“ Beurteilung.

1.c) Der Beigeladene zu 2) hält die vom Kläger bei dem Beklagten eingereichten Unterlagen deswegen für unzureichend, weil sich auf ihrer Grundlage keine abschließende Beurteilung des Entgegenstehens spezieller öffentlicher Belange, insbesondere hinsichtlich der „Nicht Hervorrufung schädlicher Umwelteinwirkungen“ (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB 2004) durch Lärm und Schattenwurf vornehmen lässt. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Bauvoranfrage des Klägers zielte von Anfang an auf die (positive) Beantwortung der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der geplanten Anlage in bauplanungsrechtlicher Hinsicht. Es ist zwar typischerweise so, dass sich in dem Zusammenhang die Frage der „Einhaltbarkeit“ dieser technischen Anforderungen stellt. Mit der Bauvoranfrage wird noch nicht das Vorhaben in allen seinen Einzelheiten zur Entscheidung gestellt. Die Bauvoranfrage soll dem Bauherrn gerade die Möglichkeit einräumen, vorab möglichst kostengünstig, das heißt vor Erstellung zum Teil kostspieliger Unterlagen, eine gemäß (§ 76 Abs. 1 Satz 3 LBO 1996) für die Dauer von drei Jahren verbindliche Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde über die Frage der grundsätzlichen Realisierbarkeit seines Vorhabens einzuholen. Die konkrete Lärmbeeinträchtigung hängt ohnedies vom genauen Standort des Windrades ab und der ist noch nicht festgelegt. Dieses Grundverständnis des Vorbescheidsverfahrens spiegelt sich hier auch in den konkreten Abläufen wieder: Nachdem das Vorgängeramt (LA für Verbraucher-, Gesundheits- und Arbeitsschutz) des Beigeladenen zu 2) unter dem 12.8.2003 auf das Fehlen einer schalltechnischen Prognose und eines „Gutachtens“ zum Schattenwurf hingewiesen hatte, hat der Kläger Auszüge aus einem Prognosegutachten einer vergleichbaren Windkraftanlage vorgelegt. Nach Auswertung ist der Beigeladene zu 2) im Schreiben vom 3.9.2003 zu der Erkenntnis gelangt, dass „danach“ bezogen auf die angenommenen Entfernungen von ca. 350 m zu einem Aussiedlerhof und etwa 650 m zu einem Wohngebiet in H die zulässigen Immissionsrichtwerte und die Grenzwerte nach der Schattenwurfrichtlinie für Windkraftanlagen eingehalten würden. Daher bestünden aus Gründen des Immissionsschutzes keine Bedenken gegen das Vorhaben, wenn die abschließende Vermessung der Anlage nach deren Ausführung vergleichbare Werte ergebe. Im Baugenehmigungsverfahren seien dann eine detaillierte Schallimmissionsprognose und ein Schattenwurfgutachten vorzulegen. Dass der Beigeladene zu 2) heute eine fehlende „Bescheidungsfähigkeit“ der Bauvoranfrage des Klägers reklamiert, kann vor dem Hintergrund nicht mehr nachvollzogen werden. Es war von Anfang an beabsichtigt, die abschließenden technischen Nachweise nach positivem Ausgang der Klärung der grundsätzlichen Zulässigkeit der Anlage an diesem Standort dem ohnehin notwendigen anschließenden Genehmigungsverfahren, in dem gegebenenfalls entsprechende Auflagen zu machen wären, vorzubehalten. Deswegen besteht auch keine Veranlassung entsprechend der Anregung der Beigeladenen zu 1) in deren Schriftsatz vom 15.2.2008 die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, zumal diese Thematik bereits schriftsätzlich von den Beteiligten behandelt worden war.

1.d) Was den im Berufungsverfahren vom Beigeladenen zu 2) zusätzlich ins Feld geführten Aspekt des Naturschutzes als eines dem Vorhaben möglicherweise entgegenstehenden öffentlichen Belangs (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB 2004) angeht, gilt im Ergebnis nichts anderes, Hier ließe sich jedoch bereits die Frage aufwerfen, ob vom Kläger insoweit überhaupt eine „Bauvorlage“ verlangt werden kann. Die Ermittlung naturschutzbezogener Daten, die einer Zulassung des Vorhabens von vorneherein zwingend entgegenstehen, ist an sich zunächst Sache der Genehmigungsbehörde, die sich insoweit üblicherweise der Fachbehörden bedient. Das ist auch hier im Übrigen durch den Beklagten geschehen. In der Stellungnahme der Unteren Naturschutzbehörde (UNB) beim Beklagten vom 2.9.2003 heißt es, die Prüfung habe ergeben, dass von der geplanten Baumaßnahme kein Schutzgebiet im Sinne der §§ 17 bis 20 SNG (a.F.) und kein Biotop (§ 25 SNG a.F.) betroffen sei. Aus den „Daten zum Arten- und Biotopschutz im Saarland“ ergäben sich keine Erkenntnisse, die auf eine Schutzwürdigkeit des Bereichs hinwiesen. Auch die Untersuchung des Ministeriums für Umwelt bezüglich „Vogelschutz und Windkraft im Saarland“ treffe keine Aussagen zu entsprechenden Vogelvorkommen im „Vorhabengebiet“. Von daher hatte der Kläger damals auch keinerlei Anlass, irgendwelche Unterlagen in diesem Zusammenhang vorzulegen oder zu ergänzen. Die weiteren neuerdings vom Beigeladenen zu 2) angesprochenen naturschutzrechtlichen Aspekte einer angeblichen Beeinträchtigung der Lebensräume der geschützten Vogelarten des Rotmilans (*milvus milvus*) und des Uhus (*bubo bubo*) bleiben ebenfalls einer Beurteilung im abschließenden Zulassungsverfahren vorbehalten. Die Annahme einer formal unzureichenden Antragstellung scheidet auch vor dem Hintergrund jedenfalls sicher aus. Ein Sachbescheidungsinteresse des Klägers für den begehrten Bauvorbescheid ließe sich allenfalls verneinen, wenn sicher feststünde, dass dem Vorhaben des Klägers insoweit nicht ausräumbare Hindernisse entgegenstünden. Davon kann nicht ausgegangen werden. Was den Aspekt des Vogelschutzes (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB 2004) am Standort anbelangt, kann gegenwärtig kein durchgreifendes Genehmigungshindernis angenommen werden. Die Berufungserwiderung des Beigeladenen zu 2) mit vagen Hinweisen auf frühere Vorkommen von Uhu und Roter Milan hat der Kläger im Übrigen zum Anlass für eine eigene standortbezogene avifaunistische Untersuchung durch den Dipl.-Ing H. J. (Landschaftsplanung und Landschaftsökologie) genommen. Nach dessen Gutachten vom 9.10.2007 sind die sich unter dem Vogelschutzaspekt ergebenden Restriktionen bezüglich beider Vogelarten hier eingehalten.

Im Ergebnis ist deshalb entgegen der Auffassung der Beigeladenen von einer „bescheidungs-fähigen“ Bauvoranfrage des Klägers auszugehen, für die ihm auch ein Sachbescheidungsinteresse nicht abgesprochen werden kann.

2. Der Kläger hat auch einen Anspruch auf positive Beantwortung seiner Bauvoranfrage. Wie die Aufnahme in den Privilegierungskatalog des § 35 Abs. 1 BauGB verdeutlicht, geht der Bundesgesetzgeber davon aus, dass die Nutzung der Windkraft als Energiequelle wichtig und wirtschaftlich notwendig ist. Unzulässig ist die Errichtung entsprechender Anlagen allerdings dann, wenn ihr im konkreten Fall andere öffentliche Belange entgegenstehen, die in einer „nachvollziehenden“ nicht planerisch-abwägenden Bewertung im konkreten Einzelfall als überwiegend und damit vorrangig einzustufen sind. Dem gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegiert zulässigen Vorhaben des Klägers kann nicht als öffentlicher Belang entgegen gehalten werden, dass durch Darstellung im Flächennutzungsplan der Beigeladenen zu 1) und durch landesplanerische Vorgaben im LEP Umwelt 2004 Standortausweisungen für die Errichtung von Windkraftanlagen an anderer Stelle erfolgt sind (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB).

2.a) Ob – wie der Kläger meint – eine Ausschlusswirkung nach dieser Vorschrift bereits deswegen nicht angenommen werden kann, weil es an einer Raumbedeutsamkeit der geplanten Anlage fehlt, erscheint zumindest sehr zweifelhaft, wäre aber nach dem Vortrag des Klägers in der mündlichen Verhandlung, der insoweit auf das Vorhandensein einer angeblich den Bereich optisch dominierenden elektrischen Umspannanlage verwiesen hat, abschließend nur durch Ortseinsicht zu klären gewesen. Zuzugeben ist dem Kläger insoweit allerdings im Ansatz, dass entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts auch der § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 2004 nur auf raumbedeutsame Anlagen Anwendung findet, auch wenn die Vorschrift selbst, anders als Satz 2 der Bestimmung nicht ausdrücklich von raumbedeutsamen Vorhaben spricht. Das Erfordernis der Raumbedeutsamkeit ergibt sich aus dem Umstand, dass sich nur auf solche Vorhaben die Kompetenz zur Raum- und Landesplanung bezieht (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 2 SLPG 2002). Auch das Bundesverwaltungsgericht geht ohne weiteres davon aus, dass der § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 2004 hinsichtlich seiner Ausschlusswirkung nur raumbedeutsame Anlagen erfasst. (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 4.02 –, BRS 66 Nr. 10, insoweit unter Hinweis auf den gesetzssystematischen Zusammenhang und die Eigenart raumordnerischer Ziele (§ 3 Nr. 2 ROG).) Zur näheren Bestimmung des Begriffs „raumbedeutsam“ kann auf die Definition in § 3 Nr. 6 ROG zurückgegriffen werden. (vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 2.8.2002 – 4 B 36.02 –, BRS 65 Nr. 96) Danach sind solche Vorhaben als raumbedeutsam zu qualifizieren, die „Raum in Anspruch nehmen“ oder durch die die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebiets beeinflusst werden. Das ist gerade bei Windkraftanlagen im Einzelfall zu beurteilen. Die erstgenannte Voraussetzung der Raumbedeutsamkeit ist konkret auf die Größe der Anlage bezogen, die zweite der sog. Raumbeeinflussung hat die Wirkungen auf die Umgebung im Blick, wobei sich beide Anforderungen nicht losgelöst voneinander beurteilen lassen. Da die 100 m hohe Windkraftanlage auf einer Anhöhe errichtet werden und schon aus Gründen eines wirtschaftlichen Betriebs frei „im Wind“ stehen soll und deswegen auch optisch in der Umgebung entsprechend in Erscheinung treten würde, spricht alles für eine Raumbedeutsamkeit nach diesen Maßstäben. Einer abschließenden Klärung dieser Frage bedurfte es für die vorliegende Entscheidung nicht. Eine Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann dem Vorhaben aus anderen Gründen nicht entgegengehalten werden.

2.b) Was den LEP Umwelt 2004 anbelangt, der für das Landesgebiet im Bereich verschiedener Städte und Gemeinden im zeichnerischen Teil („Teil B“) Vorranggebiete für Windenergie (VE) festlegt, denen nach der Ziffer 69 des Textteils eine landesweite Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für andere Standorte zukommen soll, so bestehen nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens bereits ganz erhebliche grundsätzliche Bedenken gegen die Rechtsverbindlichkeit dieser landesplanerischen Zielfestlegungen und den darin liegenden Versuch einer Aktivierung des bodenrechtlichen Darstellungsprivilegs (Planungsvorbehalts).

2.b) (1) Das gilt mit Blick auf die erheblichen konkreten Auswirkungen der Planung auf die Grundrechte der betroffenen Eigentümer (Art. 14 GG) und auch die verfassungsrechtlich verankerte gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie schon wegen der Rechtsform des LEP Umwelt 2004, der aufgrund einer eigens für ihn geschaffenen Überleitungsbestimmung in § 15 Abs. 2 SLPG 2002 nach den Vorschriften des Landesplanungsgesetzes in seiner bisherigen Fassung „aufgestellt, beschlossen und bekannt gemacht“ worden ist. Die Bestimmungen des damit in Bezug genommenen SLPG 1994 (vgl. das Gesetz Nr. 1333, Saarländisches Landesplanungsgesetz, SLPG 1994, vom 27.4.1994, Amtsblatt Seiten 866 ff.,) enthielten keine dem § 3 Abs. 6 SLPG 2002 entsprechende Verpflichtung zum Erlass des Landesentwicklungsplans als Rechtsverordnung. Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 SLPG 1994

war vielmehr lediglich eine Bekanntmachung der „textlichen Darstellungen“ im Amtsblatt vorgeschrieben, mit der sie „wirksam“ wurden (§ 8 Abs. 2 Satz 1 SLPG 1994).

2.b) (2) Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bedarf es ferner einer speziellen raumordnungsrechtlichen Ermächtigung für die Festlegung von Konzentrationsbereichen durch den Gesetzgeber, die sich dem § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 2004 selbst nicht entnehmen lässt. (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 4.02 –, BRS 66 Nr. 10) Wenn man aufgrund der Verweisung in dem § 15 Abs. 2 SLPG 2002 das SLPG 1994 für die Beantwortung der Frage zugrunde legt, ob eine solche ausreichende gesetzliche Ermächtigung für die Festlegung von Konzentrationsgebieten mit Ausschlusswirkung bestand, so enthält das SLPG 1994 in seiner Beschreibung der Aufgaben der Landesplanung (§ 1 SLPG 1994) und der Grundsätze der Raumordnung (§ 2 SLPG 1994) sowie in den speziellen Vorschriften über den Landesentwicklungsplan (§§ 4 und 6 SLPG 1994) keine ausdrückliche Ermächtigung für die Landesplanung zu derartigen Vorranggebietsfestlegungen mit zusätzlicher negativer Ausschlusswirkung. Die 1998 im Raumordnungsgesetz des Bundes verankerte Möglichkeit zur Festlegung von so genannten Eignungsgebieten für bestimmte raumbedeutsame, städtebaulich nach § 35 BauGB zu beurteilende Maßnahmen nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG mit entsprechenden gebietsexternen Ausschlusswirkungen (Satz 2) ist eine bundesrahmenrechtliche Vorschrift für die Raumordnung in den Ländern, die einer Umsetzung ins Landesrecht bedurft hätte (§ 6 ROG) und rein zeitlich beim SLPG 1994 noch keine Berücksichtigung gefunden haben kann. Die vom Bundesverwaltungsgericht geforderte „raumordnungsrechtliche Ermächtigung“ für die Landesplanung zur positiven Vorranggebietsfestlegung mit gebietsexterner Ausschlusswirkung dürfte aus den Formulierungen des SLPG 1994 auch nicht „herauszulesen“ sein. (vgl. speziell auch dazu BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 4.02 –, BRS 66 Nr. 10) Darüber hinaus kannten die Unbeachtlichkeitsregelungen des SLPG 1994 noch keine materiellen Planerhaltungsklauseln, sondern enthielten in § 9 SLPG 1994 nur eine Heilungsvorschrift für „Verfahrens- und Formfehler“. Das Fehlen der gesetzlichen Ermächtigung stellt aber keinen „Formfehler“ dar.

Das Instrument der Festlegung von „Eignungsgebieten“ im Verständnis des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG wurde vom Saarländischen Landesgesetzgeber ersichtlich erst in § 3 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 SLPG 2002 installiert, wobei der Vergleich mit den Bestimmungen über Vorranggebiete (Satz 1 Nr. 1) und Vorbehaltsgebiete (Satz 1 Nr. 2) verdeutlicht, dass es sich dabei um eine eigenständige Kategorie von raumordnerischen Festlegungen handelt.

2.b) (3) Ob sich aus dem Gesamtzusammenhang des SLPG 2002 ungeachtet des § 15 Abs. 2 SLPG 2002 ein Wille des Landesgesetzgebers zur Ermächtigung der Landesplanung entnehmen lässt, auch schon unter Einsatz dieses Instrumentariums Ziele festzulegen, bedarf im Ergebnis zur Beantwortung der Frage des Bestehens eines Anspruchs auf Erteilung des konkret begehrten Vorbescheids ebenso wenig einer abschließenden Beurteilung wie die ganz im Vordergrund der Begründung des Rechtsmittels des Klägers stehende Frage, ob der LEP Umwelt 2004 an einem (ebenfalls) seine umfassende Unwirksamkeit bedingenden Mangel leidet. Auch hinsichtlich der von Seiten der Landesplanung gewählten Methoden der Ermittlung der für die Windenergienutzung in Betracht kommenden Flächen über bestimmte Eignungs- beziehungsweise Ausschlusskriterien und der Art der Beteiligung der Städte und Gemeinden hat der Kläger eine Reihe gewichtiger Einwände bezüglich ihrer Tauglichkeit beziehungsweise ihrer Nachvollziehbarkeit vorgetragen, auf die ebenfalls nicht weiter eingegangen werden muss.

3. Für die Entscheidung des konkreten Rechtsstreits ist die Feststellung ausreichend, dass jedenfalls bezogen auf das Gebiet der Beigeladenen zu 1) weder auf der Ebene der

Landesplanung noch für die Darstellung im gemeindlichen Flächennutzungsplan in der Fassung der Fortschreibung Windenergie aus dem Jahre 2005 von einer den Grundsätzen gerechter Abwägung genügenden Entscheidung ausgegangen werden kann. Für die planerische Abwägung gelten im konkreten Zusammenhang folgende Anforderungen:

3.a) Das Verhältnis zwischen überörtlicher Raumplanung, also Zielfestlegungen im Landesentwicklungsplan durch die Ausweisung von Vorranggebieten für die Windenergienutzung und der gemeindlichen Bauleitplanung zueinander erschließt sich abstrakt aus dem Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB 2004. Danach sind die Bauleitpläne, also auch der Flächennutzungsplan als vorbereitender Bauleitplan (§ 1 Abs. 2 BauGB 2004), den Zielen der Raumordnung „anzupassen“. Eine vorhandene Vorranggebietsfestlegung ist also von der Gemeinde zu übernehmen, so dass in dem Bereich von Rechts wegen kein Raum mehr für eine eigene Abwägungsentscheidung der Gemeinde im Sinne des § 1 Abs. 7 BauGB 2004 ist. Vorliegend erfolgte jedoch eine sehr weitreichende Vorabstimmung mit der Beigeladenen zu 1) und die Landesplanung hat deren auf einem entsprechenden Standortkonzept basierenden Wünschen weitgehend Rechnung getragen. Die eigentliche Abwägungsentscheidung, also insbesondere die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials, wurde nach Aktenlage von der Beigeladenen zu 1) geleistet.

3.b) Gemäß § 1 Abs. 1 SLPG 1994 oblag der Landesplanungsbehörde eine „zusammenfassende staatliche Planung für eine den sozialen, ökologischen, wirtschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entsprechende räumliche Ordnung und Entwicklung des Saarlandes und seiner Teilräume“, wobei sie „die Entwicklungsmöglichkeiten der Teilräume untereinander abzuwägen und einen Ausgleich anzustreben“ hatte. Neben allgemeinen Vorgaben wie etwa sparsamer Inanspruchnahme von Grund und Boden, dem Schutz natürlicher Lebensgrundlagen zur Erhaltung einer menschenwürdigen Umwelt (§ 1 Abs. 1 Satz 3 SLPG 1994), enthielt der § 2 SLPG 1994 einen umfangreichen und ausführlichen Katalog raumordnerischer Grundsätze, die zu beachten waren und an denen die Landesplanung zu orientieren war. Die Grundsätze der Raumordnung sind in der allgemeinen Vorschrift des § 2 ROG 1998 enthalten.

Die Ermächtigung zur (Raum-)Planung umfasst als zentrales Element die Einräumung einer planerischen Gestaltungsfreiheit. Sie erstreckt sich auf alle für die Planung relevanten Gesichtspunkte zur bestmöglichen Verwirklichung der gesetzlich vorgegebenen Planungsaufgabe sowie zur Bewältigung der aufgeworfenen Probleme und Interessenkonflikte, unterliegt jedoch – wie jede staatliche Planung – den rechtsstaatlichen Bindungen des Abwägungsgebots (vgl. dazu beispielsweise Rieger in Schrödter, BauGB, 7. Auflage 2006, § 1 RNr. 186 unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des BVerwG, wonach sich das Gebot, die von einer Planung berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen, unabhängig von einer gesetzlichen Normierung aus dem „Wesen“ rechtsstaatlicher Planung ergibt und daher allgemein gilt) und ist hinsichtlich dessen Beachtung auch gerichtlicher Kontrolle zugänglich. Angesichts des gesetzlich eröffneten Gestaltungsspielraums des Planungsträgers kann dessen Entscheidung allerdings nur darauf überprüft werden, ob die Grenzen des Abwägungsgebots eingehalten worden sind. (vgl. hierzu allgemein etwa OVG des Saarlandes, Urteile vom 31.3.2003 – 1 M 6/03 und 1 M 7/03 -, SKZ 2003, 203, Leitsatz Nr. 55 bzw. 204, Leitsatz Nr. 56 für den Bereich des Fachplanungsrechts) Das durch Elemente des rechtsstaatlichen Übermaßverbots gekennzeichnete Abwägungsgebot verlangt erstens, dass eine Abwägung überhaupt stattfindet, dass zweitens in die Abwägung an Belangen das eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss, und dass drittens weder die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt

wird, noch dass ein Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtigkeit der Belange außer Verhältnis steht. Umgekehrt gesprochen liegt also eine Verletzung des Abwägungsgebots vor, wenn eine sachgerechte Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), wenn in die Abwägung an Belangen nicht das eingestellt wurde, was in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), oder wenn die genannten Gewichtungsvorgaben nicht beachtet wurde (Abwägungsfehlschätzung).

Speziell mit Blick auf den sich aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ergebenden Planungsvorbehalt beziehungsweise die dadurch (auch für die Gemeinden) eröffneten Steuerungsmöglichkeiten für nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im gemeindlichen Außenbereich privilegierte, nach den Maßstäben des § 3 Nr. 6 ROG raumbedeutsame Windkraftanlagen hat das Bundesverwaltungsgericht die an die Planung unter dem Gesichtspunkt der Abwägung mit anderen Belangen und Interessen zu stellenden Anforderungen wie folgt konkretisiert: Wegen der wechselseitigen Verknüpfung der positiven und der negativen Komponente einer Festlegung von entsprechenden Konzentrationszonen lässt sich der (regelmäßige) Ausschluss von Windkraftanlagen auf (anderen) Teilen des Plangebiets nur rechtfertigen, wenn der Plan sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen. Dem Plan muss daher ein „schlüssiges gesamträumliches Konzept“ zugrunde liegen, das den erwähnten allgemeinen Anforderungen des Abwägungsgebots genügt. Die Abwägung aller beachtlichen Belange muss sich auf die positiv festgelegten und auf die ausgeschlossenen, beziehungsweise mit anderweitigen Zielvorgaben „besetzten“ Standorte erstrecken. Hierbei besteht keine formale normative Gewichtungsvorgabe, nach der dem Anliegen an einer Nutzung der Windkraft zur Energieerzeugung im Sinne einer speziellen Förderungspflicht „bestmöglich“ Rechnung getragen werden muss. Die planende Stelle muss die Entscheidung des Gesetzgebers, Windkraftanlagen im Außenbereich zu privilegieren, berücksichtigen und für die Nutzung „im Plangebiet in substantieller Weise Raum schaffen“. Daher ist die Landesplanung zum einen weder mit Blick auf die Privilegierung (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) verpflichtet, alle für eine Nutzung der Windkraft geeigneten Flächen entsprechend festzulegen, (vgl. insoweit zur gemeindlichen Flächennutzungsplanung BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01-, BRS 65 Nr. 95, u.a. zum so genannten „rechtfertigungsbedürftigen Wegwägen“) noch ist sie gehindert, eine Windenergienutzung im gesamten Außenbereich einzelner Gemeinden auszuschließen. (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 4.02 -, BRS 66 Nr. 10)

Da auf der Ebene der gemeindlichen Bauleitplanung anschließend hinsichtlich der festgelegten Vorranggebiete wegen des erwähnten Anpassungsgebots des § 1 Abs. 4 BauGB keine (neuerliche) ergebnisoffene Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB) mehr stattfindet, (vgl. zum Rechtscharakter und zu der planungsrechtlichen Funktion des Begriffs der „Anpassung“ im Verständnis des § 1 Abs. 4 BauGB etwa Gierke, in Brügelmann, BauGB, Loseblatt, Band 1, § 1 BauGB, RNrn. 417 ff.; OVG Münster, Beschluss vom 22.9.2005 – 7 D 21/04.NE -, ZNER 2005, 249, zu einer erfolgreichen Normenkontrolle eines Anlagenbetreibers gegen einen Bebauungsplan wegen einer Verletzung des Anpassungsgebots) sind die vorgenannten Grenzen rechtsstaatlich tolerierbaren Abwägens beziehungsweise die von der Rechtsprechung zum Bauplanungs- und Fachplanungsrecht entwickelten Grundsätze auf die landesplanerische Entscheidung uneingeschränkt zur Anwendung zu bringen. (vgl. etwa OVG Bautzen, Urteil vom 26.11.2002 – 1 D 36/01 -, UPR 2004, 450, VGH Mannheim, Urteil vom 9.6.2005 – 3 S 1545/04 -, ÖffBauR 2005, 101) Nach allgemein anerkannten Grundsätzen ist dabei maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Abwägung der Zeitpunkt der Beschlussfassung der Landesregierung (§ 7 Abs. 1 SLPG 1994).

3.c) Die Ermächtigung der Gemeinden zur Bauleitplanung (§ 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB 1998/2004) umfasst im Regelfall ebenfalls als zentrales Element die Einräumung einer planerischen Gestaltungsfreiheit. Sie erstreckt sich auf alle für die Planung relevanten Gesichtspunkte zur bestmöglichen Verwirklichung der gesetzlich vorgegebenen Planungsaufgabe sowie zur Bewältigung der aufgeworfenen Probleme und Interessenkonflikte, unterliegt jedoch – wie jede staatliche Planung – den genannten rechtsstaatlichen Bindungen des Abwägungsgebots (vgl. dazu beispielsweise Rieger in Schrödter, BauGB, 7. Auflage 2006, § 1 RNr. 186 unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des BVerwG, wonach sich das Gebot, die von einer Planung berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen, unabhängig von einer gesetzlichen Normierung aus dem „Wesen“ rechtsstaatlicher Planung ergibt und daher allgemein gilt) und ist hinsichtlich dessen Beachtung auch gerichtlicher Kontrolle zugänglich. Der innerhalb dieser Grenzen eröffnete Gestaltungsspielraum der planenden Behörde ist allerdings von den Gerichten zu respektieren. Diese sind insbesondere nicht befugt, eigene für „besser“ gehaltene Vorstellungen zur planerischen Bewältigung aufgeworfener Probleme an die Stelle der von dem hierzu ermächtigten Planungsträger getroffenen Entscheidung zu setzen.

4. Legt man hier nach den konkreten Abläufen die vom Gemeinderat der Beigeladenen zu 1) getroffene Planungsentscheidung als Maßstab zugrunde, die zwar zeitlich nach der Neufassung des LEP Umwelt 2004 wirksam geworden ist, aber eigentlich „weichenstellend“ für die Festlegung des Vorranggebiets Kberg auf dem Gebiet der Beigeladenen zu 1) war, liegt ein Abwägungsfehler vor.

4.a) Der am 9.12.2004 vom Gemeinderat der Beigeladenen zu 1) beschlossenen und nach ihrer Genehmigung durch das Ministerium für Umwelt am 8.4.2005 amtlich bekannt gemachten „Teilfortschreibung Windenergie“ des Flächennutzungsplans, die nach der Begründung einer Steuerung der Errichtung von Windkraftanlagen im gesamten Gemeindegebiet durch die Ausweisung von Konzentrationszonen in diesen Sinne dienen sollte, kann eine Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht beigemessen werden. Die Darstellung einer Konzentrationszone „AmKberg am nördlichen Rand des Gemeindegebiets der Beigeladenen zu 1) genügt nicht den Anforderungen des für den Bereich der Bauleitplanung, also auch für die Aufstellung des Flächennutzungsplans als vorbereitenden Bauleitplan (§ 1 Abs. 2 BauGB 2004), geltenden Abwägungsgebots (§§ 1 Abs. 6 BauGB 1998, 1 Abs. 7 BauGB 2004).

Der Entscheidung des Gemeinderats, die sich gerade nicht mit einer bloßen Anpassung (§ 1 Abs. 4 BauGB) erschöpfte, liegt ein von der Firma *i. GmbH* im Auftrag der Beigeladenen zu 1) bereits im Jahre 2003 entwickeltes „Standortkonzept für die Ermittlung von Flächen zur Errichtung von Windkraftanlagen auf dem Gebiet der Gemeinde Eppelborn“ (Stand 11.8.2003, im Folgenden: Standortkonzept 2003) (vgl. dazu Bl. 506 ff. der Gerichtsakte (Band III)) zugrunde.

Aus der Begründung der Änderung des Flächennutzungsplans (Teilfortschreibung) wird erkennbar, dass die eigentliche „Planungsarbeit“ im Detailbereich von der Beigeladenen zu 1) und nicht von der Landesplanungsbehörde vorgenommen worden ist. Die Ausführungen in der Begründung machen auch deutlich, dass die Beigeladene zu 1) zwar den LEP Umwelt 2004 einerseits als übergeordnete und zu beachtende Planung anspricht (Abschnitt 2.2), dass sie ansonsten aber auf der Grundlage des von ihr selbst erstellten Standortkonzepts 2003 geplant hat. Dieses Standortkonzept 2003 basiert zunächst auf einer nachvollziehbaren Methodik. Vorgegangen wurde in mehreren Arbeitsschritten: Auf der Basis des bestehenden Flächennutzungsplans der Beigeladenen in der Fassung der 2. Änderung 2002 wurden zunächst Flächen ermittelt, die für den Bau von Windkraftanlagen

nicht in Betracht kommen. Dabei handelte es sich um die Siedlungsflächen, Straßenflächen und Naturschutzgebiete (Ausschlussflächen). Im zweiten Arbeitsschritt wurden Restriktionsbereiche (Pufferzonen, Abstandsbereiche) zur Vermeidung von Konflikten zwischen bestehenden Nutzungen der Ausschlussflächen und zukünftigen Windkraftanlagen erfasst. Dabei wurden auch rechtliche, insbesondere immissionschutzrechtliche Kriterien angewandt. Die nach den Arbeitsschritten 1 und 2 verbliebenen Flächen wurden dann mit den Daten des Deutschen Wetterdienstes aus einem eigens erstellten Gutachten (vgl. die Inbezugnahme im Standortkonzept 2003 auf ein „Amtliches Gutachten zur räumlichen Verteilung des Jahresmittels der Windgeschwindigkeit im Raum Eppelborn“ vom Februar 2003 des Deutschen Wetterdienstes in Offenbach (Anhang 1 des Standortkonzeptes 2003)) überlagert und auf ihre Windhöflichkeit überprüft. Die aufgrund der durch ein eng rasteriges digitales Rechenmodell ermittelten herrschenden Windgeschwindigkeiten für die Errichtung von Windkraftanlagen bei Anlaufgeschwindigkeiten um 4 m/s geeigneten Flächen, insgesamt 27 „vorläufige Konzentrationszonen“ mit einer Gesamtfläche von 307,2 ha, wurden schließlich in einem weiteren Schritt mit „abwägungsbeachtlichen Belangen“ (Landschaftsschutz und schützenswerte Erholungsbereiche) überlagert und anhand von verschiedenen Beurteilungskriterien (Anhang 2 zum Standortkonzept 2003) verglichen. Im Rahmen der Bewertung wurden zwei Bereiche, nämlich der Kberg (Standort 05) und der Bereich „in der K auf den Wald“ (Standort 25) jeweils mit Einzelbegründung als uneingeschränkt „empfehlenswert“ eingestuft und eine Darstellung dieser beiden Flächen als Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan (Teilfortschreibung Windenergie) vorgeschlagen (Seite 39).

Des ungeachtet ergibt sich die Abwägungsfehlerhaftigkeit aus einer unzureichenden Ermittlung und Berücksichtigung naturschutzrechtlicher Belange. Zwar hat bei den „rechtlichen Grundlagen“ (Abschnitt 11, Seite 40) die europäische FFH-Richtlinie Erwähnung gefunden. Bei der Überlagerung der potentiellen Konzentrationszonen mit abwägungserheblichen Belangen (Abschnitt 8) ist aber dann der avifaunistische Aspekt eindeutig zu kurz gekommen. Bei der einleitenden Bestandsaufnahme wird die Bedeutung eines „FFH-Gebiets“ nur angerissen (Abschnitt 5.5.1, Seite 14). Dies setzt sich in der Begründung der Teilfortschreibung des Flächennutzungsplans (Erläuterungsbericht) fort. Dort wird im Abschnitt 4.2 („Auswirkungen“ von Windkraftanlagen, Seite 16) allgemein auf die Gefahren für „Vögel“ hingewiesen („Vogelschlagrisiko“), dann allerdings darauf verwiesen, dass eine detaillierte Untersuchung der avifaunistischen Belange „auf der Ebene des nachfolgenden Bebauungsplans“ erfolge. Im Abschnitt 6 des Erläuterungsberichts zur „Abwägung“ ist ausgeführt, dass in der Gemeinde weder Vogelzuglinien noch bekannte Rastplätze des regionalen und überregionalen Vogelzugs bekannt seien, so dass davon ausgegangen werden könne, dass keine erheblichen Beeinträchtigungen der Avifauna durch die Ausweisung der Konzentrationszone (gemeint: Kberg) aufträten. Dennoch solle auf der Ebene des nachfolgenden Bebauungsplans „durch ein entsprechendes Gutachten sichergestellt“ werden, dass durch den Bau der Windkraftanlage keine negativen Auswirkungen auf Vögel entstünden (Seite 19 unten im Erläuterungsbericht). Von der Ausweisung der Konzentrationszone für Windkraftanlagen seien keine schützenswerten Lebensräume betroffen, so dass eine Beeinträchtigung der Tier- und Pflanzenwelt „nicht zu erwarten“ sei (ebenda Seite 20 oben).

Eine Verlagerung von Konflikten im Rahmen der bauleitplanerischen Abwägung auf spätere Prüfungen und nachfolgende selbständige Verfahren ist dem Planer allerdings generell mit Blick auf das geltende Gebot einer Konfliktbewältigung durch die Planung nur dann erlaubt, wenn eventuelle Hindernisse für die Umsetzung der Planung grundsätzlich ausräumbar erscheinen. Das ist bei den genannten Artenschutzproblemen nicht der Fall. Deswegen hätte es der Beigeladenen zu 1) obliegen, auf eine derartige Konfliktlage hindeutenden

Hinweisen nachzugehen und die Frage des Ausmaßes der Betroffenheit geschützter Habitate konkret nachzuprüfen. Der Kläger hat im Berufungsverfahren auf im Rahmen des Planungsverfahrens geäußerte Bedenken des ornithologischen Beobachterrings Saar hinsichtlich eines speziell mit Blick auf Fledermauspopulationen unzureichenden Abstands zum Wald hingewiesen. Die avifaunistischen Bedenken hätten sich im nachfolgenden Aufstellungsverfahren für den Bebauungsplan auch „in vollem Umfang bestätigt“. Der Bebauungsplan zur Ausweisung eines Sondergebiets Windenergie am Kberg sei bis heute wegen entgegenstehender Belange des Fledermausschutzes nicht genehmigt worden. Nach Presseberichten sei inzwischen durch drei Gutachten belegt, dass am Standort Kleeberg 11 streng geschützte Fledermausarten und -gruppen im Umkreis von 1.000 m um die geplanten Standorte der Windkraftanlagen angesiedelt seien. Vor allem beim Großen Mausohr, bei der Wasser-, der Breitflügel-, der Zwerg-, der Rothaut- und bei der Bartfledermaus sowie beim Großen und beim Kleinen Abendsegler seien Beeinträchtigungen und sogar der Zusammenbruch der Fledermauskolonien zu befürchten. Dem sind die übrigen Beteiligten nicht entgegen getreten.

4.b) Der Abwägungsfehler bei Erlass der Teilfortschreibung für den Flächennutzungsplan im maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassung des Gemeinderats (§ 214 Abs. 3 BauGB 1998) ist im Sinne des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB offensichtlich, ergebnisrelevant und damit beachtlich.

Offensichtlich in diesem Sinne ist ein Mangel, wenn er sich aus den Materialien des Planaufstellungsverfahrens ergibt und die „äußere“ Seite der Abwägung betrifft, das heißt auf objektiv fassbaren Sachumständen beruht. (vgl. hierzu BVerwG, Beschluss vom 29.1.1992 – 4 NB 22.90 -, NVwZ 1992, 662, unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien, wonach die gerichtliche Überprüfung des Abwägungsvorgangs auf die Fälle beschränkt werden sollte, in denen zum Beispiel evident, das heißt erklärtermaßen und offen erkennbar unsachliche Erwägungen in die Abwägung eingeflossen sind.) „Offensichtlich“ sind Fehler und Irrtümer der Behörde, welche die Zusammenstellung und Aufbereitung des Abwägungsmaterials, die Erkenntnis und Einstellung aller wesentlichen Belange in die Abwägung und ihre Gewichtung betreffen, sofern sie sich aus den Akten, Protokollen oder sonstigen verfahrenszugehörigen Unterlagen ergeben, das heißt insoweit „erkennbar“ sind. (vgl. hierzu auch Schrödter, BauGB, 6. Auflage 1998, § 214 Anm. 46, m.w.N.; ebenso unter Hinweis auf die „leichte Erkennbarkeit“ BVerwG, Beschluss vom 7.11.1997 – 4 NB 48.96 -, NVwZ 1998, 956, 959; OVG des Saarlandes, Beschluss vom 23.10.2002 – 2 U 8/02 -, SKZ 2003, 88 Nr. 61) In dem Zusammenhang kommt also der Frage der Erkennbarkeit zentrale Bedeutung zu. Die Offensichtlichkeit in diesem Sinne ergibt sich bereits aus der erwähnten Formulierung des Erläuterungsberichts.

Die in § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB 1998 darüber hinaus geforderte Ergebnisrelevanz des Abwägungsfehlers liegt ebenfalls vor. „Von Einfluss gewesen“ in diesem Sinne ist ein Mangel im Abwägungsvorgang auf das Abwägungsergebnis, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, dass die planende Stelle eine andere Entscheidung getroffen hätte, wobei in dem Zusammenhang die lediglich abstrakte Möglichkeit einer anderen Entscheidung im Ergebnis nicht genügt. Dass hier eine andere Darstellung gewählt worden wäre, wenn die Problematik bekannt gewesen wäre, steht mit Blick auf das Erfordernis der Darstellung für die Windenergienutzung tauglicher Gebiete mit Ausschlusswirkung für andere Bereiche nicht in Frage.

5. Auch der LEP Umwelt 2004 vermag zumindest in dem hier in Rede stehenden Umfang keine negativen Ausschlusswirkungen im Verständnis des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu entfalten. In ihm wurde die von der Gemeinde favorisierte Vorrangfläche („Kberg“), die bereits – allerdings in größerem Umfang – im Entwurfsstadium (3. Entwurf) von der

Landesplanung als Vorrangfläche für die Windkraftnutzung vorgeschlagen worden war, festgelegt. Im LEP Umwelt 2004 wurde das Vorranggebiet entsprechend dem Vorschlag der Beigeladenen zu 1) wie dann im Flächennutzungsplan dargestellt gegenüber dem Entwurf reduziert. Insoweit hat das zur Planungsentscheidung der Gemeinde Gesagte entsprechend zu gelten. Wollte man – abweichend von den geschilderten Abläufen – wegen der zeitlichen Abfolge davon ausgehen, dass die Entscheidung der Beigeladenen zu 1) lediglich am Maßstab des § 1 Abs. 4 BauGB zu messen ist, würde daher im Ergebnis auch nichts anderes für eine dann selbständig zu beurteilende Abwägungsentscheidung der Landesplanungsbehörde – jedenfalls für das Gebiet der Beigeladenen zu 1) – gelten.

6. Ob bei Unwirksamkeit des LEP Umwelt 2004 nach dem Willen der Landesplanungsbehörde die Vorläufererfassung des LEP Umwelt 1999 hätte maßgeblich bleiben sollen, kann hier dahinstehen. Sie bezog sich ausdrücklich auf „Teilbereiche“ des Landes und kann aus heutiger Sicht eine landesweite Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auch deswegen nicht entfalten, da eine beträchtliche Zahl der darin festgelegten Vorranggebiete nach den Erkenntnissen der Landesplanung bei Aufstellung des LEP Umwelt 2004 auch nicht geeignet war, um der Windenergie in tatsächlicher Hinsicht „angemessen Raum zu schaffen“.

7. Können daher im Ergebnis insgesamt dem konkreten Vorhaben des Klägers auf dem „Großen Eberg“ keine öffentlichen Belange im Verständnis des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen gehalten werden, so war von einem Anspruch auf Erteilung des entsprechenden Vorbescheids auszugehen und der Berufung zu entsprechen. Eines Eingehens auf die ohnehin prozessual unzulässigen Hilfsanträge bedarf es nicht.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1, 159 Satz 1 VwGO, 100 ZPO. Da die Beigeladenen im Berufungsverfahren eigene Anträge gestellt haben, waren ihnen insoweit anteilig neben dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen (§ 154 Abs. 3 VwGO). Hinsichtlich des erstinstanzlichen Verfahrens, in dem die Beigeladenen keine Anträge gestellt hatten, kam eine Kostenerstattung auch mit Blick auf den Ausgang des Verfahrens nicht in Betracht (§ 162 Abs. 3 VwGO).

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 167 VwGO, 708 Nr. 10 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 VwGO) liegen nicht vor.

Beschluss

Der Streitwert wird auch für das Berufungsverfahren auf 50.000,- EUR festgesetzt (§§ 52 Abs. 1, 47 Abs. 2, 63 Abs. 2 GKG, ebenso bereits die vorläufige Festsetzung im Beschluss vom 15.12.2006 – 2 R 11/06 –).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.