

Az.: 4 A 209/14
2 K 589/08

Beglaubigte
Abschrift



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Klägerin -
- Antragsgegnerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Landkreis Zwickau
vertreten durch den Landrat
Robert-Müller-Straße 4 - 8, 08056 Zwickau

- Beklagter -
- Antragsteller -

beigeladen:

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

wegen

Immissionsschutzrechts, Errichtung von 2 Windenergieanlagen

hier: Antrag auf Zulassung der Berufung

hat der 4. Senat des Sächsischen Obergerichts durch den Präsidenten des Obergerichts Künzler, die Richterin am Obergericht Döpelheuer und den Richter am Obergericht Tischer

am 29. Juli 2015

beschlossen:

Der Antrag des Beklagten, die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 12. Februar 2014 - 2 K 589/08 - zuzulassen, wird abgelehnt.

Der Beklagte trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen.

Der Streitwert wird für das Zulassungsverfahren auf 50.000,- € festgesetzt.

Gründe

- 1 Der Antrag auf Zulassung der Berufung richtet sich gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 12. Februar 2014 - 2 K 589/08 -. Durch dieses wurde der Beklagte unter Aufhebung der entgegenstehenden Bescheide verpflichtet, über den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Errichtung von zwei Windenergieanlagen auf den Flurstücken Nr. ... und Nr. ... der Gemarkung N..... unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.
- 2 Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht ausgeführt: Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Neubescheidung nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO unter Heranziehung der Grundsätze zum "steckengebliebenen" Genehmigungsverfahren zu.

- 3 Dem Vorhaben der Klägerin stehe die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entgegen. Der Regionalplan vom 15. Oktober 1999 sei unwirksam. Bei seiner Bekanntmachung am 12. September 2002 habe ihm ein Fehler angehaftet, weil die Satzung nicht ausgefertigt worden sein. Auch nach seiner Ausfertigung am 28. November 2007 sei der Regionalplan nicht in Kraft getreten. Die als Satzung beschlossene Teilfortschreibung bzgl. der Plansätze zur Nutzung der Windenergie vom 3. November 2004 in der Fassung des Genehmigungsbescheids des SMI vom 10. Juni 2005 sei ebenfalls unwirksam. Ihr sei infolge der Unwirksamkeit des ursprünglichen Plans die planerische Grundlage entzogen worden. Die Unwirksamkeit der Teilfortschreibung führe auch nicht dazu, dass die ursprünglichen windenergetischen Festsetzungen des Regionalplans 2002 fortbestünden, weil dieser an einem Gültigkeitsmangel leide.
- 4 Die in der Teilfortschreibung enthaltenen Plansätze zur Nutzung der Windenergie könnten auch nicht als in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung und Landesplanung dem Vorhaben entgegen gehalten werden. Sie könnten infolge eines beachtlichen Mangels im Abwägungsvorgang, der auf das Abwägungsergebnis durchschlage, nicht zu einem Ziel der Raumordnung erstarken. Das Vorhaben der Klägerin widerspreche nicht Zielen der Raumordnung nach § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB.
- 5 Die in der Raumnutzungskarte (Karte 2) des unwirksamen Regionalplans 2002 ausgewiesenen Vorrang- und Vorbehaltsgebiete für die Windenergienutzung seien nicht als in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung anzusehen. Ihr Erstarken sei nicht mehr zu erwarten, weil der Plangeber sie durch die in der Teilfortschreibung 2005 ausgewiesenen Eignungs-/ Vorranggebiete für die Windenergienutzung ersetzt habe.
- 6 Die in den Karten 16.1 bis 16.14 der Teilfortschreibung von 2005 ausgewiesenen Eignungs-/ Vorranggebiete für Windenergienutzung seien keine in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung. Es sei nicht mit hinreichender Sicherheit zu erwarten, dass der Beigeladene sie noch in Kraft setze oder dass sie in diesem Fall rechtlichen Bestand hätten.

- 7 Es seien Mängel im Abwägungsvorgang erkennbar, weil der Beigeladene bei der Teilfortschreibung nicht strikt zwischen harten und weichen Tabukriterien unterschieden habe. Die von ihm vorgenommene Differenzierung nach Ausschlusskriterien und Restriktionskriterien entspreche nicht den Anforderungen an die Bewusstmachung und Dokumentation der Differenzierung von harten und weichen Tabuzonen. Die Mängel im Abwägungsvorgang seien nicht unbeachtlich.
- 8 Der Abwägungsmangel sei offensichtlich gewesen, weil er sich bereits aus dem Regionalplan selbst ergeben habe. Er sei auch auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen. Bei Abzug der harten Tabuzonen hätten sich in größerem Umfang Potentialflächen ergeben. Es bestehe die konkrete Möglichkeit, dass die Auswahl der Eignungs- und Vorranggebiete dann anders erfolgt wäre.
- 9 B. Der Antrag des Beklagten ist zulässig, aber unbegründet. Ein Zulassungsgrund nach § 124 Abs. 2 VwGO ist nicht gegeben.
- 10 I. Der Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) liegt nicht vor.
- 11 Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehen dann, wenn der Antragsteller des Zulassungsverfahrens tragende Rechtssätze oder erhebliche Tatsachenfeststellungen des Verwaltungsgerichts mit schlüssigen Gegenargumenten so in Frage stellt, dass der Ausgang des Berufungsverfahrens als ungewiss erscheint (SächsOVG, Beschl. v. 16. April 2008, SächsVBl. 2008, 191, 192; st. Rspr.).
- 12 2. Hierzu trägt der Beklagte wie folgt vor: Es sei unrichtig, dass das Verwaltungsgericht die Ziele des Regionalplans 2002 nicht einmal als in Aufstellung befindliche Ziele dem Vorhaben des Klägers habe entgegen stehen lassen. Die harten Tabuzonen müssten weiter reichen als vom Verwaltungsgericht angenommen, weil sich sonst die Ausweisung an einem letztlich doch nicht geeigneten Standort in einer Alibifunktion erschöpfen könnte. In der fehlenden Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen liege keine Verletzung grundlegender Anforderungen an den

Planungsprozess. Das Verwaltungsgericht habe die fragliche Planerhaltung unzutreffend in § 12 Abs. 5 ROG verortet. Das Abwägungsergebnis sei vielmehr erst dann zu beanstanden, wenn eine fehlerfreie Nachholung der erforderlichen Abwägung schlechterdings nicht zum selben Ergebnis führen könnte. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts genüge es nicht, dass die Klägerin in der Klageschrift vom 14. August 2008 Abwägungsfehler gerügt habe. Sie habe eine unzureichende Vergegenwärtigung und Dokumentation des Unterschieds zwischen harten und weichen Tabuzonen nicht gerügt, sondern sich lediglich dagegen gewandt, dass die genannten Kriterien überhaupt in die Abwägung einbezogen worden seien, also insgesamt und an sich nicht sachgerecht seien. Zudem reiche es für eine Rüge gegenüber dem richtigen Adressaten nicht aus, dass der Beklagte eine Kopie des Rügeschriftsatzes hilfeschend an den Rechtsvorgänger des Beigeladenen weitergeleitet habe. Zudem liege kein Abwägungsmangel vor, der auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sei.

- 13 3. Mit diesem Vorbringen hat der Beklagte die Begründung des Verwaltungsgerichts nicht derart in Frage gestellt, dass die Erfolgsaussichten offen wären und im Ergebnis auch eine Abweisung der Klage in Betracht kommen könnte.
- 14 a) Sämtliche Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu der Frage der Wirksamkeit des Regionalplans 2002 und seiner Teilfortschreibung bzgl. der Plansätze zur Windenergienutzung sind nicht entscheidungsrelevant. Ginge man davon aus, dass Regionalplan und Teilfortschreibung in einem ordnungsgemäßen Verfahren zustande gekommen wären, käme man nicht zwangsläufig zu dem Ergebnis, dass das Vorhaben der Klägerin nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unzulässig wäre, weil ihm wegen der Ausweisung von Flächen für Windkraftanlagen an anderer Stelle öffentliche Belange entgegen stünden. Zunächst wäre die Frage zu klären, ob die Ausweisung der Nutzungsflächen auch materiell rechtmäßig wäre, insbesondere, ob sie keinem Abwägungsfehler unterliegt. Hierfür würden dieselben Erwägungen gelten, wie sie das Verwaltungsgericht im Zusammenhang damit angestellt hat, ob das Vorhaben den in Aufstellung befindlichen Zielen der Raumordnung widerspricht. Dann wäre bereits im Rahmen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auf die Fragen einzugehen, ob der Rechtsvorgänger des Beigeladenen hinreichend zwischen harten und weichen Tabuzonen differenziert hat und ob ein etwaiger Mangel rechtzeitig gerügt worden ist.

- 15 b) Entscheidungserheblich ist die Frage, ob die in der Teilfortschreibung vorgesehenen Vorrang- und Eignungsgebiete für Windkraftanlagen ohne Abwägungsfehler festgelegt wurden. Dies hat das Verwaltungsgericht im Ergebnis zutreffend verneint.
- 16 ba) Das Verwaltungsgericht hat einen Abwägungsfehler darin gesehen, dass der Beigeladene bei Erstellung der Teilfortschreibung nicht strikt zwischen harten und weichen Tabukriterien unterschieden habe. Er hätte die Gebiete "mit besonderer avifaunistischer Bedeutung" und die Gebiete "mit besonderer Bedeutung für Fledermäuse" nicht als harte Tabuzone einstufen dürfen. Vielmehr handle es sich um weiche Tabuzonen, weil es der Prüfung bedürfe, ob artenschutzrechtliche Verbote aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BNatSchG nicht naturschutzrechtlich überwunden werden könnten. Dem setzt der Beklagte entgegen, dass ein weiches Tabukriterium nur dann vorliege, wenn planerisches Ermessen eröffnet sei. Bei der Aufstellung eines Regionalplans bestehe nicht die Möglichkeit, wie eine Immissionsschutzbehörde für eine konkrete projektierte Anlage die Genehmigungsfähigkeit zu beurteilen.
- 17 Das Vorbringen des Beklagten vermag keine Zweifel an dem Vorliegen eines Abwägungsfehlers zu begründen. Der Begriff der harten Tabuzone dient der Kennzeichnung von Teilen des Planungsraums, die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen auch immer, nicht in Betracht kommen, mithin für eine Windenergienutzung "schlechthin" ungeeignet sind; mit dem Begriff der weichen Tabuzone werden Bereiche des Plangebietes erfasst, in denen nach dem Willen des Plangebers aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen "von vornherein" ausgeschlossen werden "soll" (BVerwG, Urt. v. 11. April 2013 - 4 CN 2.12 -, juris Rn. 5). Zwar kann die Abgrenzung zwischen harten und weichen Tabuzonen in der Planungspraxis mit Schwierigkeiten verbunden sein. Dem kann jedoch dadurch Rechnung getragen werden, dass vom Plangeber nicht mehr gefordert wird, als was er "angemessen" leisten kann (BVerwG, Urt. v. 13. Dezember 2012 - 4 CN 2/11 -, juris Rn. 14).
- 18 Danach zählen die naturschutzrechtlichen Verbote aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BNatSchG zu den harten Tabukriterien. Dies gilt offensichtlich in Bezug auf solche, für die eine Ausnahme oder Befreiung nicht in Betracht kommt. Soweit die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung besteht, hat das

Verwaltungsgericht sie zwar unzutreffend als weiche Tabuzonen qualifiziert. Die Überwindbarkeit eines naturschutzrechtlichen Verbots hängt nicht von einer regionalplanerischen Abwägungsentscheidung des Planungsträgers ab, sondern von den naturschutzrechtlichen Voraussetzungen. Rechtliche oder tatsächliche Hindernisse, die möglicherweise im Einzelfall ausgeräumt werden können, sind nicht mit regionalplanerischen Erwägungen gleichzusetzen.

- 19 Die fehlerhafte Einstufung der Gebiete nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BNatSchG als weiche Tabuzonen durch das Verwaltungsgericht führt aber nicht zur Unrichtigkeit der Entscheidung. Der Beigeladene bzw. sein Rechtsvorgänger hätte nicht alle Gebiete, die einem Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BNatSchG unterfallen, generell als Ausschlussgebiete deklarieren dürfen. Vielmehr hätte er im Einzelfall untersuchen müssen, in welchen Bereichen ein Verbot durch eine Ausnahme oder Befreiung voraussichtlich überwunden werden kann. Diese Gebiete hätte er nicht in die harten Tabuzonen einbeziehen dürfen. Er war nicht berechtigt, diese Prüfung zu unterlassen, weil die Naturschutzbehörden im Einzelfall möglicherweise eine abweichende Entscheidung treffen. Im Ergebnis sind zu viele Flächen aus naturschutzrechtlichen Gründen den harten Tabuzonen zugeordnet worden.
- 20 bb) Ferner hat das Verwaltungsgericht einen Abwägungsfehler darin gesehen, dass sich der Beigeladene bei Festsetzung des Mindestabstands von 750m zu "Siedlungsflächen mit Wohn- und Erholungsfunktion" nicht der Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst gewesen sei. Er habe den Siedlungsabstand als Ausschlusskriterium bezeichnet, in der Begründung hingegen ausgeführt, dass die 750m - Pufferzone das Ergebnis einer Abwägung widerstreitender Interessen sei. Der Beklagte macht geltend, der Rechtsvorgänger des Beigeladenen habe in der Teilfortschreibung zu Recht eine harte Tabuzone von 750m Siedlungsabstand zugrunde gelegt. Dabei habe er nicht ganz ausgeschöpft, was danach noch als sichere Seite bei der Bemessung des harten Siedlungsabstands anzusehen sei. Auch bei der Bemessung harter Tabuzonen seien Vorsorgeerwägungen zulässig.
- 21 Das Vorbringen des Beklagten vermag keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils zu begründen. Der Plangeber muss sich zur Vermeidung eines Fehlers im Abwägungsvorgang den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen

bewusst machen und ihn dokumentieren (BVerwG, Urt. v. 11. April 2013 - 4 CN 2/12 -, juris Rn. 6). Der Beigeladene bzw. sein Rechtsvorgänger hat zu große Flächen zu den harten Tabuzonen gerechnet, weil seinem eigenen Vorbringen zufolge ein Teil der Abstandszone aus Gründen der Vorsorge gebildet wurde. Aus Vorsorgeerwägungen eingestellte Flächen sind jedoch als weiche Tabuzonen anzusehen. Weil der immissionsschutzrechtlich zwingend erforderliche Abstand nicht abstrakt bestimmt werden kann, sondern von der regelmäßig noch nicht bekannten Leistung, Konstruktion und Anzahl der Windkraftanlagen abhängig ist, die auf die jeweiligen Immissionsorte einwirken, ist eine trennscharfe Abgrenzung nicht möglich, sodass dem Plangeber ein Beurteilungsspielraum und eine Befugnis zur Typisierung zukommt. Derjenige Teil der Abstandszone, der ausschließlich auf Vorsorgeerwägungen i. S. v. § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG beruht, kann nicht mehr der harten Tabuzone zugeordnet werden (OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24. Februar 2011 - OVG 2 A 2.09 -, juris Rn. 65). Die Abstandsflächen jenseits des immissionsschutzrechtlich gebotenen Minimums sind den weichen Tabuzonen zuzuschlagen (vgl. BVerwG, Urt. v. 11. April 2013 - 4 CN 2/12 -, juris Rn. 8).

22 c) Ferner ist entscheidungstragend, ob die Abwägungsfehler rechtzeitig gerügt wurden. Das Verwaltungsgericht hat die Unbeachtlichkeit der Mängel im Abwägungsvorgang aus drei voneinander unabhängigen Gründen verneint: Der Regionalplan sei nicht wirksam in Kraft getreten, die Heilungsvorschriften fänden auf Abwägungsmängel keine Anwendung und die Rügefrist sei nicht versäumt worden. Ob die ersten beiden Erwägungen des Verwaltungsgerichts zutreffen, kann offen bleiben, weil keine Zweifel daran bestehen, dass die Rügefrist eingehalten wurde.

23 In seinem Urteil vom 20. Januar 2014 - 4 A 622/10 - hat der Senat auf die Bekanntmachung am 17. Januar 2008 abgestellt (juris Rn. 65). Wenn man die Bekanntmachung des Regionalplans am 17. Januar 2008 für maßgeblich erachtet, ist die Rügefrist des § 8 Abs. 3 SächsLPlIG a. F. eingehalten worden. Die schriftliche Rüge hat eine Anstoßfunktion. Es soll sichergestellt sein, dass der Planungsträger aufgrund gezielter Information in die Lage versetzt wird zu prüfen, ob und wie sich der geltend gemachte Mangel beheben lässt (NdsOVG, Urt. v. 14. Mai 2014 - 12 KN 244/12 -, juris 111). "Geltend gemacht" ist ein Mangel bereits dann, wenn ein Sachverhalt geschildert wird, aus dem sich der Mangel herleiten lässt, und wenn aus

den Erklärungen des Rügenden auch dessen Wille deutlich wird, sich für die angestrebte Unwirksamkeitserklärung auf den konkreten Mangel zu berufen (vgl. für Bebauungsplan: VGH BW, Urt. v. 17. Mai 2013 - 8 S 313/11 -, juris Rn. 39 m.w.N.). Nach diesen Maßstäben entspricht die Klagebegründung vom 14. August 2008 den Anforderungen an eine Rüge. Die Klägerin hat vorgetragen, dass eine Vielzahl der für die Abwägung der Vorrang- und Eignungsgebiete für die Windenergienutzung herangezogenen Ausschlusskriterien abwägungsfehlerhaft sei. Dies betreffe die Gewerbe- und Industriegebiete sowie industriell-gewerbliche Vorsorgestandorte, den Abstand zwischen Windenergieanlagenstandorten von mindestens 5 km, den Abstand zu Waldflächen und die Gebiete mit besonderer Bedeutung für den zivilen Luftverkehr (AS 113 ff). Abstände zu Siedlungsgebieten und Ausschlussgebieten aus naturschutzrechtlichen Gründen hat die Klägerin zwar nicht erwähnt. Ihre Rügen betrafen jedoch so viele Bereiche, dass der Beigeladene die Festlegungen in ihrer Gesamtheit hätte überdenken müssen. Eine teilweise Neufestsetzung der Ausschlussgebiete um die Siedlungsbereiche und die naturschutzrechtlich relevanten Gebiete herum oder unter deren Ausklammerung wäre kaum möglich gewesen, da immer eine Gesamtabwägung vorzunehmen war.

- 24 Sollte man die Bekanntmachung der Teilfortschreibung des Regionalplans bezüglich der Plansätze zur Windenergienutzung am 20. Oktober 2005 für maßgeblich erachten, wäre die Rügefrist ebenfalls gewahrt. Sie ist dadurch eingehalten worden, dass in dem Parallelverfahren 2 K 1669/02 dem Beklagten der Rügeschriftsatz durch das Verwaltungsgericht zugestellt wurde und der Beklagte dann den Rechtsvorgänger des Beigeladenen als Planungsträger innerhalb der Frist bei der Abfassung der Klageerwiderung beteiligte. Für eine fristwahrende Rüge reicht es aus, wenn ein entsprechender Schriftsatz im Verlauf eines mit dem Plangeber geführten Rechtsstreits dem Plangeber rechtzeitig zugeht. Die fristgerechte Geltendmachung eines Fehlers wirkt allgemein (inter omnes) und nicht nur zugunsten desjenigen, der den Fehler gerügt hat (SächsOVG, Urt. v. 20. März 2012 - 1 C 21/10 -, juris Rn. 51 m.w.N.). Der Übermittlung eines Rügeschriftsatzes an den Planungsträger durch das Verwaltungsgericht steht es gleich, dass der Planungsträger von der Beklagtenseite von den erhobenen Rügen in Kenntnis gesetzt wird. In beiden Fallkonstellationen erfährt der Planungsträger vollumfänglich von den vorgebrachten Einwendungen, sodass die Anstoßfunktion erfüllt ist.

- 25 d) Ebenfalls entscheidungserheblich ist die Frage, ob der Abwägungsmangel offenkundig war und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen ist. Offenkundigkeit ist gegeben. Das Verwaltungsgericht hat die Beeinflussung des Abwägungsergebnisses mit der Begründung bejaht, dass es wegen der mangelhaften Flächenbildung bereits an einer aussagekräftigen und richtigen Tatsachengrundlage für die Beurteilung der Frage fehle, ob der Windenergienutzung hinreichend substanzieller Raum verschafft worden sei. Dies vermag der Vortrag des Beklagten, dass nur in seltenen Fällen noch weiche Tabuzonen vorhanden seien und bei ordnungsgemäßem Verfahren nicht mehr und / oder größere Vorrang- und Eignungsgebiete für die Windenergienutzung ausgewiesen worden wären, nicht zu entkräften. Angesichts der abwägungsfehlerhaften Flächenermittlung kann dies nicht beurteilt werden. Insbesondere hat der Beklagte nicht dargelegt, dass die Erteilung naturschutzrechtlicher Ausnahmen und Befreiungen nicht in Betracht käme und die Festlegung der Abstände zu den Siedlungsgebieten nur in geringem Umfang auf Vorsorgeerwägungen zurückzuführen wäre.
- 26 e) Entscheidungserheblich ist ferner, ob die Festsetzung der Gebiete für die Windenergienutzung in Gestalt des Regionalplans 2002 (vor der Teilfortschreibung) dem Vorhaben der Klägerin als in Aufstellung befindliches Ziel der Raumplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegen gesetzt werden kann. Dies hat das Verwaltungsgericht zutreffend mit der Begründung verneint, dass der Beigeladene bzw. sein Rechtsvorgänger an dieser Planung aufgrund der Teilfortschreibung nicht länger festhalten wollte. Der Vortrag des Beklagten, bei Unwirksamkeit der Teilfortschreibung hätten die ursprünglichen Plansätze fortgelten sollen, weil mit der Fortschreibung die bisherigen Ziele lediglich hätten verfeinert und weiterentwickelt werden sollen, ist nicht überzeugend. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Beigeladene dann, wenn die Unwirksamkeit der Teilfortschreibung feststehen sollte, diese in einem ordnungsgemäßen und abwägungsfehlerfreien Verfahren nachholen wird.
- 27 II. Die Berufung ist nicht wegen besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) zuzulassen.

- 28 Dieser Zulassungsgrund setzt voraus, dass die Rechtssache in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht voraussichtlich größere, das heißt überdurchschnittliche, das normale Maß nicht unerheblich überschreitende Schwierigkeiten verursacht. Die besonderen Schwierigkeiten müssen sich auf Tatsachen- oder Rechtsfragen beziehen, die für das konkrete Verfahren entscheidungserheblich sind.
- 29 Das Urteil ist umfangreich und enthält zahlreiche Hilfserwägungen. Die tragenden Aspekte des Urteils sind jedoch nicht besonders schwierig und im Wesentlichen in der Rechtsprechung geklärt. Es ist allein neu zu entscheiden, wie man die Möglichkeit der Erteilung naturschutzrechtlicher Befreiungen und Ausnahmen bei der Flächenermittlung einstuft und ob man zur Wahrung der Rügefrist ausreichen lässt, dass der Rügeschriftsatz nicht direkt durch das Verwaltungsgericht, sondern durch einen Verfahrensbeteiligten an den Plangeber übermittelt wird. Diese Fragen sind nur von mittlerer bis leichter Schwierigkeit, weil sie an Themen anknüpfen, die in der Rechtsprechung bereits geklärt sind.
- 30 III. Die Berufung ist nicht deshalb zuzulassen, weil der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zukommt (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).
- 31 Grundsätzliche Bedeutung hat eine Rechtssache nur dann, wenn mit ihr eine grundsätzliche, bisher höchstrichterlich oder obergerichtlich nicht beantwortete Rechtsfrage oder eine im Bereich der Tatsachenfeststellung bisher obergerichtlich nicht geklärte Frage von allgemeiner Bedeutung aufgeworfen wird, die sich in dem erstrebten Berufungsverfahren stellen würde und im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder der Fortbildung des Rechts berufungsgerichtlicher Klärung bedarf.
- 32 Den von dem Beklagten aufgeworfenen Fragen kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu.
- 33 1. Auf die Wirksamkeit des Regionalplans und seiner Teilfortschreibungen kommt es nicht an. Daher sind die darauf bezogenen Fragen nicht entscheidungsrelevant.

- 34 2. Die Frage, ob ein Regionalplan ausreichend sicherstellt, dass die Windenergienutzung sich in einer ausgewiesenen Konzentrationszone gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzt, wenn die Windenergienutzung in der Konzentrationszone sicher nicht gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG oder das bauplanungsrechtliche Rücksichtnahmegebot verstößt, oder ob es für diese Sicherstellung genügt, dass diese Verstöße noch überwindbar sind, ist nicht entscheidungsrelevant. Das Verwaltungsgericht hat nicht die Eignung der ausgewiesenen Konzentrationszone bemängelt, sondern den Ausschluss anderer Flächen und die aus seiner Sicht fehlerhafte Bestimmung der Tabuzonen.
- 35 3. Die Frage, ob die Tatsache, dass der Plangeber ein gewisses Ermessen bei der Bestimmung hat, welches Maß von Siedlungsabstand erforderlich ist, dazu führt, dass die Bestimmung dieses Abstands diesen zu einer "weichen" Tabuzone macht, weil der Abstand der planerischen Abwägung des Plangebers unterliegt, ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt. Die Abstandsflächen jenseits des immissionsschutzrechtlich gebotenen Minimums sind den weichen Tabuzonen zuzuschlagen (vgl. BVerwG, Urt. v. 11. April 2013 - 4 CN 2/12 -, juris Rn. 8). Gleiches gilt für die Frage, ob die Berücksichtigung von Vorsorgeerwägungen bei der Bestimmung dieses Maßes dazu führt, dass der Plangeber planerisch abwägt bzw. sich ein Abwägungsspielraum eröffnet.
- 36 4. Der Frage, ob die Ausweisung von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung im sächsischen Wald durch das SächsWaldG ausgeschlossen ist, kommt keine Entscheidungsrelevanz zu. Das Verwaltungsgericht hat ausdrücklich offen gelassen, ob Waldflächen und waldnahe Offenbereiche eine harte Tabuzone darstellen.
- 37 Auch ist die Frage, ob alle Landschaftsschutzgebiete "weiche" Tabuzonen sind, nicht entscheidungsrelevant, weil das Verwaltungsgericht dies ebenfalls offen gelassen hat.
- 38 5. Die Frage, ob die vom Verwaltungsgericht gesehenen Abwägungsfehler unter § 12 Abs. 3 Satz 2 oder unter § 12 Abs. 5 ROG 2008 fallen, ist nicht entscheidungsrelevant. Das Verwaltungsgericht hat § 12 Abs. 3 Satz 2 ROG 2008 angewandt. Bei Anwendung des § 12 Abs. 5 ROG wäre das Ergebnis jedoch nicht anders ausgefallen.

Das Verwaltungsgericht hat zusätzlich geprüft, ob der Mangel unbeachtlich geworden ist, weil er nicht fristgerecht gerügt wurde. Dies hat es verneint.

39 6. Der Frage, ob die "inter omnes"-Wirkung einer Rüge von Abwägungsfehlern in einer Satzung auch dann entsteht, wenn die Rüge an den falschen Adressaten geht und nur dieser den richtigen Adressaten informiert, kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu. Der Fall der Information des richtigen Adressaten direkt durch das Verwaltungsgericht - nicht durch den Rügenden - ist bereits geklärt. Diese Rechtsprechung kann fortentwickelt werden.

40 IV. Der Zulassungsgrund der Divergenz (§ 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO) liegt ebenfalls nicht vor.

41 Nach § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ist die Berufung zuzulassen, wenn das verwaltungsgerichtliche Urteil von einer Entscheidung u. a. des Oberverwaltungsgerichts oder des Bundesverwaltungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht. Die Regelung dient dem Allgemeininteresse an der Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Die Abweichung kann sich auf eine Rechtsfrage oder auf eine Tatsachenfrage beziehen, wenn diese ihrer Natur nach verallgemeinerungsfähig und nicht fallspezifisch ist. Erforderlich ist, dass ein tragender Grund der Entscheidung im Widerspruch steht zu einem tragenden Grund der Entscheidung eines der genannten Obergerichte und dieser Widerspruch dieselbe Rechtsvorschrift betrifft (Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl., § 124 Rn. 11).

42 Eine Divergenz zu Entscheidungen des BVerwG oder des SächsOVG ist nicht gegeben.

43 1. Die geltend gemachte Abweichung von BVerwG, Urt. v. 1. Juli 2010 - 4 C 4.08 - und von SächsOVG, Urt. v. 20. Januar 2014 - 4 A 662/10 - betrifft die Wirksamkeit der Ausfertigung des Regionalplans und ist nicht entscheidungsrelevant. Gleiches gilt für die vorgetragene Abweichung von BVerwG, Urt. v. 1. Juli 2010 - 4 C 4.08 - und von SächsOVG, Urt. v. 20. Januar 2014 - 4 A 662/10 -.

- 44 Die vorgetragene Abweichung von BVerwG, Beschl. v. 13. Januar 1989 - 4 NB 33.88 - und von BVerwG, Beschl. v. 16. Mai 1991 - 4 NB 26.90 - betrifft die Bekanntmachung des Regionalplans und ist ebenfalls nicht entscheidungsrelevant.
- 45 2. Eine Abweichung von BVerwG, Urt. v. 11. April 2013 - 4 CN 2.12 - und von BVerwG, Urt. v. 17. Dezember 2002 - 4 C 15.01 - ist nicht hinreichend dargelegt. Der Beklagte trägt nicht vor, welchen Rechtssatz das Bundesverwaltungsgericht zur Abgrenzung von harten und weichen Tabuzonen aufgestellt hat, von dem das Verwaltungsgericht abgewichen sein soll. In der Sache wird vielmehr die Subsumtion durch das Verwaltungsgericht kritisiert.
- 46 Von dem Rechtssatz des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 11. April 2013, dass ein Abwägungsfehler nur dann auf das Ergebnis von Einfluss gewesen wäre, wenn mehr und / oder größere Vorrang- und Eignungsgebiete für die Windenergienutzung ausgewiesen worden wären, ist das Verwaltungsgericht nicht abgewichen. Es hat ausgeführt, dass sich bei einer korrekten Flächenermittlung nach Abzug der harten Tabuzonen zunächst auch in einem größerem Umfang Potentialflächen ergeben hätten und sich dann die konkrete Möglichkeit einer anderen Auswahl der Eignungs- und Vorranggebiete ergeben hätte. Auf mehr als eine solche Möglichkeit konnte das Verwaltungsgericht aufgrund der unzutreffenden Flächenermittlung nicht abstellen. Hierin liegt aber kein Widerspruch zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts. Ansonsten wären Abwägungsfehler, die derart gravierend sind, dass sie eine korrekte Flächenausweisung nicht erkennen lassen und eine ordnungsgemäße Bestimmung der Vorrang- und Eignungsgebiete im Wege der Kontrollüberlegungen ausschließen, immer ohne Einfluss auf das Abwägungsergebnis.
- 47 Der Vortrag des Beklagten, das Verwaltungsgericht sei von dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. April 2013 abgewichen, weil der fragliche Abwägungsfehler nicht unter § 12 Abs. 3, sondern unter § 12 Abs. 5 ROG 2008 falle, ist nicht nachvollziehbar. Sowohl das Bundesverwaltungsgericht (juris Rn. 9) als auch das Verwaltungsgericht haben § 12 Abs. 3 ROG angewandt. Inhaltlich hat das Verwaltungsgericht die Voraussetzungen des § 12 Abs. 5 ROG zusätzlich geprüft und abgelehnt.

- 48 3. Bezüglich der Anwendbarkeit des § 8 Abs. 3 SächsLPlIG 2001 ist das Verwaltungsgericht von dem Urteil des Sächsischen Obergerichtes vom 20. Januar 2014 - 4 A 622/10 - abgewichen. Diese Abweichung ist aber nicht entscheidungsrelevant, weil das Verwaltungsgericht eine fristgerechte Rüge bejaht hat.
- 49 Im Hinblick auf die Versäumnis der Rügefrist hat der 4. Senat in seinem Urteil vom 20. Januar 2014 keinen Rechtssatz aufgestellt. Er hat nur dargelegt, dass es an einer Geltendmachung fehle, wie der Beigeladene zu 2. des damaligen Verfahrens im Anschluss an den Erörterungstermin vom 24. Oktober 2013 mit Schriftsatz vom 7. November 2013 ausdrücklich bestätigt habe. Dies ist als Subsumtion des Sachverhalts zu qualifizieren, nicht als Aufstellung eines Rechtssatzes. Dem Verwaltungsgericht war nunmehr ein anderer Sachverhalt bekannt, sodass es zu einem anderen Ergebnis der Subsumtion gelangte.
- 50 4. Es liegt keine Abweichung von SächsOVG, Urt. v. 26. November 2002 - 1 D 36/01 - vor. Das Obergericht hat zur Einhaltung der Rügefrist die Übermittlung eines Schriftsatzes des Rügenden an den Planungsträger unmittelbar durch das Gericht als ausreichend angesehen. Es war nicht Gegenstand der Entscheidung, ob auch die Weiterleitung des Schriftsatzes an den Planungsträger durch einen anderen Verfahrensbeteiligten ausreicht.
- 51 5. Eine Abweichung von BVerwG, Urt. v. 2. Januar 2001 - 4 BN 13.00 - ist nicht gegeben. Die vom Bundesverwaltungsgericht getroffene Feststellung der inter omnes-Wirkung einer Rüge auch zugunsten anderer Planbetroffener enthält keine Aussage zur Frage der Weiterleitung der Rüge an den Planungsträger.
- 52 6. Es kann dahinstehen, ob Abweichungen von SächsOVG, Urt. v. 10. November 2011 - 1 C 17/09 - und von BVerwG, Urt. v. 11. April 2013 - 4 CN 2/12 - vorliegen. Die Frage einer Untergrenze für auszuweisende Konzentrationsflächen ist nicht entscheidungsrelevant. Das Verwaltungsgericht hat die Ergebnisrelevanz des Abwägungsfehlers nicht auf das Unterschreiten einer Mindestgrenze gestützt, sondern darauf, dass der Beigeladene mangels Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen nicht auf der richtigen Tatsachengrundlage habe entscheiden können.

53 7. Die geltend gemachte Abweichung von BVerwG, Urt. v. 20. Mai 2010 - 4 C 7.09 -
ist nicht entscheidungsrelevant, weil das Verwaltungsgericht seine Entscheidung nicht
auf einen Flächenvergleich zwischen den ausgewiesenen Konzentrationsflächen mit
der Gesamtfläche gestützt hat.

54 V. Die Berufung ist nicht nach § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO zuzulassen, weil ein
Verfahrensmangel nicht ersichtlich ist.

55 1. Der Vorwurf des Beklagten, dass das Verwaltungsgericht aufgrund mangelhafter
eigener Ermittlungen zu einem falschen Verhältnis der Fläche der ausgewiesenen
Konzentrationszonen zu der Potentialfläche gekommen sei, beinhaltet keinen
Verfahrensmangel.

56 2. Das Verwaltungsgericht war nicht verpflichtet, den Beigeladenen zur Ermittlung
der Flächen nach Abzug der harten Tabuzonen heranzuziehen. Da die
Planungsgrundlage abwägungsfehlerhaft war, bestand kein Raum für rechtmäßige
Alternativbetrachtungen. Der Beigeladene oder der Beklagte hätten hierzu selbst
substantiiert vortragen oder einen förmlichen Beweis Antrag stellen müssen.

57 C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 VwGO.

58 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 1
GKG. Sie ist in Anlehnung an Nr. 1.4 und Nr. 19.1.2 des Streitwertkatalogs für die
Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 erfolgt.

59 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 52 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66
Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Künzler

Döpelheuer

Tischer

