

Würzburger Studien zum Umweltenergierecht

Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen

Ein Beitrag zur Stabilisierung der Flächenausweisung für die Windenergie

#22 | 04.08.2021

erstellt von
Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

II Begrenzung von Fehleranfälligkeit und Aufwand von Konzentrationszonenplanungen

Zitiervorschlag:

Wegner, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 04.08.2021.

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (NeuPlan Wind)“

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

**Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg**

Telefon
+49 931 794077-0

Telefax
+49 931 7940 77-29

E-Mail
wegner@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand
Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat
**Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz
Prof. Dr. Franz Reimer
Prof. Dr. Monika Böhm**

Spendenkonto
**Sparkasse Mainfranken Würzburg
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83
BIC: BYLADEM1SWU**

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	1
A. Einleitung	2
B. Ansätze zur Begrenzung von Fehleranfälligkeit und Planungsaufwand	4
I. Materiell-rechtliche Fehlerquellen	4
1. Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Identifikation harter Tabuzonen	4
a) Die Tabuzonenrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	4
b) Kritik der Tabuzonenrechtsprechung	6
aa) Unklare und widersprüchliche Einordnung von Gebietskategorien	6
bb) Erhöhter Planungsaufwand durch fehlerhafte Dogmatik	7
cc) Zwischenfazit	9
c) Vorschläge für einen veränderten Umgang mit Tabuzonen	9
aa) Rückbesinnung auf eine klare Unterscheidung von Planungs- und Genehmigungsebene	9
bb) Gesetzgeberische Definition harter Tabukriterien	11
cc) Vorschläge eines Verzichts auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen	12
dd) Bewertung und eigener Vorschlag	14
(1) Handlungsspielraum des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der Konzentrationszonenplanung	14
(2) Notwendigkeit ergänzender Regelungen zur Vermeidung von Missbrauchsmöglichkeiten	17
d) Zwischenergebnis	18
2. Die unzureichende quantitative Steuerungswirkung des Substanzgebots	18
a) Verständnis des Substanzgebots als Ausdruck des Verbots der Verhinderungsplanung	19
b) Das Fehlen einer quantitativen Vorgabe zur Gewährleistung der Flächen- und Ausbauziele im Bundesrecht	20
c) Mengenvorgaben als Mittel der Mengensteuerung und Bezugspunkt gerichtlicher Kontrolle	21
d) Zwischenergebnis	22
3. Unklarheiten über die erforderliche Untersuchungs- und Abwägungstiefe	22
4. Dichtezentren als planerischer Ansatz zur Bewältigung des Artenschutzes	25
a) Dogmatische Verortung im Rahmen der Konzentrationszonenplanungen	27
b) Rechtmäßigkeitsanforderungen	27

IV Begrenzung von Fehleranfälligkeit und Aufwand von Konzentrationszonenplanungen

c) Planerische Vorbereitung artenschutzrechtlicher Ausnahmen: Quelle erhöhten Planungsaufwands? _____ 28

II. Formell-rechtliche und sonstige Fehlerquellen _____ 29

1. Bekanntgabe von Planentwürfen und Plänen _____ 30

a) Planentwürfe _____ 30

b) Bekanntgabe der Genehmigung von Flächennutzungsplänen _____ 31

2. Erforderlichkeit der Ausfertigung _____ 32

3. Der Umgang mit Masseneinwendungen und Digitalisierung der Öffentlichkeitsbeteiligung _____ 33

C. Fazit _____ 35

Zusammenfassung

Grundvoraussetzung für das Erreichen der Ausbauziele für die Windenergie an Land ist die ausreichende Bereitstellung geeigneter Flächen. Raumplanerisch erfolgt die Bereitstellung ganz überwiegend mit dem Instrument der sog. Konzentrationszonenplanung in Verbindung mit der Privilegierung der Windenergienutzung im baulichen Außenbereich. Das Instrument der Konzentrationszonenplanung leidet jedoch aufgrund seiner Komplexität einerseits unter einer erheblichen Fehleranfälligkeit, was in vielen Fällen trotz immensen Planungsaufwands zur gerichtlichen Aufhebung solcher Pläne führt. Andererseits fehlt es aktuell an einer echten Mengensteuerung, um die Ausweisung einer ausreichenden Menge an Flächen sicherzustellen.

Die vorliegende Würzburger Studie zum Umweltenergierecht schließt eine dreiteilige Untersuchung zur Flächensteuerung bei der Windenergie an Land ab, die zunächst eine umfassende **Analyse der Fehlerquellen von Konzentrationszonenplanungen** und sodann **Vorschläge für den Umgang mit Fehlern und zur Begrenzung der Fehlerfolgen** umfasste. Es wird im nunmehr letzten Schritt gezeigt, wie das derzeitige System der Flächensteuerung für die Windenergie an Land fortentwickelt werden kann, um Fehleranfälligkeit und Aufwand einzelner Planungen zu begrenzen. Dabei sollen die grundlegenden Elemente des derzeitigen Systems, insbesondere Außenbereichsprivilegierung einerseits und Beschränkungsmöglichkeit (sog. Planvorbehalt) andererseits, erhalten bleiben. Der Vorschlag unterscheidet sich insoweit von Ansätzen, die einen grundlegenden Systemwechsel vorschlagen.

Im Einzelnen werden Vorschläge für einen verbesserten Umgang mit der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen analysiert und eingeordnet. Es wird gezeigt, dass auch ein Verzicht auf diese Unterscheidung in ihrer strengen Form möglich und dann zu empfehlen ist, wenn sie mit einer verstärkten Form einer bundesrechtlichen Mengensteuerung für die Flächenausweisung einhergeht. Es wird zudem aufgezeigt, wie Unklarheiten über die erforderliche Untersuchungs- und Abwägungstiefe

bei Konzentrationszonenplanungen beseitigt und verschiedene formelle Fehlerquellen solcher Planungen abgestellt werden können. Mit den Dichtezentren wird schließlich ein planerischer Ansatz für eine verbesserte Bewältigung des Artenschutzes auf Planungsebene untersucht und die Voraussetzungen formuliert, unter denen auch der Windenergieausbau von seiner Verwendung profitieren kann.

Kernergebnisse

- ▶ Die Fehleranfälligkeit und auch der Planungsaufwand von Konzentrationszonenplanungen kann unter Bewahrung des Zusammenspiels von allgemeiner Außenbereichsprivilegierung der Windenergie und der Möglichkeit ihrer räumlichen Beschränkung (sog. Planvorbehalt) mittels verschiedener Maßnahmen gesetzgeberisch adressiert werden.
- ▶ Durch eine punktuelle Modifikation des Zusammenspiels von Außenbereichsprivilegierung und Planvorbehalt könnte der Gesetzgeber einen Verzicht auf die strenge Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen bewirken. Ein solcher Verzicht sollte jedoch unbedingt um eine stärkere bundesrechtliche Mengensteuerung ergänzt werden, um nicht ungewollt Missbrauchsmöglichkeiten bei der Flächenausweisung für die Windenergie zu eröffnen.
- ▶ Die Berücksichtigung von Dichtezentren im Rahmen von Konzentrationszonenplanungen verspricht in der Theorie einen verbesserten Ausgleich zwischen Artenschutz und Windenergieausbau und kann dabei helfen, die Steuerungsleistung planerischer Ausweisungen zu verbessern. Damit aber der Windenergieausbau hiervon profitiert, müssen neben methodischen Fragen insbesondere auch die Anwendbarkeit des Ausnahmeregimes des Artenschutzes außerhalb der Dichtezentren sichergestellt werden.

A. Einleitung

Die ausreichende Flächenverfügbarkeit ist notwendige Voraussetzung dafür, dass die Ausbauziele des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG 2021) im Bereich der Windenergie an Land erreicht werden können. Gemäß § 4 Nr. 1e) EEG 2021 soll die installierte Leistung von Windenergieanlagen an Land bis 2030 auf 71 GW ausgebaut werden und damit einen ganz wesentlichen Beitrag zur Erzeugung einer jährlichen Strommenge aus erneuerbaren Energien von über 376 Terrawattstunden beitragen¹. Nach der Anpassung des Klimaschutzgesetzes infolge des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 24.03.2021² scheint zudem gar eine weitere Anhebung der Ausbaupfade für die Windenergie erforderlich zu sein, auch wenn sie einstweilen bei der Anpassung des EEG 2021 unterblieben ist. Untersuchungen legen nahe, dass die bislang planerisch für die Windenergienutzung ausgewiesenen oder in Planentwürfen erhaltenen Flächen für die Umsetzung der notwendigen Ausbaupfade kurzfristig noch ausreichen. Mittel- und langfristig ist jedoch eine zusätzliche Bereitstellung von Flächen nötig³.

Die bisherige Flächenbereitstellung für die Windenergie an Land wurde planungsrechtlich in erster Linie mittels sog. Konzentrationszonenplanungen erreicht. Dabei wird durch Aktivierung des sog. Planvorbehalts nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auf Raumordnungs- oder

Flächennutzungsplanebene die zunächst allgemein im gesamten baulichen Außenbereich geltende Privilegierung von Windenergievorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB in ihrer Wirkung auf bestimmte Flächen konzentriert. Im Ergebnis soll so der allergrößte Teil des Außenbereichs von Windenergieanlagen freigehalten, diesen aber zugleich weiterhin substanziell Raum eingeräumt werden⁴. An die mit diesen Planungen verbundene Ausschlusswirkung außerhalb der ausgewiesenen Konzentrationsflächen stellt das Bundesverwaltungsgericht hohe Anforderungen und fordert insbesondere ein schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept⁵.

In der Praxis zeigt sich, dass zahlreiche solcher Planungen in der gerichtlichen Kontrolle scheitern und teils ganz⁶ oder jedenfalls hinsichtlich der von ihnen ausgehenden Ausschlusswirkung⁷ gerichtlich aufgehoben werden. In der Folge können Windenergievorhaben nicht selten⁸ wieder auch außerhalb der ausgewiesenen Flächen realisiert werden, wenn dem nicht Planungsträger mit Plansicherungsinstrumenten oder Landesgesetzgeber mit sog. „Windenergie-Moratorien“⁹ zuvorkommen. Planerische Steuerung findet hier dann nur eingeschränkt und kleinräumig auf alleiniger Grundlage des gesetzgeberischen Planersatzes nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB

¹ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2021 (BGBl. I S. 3138) geändert worden ist.

² BVerfG, Beschl. vom 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a.

³ UBA, Climate Change 38/2019, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, 2019, S. 122 f. zu Abschätzungen mit Blick auf die Ausbaupfade des EEG 2017 bzw. den hierauf bezogenen Szenarien des Netzentwicklungsplans Strom.

⁴ 2019 wurden deutschlandweit Flächen im Umfang von 3.131,4 km² (0,9 % der Gesamtfläche) der Windenergienutzung zur Verfügung gestellt bzw. sollten ihr nach Planentwürfen zur Verfügung gestellt werden. Dabei bestanden erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern. Vgl. Tabelle 6, UBA, *ibid.*, S. 62.

⁵ St. Rspr., siehe nur BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris Rn. 9.

⁶ Im Falle von Normenkontrollen von Regionalplanungen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB,

OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.05.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 36.

⁷ So aufgrund prozessualer Beschränkungen im Falle der Normenkontrolle von Flächennutzungsplänen mit den Wirkungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 C 3/18, juris Rn. 29.

⁸ Zur Möglichkeit des Wiederauflebens älterer Planfassungen, *Kerkmann*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerwG, Urteil vom 13.12.2018 (4 C 3/18), NVwZ 2019, 494 (495); *Raschke*, Die Reichweite der Statthaftigkeit der Normenkontrolle gegen Planungen mit Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, ZfBR 2019, 329 (332 ff.).

⁹ In Schleswig-Holstein galt ein solches Moratorium auf landesrechtlicher Grundlage zwischen 2016 und Ende 2020. Es ist dort nach mehrfacher Verlängerung mit Inkrafttreten der neuen Regionalpläne ausgelaufen. In Brandenburg gilt in Regionen ohne wirksame Konzentrationszonenplanung seit Mai 2019 ein vergleichbares Moratorium.

statt¹⁰. Ein Verlust an Akzeptanz des Windenergieausbaus bei betroffenen Anwohnern und Entscheidungsträgern steht hier in der Folge zu befürchten.

Um dem zu begegnen, wurde eine umfassende Untersuchung in drei Schritten durchgeführt: Ausführliche Fehlerquellenanalysen einschlägiger Gerichtsentscheidungen haben gezeigt, dass solche Pläne an einer Mehrzahl unterschiedlicher materiell- und formell-rechtlicher Fehler scheitern¹¹. Allein eine Ausweitung von Vorschriften zur Begrenzung der Fehlerfolgen und auch ein verbesserter Umgang mit Planaufhebungen¹², wie sie in einem zweiten Schritt vorgeschlagen wurden, können die Planungen zwar kurzfristig stabilisieren helfen, dürften den festgestellten Zustand aber nicht entscheidend verbessern.

Vor diesem Hintergrund wurde nunmehr zum Abschluss des Dreischritts der Versuch unternommen, Vorschläge zur Vermeidung typischer Fehler zu entwickeln. Die dargestellten Vorschläge richten sich insbesondere an den Gesetzgeber und sollen diese Handlungsmöglichkeiten aufzeigen, um die Fehleranfälligkeit von Konzentrationszonenplanungen, aber auch den mit ihnen verbundenen Planungsaufwand zu reduzieren. Dabei müssen die Änderungen zugleich eine Flächenverfügbarkeit sicherstellen, wie sie zur Erreichung der Ausbauziele ausreichend ist. Hierfür muss das grundlegende Zusammenspiel der Außenbereichsprivilegierung der Windenergie einerseits und des Planvorbehalts andererseits gewahrt werden. Dieses führt schon heute dazu, dass planerische Untätigkeit

für die Planungsträger keine Option ist, wenn man eine Steuerung des Windenergieausbaus erreichen will und Windenergiegegner kein Interesse daran haben, Konzentrationszonenplanungen zu beklagen, da deren Aufhebung wieder zur ursprünglichen Öffnung des Außenbereichs führt. Wie zu zeigen sein wird, bedarf dieser Mechanismus jedoch eine Ergänzung durch explizite Mengenzielvorgaben für die Flächenausweisung.

Die vorliegende Darstellung geht ihrer Zielrichtung nach über jüngste Vorschläge zur Weiterentwicklung bzw. gänzlichen Neuaufstellung der planerischen Steuerung der Windenergie¹³ hinaus. Es sollen nicht nur Wege aufgezeigt werden, wie eine ausreichende Flächenmenge innerhalb des etablierten Planungssystems gesichert werden kann. Dieser Aspekt wird auch hier adressiert, wenngleich nicht voll entfaltet, da er bereits an anderer Stelle beschrieben wurde¹⁴. Der Fokus liegt vielmehr darauf, die Konzentrationszonenplanungen selbst zu stabilisieren, das heißt insbesondere gerichtsfester zu machen sowie den Planungsaufwand zu verringern und damit die Funktionsfähigkeit der planerischen Steuerung zu verbessern. Dabei sind die Überlegungen zudem beschränkt auf die Modifikation von Konzentrationszonenplanungen i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, ohne die Grundbausteine dieser Steuerung – allgemeine Außenbereichsprivilegierung einerseits und Planvorbehalt andererseits – in Frage zu stellen. Hierauf bezogene Vorschläge¹⁵ werden allein am Rande in die Betrachtung einbezogen.

¹⁰ Danach sind Windenergieanlagen im Außenbereich nur dort unzulässig, wo ihnen ein öffentlicher Belang des § 35 Abs. 3 BauGB entgegensteht.

¹¹ *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte Nr. 14 vom 7.9.2015 sowie Nr. 37 vom 14.12.2018. Ebenfalls erschienen in ZfBR 2016, 548 ff. bzw. ZfBR 2019, 230 ff.

¹² *Wegner*, Ansätze zum Umgang mit Fehlern und zur Begrenzung der Fehlerfolgen bei Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 39 vom 6.3.2019; zu entsprechenden Vorschlägen siehe auch *Schmidt-Eichstaedt*, Die harten und weichen Tabuzonen bei der Windenergieplanung und die Beachtlichkeit etwaiger Fehlzuordnungen, ZfBR 2019, 434 ff. sowie ders., Vorschlag 3, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 18 ff..

¹³ Siehe Stiftung Klimaneutralität, Wie kann die Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergie an Land schnell und rechtssicher erhöht werden? – Ein

Regelungsvorschlag, 28.01.2021 sowie das zugrunde liegende Gutachten von *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Dezember 2020.

¹⁴ UBA, Climate Change 21/2020, *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter/Heinemann/Seidl*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, Juli 2020.

¹⁵ So insbesondere die Vorschläge betreffend die Einführung eines Fachplanungsregimes für die Windenergie bei *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy, Mai 2020 sowie *Rodi*, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, 658 ff. In diese Richtung auch bereits *Hermes*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, ZUR 2014, 259 ff.

B. Ansätze zur Begrenzung von Fehleranfälligkeit und Planungsaufwand

I. Materiell-rechtliche Fehlerquellen

Unter den materiell-rechtlichen Fehlerquellen¹⁶ von Konzentrationszonenplanungen sticht insbesondere die nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erforderliche Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen¹⁷ als erster Arbeitsschritt der Erstellung des geforderten gesamträumlichen Planungskonzepts hervor. Schwierigkeiten bereitet hier in erster Linie die rechtssichere Identifikation harter Tabuzonen (hierzu unter 1.)¹⁸. Weitere Fehlerquellen stellen der quantitative Aspekt der Anforderung, der Windenergie substanzziell Raum zu schaffen (sog. Substanzgebot, hierzu unter 2.), Unklarheiten über die im Einzelfall notwendige Abwägungs- und Untersuchungstiefe (hierzu unter 3.) sowie der Umgang mit dem Artenschutz auf Planungsebene (hierzu unter 4.), dar.

1. Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Identifikation harter Tabuzonen

a) Die Tabuzonenrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist bei der Erarbeitung eines schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzepts als Voraussetzung für die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB im ersten Schritt eine Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen erforderlich¹⁹. Dogmatisch begründet wird dies durch das Gericht mit den unterschiedlichen rechtlichen Eigenschaften beider Flächenkategorien. Unter harten Tabuzonen werden dabei solche Flächen verstanden, auf denen eine Realisierung von Windenergievorhaben auf unabsehbare Zeit aus rechtlichen (bspw. aus den Lärmgrenzwerten folgende Schutzabstände) oder tatsächlichen Gründen (bspw. mangelnde Windhöflichkeit) schlechterdings ausgeschlossen ist²⁰. Der Ausweisung solcher Flächen stehe das Erforderlichkeitsgebot gem. § 1 Abs. 3 BauGB²¹ bzw. § 2 Abs. 1 ROG²² entgegen. Sie seien deshalb bereits vor der Abwägung aus dem Aufstellungsprozess auszuschneiden. Der

¹⁶ Vgl. *Wegner*, Fehlerquellen von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltergierrecht Nr. 14 vom 07.09.2015, S. 5 ff. sowie Nr. 37 vom 14.12.2018, S. 8 ff.

¹⁷ Die Verwendung der Begriffe Tabuzonen, -flächen und Tabukriterien ist in der Literatur nicht ganz einheitlich. Nach hiesigem Verständnis werden als Tabuzonen oder -flächen die als solche identifizierten Flächen in einem Plangebiet bezeichnet. Unter Tabukriterien werden dagegen diejenigen Merkmale verstanden, die von Planungsstellen zugrunde gelegt werden, um Tabuflächen im Rahmen der Untersuchung des Plangebietes zu identifizieren.

¹⁸ Diese ist auch Hauptkritikpunkt der Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur, siehe nur *Hendler/Kerkmann*, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2014, 1369 ff.; *Tyczewski*, Konzentrationszonen für Windenergieanlagen rechtssicher planen – Illusion oder Wirklichkeit, BauR 2014, 934 (935 ff.); *Erbguth*, Bindung und Abwägung bei der Planung von

Konzentrationszonen: zum Verständnis des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, DVBl 2015, 1346 ff.; *Wagner*, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, VerwArch 2020, 220 ff.; *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584 (595); *FA-Wind*, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020; *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 160 ff.; *Thomann*, Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen, 2018, S. 328 ff.

¹⁹ St. Rspr. seit BVerwG, Beschl. v. 15.09.2009 – 4 BN 25.09; BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris Rn. 10.

²⁰ Siehe nur BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris Rn. 10 sowie bereits BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 17.

²¹ BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris Rn. 12.

²² Vgl. hierzu *Wagner*, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, VerwArch 2020, 220 (239).

Abwägungsentscheidung zuzuordnen sind dagegen die weichen Tabuzonen. Bei diesen handele es sich um Potenzialflächen, wenn auch um solche, auf denen aufgrund planerischer Erwägungen keine Windenergievorhaben zugelassen werden sollen (bspw. alle Formen vorsorgebezogener Siedlungsabstände). Die hierfür bestehenden Gründe unterliegen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB bzw. § 7 Abs. 2 S. 1 ROG. Ihr Ausschluss ist insbesondere gegenüber dem Interesse an der Nutzung der Windenergie von Flächeneigentümern zu rechtfertigen²³.

Funktion der Vorgabe, bereits im ersten Arbeitsschritt harte Tabuzonen zu identifizieren, ist eine Rationalisierung des Planungsprozesses. Die Planungsträger sollen davon abgehalten werden, voreilig Flächen aus dem weiteren Prozess auszuschließen, obwohl auf ihnen die Realisierung von Windenergievorhaben rechtlich und tatsächlich möglich ist²⁴. Insoweit zielt die Anforderung gerade auf die im Planungsprozess zu erlangende Erkenntnis, dass auf vielen Flächen gerade keine unüberwindlichen Ausschlussgründe bestehen. Die hierzu spiegelbildliche Erkenntnis des Umfangs harter Tabuzonen hat innerhalb der nach der Rechtsprechung geltenden Anforderungen zudem die Funktion, einen Maßstab für die Überprüfung des Planungsergebnisses und die Frage zu gewinnen, ob der Windenergie substanziell Raum verschafft wurde²⁵. Aus dieser Anforderung ergeben sich keine allgemein quantifizierbaren Vorgaben für die im Mindestmaß auszuweisenden Flächen für die Windenergie. Das Substanzgebot ist vielmehr in der jeweiligen Planungssituation zu konkretisieren, wofür das Bundesverwaltungsgericht verschiedene, durch die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zugelassene Verhältnisbildungen anerkennt²⁶. Überwiegend und so auch

bei der verbreitetsten dieser Verhältnisbildungen (Gesamtfläche des Plangebiets abzüglich harter Tabuzonen im Verhältnis zu den Flächenausweisungen für die Windenergie) ist der Umfang der vorhandenen harten Tabuzonen ein einzustellender Faktor²⁷. Aus diesen Funktionen der Identifikation harter Tabuzonen lässt sich auch auf die Motivation der Rechtsprechung schließen, warum sie diese Unterscheidung mit so großer Vehemenz fordert. Sie dürfte in erster Linie darin liegen, Verhinderungsplanungen effektiv und d. h. kontrollierbar zu vermeiden und damit ein Unterlaufen der gesetzgeberischen Entscheidung, die Windenergie im Außenbereich zu privilegieren, zu verhindern. Nach dessen Willen soll die Ausschlusswirkung des Planvorbehalts nur dann greifen, wenn der Windenergie an anderer Stelle auch wirklich ein Mindestmaß an Raum eingeräumt wurde²⁸. Die restriktive Zulassung der Flächenkontingentierung, die mit der Ausschlussplanung einhergeht, ist zudem eigentumsrechtlich begründet²⁹.

Für die Planungsträger folgt aus dem Erfordernis der Identifikation harter Tabuzonen ganz konkret, dass nicht lediglich solche Flächen auf ihre Vereinbarkeit mit dem planerischen Erforderlichkeitsgebot zu prüfen sind, auf denen Windenergievorhaben zugelassen werden sollen. Vielmehr sind harte Tabuzonen im gesamten Außenbereich zu identifizieren, d. h. auch die Flächen zu untersuchen und zu bewerten, die später im Ausschlussbereich liegen sollen. Es ist mithin diese Anforderung, aus der ein nicht unbedeutender Teil des hohen Planungsaufwands für Konzentrationszonenplanungen resultiert.

²³ BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris Rn. 12 f.

²⁴ Münkler, Flexible Steuerung durch Konzentrationsflächenplanung, NVwZ 2014, 1482 (1485); Albrecht/Zschiegner, Die Unterscheidung harter und weicher Tabukriterien als fortwährendes Problem der Windkonzentrationsflächenplanung, NVwZ 2019, 444 (447).

²⁵ Hierzu ausführlich unter B. I. 2.

²⁶ Auch hierzu näher unter B. I. 2.

²⁷ Siehe Gatz, Windenergieanlagen in der Gerichts- und Verwaltungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rn. 98; Wagner, Das Gebot substanzieller Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie als abwägungsrechtlicher Wirkung

des Klimaschutzbelangs, ZfBR 2020, 20 (21). Kindler, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 177 f.

²⁸ Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, BT-Drs. 13/4978, S. 6; BT-Drs. 13/2208, S. 1, 5.

²⁹ Siehe bereits BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 28 sowie 51 ff.; Gatz, Planerische Steuerung privilegierter Außenbereichsvorhaben – unter besonderer Berücksichtigung von Windenergieanlagen und oberflächennahem Rohstoffabbau -, NWVBl. 2019, 133 (137).

b) Kritik der Tabuzonenrechtsprechung

Die Kritik an der Rechtsprechung zur Identifikation harter Tabuzonen richtet sich dann auch wenig überraschend gegen den dadurch ausgelösten Planungsaufwand³⁰. Darüber hinaus wird beklagt, dass die Einordnung zahlreicher Flächenkategorien als entweder harte oder weiche Tabuzone nicht rechtssicher möglich sei³¹.

aa) Unklare und widersprüchliche Einordnung von Gebietskategorien

Rechtsunsicherheit, so wird geltend gemacht, entstehe zunächst aus Widersprüchen in der Rechtsprechung der einzelnen Oberverwaltungsgerichte und fehlender Klärung durch das Bundesverwaltungsgericht selbst. Diesem ist die Klärung einzelner Fragen häufig aus revisionsrechtlichen Gründen nicht möglich³². So werden Widersprüche u. a. gesehen bei der Einordnung von Landschaftsschutzgebieten nach § 26 BNatSchG, FFH- und Vogelschutzgebieten nach §§ 31 ff. BNatSchG, zusammenhängenden Waldgebieten oder auch Gebieten, in denen die Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände bei einer

Realisierung von Windenergievorhaben drohten³³. Richtig daran ist, dass hinsichtlich einzelner Flächentypen auch aktuell noch Widersprüche zwischen den Verwaltungsobergerichten bestehen³⁴. In anderen der auch in aktuellen Veröffentlichungen angeführten Fälle dürfte jüngere Rechtsprechung dagegen eine relative Klärung auf dieser Ebene gebracht haben³⁵, wenn diese auch mitunter gerade einen differenzierten Umgang mit Flächentypen verlangen und einer pauschalen Einordnung in entweder die eine oder die andere Kategorie eine Absage erteilt hat³⁶.

Schon länger ist in diesem Sinne etwa der Umgang mit der Flächenkategorie Wald geklärt, wonach auch zusammenhängende Waldgebiete grundsätzlich nicht als harte Tabuzonen eingeordnet werden können³⁷. Abweichungen hiervon sollen nur dann möglich sein, wenn es sich um Waldgebiete handelt, die einen besonderen Schutz auf landesgesetzlicher³⁸ oder im Einzelfall auch landesplanerischer Ebene genießen und auch die Erfüllung von Ausnahmetatbeständen jedenfalls praktisch

³⁰ Statt vieler *Hendler/Kerkmann*, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2014, 1369 (1371).

³¹ Zuletzt *Wagner*, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, VerwArch 2020, 220 (221).

³² Eine Entscheidung kann mit der Revision nur dann angegriffen werden, wenn die Entscheidung gem. § 137 Abs. 1 VwGO auf dem geltend gemachten Fehler „beruht“. Da die Aufhebung von Konzentrationszonenplanungen vielfach aufgrund mehrerer selbständiger Rechtsverstöße erfolgt, ist die Revision zumeist nur dann möglich, wenn sämtliche selbständigen Aufhebungsgründe reversible Fehler aufweisen. Siehe hierzu den Vorschlag von *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, S. 28, abrufbar unter www.windenergie-handbuch.de/umweltrecht-fragen/.

³³ *Wagner*, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, VerwArch 2020, 220 (225).

³⁴ So auch bei Naturschutzgebieten gem. 23 BNatSchG, siehe einerseits OVG Berlin-Brandenburg, Ur. v. 23.05.2019 – OVG 2A 4.19, juris Rn. 91 für eine generelle Einordnung als harte Tabuzone; hierzu ebenfalls neigend, aber dies i. E. offenlassend OVG Lüneburg, Ur. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, juris Rn. 91; nunmehr aber OVG Lüneburg, Ur. 07.02.2020 – 12 KN 75/18, juris Rn. 95; gegen eine pauschale Einordnung ohne differenzierte Prüfung einer möglichen Befreiungslage dagegen OVG Münster, Ur. v. 20.01.2020 – 2 D 100/17.NE, juris Rn. 162 ff.

³⁵ Nicht unproblematisch ist es, wenn die Kritik fehlender Rechtssicherheit allein unter Verweis auf

Rechtsprechung von vor 2015 begründet wird, da dies den naturgemäß iterativen Klärungsprozess der Rechtsprechung kaum abzubilden in der Lage ist. Selbst wenn es nämlich an einer ausdrücklichen Aufgabe einer Rechtsprechung fehlt, so kann anhand der Urteile anderer Gerichte gleichwohl mit gewisser Sicherheit auf einen Wandel der Rechtsprechung geschlossen werden. Die Frage ist dann allein, ob das so erzielende Maß an Rechtssicherheit für die Praxis ausreicht oder nicht der Gesetzgeber schon zuvor oder ergänzend handeln sollte.

³⁶ In diesem Sinne auch *Gatz*, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2017, 461 (463).

³⁷ Aus der jüngeren Rechtsprechung siehe OVG Lüneburg, Ur. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, juris Rn. 70 ff. sowie vom 15.03.2018 – 12 KN 38/17, juris Rn. 55, 60 ff.; OVG Münster, Ur. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE sowie Ur. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, juris Rn. 86, 98 m. w. N., 134 ff. und Ur. v. 20.01.2020 – 2 D 100/17.NE, juris Rn. 217 ff. Zur Entwicklung der Rechtsprechung bereits *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – Ein Update, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 37 vom 14.12.2018, S. 13 f. Auch das Urteil des OVG Lüneburg vom 13.07.2017 – 12 KN 206/15 weist nicht in eine andere Richtung. Auch hier wird lediglich die Möglichkeit für Ausnahmen offengelassen, nicht aber eine generelle Einordnung von Wald als hartes Tabukriterium für möglich erklärt. In diesem Sinne auch OVG Berlin-Brandenburg, Ur. v. 23.05.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 102.

³⁸ In diesem Sinne bereits OVG Weimar, Ur. v. 08.04.2014 – 1 N676/12, juris Rn. 93.

ausscheidet³⁹. Auch der Umgang mit artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen ist nach der ausdrücklichen Abkehr des OVG Berlin-Brandenburg von seiner bisherigen Rechtsprechung nunmehr in dem Sinne geklärt, dass aus der potenziellen Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände allein eine weiche Tabuisierung hergeleitet werden kann⁴⁰. Und auch Landschaftsschutzgebiete können nach jüngerer Rechtsprechung nicht pauschal den harten Tabuzonen zugeordnet werden⁴¹. Diese Nachweise stehen für einen breiten Trend, die Einordnung von Flächentypen als harte Tabuzonen nur äußerst restriktiv zuzulassen⁴². Nachdem die Rechtsprechung hier in der Folge der Leitentscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts in den Jahren 2009⁴³ und 2012⁴⁴ etwa für die Flächenkategorie Wald, aber auch hinsichtlich verschiedener Typen des Gebietsnaturschutzes deutlich großzügiger verfahren war⁴⁵, haben die Gerichte inzwischen diesbezügliche Kritik aus der Literatur aufgenommen und wirken damit nicht zuletzt auch einer Tendenz der Planungspraxis entgegen, zu viele Flächentypen den harten Tabuzonen zuzuordnen, um zu gewährleisten, dass die Anforderungen des Substanzgebotes

einerseits und die selbst gesteckten Flächenziele andererseits noch in einem ausgeglichenen Verhältnis zueinander stehen⁴⁶.

bb) Erhöhter Planungsaufwand durch fehlerhafte Dogmatik

Wenn damit die Rechtsprechung jedenfalls in vielen praktisch relevanten Fällen zu einer einheitlicheren Linie gefunden hat, so wird die ebenfalls erhobene dogmatische Kritik damit nicht obsolet. Dies gilt insbesondere dort, wo die Anwendung der Rechtsprechungsdogmen zu einem erheblichen Planungsaufwand führen, der selbst im Falle seiner Bewältigung keine Aufklärung der Sachverhalte in einer Weise erreicht, dass sie sich rechtssicher unter die formulierten rechtlichen Maßgaben subsumieren lassen⁴⁷. Dogmatisch verortet wird das Gebot zur Identifikation harter Tabuzonen von der Rechtsprechung im planerischen Erforderlichkeitsgebot, genauer in dessen Ausprägung als Vollzugsfähigkeitsgebot. Dies führe nach allgemeiner Ansicht zu einem Übergreifen von der Planungsauf die Verwirklichungsebene⁴⁸. Danach werde von den Planern zur Aufklärung

³⁹ Vgl. OVG Lüneburg, 13.7.17 – 12 KN 206/15, juris Rn. 49 ff.

⁴⁰ Siehe OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.05.2019 – OVG 2A 4.19, Rn. 120 ff.; zur bisherigen Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg siehe Urt. v. 05.07.2017 – OVG 2 A 2.16, Rn. 97. In diesem Sinne bereits Gatz, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, 2017, 461 (464 f.) sowie Tyczewski, Konzentrationszonen für Windenergieanlagen rechtssicher planen, BauR 2014, 934 (939).

⁴¹ In diesem Sinne OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 154 sowie Urt. v. 20.01.2020 – 2 D 100/17.NE, juris Rn. 139 ff., 151, wonach lediglich offenbleibt, ob eine Einordnung als harte Tabuzone dann möglich ist, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung von Verbotsregelungen objektiv offensichtlich nicht vorliegen. Auch diesbezüglich hat das OVG Berlin-Brandenburg seine bisherige gegenteilige Rechtsprechung inzwischen aufgegeben, siehe Urt. v. 23.05.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 99. Unsicherheit besteht allerdings zu der Frage, ob es bei der auf Planungsebene erforderlichen Prognose letztlich auf die Stellungnahmen der Fachbehörden oder eine möglicherweise hiervon abweichende „objektive Befreiungslage“ ankommt. Entgegen Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584 (595) dürfte zwar zwischen der Entscheidung des 8. Senats des OVG Münster, Urt. v. 21.04.2020 – 8 A 311/19, juris Rn. 60 einerseits und des 2. Senats des OVG Münster, Urt. v. 17.01.2019 – 2 D 63/17.NE, juris Rn. 148 andererseits kein Widerspruch bestehen, da letztlich beide Senate – wenn auch mit unterschiedlichen Formulierungen –

die Bewertung der Naturschutzbehörden gerade nicht für unbedingt verbindlich erklären, sodass es letztlich nach beiden Entscheidungen auf die objektive Rechtslage ankommt. Für die handelnden Immissionsschutzbehörden dürfte der Konflikt gleichwohl kaum praktisch lösbar sein.

⁴² Hierunter fällt auch die restriktive Linie bei der Einordnung von FFH-Gebieten, die ebenfalls nur ausnahmsweise als harte Tabuzonen eingeordnet werden können, siehe OVG Münster, Urt. v. 20.01.2020 – 2 D 100/17.NE, juris Rn. 157 und bereits Urt. v. 5.7.2017 – 7 D 105/14.NE, juris Rn. 61 wenn hier auch die Frage letztlich noch offenblieb; mit gleicher Tendenz, wenn auch ebenfalls unentschieden bleibend OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, juris Rn. 91.

⁴³ BVerwG, Beschl. v. 15.09.2009 – 4 BN 25.09.

⁴⁴ BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11.

⁴⁵ Zum Beispiel der Qualifikation zusammenhängender Waldgebiete siehe bereits die Nachweise in Fn. 37.

⁴⁶ Zum Substanzgebot ausführlich unten unter B. I. 2.

⁴⁷ Zu dieser Kritik siehe zuletzt Wagner, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, VerwArch 2020, 220 (232 ff. m. w. N.).

⁴⁸ Erbguth, Bindung und Abwägung bei der Planung von Konzentrationszonen: zum Verständnis des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, DVBl 2015, 1346 (1348, 1350); sich anschließend Kindler, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 163; siehe auch Wagner, Klimaschutz durch Raumordnung, NuR 2019, 159 (166).

8 Begrenzung von Fehleranfälligkeit und Aufwand von Konzentrationszonenplanungen

verschiedenster Fälle verlangt, sich in die Position des Sachbearbeiters auf Genehmigungsebene hineinzusetzen und die Zulassungsprüfungen bereits auf Planungsebene zu antizipieren. Hierdurch sollen Planer die notwendigen Kenntnisse erlangen, um das Vorliegen harter Tabuzonen sicher feststellen zu können. Während sich die hierauf bezogene Kritik der Literatur in erster Linie an die Rechtsprechung richtet, verweist etwa *Gatz* insoweit an den Gesetzgeber: Der Übergriff auf die Genehmigungsebene resultiere danach schlicht aus den Besonderheiten des gesetzgeberisch geschaffenen Steuerungsmodells des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB⁴⁹.

Die vorgenannte Anforderung des Über- oder Vorgriffs auf die Zulassungsebene führt zunächst zu einer Unsicherheit der Planer über die jeweils notwendige Untersuchungstiefe, da diese erheblich über das übliche Maß dessen hinaus geht, was auf Planungsebene – zumal auf Ebene der Raumordnung – erforderlich ist. Hierauf wird noch zurückzukommen sein⁵⁰. Kritisiert wird aber unabhängig hiervon, dass selbst für den Fall, dass die Planer den für sie untypischen Planungsaufwand bewältigen, unsicher bleibt, ob dadurch die Sachverhalte in einer Weise aufgeklärt werden können, wie sie für die Subsumtion unter die rechtlichen Obersätze notwendig ist. Im Fokus stehen hier Konstellationen, in denen die Zulässigkeit von Windenergieanlagen auf Genehmigungsebene von der Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung von einem grundsätzlich bestehenden Bauverbot abhängt⁵¹. Auf Planungsebene werden sie auch als „Hineinplanen in eine Ausnahme- oder Befreiungslage“ bezeichnet. Während die Planungsträger in solchen Fällen teils auf Äußerungen der Fachbehörden im Rahmen der Behördenbeteiligung abstellten und Flächen als harte

Tabuflächen einordneten, wenn eine Ausnahme oder Befreiung durch diese nicht in Aussicht gestellt wird, geht die Rechtsprechung inzwischen davon aus, dass den behördlichen Stellungnahmen zwar eine Indizfunktion zukomme, es aber letztlich auf das Vorliegen einer objektiven Befreiungslage ankomme, die vom Planungsträger festzustellen sei und ggf. auch von der Stellungnahme der jeweiligen Fachbehörde abweichen könne⁵².

Praktische Schwierigkeiten sind mit dem Übergriff von der Planungsebene auf die Genehmigungsebene insbesondere dadurch verbunden, weil Ausnahme- und Befreiungsentscheidungen auf Zulassungsebene regelmäßig an spezifische Parameter konkreter Windenergieanlagen und ihres konkreten Standortes anknüpfen. Standort, Anlagentyp und deren Parameter sind im Zeitpunkt der Planung vielfach aber noch nicht bekannt. Rechtsprechung und Verwaltungspraxis versuchen dem dadurch abzuwehren, dass den Planungsträgern gestattet wird, die Planung kompensatorisch auf Grundlage sog. Referenzanlagen durchzuführen, d. h. den Planungen einen gedachten typischen Fall zugrunde zu legen, und hierauf bezogen die Ausnahme- und Befreiungsentscheidungen der Genehmigungsebene oder auch die Bemessung von Siedlungsabständen⁵³ in den Blick zu nehmen. Dass damit die erzeugten Unsicherheiten aufgefangen werden können, wird allerdings bezweifelt. Vielmehr werden solche Behelfswege als Quelle weiterer Rechtsunsicherheiten angesehen⁵⁴, was die insoweit einschlägige Rechtsprechung durchaus auch widerspiegelt. Hier gibt es zahlreiche Beispiele, in denen Spielräume der Planungsträger zwar angeführt wurden, dies im konkreten Fall aber nichts daran änderte, dass die vorgenommene Einordnung beanstandet wurde⁵⁵. Insoweit

⁴⁹ *Gatz*, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2017, 461 (467).

⁵⁰ Siehe unter B. I. 3.

⁵¹ Problematisch sind dabei wiederum diejenigen Fälle, in denen das Vorliegen einer Ausnahme- oder Befreiungslage nicht ohnehin offensichtlich ist oder, umgekehrt, diese nicht offensichtlich ausgeschlossen werden können.

⁵² OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, juris Rn. 158; OVG Lüneburg, Urt. v. 26.02.2020 – 12 KN 182/17, juris Rn. 125.

⁵³ OVG Münster, Urt. v. 20.01.2020 – 2 D 100/17.NE, juris Rn. 113.

⁵⁴ *Hendler/Kerkmann*, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2014, 1369 (1373); *Erbguth*, Bindung und Abwägung bei der Planung von Konzentrationszonen: zum Verständnis des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, DVBl 2015, 1346 (1351); kritisch auch *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 164 f.

⁵⁵ Hierzu bereits *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 14 vom 7.9.2015, S. 12; OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, juris Rn. 68 f. Gegenbeispiele gibt es aber auch hier, siehe OVG Lüneburg, Urt. v. 15.3.2018 – 12 KN 38/17, juris Rn. 57 ff. zur

bestätigt sich die in der Literatur schon frühzeitig geäußerte Kritik⁵⁶. Der Rechtsprechung war es hier bislang nicht gelungen, zu einer einheitlichen Linie zu finden⁵⁷. Nunmehr hat das Bundesverwaltungsgericht allerdings klargestellt, dass den Planungsträgern allein bei der Festlegung weicher Tabuzonen ein Bewertungsspielraum zukommt, dem eine Zurücknahme gerichtlicher Kontrolle entspricht. Bei der Identifikation harter Tabuzonen komme den Planungsträgern dagegen allein eine Typisierungsbefugnis zu, deren Einhaltung wiederum gerichtlich voll überprüfbar bleibt⁵⁸. Dass diese dogmatische Klärung auch zu einer gerichtsfesteren Anwendung von Bewertungsspielraum und Typisierungsbefugnis führt, erscheint jedoch eher fraglich.

cc) Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Identifikation harter Tabuzonen nach wie vor erhebliche Probleme aufwirft und es bislang nicht gelungen ist, die Rechtsfragen hinreichend einheitlich und klar zu beantworten. Auch wenn nach hier vertretener Ansicht zahlreiche Einzelfragen als geklärt gelten müssen, so bleiben insgesamt doch Zweifel in einem Umfang zurück, die eine rechtssichere Planungspraxis nur schwerlich zulassen. Das iterative Vorgehen oberverwaltungsgerichtlicher Klärung bleibt angesichts der Vielzahl immer wieder entstehender Fragen und den prozessrechtlich bedingt seltenen Klärungsversuchen des Bundesverwaltungsgerichts problematisch. Zudem dürfte der attestierte Übergriff von der Planungs- auf die Genehmigungsebene in einzelnen Fallgruppen auch weiterhin Schwierigkeiten mit sich bringen, die auch bei Anerkennung eines Bewertungsspielraums sowie einer Typisierungsbefugnis bestehen bleiben dürften. Gezeigt hat sich zudem, dass

auch der verschiedentlich der Praxis ange ratene Ausweg, im Zweifel über die rechtliche Qualifikation einer Fläche bzw. eines Flächentyps diesen doch als weiche Tabuzone bzw. als weiches Tabukriterium zu behandeln, von den Gerichten in unterschiedlichem Maße toleriert wird und so seinerseits wiederum zur Fehlerquelle gerät⁵⁹.

c) Vorschläge für einen veränderten Umgang mit Tabuzonen

Um die Rechtsunsicherheiten bei der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen zu verringern wurden von verschiedener Seite Vorschläge skizziert, die hier näher betrachtet werden sollen.

aa) Rückbesinnung auf eine klare Unterscheidung von Planungs- und Genehmigungsebene

So regt *Erbguth* an, dass der durch die Anforderung verursachte Übergriff von der Planungs- auf die Genehmigungsebene dadurch aufgehoben und beide Ebenen wieder konsequent zu trennen sind, indem schlicht solche Flächen als harte Tabuzonen ausgeschlossen werden, für die prima facie eine Verbotswirkung besteht⁶⁰. Mögliche Ausnahmen sollen dann erst auf Zulassungsebene über die Ausnahmeklausel des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Beachtung finden, wonach die Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen ohnehin nur „in der Regel“ gilt.

Ein rechtssicheres Vorgehen bei der Konzentrationszonenplanung scheint so auf den ersten Blick möglich und auch der Planungsaufwand dürfte so nicht unerheblich reduziert werden können. Insbesondere würde sich auf Planungsebene die fehleranfällige Abschätzung erübrigen, ob die objektiven Voraussetzungen einer Ausnahme oder Befreiung für ein konkretes Vorhaben

Anerkennung von Spielräumen bei der Formulierung weicher Tabukriterien auch im konkreten Fall.

⁵⁶ Zur dogmatischen Kritik an diesen Figuren *Erbguth*, Bindung und Abwägung bei der Planung von Konzentrationszonen: zum Verständnis des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, DVBl 2015, 1346 (1351).

⁵⁷ Zur Anerkennung sowohl eines Beurteilungsspielraums als auch einer Typisierungsbefugnis bei der Identifikation harter Tabuzonen noch OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 05.07.2018 – 2 A 2/16, juris Rn. 96.

⁵⁸ BVerwG, Beschl. v. 16.12.2019 – 4 BN 30/19, juris Rn. 8 m. w. N.; vorgehend OVG Münster, Urt. v. 17.01.2019 – D

63/17.NE, juris Rn. 57 ff. sowie bereits Urt. v. 06.03.2018 – 2 D 95/15.NE, juris Rn. 173 ff.

⁵⁹ Für eine strikte Beschränkung dieses Wegs auf echte Zweifelsfälle OVG Lüneburg, Urt. v. 08.02.2020 – 12 KN 75/18, juris Rn. 119 sowie OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 05.07.2018 – 2 A 2/16, juris Rn. 94 ff.; einen weitergehenden Anwendungsbereich sieht dagegen OVG Münster, Urt. v. 20.01.2020 – 2 D 100/17.NE, juris Rn. 111.

⁶⁰ *Erbguth*, Bindung und Abwägung bei der Planung von Konzentrationszonen: zum Verständnis des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, DVBl 2015, 1346 (1350).

vorliegen oder nicht. Gleichwohl wären auch hier weitere Fragen zu klären, welche die Erfüllung der Verbotstatbestände selbst betreffen: Da die planerischen Ausweisungen von Gebieten bzw. Flächen für die Windenergie selbst die Verbotstatbestände nicht auszulösen vermögen⁶¹, sondern erst die späteren, im Zeitpunkt der Planung noch hypothetischen Vorhaben dies ggf. tun, ist auch bei diesem Vorgehen zu bestimmen, wie tiefgehend bereits auf Planungsebene prognostisch zu prüfen ist, ob ein Verbotstatbestand ausgelöst werden wird und auf welchen Zeitpunkt für diese Prüfung abzustellen ist. „Was Verbotswirkung hat“ lässt sich ebenfalls zumeist nicht völlig abstrakt bestimmen. Ein Bezug zu dem betroffenen Vorhaben muss irgendwie hergestellt werden, will man nicht alle Flächen bereits dann aus der Planung herausnehmen, wenn eine Verbotswirkung nur irgendwie denkbar ist, was bei sämtlichen naturschutzrechtlichen Schutzgebietskategorien genauso der Fall ist, wie beim Vorliegen einzelner Exemplare besonders bzw. streng geschützter Arten im Sinne des besonderen Artenschutzrechts. Insoweit müsste wohl auch bei diesem Vorgehen jedenfalls der Schutzzweck bestimmter Schutzgebietsverordnungen in den Blick genommen werden, weil viele der dort geltenden Verbote die Errichtung von Windenergieanlagen gerade nicht hindern. Und für das Vorliegen von Exemplaren geschützter Arten müsste bestimmt werden, ob trotz der Dynamik des Naturgeschehens und damit akzessorisch auch der Verbotswirkung, allein ihr Vorhandensein im Raum im Zeitpunkt des Planbeschlusses relevant ist oder eine Prognose anzustellen ist, ob ihr Vorliegen die spätere Zulassung auf unabsehbare Zeit ausschließt. Nichtsdestotrotz wäre der Aufwand der notwendigen Aufklärung verringert und die verbleibenden Prognosen leichter durchführbar, da sie allein die Verbotsregelungen betreffen, die vielfach komplexeren Überlegungen zu den Ausnahmeregelungen mithin unterbleiben könnten.

Gleichzeitig zeigen die vorstehenden Überlegungen aber auch, dass das volle

Potenzial des Vorschlags *Erbguths* zur Komplexitätsreduktion und zur Steigerung der Rechtssicherheit nur dann erreicht wird, wenn auch die die Verbotsregelungen betreffenden Prognosen auf Planungsebene möglichst begrenzt werden. Dies würde jedoch um den Preis erfolgen, dass Flächen von erheblichem Umfang frühzeitig aus der Planung ausgeschlossen und ihre Verfügbarkeit für Windenergievorhaben auf Grundlage des beschlossenen Plans nur noch im Wege der Abweichung von der regelhaften Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB möglich wäre. Insoweit käme es darauf an, in welchem Umfang Flächen auf diesem Weg doch noch zur Verfügung gestellt werden können. Zu beachten ist dabei, dass es insoweit jedenfalls an der flächensichernden Funktion der Ausweisungen fehlt, die bei diesem Vorgehen unterblieben. D. h. auf den nunmehr von der Planung ausgenommenen Flächen können – im Rahmen des Zulässigen – gerade auch andere Raumnutzungen umgesetzt werden, die dann Windenergienutzungen entgegenstehen. Doch auch die zusätzliche Flächenbereitstellung auf diesem Wege dürfte dadurch beschränkt sein, dass es sich bei der „in der Regel“-Formulierung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB regelungstechnisch eben um eine Ausnahme handelt, deren Gebrauch jedenfalls die Grundzüge der Planung nicht in Frage stellen darf⁶². Ob der vorangehende weitreichende Ausschluss von Flächen im Planungsverfahren so kompensiert werden kann, erscheint jedenfalls fraglich. Per Saldo verbliebe wohl ein erhebliches Minus an Flächen für die Windenergie, zumal zu bedenken ist, dass die Konflikträchtigkeit der Flächenausweisung beim weiteren Ausbau der Windenergie tendenziell noch zunimmt und damit gerade auch Flächen in den Blick zu nehmen sind, die nicht konfliktfrei oder konfliktarm sind. Weicht man den Vorschlag *Erbguths* dagegen auf, um den vorstehenden Erwägungen Rechnung zu tragen, müssten bereits auf Planungsebene wiederum weitergehende Prognosen angestellt werden, was den erhofften Zugewinn an Rechtssicherheit verringern und allenfalls eine kleinere

⁶¹ So knüpfen die meisten Verbotstatbestände an bestimmten Handlungen an, die in aller Regel noch nicht durch die raumplanerische Ausweisung eines Vorhabens bzw. einer Fläche/eines Gebiets dafür, sondern erst durch dessen Realisierung erfüllt werden.

⁶² BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01; *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 35 Rn. 118.

Verringerung des Planungsaufwands bedeuten würde.

bb) Gesetzgeberische Definition harter Tabukriterien

Vorgeschlagen wird zudem, dass die Anforderung an die Planung, harte Tabuzonen zu identifizieren, nicht generell geändert, sondern lediglich rechtssicherer gefasst werden müsse. Bei den hierauf abzielenden Vorschlägen geht es deshalb in erster Linie nicht um eine Verringerung des Planungsaufwands, sondern allein um eine Steigerung der Rechtssicherheit. In der konkreten Umsetzung gibt es gleichwohl erhebliche Unterschiede bei den Vorschlägen. So wird teilweise angeregt, dass die Unterscheidung harter und weicher Tabukriterien abschließend durch den Gesetzgeber mittels einer Zuordnung aller denkbaren Flächenkategorien erfolgen soll⁶³. Andere Stimmen wollen dagegen allein bestimmte problematische Fälle durch den Gesetzgeber regeln lassen, im Übrigen aber auf die Verarbeitung der existierenden Maßgaben durch die Praxis vertrauen⁶⁴.

Einer abschließenden Zuordnung von Flächentypen durch den Gesetzgeber stehen allerdings verschiedene Hürden entgegen, die kaum zu überwinden sein dürften. Zunächst würde der Gesetzgeber vor dem Problem stehen, dass die Bandbreite an Flächentypen sich nicht abschließend bestimmen lässt. Dies liegt zum einen daran, dass harte Tabuzonen nicht nur rechtlich begründet sind, sondern ihre Eigenschaft gerade auch durch tatsächliche Vollzugshindernisse begründet werden kann⁶⁵. Rechtliche Gründe können zudem nicht allein in bundes- wie landesrechtlichen Verbotstatbeständen bestehen, sondern vielmehr werden auch solche Flächen entsprechend, d. h. wie harte Tabuzonen

behandelt, bei denen eine Realisierung von Windenergievorhaben wegen entgegengesetzter Ziele der Raumordnung ausscheidet⁶⁶. Bei den relevanten Gebietsfestlegungen in Raumordnungsplänen steht zudem jedenfalls den Landesgesetzgebern ein Findungsrecht zu⁶⁷, so dass auch weitere Gebietsarten geschaffen werden können. Praktisch ist dies zwar bislang kaum geschehen. Ausgeschlossen ist dies jedoch auch für die Zukunft nicht.

Dies schließt es zwar nicht aus, die praktisch besonders relevanten Flächentypen zuzuordnen. Auch hier bestehen jedoch Schwierigkeiten. Zum einen entspringen Verbotswirkungen nicht selten den Landesgesetzen oder – etwa im Naturschutz – einzelnen Schutzgebietsverordnungen. Beide Ebenen weisen hier durchaus Unterschiede von Land zu Land auf. Im Bereich des Gebietsnaturschutzes hängt die Einordnung zudem von den konkreten Schutzzwecken der jeweiligen Schutzgebietsverordnungen ab. Zudem würde der Gesetzgeber in einigen Konstellationen auf dieselben Probleme stoßen, denen auch die Planungsträger begegnen müssen. Insbesondere in Fällen des Hineinplanens in Ausnahme- und Befreiungssituationen, die von der konkreten Vorhabenkonstellation und von Anlagenmodalitäten abhängen, kann auch der Gesetzgeber eine Zuordnung nur schwerlich abstrakt vornehmen.

Erfolgversprechender dürfte es deshalb sein, gerade die problematischen Konstellationen nicht generell pauschal in die eine oder andere Richtung zuzuordnen, sondern hier differenziert vorzugehen. So erscheint durchaus eine pauschale Zuordnung beispielsweise für die Frage möglich, welcher Siedlungsabstand zu bestimmten Baugebietstypen der Baunutzungsverordnung oder auch hier pauschalierend⁶⁸ zu

⁶³ So etwa ein Teilnehmer oder eine Teilnehmerin auf der Tagung der Fachagentur Windenergie an Land „Zukunft Windenergie – Klimaziele 2030“ Fachkonferenz am 25. + 26. März 2019 in Berlin, vgl. die Dokumentation der FA-Wind, September 2019, S. 36 f. Ähnliche Vorschläge werden allerdings immer wieder diskutiert.

⁶⁴ So etwa Agora Energiewende, *Rosenkranz/Schäfer/Graichen*, Sofortprogramm Windenergie an Land, 2020, S. 27; *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584 (596); *Gatz*, Planerische Steuerung privilegierter Außenbereichsvorhaben – unter besonderer Berücksichtigung von Windenergieanlagen und oberflächennahem Rohstoffabbau, NWVBl. 2019, 133 (137).

⁶⁵ Zu den hier insbesondere relevanten Umständen *Wagner*, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, VerwArch 2020, 220 (223 f., 232 ff.).

⁶⁶ Siehe nur OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 65; *Gatz*, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, DVBl 2017, 461 (463).

⁶⁷ *Goppel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 7 Rn. 65. Teilweise wird zudem von einem Findungsrecht auch der Planungsträger ausgegangen, *Grotefels*, in: Kment, ROG, 2019, § 7 Rn. 41.

⁶⁸ Dabei wäre zu prüfen, ob durch die Pauschalierung die vielfältigen Erscheinungsformen an

Gruppen von Gebietstypen als hart und jenseits einer bestimmten Abstandsgröße als weich anzusehen ist. Zu erwägen wäre ein solches Vorgehen auch für bestimmte Schutzgebietstypen des Gebietsnaturschutzes⁶⁹, soweit diese ohnehin allein in seltenen Ausnahmefällen für Windenergievorhaben in Betracht kommen⁷⁰. Bei den unterschiedlichen Fallgruppen des Hineinplanens in Ausnahme- und Befreiungslagen scheint es dagegen zielführender, gesetzgeberisch allein zu bestimmen, in welcher Tiefe Planungsträger hier selbst Prüfungen vorzunehmen haben und welche Rolle die fachbehördlichen Stellungnahmen hier spielen sowie stärker als bislang den Typisierungsspielraum der Planungsträger zu der Frage auszugestalten, welchen Anforderungen Referenzanlagen genügen müssen, die den Prüfungen zugrunde zu legen sind. Damit würde den Planungsträgern zwar keine pauschale Zuordnungsmöglichkeit in diesen Fallgruppen an die Hand gegeben. Gleichwohl könnte so die Rechtssicherheit doch erhöht und zudem auch der Planungsaufwand durch eine Beschränkung der Anforderungen begrenzt werden, die sowohl dem daran bestehenden Interesse als auch der Anforderung Rechnung trägt⁷¹, dass ein Hineinplanen in Ausnahme- und Befreiungslagen eben nur dort geschehen soll, wo eine Realisierbarkeit von Vorhaben auf diesen Flächen als ganz überwiegend möglich erscheint.

Eine solche Klärung allein streitiger Fälle und Fragen erscheint so gegenüber dem Versuch einer abschließenden Auflistung und Zuordnung vorzugswürdig. Insoweit könnte an den Stand der Rechtsprechungsentwicklung angeknüpft und der Praxis über den Umstand hinweggeholfen werden, dass eine Klärung weiterer Einzelfragen aus revisionsrechtlichen Gründen andernfalls auch weiterhin auf sich warten

lassen dürfte. Die Praxis wäre allerdings auch in diesem Fall nicht davor gefeit, dass neue Fragen entstehen und bestehende Fragen offen bleiben, für deren Beantwortung es dann auch weiterhin keine konkreten Vorgaben gibt.

cc) Vorschläge eines Verzichts auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen

Angesichts der Schwierigkeiten auch gesetzgeberischer Abgrenzungsversuche lohnt es sich diejenigen Vorschläge zu betrachten, welche die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen für gänzlich obsolet halten und den Verzicht auf diese Anforderung gesetzlich verankern bzw. die Rechtsprechung von deren Verzichtbarkeit überzeugen wollen. Der Verzicht auf die Unterscheidung würde die Rechtssicherheit natürlich in größtmöglichem Maße fördern und zudem den Planungsaufwand stark verringern. Ergebnis wäre nämlich eine deutlich stärkere Fokussierung auf diejenigen Flächen, auf denen die Planungsträger Windenergievorhaben planerisch vorsehen und unter dem Vorbehalt des Entgegenstehens öffentlicher Belange im Einzelfall nach § 35 Abs. 3 BauGB zulassen wollen. Der Charakter der Konzentrationszonenplanung wandelte sich insoweit stark in Richtung einer reinen Positivplanung.

Auf einen Verzicht auf die Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen zielen zunächst die Vorschläge *Söfkers*⁷² sowie *von Nicolais*⁷³ ab.

So geht *Söfker* davon aus, dass eine Unterscheidung eigentlich bereits nach dem geltenden Recht nicht angezeigt sei. Da die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts einem Verzicht aber entgegenstehe und eine Änderung der Rechtsprechung nicht erwartet werden könne,

Baugebietstypen, die aus den Gestaltungsmöglichkeiten der Bauleitplanungsträger bei Festsetzungen nach der BauNVO resultieren, unter Berücksichtigung insbesondere von Art. 3 Abs. 1 GG eingefangen werden können.

⁶⁹ So auch *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584 (596).

⁷⁰ Diesen Fällen könnte dann noch immer im Rahmen der Regelausnahme des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Rechnung getragen werden.

⁷¹ In der Folge dürften solche Flächen, weitergehend als nach der gegenwärtigen Rechtsprechung, als harte

Tabuzonen eingeordnet werden. Dies hätte zwar gewisse Auswirkungen auf die Berechnung des substanzialen Raums im heute verstandenen Sinne. Würden allerdings quantitative Mengenvorgaben eingeführt, so wäre dies letztlich ohne Folge. Hierzu siehe unten B. I. 2.

⁷² *Söfker*, Vorschlag 2, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 13 ff.

⁷³ *Von Nicolai*, Vorschlag 1, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 9 ff.

schlägt er eine klarstellende Ergänzung von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB um einen neuen Satz 4 vor. Dieser soll lauten:

„Die Darstellungen und Festlegungen der Flächen und Gebiete im Sinne des Satzes 3 erfolgt nach den für diese Planungsebenen geltenden Vorschriften, im Flächennutzungsplan nach den Vorschriften dieses Gesetzes über die Aufstellung von Bauleitplänen und im Raumordnungsplan nach den Vorschriften des Raumordnungsgesetzes und des Raumordnungsrechts des Landes; dabei haben die Darstellungen im Flächennutzungsplan und die Festlegungen im Raumordnungsplan die privilegierte Zulässigkeit nach § 35 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4, 5 oder 6 BauGB angemessen zu berücksichtigen.“

In einer dem Änderungsvorschlag beige-fügten Gesetzesbegründung würde zudem noch einmal ausdrücklich klargestellt, dass das nach § 35 Abs. 3 S. 4 BauGB n. F. erforderliche Vorgehen eine Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen für den gesamten Außenbereich nicht voraussetzt⁷⁴. Dass der Windenergie auch weiterhin in einem Maße Raum zur Verfügung gestellt wird, wie es ihrer Privilegierung im Außenbereich entspricht, solle zudem nach den bisherigen Grundsätzen, d. h. mittels des Gebotes, der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen, sichergestellt werden⁷⁵.

Der Vorschlag will die Sonderstellung der Konzentrationszonenplanung, die sie durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erlangt habe, einschränken und stärker auf die Grundsätze zurückführen, die auch bei sonstigen Überplanungen des Außenbereichs, etwa bei der Ausweitung von Gewerbe- oder Industriegebieten, Anwendung finden⁷⁶. Wie dort, so müsse auch im Rahmen von

Konzentrationszonenplanungen allein auf den für die Vorhaben vorgesehenen Flächen sichergestellt werden, dass die Realisierbarkeit der Vorhaben dort nicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen sei. Umgekehrt müsse aber nicht auch für Flächen, auf denen die Gemeinde überhaupt keine Windenergieanlagen zulassen will, von dieser festgestellt werden, dass hier eine Realisierbarkeit von Windenergieanlagen ausgeschlossen sei⁷⁷.

In die vorstehend umschriebene Richtung geht auch der Vorschlag von Nicolais⁷⁸. Ausdrücklich soll danach der Gesetzgeber festlegen, dass dem Planungsträger von Seiten der Rechtsprechung eine spezielle Methodik zur Identifizierung der Gebiete für die Windenergie nicht vorgeschrieben werden kann. Dies zielt nicht nur darauf ab, dass Planungsträger dabei frei sein sollen, ob sie das von der Rechtsprechung verlangte Ausschlussverfahren, d. h. die sog. Substraktionsmethode betreiben oder eine positive Suchraummethode verwenden, sondern insbesondere auch die Vorgabe ausschließen, dass harte und weiche Tabuzonen streng unterschieden werden müssen⁷⁹.

Anders als Söfker geht von Nicolai allerdings hinsichtlich der Frage, wie der notwendige Umfang an Flächen für die Windenergie sicherzustellen ist, einen neuen Weg und will dies stärker als nach der bisherigen Rechtsprechung und dem insoweit maßgeblichen Substanzgebot den Planungsträgern überlassen. Diese haben danach zu Beginn des Planungsprozesses selbst festzulegen, wie der Windenergie in der konkreten Planungssituation substanziell Raum zu verschaffen ist⁸⁰. Nur an dieser Festlegung, die im Lichte des Art. 14 GG zu erfolgen habe, sei dann auch das schlussendliche Planungsergebnis zu messen⁸¹.

⁷⁴ Söfker, Vorschlag 2, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 13 (17).

⁷⁵ Söfker, Vorschlag 2, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 13 (17).

⁷⁶ Söfker, Vorschlag 2, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 13 (15).

⁷⁷ Söfker, Vorschlag 2, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 13 (15).

⁷⁸ Von Nicolai, Vorschlag 1, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 9 (11).

⁷⁹ Von Nicolai, Vorschlag 1, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 9 (11).

⁸⁰ Sog. substantiell raumschaffender Korridor.

⁸¹ Von Nicolai, Vorschlag 1, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 9 (10 f.).

Einen Verzicht auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen hält schließlich auch *Wagner* bereits auf Grundlage des geltenden Rechts für möglich⁸². In dieser Anforderung des Bundesverwaltungsgerichts erblickt dieser geradezu den „Kardinalfehler“ der Konzentrationszonenrechtsprechung. Begründet wird dies vor allen Dingen dogmatisch damit, dass der von der Rechtsprechung herangezogene Anknüpfungspunkt, das Vollzugsfähigkeitsgebot nach § 1 Abs. 3 BauGB, als Planinhalts-schranke eigentlich allein Rechtsfolgen für die Darstellungen bzw. Festlegungen bereits beschlossener Pläne enthalte, nicht aber hieraus Anforderungen an den vorangehenden Abwägungsvorgang folgten, wovon die Rechtsprechung aber ausgehe⁸³. Hier sei vielmehr das Abwägungsprinzip maßgeblich und verlange auch solche Belange in die Abwägung einzustellen, deren Gewicht aufgrund der rechtlichen oder tatsächlichen Umstände der Planungssituation gen Null tendiert⁸⁴, diese also gerade nicht vor der Abwägung auszusortieren. Anders als das Vollzugsfähigkeitsgebot verlange das Abwägungsprinzip auch keine Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen in strikter Weise, sondern allein eine Behandlung in der Abwägung entsprechend ihrem relativen Gewicht⁸⁵. Die vollständige Herausnahme solcher Belange aus dem Abwägungsvorgang verstoße dagegen als partieller Abwägungsausfall gegen das Abwägungsprinzip⁸⁶. Konsequenz auch dieser Ansicht ist es, dass eine strenge Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen nicht erforderlich ist. Eine Betrachtung der Flächen, die nicht für die Windenergie ausgewiesen werden sollen, ist nur insoweit erforderlich, als dass das Gewicht der Belange ermittelt werden muss, das gegen ihre Ausweisung für Windenergienutzungen spricht.

dd) Bewertung und eigener Vorschlag

Mit dem Verzicht auf die strenge Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen weisen die vorgenannten Vorschläge ein erhebliches Potenzial zur Reduktion der Fehleranfälligkeit und des Planungsaufwands auf. Es stellt sich aber zum einen die Frage, ob die dort vorgeschlagene Lösung jedenfalls vom einfachen Gesetzgeber mittels Gesetzesänderung bzw. Klarstellung umgesetzt werden kann und zum anderen welche Folgen dies für die Flächenausweisung für die Windenergie hätte.

(1) Handlungsspielraum des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der Konzentrationszonenplanung

Der einfache Gesetzgeber unterliegt bei seinem Handeln rechtlich allein den Grenzen der Verfassung. Insoweit kommt ihm bei der Ausgestaltung des Planungsrechts ein erheblicher Spielraum zu. Dem Verzicht auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen stehen im Ergebnis keine verfassungsrechtlichen, insbesondere auch keine eigentumsgrundrechtlichen Erwägungen entgegen. Diese Erwägungen sowie das Motiv, den gesetzgeberischen Willen einer Förderung des Ausbaus der Windenergie zur Durchsetzung zu verhelfen, hatten das Verständnis des Bundesverwaltungsgerichts von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB und die hieraus abgeleiteten Anforderungen maßgeblich beeinflusst⁸⁷. So hat das Gericht zwar bereits in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2002 betont, dass die Außenbereichsprivilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 (damals Nr. 6) nicht einseitig unter dem Gesichtspunkt der Förderung der Windenergie betrachtet werden dürfe, da der Gesetzgeber zugleich den Gemeinden (und Trägern der Raumordnung) den Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB an die Hand gegeben habe um die Wirkung der Privilegierung räumlich zu

⁸² Siehe ausführlich *Wagner*, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, *VerwArch* 2020, 220 ff. sowie bereits *derselbe*, Klimaschutz durch Raumordnung, 2018, § 7 S. 646 ff.

⁸³ *Wagner*, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, *VerwArch* 2020, 220 (238).

⁸⁴ *Wagner*, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, *VerwArch* 2020, 220 (241).

⁸⁵ Vgl. *Wagner*, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, *VerwArch* 2020, 220 (241).

⁸⁶ *Wagner*, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, *VerwArch* 2020, 220 (248).

⁸⁷ S. o. unter B. I. 1. a).

konzentrieren⁸⁸. Zugleich wurde jedoch schon damals klargestellt, dass der Planvorbehalt aber auch nicht in einer Weise ausgeübt werden dürfe, der die Wirkungen der Privilegierung weitgehend oder vollständig beseitige. Das Gericht hat diesbezüglich den Begriff der (Flächen-) „Kontingentierung“ mit Blick auf die Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB verwendet⁸⁹ und damit das Zusammenspiel von Privilegierung der Windenergie einerseits und Planvorbehalt andererseits auf den Punkt gebracht. Für die Beschränkung von Eigentumsrechten⁹⁰, welche durch die jeweilige Ausübung des Planvorbehalts durch Planungsträger bewirkt wird, ist nämlich die privilegierte Zulässigkeit von Windenergievorhaben im gesamten Außenbereich der maßgebliche Ausgangspunkt. Erst die Planung bewirkt die Konzentration dieser zunächst gesamt-räumlichen Wirkung und damit die Aufhebung der grundsätzlichen Nutzungsbefugnis im übrigen planerischen Außenbereich. Die Planung beschränkt bei diesem Steuerungsmodell also eine Nutzungsbefugnis, die der Gesetzgeber zuvor dem Grundsatz nach durch die Privilegierung gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB dem gesamten Außenbereich zugewiesen hat. Hieraus erwächst die besondere – flächenkontingierende – Bedeutung der Konzentrationszonenplanung vor Art. 14 GG und hieraus folgert die Rechtsprechung die weitgehenden Anforderungen an solche Planungen.

Besonderen eigentumsrechtlichen Anforderungen unterliegt damit aber der jeweilige Planungsträger bei Ausübung des Planvorbehalts nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, nicht jedoch der Gesetzgeber, der eigentumsrechtlich nicht einmal zur Einführung oder Beibehaltung der

Außenbereichsprivilegierung von Windenergieanlagen gezwungen war bzw. ist⁹¹. Aber auch der Planungsträger muss durch den Gesetzgeber nicht den Bindungen unterworfen werden, die er im Rahmen des spezifischen Steuerungsmodells des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB unterliegt, wie ein Blick auf andere Steuerungsmodelle im Rahmen von § 35 Abs. 1 BauGB zeigt. So unterscheidet sich die besondere Verknüpfung der Privilegierung der Windenergie mit dem Planvorbehalt bei § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB im hier allein interessierenden Punkt etwa von der Verknüpfung der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB mit der dort für deren Beschränkung maßgeblichen Bebauungsplanung – was auch das Bundesverwaltungsgericht betont⁹².

Anders als bei § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ist die Privilegierung hier nämlich von vorne herein unter den Vorbehalt ihrer näheren räumlichen Ausgestaltung mittels Bebauungsplanung gestellt („ausgeführt werden soll“)⁹³. Bei Ausübung dieses Vorbehalts wird mithin den betroffenen Flächeneigentümern nicht eine Nutzungsbefugnis genommen, die der Gesetzgeber ihnen zuvor (wenn auch unter dem Vorbehalt entgegenstehender öffentlicher Belange im Einzelfall) unbelastet zugewiesen hatte. Vielmehr wird allein die von Anfang an bestehende Belastung aktualisiert und die Privilegierung in ihrer Reichweite ausgestaltet. Um im eigentumsrechtlichen Sprachgebrauch zu bleiben: Der Planungsträger konkretisiert hier überhaupt erst den Inhalt von Nutzungsrechten und schiebt nicht etwa unbelastet bestehenden Rechten eine Schranke vor.

⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 27.

⁸⁹ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 28.

⁹⁰ Inwieweit das Recht zur baulichen Nutzung von Grundstücken im Außenbereich überhaupt Gegenstand von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ist, ist umstritten, vgl. *Papier/Shirvani*, in Maunz/Dürig, GG, 92. EL 2020, Art. 14 Rn. 166. Hier wird im Weiteren zugrunde gelegt, dass dies für privilegierte Vorhaben der Fall ist. In diesem Sinne etwa *Papier/Shirvani*, aaO., Rn. 170.

⁹¹ Eine andere Frage ist, ob sich eine entsprechende Unterlassungspflicht aus anderen Rechtsgründen, namentlich den verfassungs-, europa- und völkerrechtlichen Klimaschutzverpflichtungen Deutschlands ergibt oder hieraus zumindest eine Rechtfertigungslast erwächst, zu begründen, wie die Klimaschutzverpflichtungen ohne den Ausbau der Windenergie eingehalten werden können.

⁹² BVerwG, Urt. v. 01.11.2018 – 4 C 5/17, juris Rn. 17; *Külpmann*, Anmerkung zu BVerwG, 4. Senat, Urteil vom 1.11.2018 – 4 C 5/17, jurisPR-BVerwG 3/2019, Anm. 6 unter B. 3.; vgl. hierzu auch bereits UBA, Climate Change 21/2020, *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter/Heinemann/Seidl*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, S. 44.

⁹³ BVerwG, Urt. v. 01.11.2018 – 4 C 5/17, juris Rn. 14. Die Rechtsprechung folgert aus diesem Merkmal des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB, dass die dort erfassten Vorhaben dann nicht im Außenbereich „ausgeführt werden soll“[en], wenn und solange der Bauleitplanungsträger einen anderen geeigneten Standort in einem Bebauungsplan, d. h. im planerischen Innenbereich, vorgesehen hat.

Konsequenz dieser Überlegung zur unterschiedlichen eigentumsrechtlichen Interpretation der Steuerungsmodelle des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB ist, dass der Gesetzgeber – auch nach dem Verständnis des Bundesverwaltungsgerichts – ohne Weiteres vom bisherigen Modell der Steuerung der Windenergie (Nr. 5) punktuell Abstand nehmen und damit auch einen Verzicht auf eine strenge Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen anordnen kann.

Ein gesetzgeberisches Tätigwerden wäre für einen solchen Verzicht aber nach den vorangehenden Überlegungen auch erforderlich. Dabei ist es für den Ausbau der Windenergie zentral, mit einer solchen Gesetzesänderung das Zusammenspiel von Außenbereichsprivilegierung einerseits und Planvorbehalt andererseits im Übrigen unberührt zu lassen, um nicht Fehlanreize und Missbrauchsmöglichkeiten zu schaffen, deren Beseitigung gerade die Intention der Tabuzonenrechtsprechung war. Im Grundsatz kommen hierfür – lässt man zunächst den Aspekt einer ausreichenden Mengensteuerung außer Betracht – verschiedene Regelungskonzeptionen in Frage.

Möglich ist eine Regelung, die der Rechtsprechung ausdrücklich untersagt, den Planungsträgern die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen abzuverlangen. In diesem Fall muss allerdings zugleich positiv formuliert werden, welche Anforderungen anstatt dessen an die Konzentrationszonenplanung zu stellen sind. Dies unternehmen die skizzierten Vorschläge *Söfkers* und *von Nicolais*. Problematisch könnten diese konkreten Vorschläge allerdings unter zwei Gesichtspunkten sein. Wenn die vorliegende Analyse zutrifft und das Bundesverwaltungsgericht die bisherigen Anforderungen an Konzentrationszonenplanungen (auch) wegen deren eigentumsverfassungsrechtlicher Bedeutung entwickelt hat, so stellte sich die Frage, ob diesen Anforderungen mit den Vorschlägen noch genügt würde, da diese zwar die Anforderungen gegenüber den Planungsträgern lockern, die Konzentrationsplanungen aber nach wie vor die zunächst unbeschränkte

gesetzliche Privilegierung, und damit grundsätzlich gegebene Nutzungsbefugnisse, auf bestimmte Bereiche beschränken. Diese verfassungsrechtliche Frage hätte das Gericht nach hier vertretener Auffassung bei Umsetzung dieser Vorschläge zu beantworten. Wenn dies so ist, scheint es aber – und dies ist der zweite Gesichtspunkt – nicht unbedingt zielführend im Sinne der vorgenannten Vorschläge die Gesetzesänderung als ausdrückliche Korrektur bisheriger Rechtsprechung zu konzipieren.

Vorzugswürdig könnte es für den Gesetzgeber zur Erreichung seiner Steuerungsziele vielmehr sein, die in der Rechtsprechung bereits vorhandenen Überlegungen zu alternativen Modellen eines Zusammenspiels von Außenbereichsprivilegierung und dessen Beschränkung aufzugreifen und auf das Zusammenspiel von § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu übertragen. Nur mit Blick auf dieses Zusammenspiel wird hier vorgeschlagen Anleihen beim Steuerungsmodell des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB zu nehmen. Deren übrige Bestandteile – insbesondere die Steuerung mittels gemeindlicher Bebauungspläne – würde nicht übertragen, die Steuerung im Modell des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB weiterhin wie gehabt auf Flächennutzungs- und Raumordnungsebene verortet.

Ganz konkret könnten diese Anleihen schlicht dadurch geschehen, dass der Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gesetzgeberisch unmittelbar mit der Privilegierung der Windenergie in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nach dem Vorbild in § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB verknüpft wird, deren Wirkung also von vorne herein mit der Möglichkeit ihrer räumlichen Konzentration belastet wird und insoweit nie ein unbelastetes grundsätzliches Nutzungsrecht entsteht. In dem so geänderten Modell einer Außenbereichsprivilegierung nähert sich die Konzentrationszonenplanung dann ebenso den auch sonst üblichen Instrumenten zur Überplanung des Außenbereichs an⁹⁴ wie dies auch der Vorschlag *Söfkers* anstrebt und ein Verzicht auf die strikte Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen würde

⁹⁴ Siehe oben zum Vorschlag *Söfkers* unter B. I. 1. d) aa) und vgl. zu den insoweit parallelen Überlegungen zum Steuerungsmodell des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB bereits UBA, Climate Change 21/2020, *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter/Heinemann/Seidl*, Bundesrechtliche

Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, S. 45.

ermöglicht, was das Komplexitätsproblem entscheidend verringern würde. Unter dem Gesichtspunkt der Verringerung des Planungsaufwands führte dies zwar nicht dazu, dass die Ausschlussflächen überhaupt nicht mehr in die Betrachtung einbezogen werden müssten.⁹⁵ Die notwendige Detailtiefe der Betrachtung würde sich jedoch verringern und so auch zu einer Reduktion des Planungsaufwands führen.

Geändert würde bei diesem Vorgehen mithin allein die Verknüpfung von Außenbereichsprivilegierung der Windenergie und Planvorbehalt. Im Übrigen blieben diese je für sich und in ihrem Zusammenspiel aber unangetastet. Das heißt, es bestünde auch weiterhin eine inhaltlich nicht näher beschränkte Außenbereichsprivilegierung der Windenergie, solange deren nunmehrige Belastung nicht aktualisiert, das heißt, der Windenergie nicht mittels einer wirksamen Konzentrationszonenplanung Flächen zugewiesen werden würden. Planerische Untätigkeit berührt die Privilegierung mithin nicht. Zudem lebte die Privilegierung auch weiterhin wieder auf, soweit sich eine Planung als rechtswidrig erwiese. Auch ein Anreiz zum Wegklagen solcher Pläne für Windgegner würde mithin nicht geschaffen. Zugleich beließe die allein punktuelle gesetzliche Änderung – stärker als eine ausdrückliche und detaillierte Korrektur des Bundesverwaltungsgerichts – der Rechtsprechung die Möglichkeit nachzusteuern und im Falle unerwarteter Umgehungsversuche mit ergänzenden Anforderungen zu reagieren, wie sie es bereits in der Vergangenheit getan hat, um dem gesetzgeberischen Willen möglichst weitgehend zur Durchsetzung zu verhelfen. Nichtsdestotrotz geht der hier formulierte Vorschlag mit einer Änderung des Zusammenspiels von Außenbereichsprivilegierung der Windenergie und Planvorbehalt und damit eines für den Ausbau der Windenergie neuralgischen Mechanismus einher. Unbeabsichtigte Effekte einer Änderung müssen deshalb möglichst weitgehend ausgeschlossen werden.

Insoweit liegt die Überlegung nahe, ob ein Verzicht auf die Unterscheidung harter und

weicher Tabuzonen nicht auch erreicht werden kann, ohne eine Veränderung an der Außenbereichsprivilegierung der Windenergie, dem Planvorbehalt oder – wie hier angedacht – ihrem Zusammenspiel vorzunehmen. Hiergegen spricht jedoch die bereits oben angestellte Überlegung, dass eben deren gesetzgeberische Ausgestaltung im Verständnis des Bundesverwaltungsgerichts die Anforderungen an die Ausübung des Planvorbehalts, insbesondere die strenge Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen, bedingte. Insoweit dürfte jedenfalls die Änderung eines dieser Elemente erforderlich sein, um eine Absenkung der Anforderungen zu erreichen. Dafür, dass mittels der hier erwogenen gesetzlichen Änderungen unbeabsichtigt eine Schwächung der Privilegierung von Windenergienutzungen herbeigeführt würde, bestehen keine Anzeichen. Missbrauchsmöglichkeiten, die dagegen aus dem gewollten Verzicht auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen entstehen könnten, können zudem mittels zusätzlicher Regelungen effektiv ausgeschlossen werden.

(2) Notwendigkeit ergänzender Regelungen zur Vermeidung von Missbrauchsmöglichkeiten

Dieser notwendige effektive Ausschluss von Missbrauchsmöglichkeiten setzt vor allen Dingen voraus, dass die Konsequenzen der vorgeschlagenen Modifikation des Zusammenspiels von Außenbereichsprivilegierung und Planvorbehalt für die Frage, wie die notwendigen Flächenmengen zu gewährleisten sind, nicht aus dem Blick geraten. Mit dem Wegfall der Identifikation harter Tabuzonen bei Ausübung des Planvorbehalts würde nämlich auch ein ganz wesentliches Datum verloren gehen, das für die Bewertung, ob der Windenergie substantiell Raum verschafft wurde, bislang notwendig ist. Dies wird übersehen, wenn der Verzicht auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen als weitgehend folgenlos betrachtet wird⁹⁶. Die Konsequenz wäre – positiv formuliert – ein Zugewinn an planerischer Freiheit bei den

⁹⁵ Insoweit wird auch dem fortbestehenden Unterschied zwischen den Steuerungsmodellen des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB einerseits und des § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 S. 3 BauGB andererseits Rechnung getragen, vgl. BVerwG, Urt. v. 01.11.2018 – 4 C 5/17, juris Rn. 17.

⁹⁶ So aber Söfker, Vorschlag 2, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 13 (17).

Planungsträgern, weil deren Planergebnis nun nur noch unter dem Aspekt der Abwägungsdisproportionalität kontrolliert werden könnte und nicht mehr an der zwar unbezifferten, aber doch nicht konturlosen (Mindest-) Anforderung des Substanzgebotes gemessen würde. Der Rechtsprechung würde es mithin schwerfallen, wie bislang sicherzustellen, dass die gesetzgeberische Privilegierung der Windenergie nicht durch zu weitgehende Beschränkungen über die Ausübung des Planvorbehalts entwertet würde. Dieser größere Spielraum der Planungsträger wäre zwar im Sinne des Vorschlags von *Nicolais*. Rechtlich sichergestellt wäre die ausreichende Sicherung von Flächen für die Windenergie jedoch in diesem Fall nicht mehr. Sie wäre vielmehr in stärkerem Maße als bislang der planerischen Freiheit der Planungsträger überantwortet. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht das Substanzgebot und auch die weitreichenden Anforderungen an die Planaufstellung im Übrigen aber vor allen Dingen auch deshalb entwickelt hat, um ein Unterlaufen des gesetzgeberischen Ziels der Förderung der Windenergie zu verhindern – und entsprechende Versuche von Planungsträgern in zahlreichen Fällen nicht in Abrede gestellt werden können – erscheint die Konsequenz auch des hier skizzierten Vorschlags eines Verzichts auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen für die Sicherung einer hinreichenden Menge an Flächen als nicht hinnehmbar. Wie im folgenden Abschnitt zu zeigen sein wird, lässt sich diese Konsequenz jedoch durch eine stärkere Mengensteuerung bei der Flächenausweisung für die Windenergie verhindern. Diese muss mithin zwingender Bestandteil einer gesetzgeberischen Änderung zur Reduktion von Fehleranfälligkeit und Planungsaufwand für Konzentrationszonenplanungen sein, wenn die Flächensicherung für die Windenergie tatsächlich verbessert werden soll.

d) Zwischenergebnis

Eine Reduktion der Fehleranfälligkeit von Konzentrationszonenplanungen und des mit ihnen verbundenen Planungsaufwands ist möglich, wenn auch eingeschränkt, so lange an der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen festgehalten wird. Geeignet dürfte hier nicht eine abschließende gesetzgeberische Zuordnung von

Flächentypen sein, sondern vielmehr eine gesetzgeberische Adressierung der nach dem Stand der Rechtsprechung verbliebenen problematischen Fallgruppen. Eine Konkretisierung hier geltender Maßstäbe würde dem andernfalls weiterhin langwierigen iterativen Prozess gerichtlicher Klärung vorgreifen.

Weitergehend wäre allerdings auch ein vollständiger Verzicht auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen und damit eine weitergehende Erreichung der hier verfolgten Ziele möglich. Der Gesetzgeber könnte dies ohne Weiteres durch eine punktuelle Modifikation der Verknüpfung der Außenbereichsprivilegierung der Windenergie und des Planvorbehalts nach dem Vorbild des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB herbeiführen. In der so veränderten Konzeption würde das Vollzugsfähigkeitsgebot gem. § 1 Abs. 3 BauGB wieder auf seine eigentliche Rolle als Planinhaltsschranke zurückgeführt, die Notwendigkeit bereits auf Planungsebene umfassende Prognosen über die zulassungsrechtliche Bewertung von Ausschlussflächen anzustellen, wäre nicht mehr bzw. nur noch im üblichen Maße gegeben.

Eine solche Modifikation bliebe jedoch nicht ohne Konsequenzen für die Kontrolle des Planergebnisses, da das Substanzgebot in der bisherigen Form nur noch bedingt anwendbar wäre. Die hier vorgeschlagene punktuelle Modifikation bedarf deshalb der Ergänzung um eine stärkere gesetzgeberische Mengensteuerung, soll das Erreichen der Flächensicherungsziele sicher gewährleistet werden. Wie sogleich zu zeigen ist, bedarf es dieser allerdings ohnehin, da nach hier vertretener Ansicht das Substanzgebot bereits heute keinen ausreichenden rechtlichen Hebel darstellt, um Flächenausweisungen in einem Umfang zu gewährleisten, wie dies zur Erreichung der Ausbauziele für die Windenergie erforderlich ist.

2. Die unzureichende quantitative Steuerungswirkung des Substanzgebots

Befreit man die Planungsträger bei den einzelnen Schritten der Planaufstellung stärker vom Rechtfertigungsdruck der schrittweisen Flächenauswahl und ihrer rechtlichen Qualifizierung als harte oder weiche Tabuzonen, so wurde vorstehend

bereits darauf hingewiesen, dass dies Missbrauchsmöglichkeiten eröffnet, deren Begrenzung wiederum Elemente einer stärkeren Mengensteuerung bedarf. Hintergrund ist, dass das einzig vorhandene quantitative Element im bundesrechtlichen Rahmen für Konzentrationszonenplanungen – das Gebot, der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen – seine bisherige Funktion als Bezugspunkt gerichtlicher Kontrolle weitgehend verliert, wenn eine Einordnung sämtlicher Flächen in harte Tabuzonen und Potenzialflächen nicht länger stattfindet. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass das Substanzgebot seine Funktion als quantitative Zielvorgabe beim erreichten Stand der Flächenausweisung ohnehin weitgehend verloren hat und insoweit eine Weiterentwicklung quantitativer Steuerung sowieso ansteht.

a) Verständnis des Substanzgebots als Ausdruck des Verbots der Verhinderungsplanung

Nach geltendem Recht ist die Ausschlusswirkung der Konzentrationszonenplanung – in der Praxis meist über 98 Prozent des Außenbereichs – nur dann gerechtfertigt, wenn der Windenergie substanziell Raum verschafft wird. Erwähnt wurde diese Anforderung hier bereits mehrfach zuvor, allerdings in ihrer Ausprägung, dass eine bestimmte Eignung derjenigen Flächen gefordert wird, die letztlich für die Windenergie ausgewiesen werden⁹⁷. Hier ist sie nun aber in ihrer Zielrichtung angesprochen, wonach Windenergievorhaben überhaupt ein Mindestmaß an Flächen zur Verfügung gestellt werden muss, um die im Gegenzug eintretende Ausschlusswirkung nach § 35

Abs. 3 S. 3 BauGB zu rechtfertigen⁹⁸. Es wurde verschiedentlich diskutiert, ob diese Anforderung geeignet ist, Planungsträger zu einer Bereitstellung von Flächen in einem Maße zu verpflichten, wie es für die Erreichung der jeweils gültigen Ausbauziele erforderlich oder nach dem erreichten Stand der Energiewende angezeigt ist. Jedenfalls nach dem bisherigen Verständnis der Rechtsprechung ist dies jedoch nicht der Fall⁹⁹.

So betont diese bislang stets, dass aus dem Substanzgebot gerade keine Verpflichtung folge, alle für die Windenergie geeigneten Flächen für diese auch zu sichern¹⁰⁰. Als ein Optimierungsgebot will die Rechtsprechung die Anforderung gerade nicht verstehen. Zweck der Anforderung sei es vielmehr, sog. Verhinderungsplanungen zu unterbinden. In diesem Sinne markiert das Substanzgebot in quantitativer Hinsicht nicht das Flächenmaß, das zum Erreichen der Ausbauziele für die Windenergie an Land erforderlich ist, sondern zieht lediglich eine Untergrenze dafür ein, was nötig ist, um die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu rechtfertigen und auszulösen. Dementsprechend knüpft die dogmatische Begründung des Gebots durch die Rechtsprechung am Gebot der Planerforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 BauGB und dessen Ausprägung des Verbots einer Verhinderungsplanung¹⁰¹ einerseits an und entnimmt den notwendigen quantitativen Umfang der Bedeutung von Windenergienutzungen, wie sie der Gesetzgeber mit deren Außenbereichsprivilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zum Ausdruck gebracht hat¹⁰².

⁹⁷ Zu dieser Ausprägung des Substanzgebotes ausführlich OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, juris Rn. 85 f.; siehe auch bereits OVG Schleswig, Urt. v. 20.1.2015 – 1 KN 7/13, juris Rn. 59; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.9.2010 – 2 A 5.10, juris Rn. 35.

⁹⁸ St. Rspr. seit BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 29; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 139. EL 2020, § 35 Rn. 124g; ausführlich Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien, 2016, S. 53 f.

⁹⁹ Der Frage, ob die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Beschluss zum Bundes-Klimaschutzgesetz vom 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a. – an der bisherigen Rechtsprechung etwas ändern, kann hier nicht nachgegangen werden. Jedenfalls lassen etwaige notwendige Veränderungen bei der

Gewichtung des Klimabelangs die Schwierigkeiten der Planungsträger bei dessen Operationalisierung unberührt, sodass der hier attestierte Bedarf für eine höher-rangige Mengensteuerung insoweit unverändert bliebe.

¹⁰⁰ BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 4/02, juris Rn. 15.

¹⁰¹ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01; Kritik hieran bei Wagner, Das Gebot substanzieller Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie als abwägungsrechtliche Wirkung des Klimaschutzbelangs, ZfBR 2020, 20 (21 ff.).

¹⁰² BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01; Münkler, Flexible Steuerung durch Konzentrationsflächenplanung, NVwZ 2014, 1482 (1486); gegen diese dogmatische Verortung wiederum Wagner, Das Gebot substanzieller Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie als abwägungsrechtliche Wirkung des Klimaschutzbelangs, ZfBR 2020, 20 (24 ff.).

Für die Planungspraxis wird die Handhabung der Anforderung dadurch erschwert, dass sie sich einer allgemeinen Bezifferung entzieht. Das Bundesverwaltungsgericht lehnt eine allgemeingültige Konkretisierung der Vorgabe ab und betont vielmehr ihre Einzelfallbezogenheit und die Notwendigkeit einer Verhältnisbildung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung¹⁰³. Auch bei der notwendigen Verhältnisbildung legt sich das Bundesverwaltungsgericht allerdings nicht fest, sondern hat vielmehr verschiedene Maßstäbe aus der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gebilligt, solange diese nicht von einem Rechtsirrtum infiziert sind, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder ansonsten für die Beurteilung des Sachverhalts schlechthin ungeeignet sind¹⁰⁴. Am verbreitetsten ist sicherlich der Vergleich zwischen der Gesamtfläche abzüglich der harten Tabuzonen einerseits und den letztlich der Windenergie zur Verfügung gestellten Flächen andererseits. Als Faustformel hat sich hier wiederum die Bewertung herausgebildet, dass ein Planungsträger mit der Ausweisung von einem Zehntel der verbleibenden Potenzialflächen auf der sicheren Seite ist¹⁰⁵. Dass ein Maßstab zur Bewertung der aus dem Flächenvergleich resultierenden Verhältniszahl aber letztlich weiterhin fehlt, bleibt ein Problem¹⁰⁶, wenn auch eher wenige Planungen bekannt sind, die letztlich an dieser quantitativen Vorgabe scheiterten¹⁰⁷.

b) Das Fehlen einer quantitativen Vorgabe zur Gewährleistung der Flächen- und Ausbauziele im Bundesrecht

Wenn allerdings doch einmal Planungen wegen eines Verstoßes gegen das Substanzgebot scheiterten, so waren hier Flächenausweisungen allein in sehr geringem Umfang erfolgt. Flächenausweisungen, die deutlich jenseits von 1 % der Gesamtfläche des jeweiligen Plangebiets lagen, wurden – soweit ersichtlich – diesbezüglich gerichtlich nie beanstandet.¹⁰⁸ Daraus wird klar, dass das Substanzgebot im Verständnis der Rechtsprechung gerade keinen rechtlichen Hebel darstellt, um Flächenausweisungen in dem Umfang zu erreichen, wie sie für die Ausbauziele der Windenergie für erforderlich gehalten werden.

Anderweitige Versuche zur Bestimmung des Substanzgebotes, die stärker in Richtung einer Dynamisierung des Gebotes zielen¹⁰⁹, haben sich nicht durchsetzen können. Da ein dynamischer Charakter dieser Vorgabe die Planungsträger zudem nicht unerheblich in ihrer Planungshoheit beeinträchtigen würden, bedürfte ein solches Verständnis nach dem Vorbehalt des Gesetzes jedenfalls gegenüber den Kommunen auch der gesetzgeberischen Ausgestaltung¹¹⁰. Auch ein weiterer Versuch einer dogmatischen Neuverortung des Substanzgebots in der abwägungsimmanenten Wirkung des Klimaschutz- und Windenergiebelangs und sein Verständnis als Element der im Planungsrecht üblichen Finalsteuerung von Abwägungsentscheidungen¹¹¹

¹⁰³ Kritisch hierzu etwa *Tyczewski*, *BauR* 2014, 934 (946); *Kindler*, *Zur Steuerungskraft der Raumordnung*, 2018, S. 174.

¹⁰⁴ Siehe nur *BVerwG*, *Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11*, *juris* Rn. 18; *Beschl. v. 12.05.2016 – 4 BN 49/15*; *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, *BauGB*, 139. EL 2020, § 35 Rn. 124g

¹⁰⁵ Eine Verfestigung dieser Richtgröße sieht auch *Wagner*, *Das Gebot substanzieller Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie als abwägungsrechtliche Wirkung des Klimaschutzbelangs*, *ZfBR* 2020, 20 (21).

¹⁰⁶ *OVG Münster*, *Urt. v. 20.01.2020 – 2 D 100/17.NE*, *juris* Rn. 231.

¹⁰⁷ *Wegner*, *Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen*, *Würzburger Bericht zum Umweltenergiegesetz* Nr. 14 vom 07.09.2015, S. 8 f.

¹⁰⁸ Siehe die Beispiele bei *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, *Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien*, 2016, S. 54.

¹⁰⁹ Siehe etwa *OVG Magdeburg*, *Urt. v. 26.10.2011 – 2 L 6/09*. Das *BVerwG* hat in der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des *OVG Magdeburg* hierin allerdings gerade keine Abstrahierung des Substanzgebotes von den jeweiligen örtlichen Verhältnissen und damit keine Formulierung einer allgemeingültigen Mindestmengenvorgabe gesehen, vgl. *BVerwG*, *Beschl. v. 29.03.2010 – 4 BN 65/09*, *juris* Rn. 7; *Bovet/Kindler*, *DVBl* 2013, 488 (492). Siehe zum Ganzen auch *UBA*, *Climate Change 21/2020*, *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter/Heinemann/Seidl*, *Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau*, S. 16 ff.

¹¹⁰ Ein insoweit nicht ausreichender Hinweis auf das Substanzgebot fand sich im Gesetzgebungsverfahren betreffend die Einführung der Außenbereichsprivilegierung von Windenergievorhaben und des Planvorbehalts allein in *Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau*, *BT-Drs. 13/4978*, S. 7.

¹¹¹ So *Wagner*, *Das Gebot substanzieller Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie als*

ändert hieran praktisch wenig. Die hierhin- ter stehende Überlegung¹¹², man müsse Kli- maschutz- und Windenergiebelang nur or- dentlich in die Abwägung einstellen und nach allen Regeln der Kunst und vor allen Dingen mit Blick auf die Dringlichkeit der Klimaschutzauflage gewichten und schon würden im Planungsergebnis zwingend Flächen für die Windenergie in substanziel- em Umfang ausgewiesen werden, dürfte sich kaum in der Praxis umsetzen lassen, wenn dies nicht weitergehend mittels hö- herrangiger Vorgaben abgesichert wird. Begründet ist dies darin, dass der jeweilige Planungsträger für die notwendige Ge- wichtung von Klimaschutz- und Windener- giebelang im Rahmen der Abwägung blind ist, weil deren Gewicht auf Ebene der Ge- meinden und Regionen nicht objektiv be- stimmbar ist, sondern sich erst aus der Be- deutung der Flächenausweisung als Teil ei- ner nationalen Gesamtstrategie zur Erfül- lung globaler Treibhausgasreduktionsziele ergibt. Die Rolle und Notwendigkeit der Windenergie bei dieser Zielerreichung steht aber nicht in einem objektiven Sinne fest, sondern ist abhängig vom Umfang ei- ner Vielzahl anderer hierauf gerichteter rechtlicher und politischer Maßnahmen, insbesondere dem Umfang des Ausbaus anderer erneuerbarer Energieträger oder der geografischen Schwerpunktbildung des EE-Ausbaus. Planungsträger können sich in der Abwägungsentscheidung des- halb ohne Weiteres auf die bessere Eig- nung anderer Planungsräume für die Windenergienutzung und die Vorrangig- keit anderer Raumbelange und -funktionen im eigenen Planungsraum berufen, ohne dass dies einen Abwägungsfehler darstel- len muss. Es dürfte nicht zuletzt diese Er- kenntnis mangelnder Kontrollierbarkeit der Abwägungsproportionalität gewesen sein, der die Rechtsprechung dazu gebracht hat, mit dem Substanzgebot ein als Konditio- nalnorm formuliertes Untermaßverbot ein- zuziehen. Erst dadurch konnte sich die

Rechtsprechung auf dessen überschlägige, an Verhältnisbildungen orientierte Kon- trolle in dem Wissen zurückzuziehen, dass man den vorangehenden Planungsprozess in einer Weise strukturiert hat, der die Pla- nungsträger zu Transparenz zwingt und Verhinderungsplanungen zumindest er- schwert.

c) Mengenvorgaben als Mittel der Men- gensteuerung und Bezugspunkt gerichtli- cher Kontrolle

Vor diesem Hintergrund dürften Lösungen für die Schwierigkeiten bei der Operationa- lisierung des Substanzgebotes weder in dessen dynamisierender Auslegung noch in dessen dogmatischer Neubestimmung zu suchen sein. Vielmehr braucht es als solche gesetzgeberisch konzipierte Mengenvoga- ben top-down, welche die Planungsträger von den strukturell begründeten Hemmnis- sen einer bottom-up Bestimmung des Ge- wichts von Windenergie- und Klimaschutz- belang befreien und diesen klare und handhabbare Vorgaben zur quantitativen Flächensicherung machen.

In denjenigen Bundesländern, in denen dies auf Ebene der Landesentwicklungspla- nung passiert ist und wo diese Vorgaben zusätzlich auf die Regionalplanungsebene heruntergebrochen wurden, hat dies zu ei- ner Rationalisierung der Planung beigetra- gen¹¹³. Will man mit solchen Vorgaben zu- gleich zu einer besseren Gleichverteilung des Windenergieausbaus in Deutschland kommen, so muss zudem eine Vorgabe auf Bundesebene formuliert werden, die ideal- erweise an die Klimaschutzziele rückgekop- pelt wird und anderweitige Maßnahmen zu deren Erreichung bei der Definition der zu sichernden Flächen¹¹⁴ für die Windenergie berücksichtigt. Wie eine solche bundes- rechtliche Mengenvorgabe als Teil einer Bundesraumordnung rechtlich umgesetzt werden kann, wurde an anderer Stelle aus- geführt¹¹⁵. Diese kann trotz der für den

abwägungsrechtliche Wirkung des Klimaschutzbe- lang, ZfBR 2020, 20 (20, 26 ff.); in diese Richtung auch *Thomann*, Konzentrationsflächen für Windenergiean- lagen in Flächennutzungsplänen, 2018, S. 426.

¹¹² Zu dieser Überlegung zu Operationalisierbarkeit von Klimaschutz- und Windenergiebelang, *Wagner*, Das Gebot substanzieller Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie als abwägungsrechtliche Wirkung des Klimaschutzbelangs, ZfBR 2020, 20 (27 ff.).

¹¹³ Siehe den Überblick bei *Hendler*, Raumordnungspla- nerische Mengenziele zur Windkraftnutzung, in: *Ruf- fert/Backes*, FS-Schröder, 2012, 567 ff.

¹¹⁴ Vgl. *von Seht*, Raumordnung für die Windkraftnut- zung an Land, DÖV 2011, 915 (919) und zudem *Köck*, Flä- chenausweisung für Erneuerbare Energien durch die Raumordnung, in: *Jarass*, Erneuerbare Energien in der Raumplanung, 2011, S. 47 (62).

¹¹⁵ UBA, Climate Change 21/2020, *Wegner/Kahles/Bau- knecht/Ritter/Heinemann/Seidl*, Bundesrechtliche

Bereich der Raumordnung vorhandenen Abweichungskompetenz der Länder nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG auch in einer Weise mit der Privilegierung der Windenergie verknüpft werden, dass eine Abweichung auf Landesebene faktisch ausgeschlossen wird¹¹⁶. Dieses Ergebnis ist mittels verschiedener rechtlicher Konstruktionen erreichbar¹¹⁷. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert dies mit Blick auf die Fehleranfälligkeit von Konzentrationszonenplanungen in erster Linie insoweit, als dass eine solche Mengenvorgabe – unabhängig von ihrer Form als verbindliche Vorgabe oder als bloße Orientierungsvorgabe – Planungen erleichtern kann und insoweit weniger fehleranfällig machen würde. Als klarer Maßstab zur Überprüfung des Planungsergebnisses wäre hiermit aber zudem eine Anforderung formuliert, die es unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung einer hinreichenden Flächenbereitstellung für die Windenergie erlaubte, die Strukturierung der Planaufstellung weniger strikt als bislang vorzunehmen, d. h. insbesondere auf die strikte Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen zu verzichten, und den Planungsträgern bei der Verortung der notwendigen Flächen größere Freiheiten zu lassen. Nicht zu übersehen ist allerdings, dass mit einer Flächenmengenvorgabe ein zusätzliches, ggf. fortschreibungsbedürftiges¹¹⁸ Instrument geschaffen würde, dass seinerseits ggf. eine neue Fehlerquelle bilden kann und insoweit Vorkehrungen nötig macht, damit eine fehlerhaft festgelegte Mengenvorgabe nicht zur Infrizierung der Planungen nachfolgender Ebenen führt¹¹⁹.

Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, S. 21 ff.

¹¹⁶ UBA, Climate Change 21/2020, *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter/Heinemann/Seidl*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, S. 42. Zu früheren Überlegungen zu Mengenvorgaben durch die Raumordnung bereits von Seht, *Raumordnung für die Windkraftnutzung an Land*, DÖV 2011, 915 ff.; *Köck*, Flächensicherung für erneuerbare Energien durch die Raumordnung, DVBl 2012, 3 ff.; *Bovet/Kindler*, in: UBA, Texte 23/2013, Untersuchung von speziellen Hemmnissen im Zusammenhang mit der Umweltbewertung in der Planung und Genehmigung der Windenergienutzung an Land und Erarbeitung von Lösungsansätzen, S. 71 f.

¹¹⁷ Zu einer bedarfsplanerischen Festlegung eines Mengenziels *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land:

d) Zwischenergebnis

Das Substanzgebot als bloße Anforderung zur Ausweisung einer Mindestflächenmenge für die Windenergie hat nicht zum Ziel und ist dementsprechend auch nicht dazu geeignet, Flächen für die Windenergie in einem Umfang zu sichern, wie es zur Erreichung der Ausbau- und Klimaschutzziele erforderlich ist. Dieses Ergebnis ist auch durch eine dogmatische Neubestimmung des Substanzgebots und seine Verortung im Abwägungsprinzip nicht zu erreichen. Die Einführung von Mengenzielvorgaben ist schon aus diesem Grund notwendig. Mit deren Einführung würde zugleich auch verhindert, dass der Verzicht auf die Identifikation harter Tabuzonen zur Eröffnung von Missbrauchsmöglichkeiten führt. Unter der Voraussetzung der Einführung von Mengenzielvorgaben ist die hier vorgeschlagene punktuelle Modifikation der Außenbereichsprivilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und der damit einhergehende Verzicht auf die Identifikation harter Tabuzonen geeignet, die erstrebte Komplexitätsreduktion von Konzentrationszonenplanungen zu erreichen und damit deren Fehleranfälligkeit und den mit ihnen verbundenen Planungsaufwand erheblich zu reduzieren.

3. Unklarheiten über die erforderliche Untersuchungs- und Abwägungstiefe

Die Identifikation harter Tabuzonen nach dem derzeitigen Tabuzonenkonzept der Rechtsprechung stellt nicht zuletzt eine Herausforderung im Hinblick auf die hierfür

Beseitigung von Ausbauehemmnissen im öffentlichen Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy, 2020, S. 18 ff. sowie jüngst *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, 2020, S. 55 ff.

¹¹⁸ Die Notwendigkeit einer Fortschreibung könnte sich daraus ergeben, dass weder der Umfang erforderlicher Flächen noch deren räumliche Verortung bis zum Erreichen der Klimaneutralität prognostizierbar sind. Auch unter Akzeptanzgesichtspunkten kann eine schrittweise Umsetzung von Vorteil sein.

¹¹⁹ Zur Vermeidung dieses Problems durch eine gesetzgeberische Bedarfsfestlegung *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, 2020, S. 56 ff.

erforderliche Untersuchungstiefe auf der jeweiligen Planungsebene dar. Wie gesehen¹²⁰ erfordert sie teils einen tiefgehenden Blick voraus auf die Genehmigungsebene und damit eine Prüfung der Flächen von einer Kleinteiligkeit und Tiefe, wie sie für beide Ebenen der Konzentrationszonenplanungen – die Flächennutzungsplan- und die Raumordnungsebene – untypisch sind. Der durch eine stärkere Mengensteuerung und die Modifikation der Außenbereichsprivilegierung mögliche Verzicht auf eine Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen würde bei Untersuchungs- und Abwägungstiefe zu den bereits erwähnten Erleichterungen führen. Harte und weiche Tabuzonen würden einheitlich als Ausschlussflächen betrachtet, auf denen Belange allein insoweit zu untersuchen sind, als dass sie in die Abwägung eingestellt und in einer Weise gewichtet werden können, dass klar wird, dass sie das Interesse an der Nutzung der Windenergie überwiegen. Die bislang von der Rechtsprechung vorgenommene Sonderbehandlung der harten Tabuzonen wäre nicht länger nötig. Das Vollziehbarkeitsgebot nach § 1 Abs. 3 BauGB könnte auf seine Funktion als Planinhaltschranke zurückgeführt werden.

Weitgehende Anforderungen an die Untersuchungs- und Abwägungstiefe bestehen aber gleichwohl bereits heute und bestünden auch bei Vornahme der entsprechenden Modifikationen für diejenigen Flächen, die für Windenergienutzungen gesichert und ihnen ggf. zur Verfügung gestellt werden sollen¹²¹. Allgemein ergeben sich die Anforderungen an Untersuchungs- und Abwägungstiefe aus dem Abwägungsprinzip, d. h. hinsichtlich der Untersuchungstiefe aus dessen verfahrensrechtlicher Dimension, wie sie für Bauleitplanungen in § 2 Abs. 3 BauGB gesondert normiert ist und hinsichtlich der Abwägungstiefe

unmittelbar aus § 1 Abs. 7 BauGB bzw. § 7 Abs. 2 S. 1 ROG. Danach gilt mit Blick auf die Hierarchie der Planungsebenen für die Abwägungstiefe der Grundsatz der ebenenspezifischen Abwägung, was auf die Flächenuntersuchung wegen dessen vorbereitenden Charakter übertragbar ist. Danach sind allein diejenigen öffentlichen und privaten Belange in den Blick zu nehmen, die auf der jeweiligen Planungsebene „erkennbar und von Bedeutung sind“¹²². Die Erkennbarkeit wird dabei insbesondere auch durch die Maßstäblichkeit der jeweiligen Planungen beeinflusst¹²³. Im Ergebnis wird allgemein davon ausgegangen, dass auf Raumordnungsebene regelmäßig eine Kartierung etwa von gefährdeten Vogelarten vor Ort nicht notwendig ist. Das Merkmal „von Bedeutung“ wird zudem so verstanden, dass die vorbereitenden Ebenen der Raumordnung und Flächennutzungsplanung all diejenigen Belange, deren Konflikte noch auf Bebauungsplanebene oder Zulassungsebene gelöst werden können, hier außer Betracht bleiben können und teils auch müssen, um nicht unzulässig in die Planungshoheit des in der Hierarchie nachfolgenden Planungsträgers überzugreifen¹²⁴.

Der vorstehend wiedergegebene Regelfall ist jedoch für Konzentrationszonenplanungen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu modifizieren. Die Rechtsprechung hat auch mit Blick auf diesen Aspekt mehrfach betont, dass sich diese Planungen unabhängig von der durchführenden Planungsebene der Bebauungsplanung angenähert haben¹²⁵. Aus dem Gebot, dass der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen ist, leitet die Rechtsprechung – wie gesehen – nicht allein das Gebot einer mengenmäßigen Mindestausweisung ab. Vielmehr umfasst das Substanzgebot auch die Pflicht des Planungsträgers,

¹²⁰ Hierzu oben unter B. I. 1. b).

¹²¹ Die Notwendigkeit, die Eignung der für die Windenergie ausgewiesenen Flächen sicherzustellen, bestünde auch bei einer stärkeren Mengensteuerung, bspw. im durch die Stiftung Klimaneutralität vorgeschlagenen Modell. Die hier vorgesehene bloße Plausibilitätskontrolle der BNetzA ersetzt dies nicht, vgl. *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für die Windenergie, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, 2020, S. 64 ff.

¹²² Vgl. allgemein *Gierke*, in: Brügelmann, BauGB, 116 EL, 2020, § 1 Rn. 1579.

¹²³ *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 7 Rn. 31 f.

¹²⁴ Insoweit konkretisieren sich hier das Gebot der planerischen Konfliktlösung einerseits und das Gebot der planerischen Zurückhaltung andererseits, vgl. nur *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 14. Aufl. 2019, § 1 Rn. 115 ff.

¹²⁵ BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 CN 3.06 sowie Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18 und zuletzt Urt. v. 29.10.2020 – 4 CN 2/19 juris Rn. 18; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.09.2010 – OVG 2 A 5.10, juris Rn. 35; OVG Lüneburg, Urt. v. 17.10.2013 – 12 KN 277/11, juris Rn. 52.

sicherzustellen, dass sich Windenergieanlagen auf den für sie ausgewiesenen Flächen nicht nur im Einzelfall, sondern regelmäßig durchsetzen können¹²⁶. Auch insoweit wird eine Verknüpfung von Planungs- und Genehmigungsebene herbeigeführt. Dies verlangt von den Planungsträgern (auch) hier, sich ein Stück weit in die Position der Genehmigungsbehörde hineinzusetzen und die Prüfung auf Grundlage von § 35 Abs. 3 BauGB durchzuspielen¹²⁷, d. h. das Entgegenstehen öffentlicher Belange auf dem überwiegenden Teil der für die Windenergie auszuweisenden Flächen auszuschließen. Auch hierfür kann eine Betrachtung der Flächen auf der Grundlage hinreichend aktueller Bestandsdaten ausreichend sein, sofern sich daraus und auch im Übrigen keine Anhaltspunkte für Konflikte ergeben, die eine Zulassung von Windenergieanlagen ausschließen könnten, weil sie auf Zulassungsebene nicht mehr lösbar wären. Soweit jedoch Konflikte erkennbar werden, sind diese aufzuklären und – soweit an der Ausweisung der Flächen für die Windenergie festgehalten werden soll – einer Lösung zuzuführen¹²⁸.

Dabei ist zu beachten, dass § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB zwar durchaus einen Mechanismus enthält, um zu verhindern, dass bereits auf Raumordnungsebene im Rahmen der Zielformulierung abschließend abgewogene konfligierende Belange auf Zulassungsebene zur Versagung einer Genehmigung herangezogen werden. Der Anwendungsbereich dieses Mechanismus ist jedoch äußerst eng, wenn auch u. a. auf den praktisch wichtigen Belang des Landschaftsbilds anwendbar. Er versagt zum einen überall dort, wo – wie etwa beim artenschutzrechtlichen Tötungsverbot – gegenläufige Belange insoweit überhaupt nicht einer Abwägung zugänglich sind. Ihr Schutz wird auf Zulassungsebene nämlich

über strikt einzuhaltende Verbotsregelungen gewährleistet. Insoweit liegt ein Anwendungsfall des Vorrangs des Gesetzes vor, der mittels Abwägung nicht überwunden werden kann¹²⁹. Zudem können bestimmte Belange zwar planungsrechtlich überwunden, gleichwohl aber aufgrund des Zeitablaufs und inzwischen veränderter tatsächlicher Gegebenheiten in anderer Form auf Zulassungsebene wieder aktuell werden¹³⁰.

Obwohl sich die vorgenannten Grundsätze als Besonderheiten der Konzentrationszonenplanung durchaus aus der Rechtsprechung ergeben, erscheinen die Beharrungskräfte überkommener Vorstellungen von der ebenenspezifisch geringeren Untersuchungs- und Abwägungstiefe gleichwohl erheblich, sodass hieraus immer wieder Fehler erwachsen. Dies dürfte nicht zuletzt auch darauf zurückzuführen sein, dass die handelnden Planungstellen nicht überall finanziell und personell ausreichend in die Lage versetzt werden, Untersuchungen in der notwendigen Tiefe zu veranlassen. Auch vor diesem Hintergrund könnte es hilfreich sein, dass der Gesetzgeber die Besonderheiten von Untersuchungs- und Abwägungstiefe in abstrakter Weise explizit normiert, um so durch mehr Rechtsklarheit die Fehleranfälligkeit der Planungen in diesem Punkt zu verringern. Der Differenzierungsgrad einer solchen Normierung sollte sich an den in der Konzentrationszonenplanung relevanten Flächenkategorien orientieren und jedenfalls zwischen den Flächen unterscheiden, die der Windenergie zur Verfügung gestellt werden sollen, sowie denjenigen, die auf unterschiedliche Weise (als harte Tabuzonen, soweit an dieser Kategorie festgehalten wird sowie als Potenzialflächen in der Form weicher Tabuzonen bzw. als Potenzialflächen im Rahmen der Einzelflächenabwägung) dem

¹²⁶ Siehe die Nachweise in Fn. 55.

¹²⁷ Gatz, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, DVBl 2017, 461 (467).

¹²⁸ Insoweit ist es für Konzentrationszonenplanungen auf Raumordnungsebene gerade nicht richtig, dass „das Abwägungsmaterial [...] also nicht so kleinteilig zusammengestellt werden“ muss, „wie auf den nachgeordneten Planungsebenen“, so allgemein Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Coppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 7 Rn. 35. Zudem sind die Anforderungen hier umso höher, je kleiner die Fläche ist, die der Windenergie zur Verfügung gestellt werden soll, damit jedenfalls deren

Eignung sichergestellt wird, vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, juris Rn. 63.

¹²⁹ Zu dieser äußeren Grenze der Abwägung Gierke, in: Brügelmann, BauGB, 116. EL 2020, § 1 Rn. 1562.

¹³⁰ Denkbar ist es zudem, dass Denkmalschutzbelange planungsrechtlich zwar abschließend abgewogen wurden, auf Zulassungsebene aber einzelne Aspekte des staatlichen Denkmalschutzes wieder aktiviert werden, vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 16.02.2017 – 12 LC 54/15; a. A. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 03.07.2014 – OVG 11 B 5.13, juris Rn. 25 und hierzu Fülber, Windenergieanlagen und Denkmalschutzrecht, ZNER 2017, 89 (92 ff.).

Ausschlussbereich der Konzentrationszonenplanung zugeordnet werden.

4. Dichtezentren als planerischer Ansatz zur Bewältigung des Artenschutzes¹³¹

Erheblicher Planungsaufwand und Verzögerungen der Planaufstellungsverfahren wurde in der Vergangenheit auch beim Versuch der Bewältigung des Konflikts zwischen der Windenergienutzung und dem Artenschutz in Form bestimmter windenergiesensibler Vogelarten im Rahmen der Konzentrationszonenplanungen ausgelöst. Während der notwendige Schutz von Fledermäusen insbesondere über Abschaltauflagen effektiv auch auf Zulassungsebene gewährleistet werden kann, stellt der Schutz gefährdeter Vogelarten eine erhebliche Herausforderung dar¹³². Auf Zulassungsebene ist dieser Konflikt am ehesten dann lösbar, wenn bereits zuvor eine planerische Koordinierung zur Konfliktreduzierung stattgefunden hat. Lange Zeit wurde diese dadurch zu gewährleisten versucht, dass die Ausweisung von Flächen für die Windenergie an einzelnen Horsten und Nistplätzen gefährdeter Vögel orientiert wurde¹³³. Dies brachte und bringt folgende, hier nur stichpunktartig zu beschreibende Schwierigkeiten mit sich:

- ▶ Horste und Nistplätze, die zunächst aufwändig ermittelt werden, verändern sich schon während der Planaufstellungsverfahren teils mehrfach; die Veränderungen in der Natur bedingen wiederum Änderungen der Planentwürfe, um die Vollziehbarkeit der Planungen sicherzustellen und diese wiederum eine erneute Durchführung von Öffentlichkeitsbeteiligungen, welche die Fertigstellung der Planungen weiter verzögern.
- ▶ Auch der bereits beschlossene Plan wird durch die fortwährende Veränderung von Horsten und Nistplätzen in seiner

Steuerungsleistung beeinträchtigt: Auf den für die Windenergie ausgewiesenen Flächen lassen sich wegen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände auf Zulassungsebene Vorhaben vielfach nicht realisieren; Flächen, die aus Artenschutzgründen planerisch frei gehalten wurden, weisen schon bald nicht länger Horste und Nistplätze auf und werden bei fortbestehender Ausschlusswirkung doch weiterhin von Windenergievorhaben freigehalten.

Nicht nur sind danach Planungs- und Zeitaufwand bei dieser individuenbezogenen Vorgehensweise ganz erheblich. Die Instabilität des gewählten Anknüpfungspunkts, der einzelne Vogel bzw. das Vogelpaar, verhindert zudem in zeitlicher Hinsicht eine Korrelation mit den zeitlichen Erfordernissen der Planaufstellungsverfahren sowie der von den Planungen zu leistenden räumlichen Steuerung über mittelfristige Zeiträume von 10-15 Jahren. Vor dem Hintergrund dieser Schwierigkeiten wenden zahlreiche Planungsträger den individuenbezogenen Ansatz auf bestimmte häufig vorkommende Vogelarten nicht länger an und wenden sich insoweit dem raum- und populationsbezogenen Ansatz der Dichtezentren zu¹³⁴. Unter Dichtezentren werden dabei – mit Unterschieden im Detail – Räume verstanden, denen aufgrund einer bestimmten Populationsdichte oder Habitateignung eine hohe Bedeutung für die Quellpopulation einer Art und damit für die Stabilität der Art an sich zukommt¹³⁵. Durch die planerische Anknüpfung an solche Räume und deren (weitgehende) Freihaltung im Rahmen von Konzentrationszonenplanungen soll sowohl der notwendige Schutz windenergiesensibler Arten als auch die Bereitstellung von Flächen für die Windenergie verbessert werden. Zudem soll eine bessere Abschichtung zwischen Planungs- und Zulassungsebene als bislang gelingen und so eine Begrenzung des Planungsaufwands sowie eine

¹³¹ Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf einem Vortrag zur „Rechtliche[n] Einordnung von Dichtezentren auf Planungsebene“, den der Verfasser am 11. Dezember im Rahmen des KNE-Fachgesprächs „Dichtezentren“ gehalten hat.

¹³² Siehe hierzu auch die Befassung durch die Umweltministerkonferenz, Ergebnisprotokoll zur 94. Umweltministerkonferenz am 15. Mai 2020, TOP 4/6.

¹³³ Zu den Hemmnissen bei der planerischen Bewältigung des Artenschutzes BfN-Skripten 507,

Wulfert/Köstermeyer/Lau, Arten- und Gebietsschutz auf vorgelagerten Planungsebenen, 2018, S. 95 f.

¹³⁴ Entsprechende Ansätze finden sich u. a. in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

¹³⁵ Vgl. nur Regionalplan Mittelthüringen, sachlicher Teilplan Windenergie, Inhaltsverzeichnis und Textteil mit Glossar, S. 15, Begriff Dichtezentrum.

Beschleunigung der Planungsverfahren erreicht werden.

Voraussetzung dafür, dass die adressierten windenergiesensiblen Vogelarten von der Berücksichtigung von Dichtezentren auch wirklich profitieren, ist letztlich die artenschutzfachliche Eignung des Ansatzes. Das bedeutet insbesondere, dass von der Freihaltung solcher Räume von Windenergievorhaben¹³⁶ tatsächlich ein populationsstabilisierender Effekt für die Arten ausgeht und dieser nicht etwa aufgrund anderweitiger Beeinträchtigungen ihrer Lebensräume, wie sie etwa von intensiver landwirtschaftlicher Nutzung ausgehen, verloren geht. Die Windenergie profitiert ihrerseits zudem nur dann von diesem Vorgehen, wenn Dichtezentren nicht nur eine (möglichst eng begrenzte) Herausnahme weiterer Flächen aus der Flächenkulisse für Windenergievorhaben bedeutet, sondern hiermit eine Erleichterung bei der Nutzung der für die Windenergie ausgewiesenen Flächen einhergeht. Voraussetzung hierfür ist wiederum, dass unter Berücksichtigung des Schutzes der Arten in den Dichtezentren außerhalb dieser die Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG gefördert wird. Geht man von der Anwendbarkeit der Ausnahmegründe auf Windenergievorhaben aus¹³⁷, so kann sich eine verbesserte Bewältigung des Konflikts mit dem Artenschutz durch Planung sowohl auf die gem. § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG erforderliche Alternativenprüfung als auch das ebenfalls dort geregelte Erfordernis fördernd auswirken, dass eine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population einer Art verhindert wird¹³⁸.

Im Unterschied zum individuenbezogenen Vorgehen auf Planungsebene stellt die

planerische Umsetzung von Dichtezentrenkonzepten einen raum- und populationsbezogenen Ansatz dar. Durch diese Ausrichtung gewinnt der Ansatz eine Nähe zum Gebietsschutz, unterscheidet sich von diesem jedoch rechtlich zugleich deutlich dadurch, dass an das Vorliegen von Dichtezentren für sich genommen kein besonderes Schutzregime anknüpft¹³⁹, die Rechtsfolgen vielmehr allein durch die Berücksichtigung von Dichtezentren in der Konzentrationszonenplanung ausgelöst werden. Mit der Anknüpfung an räumlich abgegrenzte Dichtezentren bezieht sich der Ansatz auf eine Einheit, die von einzelnen Individuen der adressierten Arten abstrahiert. Dies entspricht weitaus stärker als die individuenbezogene Betrachtung der Maßstäblichkeit der Raumordnung, die der Detail- und Individuenbetrachtung¹⁴⁰ der Zulassungsebene vorgelagert ist und ihr gegenüber eine Konfliktlösung durch räumlich differenzierte Koordinierung erbringen soll, ohne die Prüfung der Zulassungsebene selbst vorwegzunehmen.

Gegenüber der Veränderlichkeit einzelner Horststandorte besteht zudem die begründete Erwartung, dass Dichtezentren auch eine höhere Stabilität im zeitlichen Verlauf aufweisen als dies bei einzelnen Horststandorten der Fall ist. Der Dichtezentrenansatz könnte deshalb tatsächlich zu einer besseren Synchronisierung der vorstehend ange deuteten zeitlichen Erfordernisse von Planaufstellungsverfahren und angestrebter Geltungszeit der Pläne einerseits und Veränderlichkeiten des Naturgeschehens andererseits führen. Erst durch diese Anknüpfung an räumlich ebenfalls relativ stabile Einheiten in der Zeit kann der Lenkungsanspruch der

¹³⁶ Nur dies wird über die Berücksichtigung von Dichtezentren im Rahmen von Planungen mit den Wirkungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bewirkt.

¹³⁷ Die Frage ist nicht abschließend geklärt, die Anwendbarkeit der Ausnahmegründe wird jedoch ganz überwiegend angenommen. Vgl. zur Diskussion *Sailer*, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, 206 (209).

¹³⁸ Hierzu vertiefend sogleich.

¹³⁹ Zur Frage der Relevanz des Vorliegens von Dichtezentren im UVP-Recht, siehe einerseits VG Sigmaringen, Beschl. v. 07.09.2017 – 5 K 587/17, juris Rn. 42 f. sowie OVG Lüneburg, Beschl. v. 31.05.2018 – 12 ME 64/18, juris Rn. 31 und andererseits VGH Mannheim, Beschl. v. 20.07.2018 – 10 S 2378/17, juris Rn. 13; BVerwG, Urt. v. 26.09.2019 – 7 C 7/18.

¹⁴⁰ Die strenge Individuenbezogenheit bestimmter artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände im Bundesnaturschutzgesetz wurde bislang vor allen Dingen europarechtlich begründet. Zur aktuellen Debatte hierzu siehe die Schlussanträge der GA Kokott in den verbundenen Rechtssachen C-473/19 und C-474/19 (Föreningen Skydda Skogen u. a.) sowie hierzu *Gellermann/Schumacher*, Anmerkung zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott vom 10.9.2020, i. d. Rs. C-473/19 und C-474/19, NuR 2020, 841 ff., *Frank*, Anmerkung zu einer Entscheidung des EuGH, Vorabentscheidungsersuchen vom 18.06.2019 (C-473/19, C-474/19) - Zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott, ZNER 2020, 412 ff. und *Lau*, Erleichterungen im besonderen Artenschutzrecht, NuR 2021, 28 ff sowie nunmehr EuGH, Urt. v. 04.03.2021 – C-473/19, C-474/19.

Konzentrationszonenplanungen dann auch während ihrer Geltungsdauer weitergehend als bislang eingelöst werden.

Zwar löst auch die Bestimmung von Dichtezentren einen erheblichen Aufwand aus. In dem Maße, wie sich die vorstehend formulierten Erwartungen aber erfüllen, könnten gleichwohl im Rahmen der Planaufstellungen die in der Vergangenheit vielfach erforderlichen wiederholten Kartierungen entfallen. Hiermit würde auch die Notwendigkeit für immer neue Veränderungen der Planentwürfe geringer und könnte so auch zu einer Reduzierung notwendiger Entwurfsunterlagen führen.

a) Dogmatische Verortung im Rahmen der Konzentrationszonenplanungen

Bei der Wahl der Methodik zur Lösung des Konflikts zwischen der Windenergie und dem Schutz windenergiesensibler Vogelarten kommt den Planungsträgern ein fachlicher Handlungsspielraum zu. Insbesondere sind die Planungsträger nicht durch die Individuenbezogenheit bestimmter artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG gebunden. Die dort verbotenen Handlungen werden durch die bloße planerische Ausweisung von Gebieten für die Windenergie noch nicht ausgelöst. Unmittelbar ist § 44 BNatSchG mithin auf Planungsebene überhaupt nicht anwendbar¹⁴¹. Dass sich die Planungsträger gleichwohl mit dem dahinterstehenden Konflikt auseinandersetzen müssen, folgt aus dem Gebot der planerischen Konfliktbewältigung als Teilgebot des Abwägungsprinzips¹⁴². Eine konkretere Ermächtigungsgrundlage fordert auch der rechtsstaatliche Vorbehalt des Gesetzes nicht.

Innerhalb der stufenweisen Ausarbeitung des Plankonzepts von Konzentrationszonenplanungen ist die Umsetzung des Dichtezentrenkonzepts auf der Ebene der Abwägung angesiedelt. Sie dient dort der abwägenden Auswahl bzw. dem Ausscheiden bis dahin im Verfahren verbliebener Potenzialflächen. Diese dogmatische Einordnung

auf Grundlage der geltenden Rechtsprechung entspricht der inzwischen nahezu einhelligen Ansicht, dass Konflikte mit dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot, wie sie innerhalb von Dichtezentren zu erwarten sind, nicht zur Qualifizierung dieses Raums als harte Tabuzone führen und insoweit gerade nicht dem Schritt der Abwägung voranzustellen ist¹⁴³. Die hier vorgeschlagene Modifikation der Verknüpfung von Außenbereichsprivilegierung und Planvorbehalt würde hieran nichts ändern.

Auch als Abwägungskriterium entfaltet das Dichtezentrenkonzept noch keine eigenständigen Rechtswirkungen. Erst bei seiner Berücksichtigung im Planungskonzept und dem Planergebnis partizipieren die Dichtezentren an der Ausschlusswirkung der Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Hemmnis für die Zulassung einer Windenergieanlage innerhalb eines Dichtezentrums ist dann auch nicht das Dichtezentrum selbst, sondern der Umstand, dass an anderer Stelle des Plangebiets Flächen bzw. Gebiete für solche Vorhaben ausgewiesen sind, was Zulassungsbegehren innerhalb von Dichtezentren und damit außerhalb der Konzentrationszonen gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB als öffentlicher Belang im Regelfall entgegenzuhalten ist.

b) Rechtmäßigkeitsanforderungen

So wie die Schutzwirkungen der Dichtezentren allein abgeleitet über die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bestehen und durch ihre Berücksichtigung im Rahmen von Konzentrationszonenplanungen begründet sind, so gelten für sie auch allein die für solche Planungen geltenden Rechtmäßigkeitsanforderungen. Entscheidend für deren Konkretisierung ist die Verortung von Dichtezentren als Gegenstand der Abwägung einerseits und der Umstand, dass ihre Berücksichtigung regelmäßig im Ergebnis zu einem Ausschluss der Flächen und damit zu einer Freihaltung dieser Räume von Konzentrationszonen führen soll. Im Ergebnis sollen die Flächen mithin dem Ausschlussbereich angehören. Ob die

¹⁴¹ Vgl. hierzu BfN-Skripten 507, *Wulfert/Köster-meyer/Lau*, Arten- und Gebietsschutz auf vorgelagerten Planungsebenen, 2018, S. 87.

¹⁴² Siehe allgemein hierzu *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 1 Rn. 115.

¹⁴³ So hat insbesondere das OVG Berlin-Brandenburg seine tendenziell gegenläufige Ansicht aufgegeben,

siehe OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.05.2019 – OVG2 A 4.19, juris Rn. 120 ff.; wie hier dagegen schon bislang *Gatz*, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, DVBl 2017, 461 (464 f.). Hierzu siehe bereits oben B. I. 1. b) aa),

hierfür notwendigen Überlegungen im Rahmen der Einzelflächenbetrachtungen erfolgen oder vorab bei der Formulierung eines abstrakten „weichen Tabukriteriums“, das dann auf das gesamte Plangebiet anzuwenden ist, bleibt den Planungsträgern überlassen.

Hinsichtlich der zu wählenden Abwägungs- und Untersuchungstiefe kommt es dementsprechend darauf an, dass der Sachverhalt insoweit ermittelt wird, als dass das Vorliegen eines Dichtezentrums belegt und die notwendige Abwägungsentscheidung getroffen werden kann. Dabei muss mithin geklärt werden, dass die Bedeutung der Flächen für den Artenschutz höher gewichtet werden soll als insbesondere der Belang der Flächeneigentümer, hier Windenergienutzungen vorzusehen, einerseits sowie das öffentliche Interesse an dem mit den Anlagen verfolgten Klimaschutz und der Stromversorgung andererseits. Für die Bemessung der Dichtezentren ist zudem nach derzeitiger Rechtslage das Gebot im Blick zu behalten, dass der Windenergie im Ergebnis substantiell Raum zu verschaffen ist. Dies bedeutet für die zugrunde gelegte Definition von Dichtezentren, dass deren Berücksichtigung im Ergebnis nicht dazu führen darf, dass das Substanzgebot verfehlt wird. In diesem Fall wäre die Definition vielmehr anzupassen, andere Abwägungskriterien zugunsten der Windenergie zu ändern oder auf eine Steuerung mit den Mitteln des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB insgesamt zu verzichten. In einem geänderten, d. h. um Mengenziele ergänzten Rechtsrahmen müssten diese Fragen mit Blick auf die jeweils geltenden Mengenziele beantwortet werden. Darüber hinausgehend ist für die räumliche Abgrenzung der Dichtezentren noch von Bedeutung, dass die abwägend begründete Freihaltung von Windenergienutzungen gegenüber den gegenläufigen Interessen und Belangen nur insoweit trägt, wie der Nutzen für den Artenschutz

auch tatsächlich vorhanden ist. Zweifel könnten hier dann bestehen, wenn die Methodik der Festlegung dazu führt, dass nicht organisch abgegrenzte Dichtezentren sich nicht nur auf Räume erstrecken, wo tatsächlich eine bestimmte Dichte an Brutpaaren vorhanden oder eine besondere Habitatsituation gegeben ist¹⁴⁴, sondern ganze Planquadranten einer bestimmten Größe für Windenergienutzungen gesperrt werden, obwohl die legitimierenden Umstände allein in einem kleinen Teil des Raumes vorhanden sind¹⁴⁵.

c) Planerische Vorbereitung artenschutzrechtlicher Ausnahmen: Quelle erhöhten Planungsaufwands?

Wie bereits ausgeführt hängt der Nutzen für den Ausbau der Windenergie im Sinne einer Verbesserung der Flächensicherung beim Ansatz der Dichtezentren davon ab, dass deren Anwendung zu einer Erfüllung artenschutzrechtlicher Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG in den Konzentrationszonen außerhalb der Dichtezentren beiträgt. Dies setzt zunächst voraus, dass die Ausnahmegründe des § 45 Abs. 7 BNatSchG auf Windenergienutzungen anwendbar sind, was ganz überwiegend vertreten wird¹⁴⁶, aber bislang nicht abschließend entschieden wurde. Soweit dies der Fall ist, könnte der Dichtezentren-Ansatz sowohl im Rahmen der Abwägung auf Ebene des Ausnahmegrundes¹⁴⁷ sowie bei der Voraussetzung gem. § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG eine fördernde Wirkung haben, wonach sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art durch die Ausnahmeerteilung nicht verschlechtern darf. Eben dies durch einen verbesserten Schutz der Quellpopulationen einer Art zu erreichen, ist ein Grundgedanke des Dichtezentrenansatzes. Inwieweit dies tatsächlich gelingt und ggf. von einem bestimmten methodischen Vorgehen bei der Ermittlung der

¹⁴⁴ Planungsmethodisch wird dies etwa durch eine Ermittlung der Dichtezentren auf Grundlage Gis-gestützter Kerndichtemessungen erreicht, vgl. zu dieser Methode Thüringer Landesanstalt für Umwelt und Geologie (Hrsg.), Vogelschutzkarte Seebach, Avifaunistischer Fachbeitrag zur Fortschreibung der Regionalpläne 2015-2018 – Empfehlungen zur Berücksichtigung des Vogelschutzes bei der Abgrenzung von Vorranggebieten für die Windenergienutzung, 2015 S. 6.

¹⁴⁵ Vgl. zur Festlegung von Dichtezentren in Bezug auf topografische Karten mit einem Maßstab von 1:25000

(TK25) Bayerisches Landesamt für Umwelt, Arbeitshilfe Vogelschutz und Windenergienutzung, 2017, S. 7 f.

¹⁴⁶ Siehe noch einmal *Sailer*, Die artenschutzrechtliche Ausnahme bei Windenergieanlagen, ZNER 2020, 206 (209).

¹⁴⁷ Vgl. zur notwendigen Abwägung im Rahmen der Ausnahmegründe, etwa des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG „andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ *Lütkes*, in: *Lütkes/Ewer*, BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 45 Rn. 45.

Dichtezentren abhängig ist, ist artenschutzfachlich zu bewerten.

Voraussetzung ist zudem aber auch, dass gem. § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG festgestellt wird, dass kein zumutbarer alternativer Standort für das Windenergievorhaben vorhanden ist, der unter dem Gesichtspunkt des Artenschutzes besser geeignet ist als der beantragte Standort. In Abhängigkeit davon, welche umfänglichen Prüfungen hierfür bereits auf Planungsebene, aber auch auf Zulassungsebene erforderlich sind, könnten die Einsparpotenziale des Dichtezentrenansatzes, der im Grundsatz eine stärkere Beschränkung der Untersuchungen auf die Potenzialflächen zulassen soll, doch noch in Frage gestellt werden. Maßgeblich hierfür ist der räumliche Bezugspunkt der Alternativenprüfung. Ausdrücklich geregelt ist dieser in § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG nicht.

Überzeugend wird insoweit vertreten, dass Bezugspunkt allein diejenige Konzentrationszone ist, innerhalb der das jeweilige Vorhaben beantragt wurde¹⁴⁸. Folgt man dem, so wäre der Aufwand für die Alternativenprüfung begrenzt, da die Konzentrationsflächen ohnehin bereits auf Planungsebene intensiv auf entgegenstehende Artenschutzkonflikte untersucht werden müssen. Die Vereinfachungspotenziale des Dichtezentrenansatzes würden so nicht wieder aufgezehrt. Die Frage ist jedoch umstritten. Nach anderer Ansicht ist Bezugspunkt das gesamte jeweilige Plangebiet, bzw. je nach Situation und Prüfungsebene, auch das Gebiet der Nachbargemeinde¹⁴⁹. Das OVG Lüneburg stellt wiederum auf das gesamte Gebiet des jeweiligen

Regionalplanungsträgers ab¹⁵⁰, wobei dies wohl in dem Sinne zu verstehen ist, dass eine Alternativenprüfung zwischen allen in Konzentrationszonen belegenen Standorten im Plangebiet durchzuführen ist. Hier wäre der Aufwand für eine Alternativenprüfung mithin schon deutlich erhöht und bei Zugrundelegung der Ansicht des OVG Lüneburg zu klären, ob dies überhaupt praktikabel ist und mit zumutbarem Aufwand umgesetzt werden kann¹⁵¹. Der Gesetzgeber könnte die hier bestehende Unsicherheit zum Anlass für eine gesetzliche Präzisierung in § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG nehmen¹⁵². Dabei wäre aber zu berücksichtigen, dass das Tatbestandsmerkmal der Alternativenprüfung dem europäischen Artenschutzrecht entstammt und sich daher insbesondere die Frage stellt, inwieweit der Suchraum der Alternativenprüfung und damit die Zumutbarkeit eines Verweises auf alternative Standorte aufgrund von artenschutzfremden Überlegungen begrenzt werden darf¹⁵³. Die Festlegung von Gemeinde- und Planungsgrenzen steht hierzu in keiner, die Festlegung der Grenzen einzelner Konzentrationszonen allein in einer beschränkten, jedenfalls nicht ohne Weiteres kausalen Beziehung.

II. Formell-rechtliche und sonstige Fehlerquellen

Die Fehlerquellenanalyse hatte neben den vorstehend adressierten materiellen Fehlerquellen auch solche formeller Natur aufgezeigt¹⁵⁴. Im Mittelpunkt stand hierbei zum einen die Bekanntmachung von

¹⁴⁸ UMK (Hrsg.), Hinweise zu den rechtlichen und fachlichen Ausnahmevoraussetzungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG bei der Zulassung von Windenergieanlagen, Stand: 13.5.2020, S. 13 f., beschlossen auf der 94. Umweltministerkonferenz am 15. Mai 2020; vgl. aber auch Agatz, Windenergie-Handbuch, 17. Ausg. 2020, S. 216, die darauf hinweist, dass eine Verweisung auch innerhalb derselben Konzentrationszone regelmäßig nicht möglich ist, da die mittels Konzentrationszonenplanung ausgewiesenen Standorte nicht alternativ, sondern in ihrer Gesamtheit für den erforderlichen Ausbau benötigt werden.

¹⁴⁹ Ministerium für ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg, Hinweise zu artenschutzrechtlichen Ausnahmen vom Tötungsverbot bei windenergieempfindlichen Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung von Windenergieanlagen, 2015, S. 11.

¹⁵⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.2018 – 12 LB 118/16, juris Rn. 233.

¹⁵¹ Dabei ist zu beachten, dass die Regionalplanung in Niedersachsen ihrem räumlichen Umgriff nach die Landkreise umfasst. In anderen Flächenbundesländern existieren deutlich größere Planungsregionen, so dass die Übertragung der Ansicht des OVG Lüneburg hierher die Schwierigkeiten noch vergrößern würde.

¹⁵² Siehe allgemein hierzu Sailer, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 vom 11.03.2020.

¹⁵³ Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 23.04.2014 – 9 A 25/12, Rn. 120.

¹⁵⁴ Vgl. Wegner, Fehlerquellen von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 37 vom 14.12.2018, S. 4 ff.

Planentwürfen im Rahmen der Aufstellungsverfahren sowie der Pläne bzw. ihrer Genehmigung nach dem Abschluss der Verfahren (1.), zum anderen die Erforderlichkeit einer Ausfertigung und hierfür geltende Anforderungen (2.). Auch beim Umgang mit Masseneinwendungen könnte der Gesetzgeber für mehr Rechtssicherheit sorgen (3.).

1. Bekanntgabe von Planentwürfen und Plänen

a) Planentwürfe

Bei der Bekanntgabe der Planentwürfe von Konzentrationszonenplanungen auf Raumordnungs- oder Flächennutzungsplanebene sind im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung die Vorgaben nach § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB bzw. § 9 Abs. 2 S. 3 ROG in ihrer Auslegung durch die Rechtsprechung zu beachten. Zweck der Regelungen ist es, durch die Bekanntmachung eine Anstoßwirkung bei der Öffentlichkeit zu erreichen und dadurch Öffentlichkeit im Planungsverfahren herzustellen¹⁵⁵. Diese Anstoßwirkung muss zum einen hinsichtlich der Kennzeichnung des betroffenen geographischen Gebiets erzielt werden, damit interessierte Bürger überhaupt auf das Verfahren aufmerksam werden. Sie muss weiterhin bei der Bekanntgabe der verfügbaren Umweltinformationen erreicht werden, indem diese nach Themenblöcken zusammengefasst in der Bekanntmachung benannt werden¹⁵⁶. Schließlich darf die Anstoßfunktion nicht durch Zusätze hinsichtlich der erforderlichen Form von Einwendungen vereitelt werden, was bereits der Fall ist, wenn auch nur Einzelne durch einen solchen Zusatz möglicherweise von einer Stellungnahme abgehalten werden¹⁵⁷.

Die begriffliche Kennzeichnung des betroffenen Gebiets und auch die Bekanntgabe der verfügbaren

Umweltinformationen sind entsprechend dem jeweiligen Einzelfall vorzunehmen. Einer Vereinheitlichung sind diese Aspekte der Bekanntgabe nicht oder allein begrenzt zugänglich. Die Anstoßfunktion wird hier gerade über die Individualisierung von Kennzeichnung und Bekanntgabe der konkreten Umweltinformationen erreicht. Sie müssen individuell entsprechend den Maßgaben der Rechtsprechung erfolgen. Auffällig ist es jedoch, dass Fehler bei der Bekanntgabe gerade auch durch individuelle Zusätze zur notwendigen Form von Stellungnahmen gemacht werden. Dies verwundert deshalb, weil die entsprechenden Formulierungen grundsätzlich standardisierbar wären. Allerdings ist nicht mit letzter Sicherheit klar, ob die Rechtsprechung in diesem Punkt (schon) eine einheitliche Linie hat, was für eine rechtssichere Standardisierung Voraussetzung wäre.

Obwohl das Gesetz in § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB bzw. § 9 Abs. 2 S. 3 ROG¹⁵⁸ keinerlei Form für die Stellungnahme vorsieht, hat es das Bundesverwaltungsgericht die Formulierung gebilligt, Anregungen und Bedenken könnten „schriftlich oder zur Niederschrift“ vorgetragen werden. Damit sollten allein rein mündlich vorgebrachte Stellungnahmen ausgeschlossen werden können, die nicht direkt aufgeschrieben werden, mithin flüchtig wären. Dagegen hat das Gericht die Verengung darauf, dass allein „schriftliche Hinweise, Anregungen und Bedenken“ abgegeben werden können, als unzulässige Einschränkung der Form eingeordnet, die dazu geeignet sei, einzelne interessierte Bürger von Stellungnahmen abzuhalten¹⁵⁹. Diese Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht auch erst jüngst wiederholt¹⁶⁰. Insoweit ist man geneigt, diese auch als Maßgabe für künftige Verfahren zugrunde zu legen. Verpasst hat es das Bundesverwaltungsgericht dabei allerdings, dem von seiner Rechtsprechung abweichenden OVG Münster¹⁶¹ ausdrücklich eine

¹⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 06.07.1984 – 4 C 22.80, juris Rn.15; *Korbmacher*, in: Brügelmann, BauGB, 116. Lfg. 2020, § 3 Rn. 58.

¹⁵⁶ Zuletzt BVerwG, Urt. v. 20.01.2021 – 4 CN 7/19; *Korbmacher*, in: Brügelmann, BauGB, 116. Lfg. 2020, § 3 Rn. 63.

¹⁵⁷ BVerwG, Beschl. v. 27.05.2013 – 4 BN 28.13, juris Rn. 7.

¹⁵⁸ Die Landesplanungsgesetze enthalten allerdings teilweise abweichende Regelungen, siehe etwa § 5 Abs. 7 S. 6 LaPlG S-H, wonach Stellungnahmen in

„schriftlicher oder in elektronischer Form“ erfolgen können.

¹⁵⁹ BVerwG, Beschl. v. 28.01.1997 – 4 NB 39.96, juris Rn. 9.

¹⁶⁰ BVerwG, Urt. v. 10.06.2020 – 4 BN 55/19, juris Rn. 5 f.; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.05.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 42

¹⁶¹ OVG Münster, Urt. v. 20.01.2020 – 2 D 100/17.NE, juris Rn. 64 ff.; Urt. v. 9.9.2019 – 10 D 36/17.NE, juris Rn. 40; OVG Münster, Urt. v. 14.03.2019 – 2 D 71/17.NE, juris Rn.

Absage zu erteilen, so dass es unklar ist, ob das Bundesverwaltungsgericht in Kenntnis dieser an der eigenen Rechtsprechung festhält oder ob hier für die Zukunft eine Rechtsprechungsänderung möglich erscheint, die für den Fall ihres Eintritts erneut zur Unwirksamkeit von Plänen aufgrund formeller Mängel führen würde. So geht das OVG Münster nämlich davon aus, dass die Billigung der dargestellten Formulierung durch das Bundesverwaltungsgericht angesichts der Verbreitung der E-Mail nicht aufrechterhalten werden könne, da diese Form – nach dem Verständnis des OVG Münster – mit der gebilligten Formulierung ausgeschlossen werde, obwohl das Gesetz diese Beschränkung nicht vorsehe und der Zweck der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf die Form der E-Mail nicht übertragen werden könne.

Auch wenn das enge Verständnis des OVG Münster von einer schriftlichen Stellungnahme durchaus zweifelhaft erscheint, so besteht infolge der genannten Entscheidungen doch eine nicht geringe Unsicherheit für die Praxis¹⁶². Soweit eine Klärung dieser Frage in der Rechtsprechung nicht zeitnah erfolgt, scheint es denkbar, dass der Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB bzw. § 9 Abs. 2 S. 3 ROG schlicht ausdrücklich regelt, in welcher Form Stellungnahmen abgegeben werden können – insbesondere ob dies auch die Form der E-Mail oder weitere Kommunikationskanäle umfasst oder nicht.¹⁶³ Einer iterativen Klärung solcher Fragen durch die Rechtsprechung drohten andernfalls aufwendige Planungen zum Opfer zu fallen. Jedenfalls auf der dann geklärten Grundlage ließen sich in den Ländern Muster für Bekanntgabeerklärungen von Planentwürfen formulieren, in denen die zu individualisierenden Teile – und die hierfür geltenden Maßstäbe – genauso zu kennzeichnen wären wie auch diejenigen, an denen keine Veränderungen

vorgenommen werden dürfen, um nicht Formfehler zu erzeugen.

Während die Anforderungen an die Bekanntgabe der verfügbaren Umweltinformationen nach § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB in der Rechtsprechung geklärt sind, wäre überdies zu erwägen, gesetzgeberisch im Raumordnungsgesetz klarzustellen, ob diesbezüglich dieselben Anforderungen auch für die Bekanntgabe von Planentwürfen nach § 9 Abs. 2 S. 2 ROG gelten oder nicht. Das OVG Berlin-Brandenburg hat die Übertragung der Anforderungen zuletzt mit guten Gründen abgelehnt¹⁶⁴. Es geht davon aus, dass Art. 6 Abs. 2 der sog. Aarhus-Konvention, der zu den Änderungen in § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB führte, nicht auch für Raumordnungspläne („Pläne und Programme“) gelte und dessen Anforderungen deshalb nicht auch auf § 9 Abs. 2 S. 2 ROG zu übertragen seien. Mit diesem Verständnis hat sich das OVG jedoch für eine Auslegung des nationalen Rechts entschieden, die dem Verständnis der maßgeblichen Bestimmungen der Aarhus-Konvention im hierzu vorhandenen Implementation Guide zuwiderläuft¹⁶⁵. Auch wenn dieser für die Auslegung keinerlei formelle Funktion besitzt, so wurde er in der Vergangenheit gerade auch durch den Europäischen Gerichtshof immer wieder als wesentliche Erkenntnisquelle für die Auslegung der Konvention und das hierzu ergangene europäische Recht herangezogen¹⁶⁶. Durch eine gesetzgeberische Entscheidung der Frage in § 9 Abs. 2 S. 2 ROG könnte verhindert werden, dass hierzu eine divergierende Rechtsprechung entsteht und den Planungsträgern auch in diesem Punkt Rechtssicherheit geben.

b) Bekanntgabe der Genehmigung von Flächennutzungsplänen

Fehler bei der Bekanntmachung beschlossener Pläne, so zeigte die

47 ff.; OVG Münster, Ur. v. 21.01.2019 – 10 D 23/17.NE, juris Rn. 65 ff.

¹⁶² Siehe zu Möglichkeiten mit dieser umzugehen *Schmidt-Eichstaedt*, Zum Begriff der Schriftlichkeit der Stellungnahme im Rahmen der Beteiligung der Öffentlichkeit nach § 3 Abs. 2 BauGB, ZfBR 2020, 350 f.

¹⁶³ Europa- und völkerrechtliche Vorgaben nach Art. 6 Abs. 5 SUP-RL bzw. Art. 7 i. V. m. Art. 6 Aarhus-Konvention sind hier zu beachten. Einer Ausweitung der zulässigen Formen für Stellungnahmen stehen sie aber natürlich nicht entgegen.

¹⁶⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Ur. v. 23.5.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 58.

¹⁶⁵ Ebbesson/Gaugitsch/Jendroska/Marshall/Stec, The Aarhus-Convention – An Implementation Guide, 2. Aufl. 2014, S. 193 sowie Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer: Aarhus-Konvention, 2018, S. 251.

¹⁶⁶ Zur Einordnung des Implementation Guide siehe *Wegner*, Subjektiv-rechtliche Ansätze im Völkerrecht zum Schutz biologischer Vielfalt, 2018, S. 284 f. m. N. aus der Rechtsprechung des EuGH.

Fehlerquellenanalyse, stellten Gerichte zuletzt zudem bei der ortsüblichen Bekanntmachung der Genehmigung von Flächennutzungsplänen mit den Konzentrationswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nach § 6 Abs. 5 S. 1 BauGB fest¹⁶⁷. Die diesbezügliche Rechtsprechung des OVG Münster sowie des OVG Lüneburg hat das Bundesverwaltungsgericht inzwischen im Ergebnis bestätigt. Danach muss insbesondere bei der Änderung solcher Flächennutzungspläne, aber wohl auch bei ihrer Neuaufstellung¹⁶⁸ deutlich gemacht werden, dass sich ihr Geltungsbereich auf das gesamte Gemeindegebiet erstreckt. Begründet wird dies damit, dass andernfalls der von § 6 Abs. 5 S. 1 BauGB bezweckte und von § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BauGB vorausgesetzte Hinweiszweck der Bekanntmachung nicht erreicht werde. Da die Regelung nicht zwischen Bebauungs- und Flächennutzungsplänen unterscheidet, komme es auch auf die Erwägungen des OVG Münster zum partiellen Rechtsnormcharakter von Flächennutzungsplänen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht an, aus dem das Gericht die nunmehr § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BauGB entnommenen, weitergehenden Anforderungen folgerte¹⁶⁹. Ob der Hinweiszweck erreicht werde, bleibe eine tatrichterliche Frage. Das Bundesverwaltungsgericht hält die Erfüllung des Hinweiszweckes jedoch auf verschiedene Weise für möglich. Vorzugswürdig sei dabei sicherlich die Abbildung des gesamten Geltungsbereichs der Planung, also des jeweiligen Gemeindegebietes. Soweit hingegen allein ein Kartenausschnitt mit den geänderten Konzentrationszonen abgebildet werde, müsse jedenfalls im Bekanntmachungstext

deutlich werden, dass sich die Wirkungen der Planungen – ggf. unter Hinweis auf den Fortbestand früherer Darstellungen – auf das gesamte Gemeindegebiet erstrecken¹⁷⁰. Zudem muss derjenige, der sich über den genauen Inhalt des Plans informieren will, durch den Hinweis zu dem richtigen, bei der Gemeinde ausliegenden Plan, geführt werden¹⁷¹.

Während diese Anforderungen für Regionalpläne schon bislang klar waren und für diese jedenfalls aus dem Rechtsnormcharakter der Zielfestlegungen folgen, der unabhängig von der konkreten Rechtsform der Pläne ist¹⁷², sind sie nunmehr auch für die Bekanntgabe der Genehmigung von Flächennutzungsplänen geklärt. Für die Zukunft sind sie zu beachten. Ein gesetzgeberischer Eingriff ist hier nicht erforderlich. Da es sich hierbei um einen sog. Ewigkeitsfehler handelt, der nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BauGB beachtlich ist und auch nicht nach § 215 Abs. 1 BauGB unbeachtlich wird, dürften zugleich zahlreiche Altpläne nunmehr als offensichtlich rechtswidrig zu betrachten sein und bei entsprechendem Alter neu aufgestellt werden müssen¹⁷³. Dies kann gerade dort für die Windenergie eine Chance sein, wo Altpläne allein aus prozessualen Gründen nicht mehr angegriffen werden konnten, obwohl ihre Fehlerhaftigkeit recht offen zu Tage trat¹⁷⁴.

2. Erforderlichkeit der Ausfertigung

Bereits im Rahmen der Fehleranalyse war zudem darauf hingewiesen worden, dass auch eine Ausfertigung von

¹⁶⁷ Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – ein Update, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 37 vom 14.12.2018, S. 6; OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 41-44; Urt. v. 19.06.2019 – 12 KN 64/17, juris Rn. 56; OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn. 40 ff. und hierzu Raschke, ZNER 2018, 218, (221 ff.) sowie Endell, ZNER 2019, 490 ff.

¹⁶⁸ Bei der Neuaufstellung von Flächennutzungsplänen geht das OVG Lüneburg davon aus, dass sich – vorbehaltlich der Ausnahme des § 5 Abs. 2b BauGB – bereits aus dem Gesetz hinreichend ergibt, dass dessen Wirkungen im gesamten Gemeindegebiet eintreten, vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 42. Das BVerwG hat die Unterscheidung zwischen der Neuaufstellung eines F-Plans und dessen Änderung aber nicht explizit nachvollzogen, so dass auch bei der Neuaufstellung von Konzentrationszonenplanungen

dessen gesamträumliche Geltung deutlich zum Ausdruck gebracht werden sollte.

¹⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 29.10.2020 – 4 CN 2/19, juris Rn. 17.

¹⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 29.10.2020 – 4 CN 2/19, juris Rn. 22.

¹⁷¹ BVerwG, Urt. v. 29.10.2020 – 4 CN 2/19, juris Rn. 16 f.

¹⁷² Faßbender, in: Kment, ROG, § 19 Rn. 10; zur parallelen Argumentation des OVG Münster auch für Flächennutzungspläne mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB siehe OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn. 40 ff.

¹⁷³ Eine Nachholung der Bekanntgabe der Genehmigung nach § 214 Abs. 4 BauGB kann wegen inzwischen wesentlich veränderter Sach- und Rechtslage ausscheiden, vgl. Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 214 Rn. 27.

¹⁷⁴ Siehe zu entsprechenden Fällen Bringewat/Hinsch, Wirksamkeit von Konzentrationszonenplanungen in älteren Flächennutzungsplänen, ZNER 2017, 476 ff.

Flächennutzungsplänen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erforderlich sein könnte¹⁷⁵. Während das OVG Koblenz dies zum damaligen Zeitpunkt noch explizit verneinte und es abgelehnt hatte, aus der partiellen Normeigenschaft und Außenwirkung solcher Pläne eine Verpflichtung zur Ausfertigung abzuleiten¹⁷⁶, hat das OVG Münster dies inzwischen in mehreren Entscheidungen gegenteilig entschieden¹⁷⁷, eine Ausfertigung solcher Pläne mithin als erforderlich erachtet. Eine abschließende Entscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht steht insoweit noch aus. In einem Revisionszulassungsverfahren betreffend die Entscheidung des OVG Koblenz hatte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage nicht auseinandersetzen müssen¹⁷⁸. Zu den Entscheidungen des OVG Münster sind, soweit ersichtlich, ebenfalls keine Revisionsverfahren anhängig. Planungsträgern in und außerhalb von Nordrhein-Westfalen ist deshalb zu raten, in der Zwischenzeit eine Ausfertigung entsprechender Flächennutzungspläne sicherheitshalber vorzunehmen. Hierbei ist die einschlägige Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Ausfertigung zu beachten¹⁷⁹. Eine gesetzgeberische Klärung auch dieser Frage ist ohne Weiteres möglich.

3. Der Umgang mit Masseneinwendungen und Digitalisierung der Öffentlichkeitsbeteiligung

Abschließend soll noch ein weiterer Blick auf die Öffentlichkeitsbeteiligungen bei der Durchführung von Konzentrationszonenplanungen geworfen werden. Wegen des großen Interesses an diesen Verfahren auch in der Öffentlichkeit, haben gerade die Regionalplanungsträger hier vielfach mit sog. Masseneinwendungen zu

kämpfen, d. h. identische Einwendungen, die durch eine Vielzahl an Personen unterschrieben werden oder von diesen separat inhaltsgleich oder mit nur geringen Abweichungen eingereicht werden. Das Raumordnungsgesetz enthält für den Umgang mit Masseneinwendungen keinerlei Vorschriften entsprechend der Regelungen des § 17 VwVfG oder des § 3 Abs. 2 S. 5 BauGB. So lässt es etwa § 3 Abs. 2 S. 5 BauGB zu, dass die nach § 3 Abs. 2 S. 4 BauGB erforderliche Mitteilung des Prüfergebnisses bzgl. der Einwendungen nicht an alle Einwender von im Wesentlichen inhaltsgleichen Einwendungen mitgeteilt werden muss, sondern die Mitteilungen dadurch ersetzt werden, dass den Personen die Einsicht in das Ergebnis ermöglicht wird. § 17 VwVfG geht hierüber hinaus und findet in Verwaltungsverfahren auf sog. gleichförmige Eingaben Anwendung. Die Vorschrift begründet die Obliegenheit, dass einer der Einwender sich als Vertreter der übrigen präsentiert. Unterbleibt dies, so können solche Eingaben unberücksichtigt bleiben, wenn die Behörde die Absicht eines solchen Vorgehens zuvor ortsüblich bekannt gemacht hat.

Solche Vorschriften finden sich jedenfalls nicht auch im brandenburgischen Landesrecht. Das OVG Berlin-Brandenburg hat zudem entschieden, dass die genannten Vorschriften des Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes und des Baugesetzbuches für die Einwendungen im Rahmen von Planaufstellungsverfahren der Regionalplanung nach dem Raumordnungsgesetz auch nicht analog anwendbar sind, da es insoweit bereits an einer planmäßigen Regelungslücke fehle. Der ROG-Gesetzgeber habe, so das Gericht, mehrfach darauf verzichtet entsprechende Regelungen für Masseneinwendungen aufzunehmen¹⁸⁰. Die Entscheidung ist durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt worden¹⁸¹. Insoweit

¹⁷⁵ Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – ein Update, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 37 vom 14.12.2018, S. 6, zum Streitstand in der Literatur siehe die Nachweise in der dortigen Fn. 31.

¹⁷⁶ OVG Koblenz, Urt. v. 06.02.2018 – 8 C 11527/17, juris Rn. 72.

¹⁷⁷ OVG Münster, Urt. v. 21.01.2019 – 10 D 23/17.NE, juris Rn. 49 ff.; Urt. v. 20.01.2020 – 2 D 100/17.NE; Urt. v. 24.09.2020 – 7 D 64/18.NE, juris Rn. 35. Vgl. zudem bereits OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 09.04.2008 – OVG 2 A 4.07, juris Rn. 29.

¹⁷⁸ BVerwG, Beschl. 16.01.2019 – 4 BN 20/18.

¹⁷⁹ Siehe – allerdings zur Ausfertigung eines Regionalplans – OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.09.2020 – OVG 10 A 17.17, juris Rn. 96 ff. In diesem Fall war allerdings bereits die entsprechende Richtlinie des Ministeriums fehlerhaft und sah für den konkreten Fall zu Unrecht keinen Beitrittsbeschluss vor.

¹⁸⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.09.2020 – OVG 10 A 17.17, juris Rn. 93. Siehe hierzu bereits OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.05.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 43 ff.

¹⁸¹ BVerwG, Beschl. v. 10.06.2020 – 4 BN 55.19, juris Rn. 7.

stellt sich die Frage, ob nicht der Bedarf für eine entsprechende Regelung auch im Raumordnungsgesetz besteht und zur Erleichterung des Umgangs mit Masseneinwendungen gerade in den Verfahren für Konzentrationszonenplanungen vorgesehen werden sollte.

Vereinfachungen bei der Bewältigung der Planungsverfahren könnten auch zusätzliche Schritte der Digitalisierung bringen. Der Landesgesetzgeber in Schleswig-Holstein hat in diesem Sinne zuletzt – auch anlässlich der Auswirkungen der Corona-Pandemie – eine Regelung in § 5a LaPlIG S-H zur digitalen Öffentlichkeitsbeteiligung bei Verfahren nach dem Landesplanungsgesetz geschaffen¹⁸². Dies soll insbesondere bei bereits fortgeschrittenen Planungen und erneuten Auslegungen nach § 9 Abs. 3 ROG Erleichterungen bringen. Vorgesehen ist insbesondere die Ersetzung von Auslegungen durch Veröffentlichungen im Internet, § 5a Abs. 2 LaPlIG S-H. Die Auslegung kann dann gleichwohl noch als ergänzendes Informationsangebot stattfinden.

Unterbleibt auch dies, wird eine andere Zugangsmöglichkeit neben der Veröffentlichung im Internet geschaffen, § 5 Abs. 3 S. 2 LaPlIG S-H. Insoweit orientiert sich die Regelung an den Vorgaben des Planungssicherstellungsgesetzes des Bundes¹⁸³, ist jedoch anders als dieses in seiner zeitlichen Geltung nicht befristet. Es bleibt abzuwarten, inwieweit sich etwa die Regelungen in Schleswig-Holstein bewähren werden und zu Verfahrenserleichterungen führen, ohne die Ziele der Öffentlichkeitsbeteiligung zu beeinträchtigen. Eine abschließende Beurteilung kann hier nicht vorgenommen werden. Gem. § 5a Abs. 5 LaPlIG S-H soll das Gesetz innerhalb von zwei Jahren nach seinem Inkrafttreten evaluiert werden. Dies kann zur Klärung der aufgeworfenen Frage beitragen.

¹⁸² Siehe Gesetz zur Änderung des Landesplanungsgesetzes vom 26. August 2020, GVBl. für Schleswig-Holstein 2020, S. 500.

¹⁸³ Siehe hierzu etwa *Scheidler*, Corona bedingte Modifizierungen verfahrensrechtlicher BauGB-Vorschriften

durch das Planungssicherstellungsgesetz, ZfBR 2020, 516 ff.

C. Fazit

Die materiell-rechtlichen Fehlerquellen von Konzentrationszonenplanungen können durch verschiedene gesetzgeberische Maßnahmen und teilweise auch schon durch ein verändertes Vorgehen der Planungspraxis adressiert sowie die Komplexität dieser Planungen und der notwendige Planungsaufwand erheblich reduziert werden. Die Identifikation harter Tabuzonen kann dabei zumindest teilweise durch ergänzende gesetzgeberische Regelungen geklärt oder – noch weitergehend – die Notwendigkeit der strikten Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen auch gänzlich beseitigt werden. Die hierfür erforderliche Gesetzesänderung besitzt jedoch nur dann keine problematischen Missbrauchspotenziale, wenn die Sicherung der für die Ausbau- und Klimaschutzziele notwendigen Flächen für die Windenergie mittels Mengenvorgaben stärker als bislang vorgegeben wird. Die skizzierte Änderungsoption muss deshalb um entsprechende Regelungen der Flächenmengensteuerung, wie sie aktuell von verschiedener Seite vorgeschlagen werden, ergänzt werden. Deren Einführung ist allerdings ohnehin vor dem Hintergrund notwendig, dass die Anforderung, der Windenergie substanziellen Raum zu verschaffen, nicht geeignet ist, eine Flächensicherung von deutlich über einem Prozent der Bundesfläche zu gewährleisten.

Eine gesetzgeberische Klarstellung der notwendigen Untersuchungs- und Abwägungstiefe bei der Aufstellung von Konzentrationszonenplänen würde auch für diese Frage die Fehleranfälligkeit reduzieren. Es würde verhindert, dass überkommene Vorstellungen von einer ebenenspezifischen und damit für Raumordnung und Flächennutzungsplanung in Umfang und Tiefe begrenzten Abwägung unbesehen auf Konzentrationszonenplanungen übertragen werden, deren Besonderheiten diese Begrenzung nicht zulassen. Diese Klärung könnte gerade auch den individuellen Umgang mit seltenen Vogelarten auf Planungsebene erleichtern.

Beim Umgang mit weit verbreiteten Vogelarten auf Planungsebene kann demgegenüber eine Anwendung des

Dichtezentrenansatzes zur Reduktion des Planungsaufwands führen und zudem einen Beitrag zur Erfüllung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeanforderungen auf Zulassungsebene leisten. Während die Anwendung des Ansatzes auch ohne gesetzgeberische Änderung möglich ist und in zahlreichen Bundesländern bereits praktiziert wird, könnte der Gesetzgeber auf Ebene der artenschutzrechtlichen Ausnahme die Frage des räumlichen Bezugspunktes der Alternativenprüfung nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG klären, um die durch den Dichtezentrenansatz erhoffte Reduktion des Planungsaufwands abzusichern.

Hinsichtlich der relevanten formellen Fehlerquellen von Konzentrationszonenplanungen könnte der Gesetzgeber ebenfalls für mehr Rechtssicherheit sorgen. So wäre eine Klärung der notwendigen Form von Stellungnahmen nach § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB bzw. § 9 Abs. 2 S. 3 ROG durch den Gesetzgeber denkbar. Hieran könnten dann insoweit standardisierte Bekanntgabeerklärungen anknüpfen. Zudem könnte der Gesetzgeber regeln, ob die Anforderung nach § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB zur Veröffentlichung von Umweltinformationen zusammen mit dem Planentwurf auch für die Raumordnungsplanung nach § 9 Abs. 2 S. 2 ROG gilt oder nicht. Klärungsbedürftig ist zudem die Erforderlichkeit einer Ausfertigung auch von Flächennutzungsplänen, wenn sie die Wirkungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB besitzen.

Weiterer Untersuchung bedürfen zudem die Fragen, wie der Umgang mit Masseneinwendungen im Rahmen von Konzentrationszonenplanungen verbessert werden kann, insbesondere ob es hierzu ergänzender Regelungen im Raumordnungsgesetz, ggf. aber auch im Baugesetzbuch braucht. Die unter Pandemiebedingungen voranschreitende Digitalisierung und ihre Verankerung im Gesetz kann hier durchaus zu Erleichterungen führen. Insoweit gilt es die auf Bundesebene zunächst aus der Not geborenen und auf diese begrenzten

36 Begrenzung von Fehleranfälligkeit und Aufwand von Konzentrationszonenplanungen

Regelungen¹⁸⁴ zeitnah zu evaluieren und zu bestimmen, ob deren Fortgeltung wie in Schleswig-Holstein über die Pandemielage hinaus hilfreich sein könnte. Zudem wäre zu untersuchen, ob diese durch weitere Regelungen flankiert werden müssten, um die aufwändigen Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligungen effektiv, aber auch effizient durchzuführen.

¹⁸⁴ Die Kernbestandteile des Planungssicherstellungsgesetzes waren bislang bis zum 31. März 2021 in ihrer Geltung beschränkt, eine Verlängerung der Geltung

wurde durch den Bundestag am 25.02.2021 beschlossen.

Kontakt

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

T: +49 931 794077-0

F: +49 931 7940 77-29

info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (NeuPlan Wind)“



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages