

**Würzburger Berichte zum
Umweltenergierecht**

**Fehlerquellen von
Windkonzentrationszonenplanungen**
Analyse aktueller Gerichtsentscheidungen

Hintergrundpapier

erstellt von

Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

Entstanden im Rahmen der Vorhaben:

„Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien“ (IRSEE – FKZ 0325599B)

„Windenergierecht – Planung, Genehmigung und Förderung im Föderalismus“ (WindPlan – FKZ 03MAP307)

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

14

07.09.2015

Zitiervorschlag: *Nils Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 14 vom 07.09.2015.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 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 und Prof. Dr. Franz Reimer

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE1679050000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

Inhaltsverzeichnis

A. Kernaussagen	1
B. Einleitung	1
I. Hintergrund der aktuellen Diskussion.....	1
II. Diskussionsfrage	3
C. Auswertung der aktuellen Rechtsprechung	4
I. Relevante Fehlerquellen	5
1. Unterscheidung „harter“ und „weicher“ Tabuzonen	5
2. Abwägungsausfall aufgrund vermeintlich bindender Vorgaben	6
3. Der Umfang der Abwägung und das Gebot der Schaffung substanziellen Raums	7
4. Die Beteiligung von Bürgern.....	9
II. Grundsatz der Planerhaltung	10
1. Planerhaltung im engeren Sinn	11
2. Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolle	12
D. Zusammenfassung und Folgerungen aus der Rechtsprechungsanalyse	13

A. Kernaussagen

- Konzentrationszonenplanungen wurden zuletzt insbesondere schon wegen des grundsätzlichen Fehlens der Unterscheidung „harter“ und „weicher“ Tabuzonen, Mängeln im Umgang mit vermeintlichen Vorgaben höherer Planungs- bzw. Verwaltungsebenen, Mängeln bei der Sicherstellung der Durchsetzungskraft von Windenergieprojekten und Fehlern bei der formellen und inhaltlichen Beteiligung von Bürgern und Gemeinden aufgehoben.
- Die vielfach in der Rechtswissenschaft diskutierten Probleme der Einordnung einzelner Flächenkategorien als „harte“ oder „weiche“ Tabuzone oder die Bestimmung des Merkmals des „substantiellen Raums“ stellten in den untersuchten Fällen dagegen keine Mängel dar, welche zur Aufhebung von Plänen führten. Diese noch immer umstrittenen Fragen der teils diffizilen Rechtsprechung zu den Anforderungen an Konzentrationszonenplanungen können deshalb nicht als derzeit bestimmender Grund für deren in hoher Zahl stattfindende Aufhebung identifiziert werden.
- Die stark gestiegenen Anforderungen der Rechtsprechung an die Ausweisung von Windkonzentrationszonen bedeuten dennoch einen deutlichen Mehraufwand für Planungsträger. Zahlreiche Rechtsfragen der Konzentrationsplanungen sind noch nicht abschließend geklärt und haben bei Planungsträgern und politischen Entscheidungsträgern zu erheblicher Verunsicherung geführt.
- Die Bemühungen der Rechtsprechung, durch eine teilweise Rücknahme gerichtlicher Kontrolle zugunsten planerischer Freiheit die Erhaltung von Plänen über die Anwendung der Planerhaltungsvorschriften hinaus zu befördern, sind geeignet, zur Rechtssicherheit von künftigen Konzentrationsplanungen beizutragen.

B. Einleitung

I. Hintergrund der aktuellen Diskussion

Die Rechtsprechung hat für Windkonzentrationsplanungen, denen die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zukommen soll, zwischenzeitlich immer strengere Anforderungen entwickelt. Methodische Vorgaben sollen dabei die Planung rationalisieren, überprüfbar und für eine effektive Beteiligung durch die Öffentlichkeit zugänglich machen¹. Voraussetzung einer wirksamen Konzentrationsplanung ist die Aufstellung eines schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzepts, bei dessen Erarbeitung bereits im ersten Schritt zwischen „harten“ und

¹ Ausführlich hierzu *N. Wegner*, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen - Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, 468 ff.

„weichen“ Tabuzonen zu differenzieren ist. Weiterhin wird verlangt – nicht zuletzt um „Verhinderungsplanungen“ zu unterbinden² – dass der Windenergie im Ergebnis ein ihrer planungsrechtlichen Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB entsprechender substantieller Raum verschafft wird³.

Seit der Verschärfung der Rechtsprechung, insbesondere durch die Entscheidungen des BVerwG aus den Jahren 2009⁴ und 2012⁵, sind zahlreiche Konzentrationsplanungen sowohl auf Flächennutzungs- als auch Regionalplanebene für unwirksam erklärt worden. Dies hat sowohl unter den Planungsträgern als auch den ausführenden Planern, den Vorhabenträgern wie auch den Entscheidungsträgern auf Gesetzgebungsebene zu einer erheblichen Verunsicherung geführt. Die Sorge besteht, dass aufgrund der Anforderungen der Rechtsprechung rechtssichere Konzentrationsplanungen künftig nicht mehr vorgenommen werden können⁶ und ein Wildwuchs neuer Anlagen auf Grundlage ihrer planungsrechtlichen Privilegierung droht⁷.

Die Reaktionen auf diesen Befund sind nicht immer eindeutig feststellbar. Wo, wie in Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen, dem Saarland und Baden-Württemberg, inzwischen auf den Einsatz der Ausschlusswirkung von Gebietsfestlegungen verzichtet wird, lässt sich dies jedenfalls nicht allein auf die Verschärfung der Rechtsprechung zurückführen⁸. In den meisten Bundesländern soll die Ausschlusswirkung aber ohnehin auch in Zukunft erzielt werden⁹. Hier müssen nicht nur Wege zu einer gerichtsfesten Planung gefunden werden. Die Entscheidungsträger sehen sich hier im Falle der gerichtlichen Aufhebung von Plänen vielmehr auch dazu gezwungen, über den Einsatz vorhandener Plansicherungsinstrumente hinaus bis zum Inkrafttreten neuer Pläne einen unkontrollierten Ausbau mittels legislativer Maßnahmen wie bspw.

² G. Sydow, Neues zur planungsrechtlichen Steuerung von Windenergiestandorten, NVwZ 2010, 1534 (1534); B. Kümper, Zur Privilegierung erneuerbarer Energien in § 35 Abs. 1 BauGB: Funktionswandel der Privilegierung und Perspektiven planerischer Steuerung, ZfBR 2015, 224 (228).

³ BVerwGE 117, 287 (295); Urteil vom 13.03.2003 – 4 C 4/02, Rn. 15 (Die Angaben der Randnummern bei Urteilen beziehen sich auf die Gliederung nach juris).

⁴ BVerwG, Beschluss vom 15.09.2009 – 4 BN 25/09.

⁵ BVerwGE 145, 231 (Wustermark)

⁶ T. Tyczewski, Konzentrationszonen für Windenergieanlagen rechtssicher planen – Illusion oder Wirklichkeit?, BauR 2014, 934 (934).

⁷ R. Hender/J. Kerkmann, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2014, 1369 (1376).

⁸ Der Verzicht in diesen Ländern sollte insbesondere eine Kommunalisierung der planerischen Steuerung ermöglichen, vgl. Zaspel-Heisters, Steuerung der Windenergie durch die Regionalplanung – gestern, heute, morgen, BBSR-Analysen KOMPAKT 09/2015, abrufbar unter www.bbsr.bund.de, zuletzt abgerufen am 01.09.2015.

⁹ So wollen sowohl Schleswig-Holstein, Mecklenburg Vorpommern, Thüringen und auch Hessen auch künftig Planungen mit der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vornehmen.

dem ad hoc erlassenen schleswig-holsteinischen „Windenergieplanungssicherstellungsgesetz“ zu verhindern¹⁰. Schließlich können die noch bis zum Jahresende fortwährenden Diskussionen um eine Nutzung der Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB¹¹ zumindest auch als Reaktion auf den befürchteten Verlust der Steuerungsleistung des Instruments der Konzentrationsplanung verstanden werden. Anders als jedoch das Vorgehen in Schleswig-Holstein, das – unabhängig von rechtlichen Bedenken – nicht im Verdacht steht, eine Verhinderung des weiteren Ausbaus der Windenergie zu bezwecken, geht es Befürwortern einer Umsetzung der Länderöffnungsklausel vielfach nicht um die Sicherung der räumlichen Steuerung des Ausbaus der Windenergie, sondern um dessen Verhinderung. Schließlich wird vereinzelt gar eine Aufhebung der planungsrechtlichen Privilegierung der Windenergie im Außenbereich gefordert¹². Damit würden Windenergieanlagen im Außenbereich grundsätzlich unzulässig, die Flächenverfügbarkeit und damit der weitere Ausbau weitgehend abhängig von der rechtswirksamen Ausweisung von Standorten in den Plänen von Gemeinden und Regionen. Ein Blick zurück in die Zeit vor Einführung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zeigt, dass dies zumindest eine empfindliche Verlangsamung oder gar ein Erliegen des Ausbaus der Windenergie und damit einen nicht unerheblichen Rückschlag für die Energiewende und die Erfüllung der Klimaschutzverpflichtungen bedeuten würde.

II. Diskussionsfrage

Konzentrationsplanungen werden – meist allein schon wegen ihrer räumlichen Ausdehnung und der Anzahl der davon Betroffenen – auch künftig beklagt werden. Aufgrund der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB machen solche Planungen die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen regelmäßig auf mehr als 98 % der Fläche des Plangebietes unzulässig, so dass die Nutzungsmöglichkeiten zahlreicher Grundstücke beschränkt werden, was Eigentümer vielfach zu Klagen befugt. Darüber hinaus könnte die Umsetzung originär völkerrechtlicher Vorgaben der Aarhus Konvention künftig auch die Klagemöglichkeiten von Umweltvereinigungen gegen Flächennutzungs- und Raumordnungspläne erweitern und insoweit

¹⁰ Gesetz zur Änderung des Landesplanungsgesetzes – Windenergieplanungssicherstellungsgesetz (WEPSG), GVOBl. S-H, Nr. 7 vom 04.06.2015, S. 131; Vgl. auch die Begründung zum Entwurf des schleswig-holsteinischen Windenergieplanungssicherstellungsgesetzes (WEPS), LT-Drs. 18/2983 (neu) vom 19.05.2015, S. 4, das für eine „raumverträgliche“ Steuerung des Ausbaus der Windenergie nach der Aufhebung zweier Regionalpläne durch die Entscheidungen des OVG Schleswig vom 20.01.2015 für notwendig erachtet wird. Den durch dieses Gesetz aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen soll hier nicht weiter nachgegangen werden.

¹¹ Vgl. hierzu *E. Albrecht/A. Zschiegner*, Landesgesetzliche Abstandsregelungen für Windkraftanlagen nach § 249 III BauGB auf dem rechtlichen Prüfstand, NVwZ 2015, 1093 (1093). Zu den Rechtsfragen der Länderöffnungsklausel im BauGB siehe bereits *A.-M. Grüner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB, NVwZ 2015, 108 ff. sowie zu den Problemen der bayerischen Regelung *V. Fülbier/N. Wegner*, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern, ZUR 2015, 149 sowie *V. Fülbier/A.-M.-Grüner/F. Sailer/N. Wegner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 8 vom 29.07.2014, abrufbar unter www.stiftung-umweltenergierecht.de.

¹² *B. Kümper*, Zur Privilegierung erneuerbarer Energien in § 35 Abs. 1 BauGB: Funktionswandel der Privilegierung und Perspektiven planerischer Steuerung, ZfBR 2015, 224 (231) m.w.N.

den Zugang zu Gerichten noch erleichtern¹³. Es stellt sich deshalb im Folgenden die Frage, ob es vor dem Hintergrund der in der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen künftig noch möglich sein wird, Konzentrationsplanungen rechtssicher – und das heißt insbesondere gerichtsfest – vorzunehmen oder ob die geschilderten Befürchtungen zutreffen und die Steuerung des Ausbaus der Windenergie über dieses Instrument bei unveränderter Rechtsprechung praktisch ausscheidet.

Als Diskussionsbeitrag zur Klärung dieser Frage sollen im Folgenden die Ergebnisse einer Auswertung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Oberverwaltungsgerichte der Länder dargestellt werden (C.). Die Entscheidungen wurden zunächst daraufhin untersucht, welche Rechtsverstöße zur Aufhebung der Planungen führten. Damit sollte geklärt werden, ob die beklagten Planungen an den hohen Anforderungen der Rechtsprechung scheitern oder ob diese vielmehr aufgrund grundsätzlicherer Fehler für unwirksam erklärt werden (C. I.). Weiterhin wurde auch untersucht, inwieweit der Grundsatz der Planerhaltung in den Urteilen zur Geltung kommt, dessen mangelnde Beachtung den Gerichten gerade in Diskussionsrunden häufig vorgeworfen wird (C. II.). Abschließend werden mögliche Folgerungen aus dem vorangehenden Befund erörtert (D.).

C. Auswertung der aktuellen Rechtsprechung

Die nachfolgende Auswertung umfasst vornehmlich die seit Mitte 2013 ergangenen Urteile in Normenkontrollverfahren der Oberverwaltungsgerichte¹⁴ der Länder sowie auch ältere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Wirksamkeit von Windkonzentrationszonen auf Regionalplanungsebene. Gegenstand der Verfahren waren nahezu ausschließlich Pläne, die bereits *vor* dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13.12.2012 in Kraft getreten sind¹⁵.

¹³ Vgl. insoweit die Ausführungen des Aarhus Convention Compliance Committees im Verfahren ACCC/C/2011/58 (Bulgarien), Bericht vom 28.09.2012, Rn. 64, wonach selbst nicht außenverbindliche Pläne unter Art. 9 Abs. 3 AK fallen und folglich ein Zugang zu Gerichten zu eröffnen ist. Auch die Entscheidung des EuGH vom 08.03.2011 – C-240/09 (slowakischer Braunbär) weist in Richtung einer Erweiterung des Rechtsschutzes auch gegen Pläne, was vom BVerwG bereits in der Entscheidung vom 05.09.2013 – 7 C 21/12 (Luftreinhalteplan Darmstadt) aufgenommen wurde. Zur bislang stark eingeschränkten Möglichkeit des Rechtsschutzes gegen Raumpläne auf Grundlage des UmwRG vgl. *J. Spinner*, Die Verbandsklage gegen Bebauungspläne aufgrund des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes, NuR 2011, 335.

¹⁴ Die Entscheidungsgründe des OVG Weimar vom 29. Mai 2015 – 1 N 318/12 sowie des OVG Greifswald vom 19.05.2015 – 3 K 44/11 sind noch nicht veröffentlicht und konnten deshalb noch nicht berücksichtigt werden. Dem Vernehmen nach bestand der maßgebliche vom OVG Weimar monierte Mangel aber im Fehlen einer Unterscheidung „harter“ und „weicher“ Tabuzonen. Das OVG Greifswald stellte in der mündlichen Verhandlung sowohl Fehler im Abwägungsvorgang als auch das Fehlen einer weiteren Öffentlichkeitsbeteiligung nach Änderung des Planentwurfs fest.

¹⁵ Soweit ersichtlich traten einzig die den Verfahren vor dem OVG Schleswig zugrunde liegenden Pläne erst nach der Entscheidung des BVerwG mit Bekanntmachung vom 17.12.2012 in Kraft. Eine Berücksichtigung der Entscheidung dürfte hier allerdings ebenso wenig stattgefunden haben. So auch *M. Rolshoven*, Anmerkung zu OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, ZNER 2015, 192 (192 f.).

I. Relevante Fehlerquellen

1. Unterscheidung „harter“ und „weicher“ Tabuzonen

Die Mehrzahl der Pläne scheitert bereits daran, dass eine Unterscheidung „harter“ und „weicher“ Tabuzonen weder ausdrücklich noch der Sache nach bei der Planaufstellung vorgenommen wurde, was regelmäßig einen erheblichen Fehler im Abwägungsvorgang darstellt und insoweit schon für sich genommen zur Unwirksamkeit des jeweiligen Plans führte¹⁶. Teilweise stellten die Gerichte auch das Fehlen der Dokumentation dieser Unterscheidung als gesonderten Mangel fest¹⁷.

Die Notwendigkeit für die Unterscheidung der Tabuzonen bereits im ersten Arbeitsschritt der Planaufstellung wird durch die Rechtsprechung insbesondere dogmatisch begründet¹⁸. Während innerhalb „harter“ Tabuzonen die Verwirklichung von Windenergievorhaben aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Gründe von vorne herein ausscheidet und eine Planung hier deshalb schon im Rechtssinne nicht erforderlich ist, beruht der Ausschluss innerhalb „weicher“ Tabuzonen auf einer planerischen Entscheidung, die Gegenstand der Abwägung und damit auch zu rechtfertigen ist. Nur die frühzeitige Unterscheidung ermöglicht zudem eine rationale Gewichtung der konfligierenden Interessen im Rahmen der Abwägung. Erst wenn der Flächenanteil bekannt ist, auf dem die Windenergie von vorne herein ausgeschlossen ist, kann diesem Anteil bei der Bestimmung der Potentialflächen und „weichen“ Tabukriterien ein mit Blick auf ihre Privilegierung hinreichendes Gewicht beigemessen werden¹⁹.

Wenn die Gerichte trotz Fehlens der Unterscheidung als solcher teils ausführlich die Einordnung konkreter Flächenkategorien bzw. Flächen in die Tabuzonensystematik diskutiert haben, so diene dies nur teilweise dem Nachweis, dass die hinreichende Differenzierung weder explizit noch der Sache nach durch die Planungsträger erfolgt war. In Tiefe und Umfang waren diese Erörterungen aber keinesfalls für die jeweilige Entscheidung tragend. Vielmehr dienten sie der Klärung der zahlreichen offenen Rechtsfragen mit Blick auf künftige Planaufstellungen²⁰. Zwar war dieses Bemühen der Gerichte bislang nur teilweise erfolgreich, verbleiben

¹⁶ OVG Lüneburg, Urteil vom 14.05.2014 – 4 BN 23/14, Rn. 101; OVG Weimar, Urteil vom 08. April 2014 – 1 N 676/12, Rn. 65; OVG Bautzen, Urteil vom 24.03.2014 – 1 C 4/11, Rn. 51 f., jedoch im konkreten Fall die Erheblichkeit des Fehlers verneinend; OVG Lüneburg vom 23.01.2014 – 12 KN 285/12, Rn. 18; OVG Lüneburg, Urteil vom 28.08.2013 – 12 KN 146/12, Rn. 27; OVG Münster, Urteil vom 01.07.2013 – 2 D 46/12.NE, Rn. 32, 43; OVG Koblenz, Urteil vom 16.05.2013 – 1 C 11003/12, Rn. 32.

¹⁷ OVG Lüneburg, Urteil vom 14.05.2014 – 4 BN 23/14, Rn. 101; OVG Münster, Urteil vom 01.07.2013 – 2 D 46/12.NE, Rn. 39.

¹⁸ BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11, Rn. 12.

¹⁹ N. Wegner, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen - zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, 468 (470 f.).

²⁰ Vgl. die ausführlichen Ausführungen des OVG Thüringen, Urteil vom 08.04.2014 – 1 N 676/12, Rn. 65 ff.; siehe auch die Ausführungen in OVG Lüneburg, Urteil vom 14.05.2014 – 12 KN 29/13 Rn. 112 ff. zu Fragen der notwendigen Untersuchungstiefe „im Hinblick auf die schon angestoßene Neuaufstellung“.

doch hinsichtlich zahlreicher Flächenkategorien nach wie vor unterschiedliche obergerichtliche Bewertungen bestehen, so dass hier bis zu einer Klärung durch das Bundesverwaltungsgericht eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit verbleiben wird. Nichtsdestotrotz muss festgestellt werden, dass keiner der hier betrachteten Pläne aufgrund einer – auch von der Rechtsprechung selbst – als mitunter schwierig erkannten Abgrenzung „harter“ und „weicher“ Tabuzonen im Einzelfall, sondern aufgrund deren völligem Unterbleiben scheiterte. Die Möglichkeit rechtssicherer Planungen in der Zukunft wird hiervon allein folglich nicht in Frage gestellt²¹.

2. Abwägungsausfall aufgrund vermeintlich bindender Vorgaben

Eine weitere relevante Fehlerquelle für Konzentrationsplanungen besteht im Umgang der Planungsträger mit (vermeintlich bindenden) Vorgaben der jeweiligen Landesebene. Zuletzt waren mehrere Gerichte mit dieser Problematik befasst, nachdem Regionalplanungsträger – erfolglos – einen teilweisen Abwägungsausfall damit zu rechtfertigen versucht hatten, dass sie insoweit ohnehin durch Vorgaben des Landes gebunden gewesen seien²².

Die betrachteten Entscheidungen spiegeln wider, dass sich die Landesebenen zunehmend nicht mehr darauf beschränken, durch Formulierung abstrakter Erfordernisse der Raumordnung in Landesentwicklungsplänen mit Bindungswirkung gem. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 1. Alt. ROG bzw. § 1 Abs. 4 BauGB und das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 S. 1 ROG Einfluss auf die nachfolgenden Planungsebenen zu nehmen. Vielmehr zeigen sich Bestrebungen einer sehr detaillierten Steuerung durch die Landesregierungen, die bspw. die Bestimmung der (Un-)Zulässigkeit von Windenergievorhaben auf zahlreichen Flächen bestimmter Kategorien²³ und mitunter konkreten Flächen²⁴ mit einschließt. Neben dem Instrument des Landesentwicklungsplans sind hier vor allem auch die sog. Windenergieerlasse relevant, die zwar weitestge-

²¹ Zu Möglichkeiten des Umgangs mit den nach wie vor offenen Rechtsfragen vgl. B. II.

²² OVG Schleswig, Urteile vom 20.01.2015 – 1 KN 6/13, Rn. 62 ff. bzgl. Festlegungen des Landesentwicklungsplans Schleswig-Holstein sowie OVG Weimar, Urteil vom 08.04.2014 – 1 N 676/12, Rn. 84 bzgl. Empfehlungen eines Windenergieerlasses. Vgl. weiterhin zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer eigenen Abwägungsentscheidung der planenden Behörde OVG Magdeburg, Urteil vom 11.11.2004 – 2 K 144/01, Rn. 54.

²³ Vgl. Ziffer 3.5.2 Abs. 6 sowie 8, Spiegelstriche 5-10 LEP 2010 für Schleswig-Holstein; vgl. Anlage 2 der „Handlungsempfehlung für die Fortschreibung der Regionalpläne zur Ausweisung von Vorranggebieten „Windenergie“, die zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten haben“ (Thüringer Windenergieerlass), Thüringen 2005, abrufbar unter: www.thueringen.de, zuletzt abgerufen am 31.08.2015.

²⁴ Vgl. Ziffer 3.5.2 Abs. 8, Spiegelstriche 1-4 LEP 2010 für Schleswig-Holstein; vgl. nur Anlage 2, Ziffern 1.2, 1.3, 1.7 Windenergieerlass Thüringen 2005; vergleichbare Empfehlungen enthält auch der derzeit als Entwurf veröffentlichte neue Windenergieerlass Thüringens, Stand: 20. Juli 2015, ergänzt um konkrete Abstandsempfehlungen zu einzelnen Gebietsarten, abrufbar unter: www.thueringen.de, zuletzt abgerufen am 31.08.2015.

hend nur deklaratorische und unverbindliche Erläuterungen bzgl. des Vorgehens bei Planungen enthalten, von den Planungsträgern aber mitunter wie verbindliche Vorgaben behandelt werden²⁵.

In solchen Fällen liegt eine Hochzoning der räumlichen Steuerung auf die Landesebene zumindest dann vor, wenn landesweite Raumordnungspläne nicht lediglich in deklaratorischer Weise die schon kraft Gesetzes oder aufgrund tatsächlicher Gründe bestehenden „harten“ Tabuzonen aufführen. Sollen darüber hinausgehend den nachfolgenden Planungsebenen normativ Ausschlussgebiete vorgegeben werden, so sind bereits auf Ebene der landesweiten Raumordnung die durch die Rechtsprechung hieran entwickelten Anforderungen zu erfüllen. Insbesondere muss dann neben der Unterscheidung „harter“ und „weicher“ Tabuzonen für letztere eine Abwägung zwischen dem Interesse an einem generellen Ausschluss der Windenergie auf den betroffenen Flächen und den Realisierungsinteressen gem. § 7 Abs. 2 S. 1 ROG vorgenommen werden²⁶. Dieses Vorgehen setzt also auch bereits durch die Landesplanung vorzunehmende, mitunter detaillierte Untersuchungen der Flächen voraus. Das OVG Schleswig hat hierbei, klarer als bislang von der Rechtsprechung getan, ausgesprochen, dass die Anforderungen nicht deshalb andere werden, nur weil die Planung auf die Landesebene gehoben wird²⁷.

Wird diese den Anforderungen nicht gerecht, so besteht für die nachfolgenden Planungsebenen auch keinerlei Bindungswirkung²⁸. Für diese ist die Situation freilich durchaus misslich, da – zumindest solange die Fehler noch nicht gerichtlich festgestellt sind – die „politische Bindungswirkung“ der Vorgaben fortbestehen kann. Nachfolgende Planungsträger bedürften daher dann nicht nur einer besseren Rechtskenntnis als die ihnen übergeordnete Ebene, sondern müssten sich auch politisch von den Vorgaben frei machen, um nicht selbst eine fehlerhafte und damit anfechtbare Planung vorzunehmen.

3. Der Umfang der Abwägung und das Gebot der Schaffung substanziellen Raums

Die Abwägung selbst stellt sich als Fehlerquelle insbesondere dort heraus, wo es darum geht, hinreichend sicherzustellen, dass sich Windenergievorhaben auf den Konzentrationsflächen auch tatsächlich in substanzieller Weise werden durchsetzen können²⁹.

²⁵ Vgl. OVG Weimar, Urteil vom 08.04.2014 – 1 N 676/12, Rn. 66 ff.; in Schleswig-Holstein nahm der LEP 2010 in Ziffer 3.5.2 Abs. 6 freilich Abstandsempfehlungen in Runderlassen in dynamischer Weise in Bezug, um diesen Verbindlichkeit zu vermitteln, vgl. hierzu OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 64 f.

²⁶ OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 63.

²⁷ So auch S. Willmann, Genug ist genug? – Zur substanziellen Raumverschaffung für die Windenergie, NordÖR 2015, 307 (312); M. Rolshoven, Anmerkung zu OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, ZNER 2015, 192 (193); N. Wegner, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen – Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, 468 (473 f.).

²⁸ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25.06.2007 – 4 BN 17.07, Rn. 9 zu § 1 Abs. 4 BauGB.

²⁹ OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 58 f.; OVG Lüneburg, Urteil vom 17.10.2013 – 12 KN 277/11, Rn. 52; vgl. zum Ganzen auch OVG Lüneburg, Urteil vom 14.05.2014 – 12 KN 29/13, Rn. 112.

Erst eine solche Durchsetzungskraft der Windenergievorhaben wird ihrer Privilegierung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht und vermag ihren Ausschluss im Übrigen Plangebiet zu rechtfertigen³⁰. Bereits auf Planungsebene muss mithin die Zulässigkeit von Windenergievorhaben innerhalb der Konzentrationszonen – die sich in Abwesenheit einer Bebauungsplanung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB richtet³¹ – hinreichend sichergestellt werden. Dies setzt zunächst voraus, dass der Planungsträger ermittelt, ob auf den relevanten Flächen öffentliche Belange i.S.v. § 35 Abs. 3 BauGB der Realisierung von Windenergieanlagen entgegenstehen würden. Gegebenenfalls kann und muss der Planungsträger dann eine Abwägungsentscheidung zugunsten der Windenergie treffen, die unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 3 S. 2 HS BauGB im Genehmigungsverfahren zu beachten ist. Zuletzt stellte die Rechtsprechung als hiermit unvereinbar fest, wenn die Regionalplanung nicht alle erkennbaren Belange gem. § 7 Abs. 2 S. 1 HS 2 ROG abschließend abwägt, sondern lediglich die grundsätzliche Eignung der festgesetzten Flächen für die Zwecke der Windenergie (unter Vorbehalten) feststellt, die kleinräumige Steuerung aber vollständig auf die Gemeinden überträgt und diese dabei sachlich gar nicht und räumlich nur unbestimmt begrenzt³². Auch muss bspw. gem. § 7 Abs. 6 ROG, soweit bei der Ausweisung eines Vorranggebietes die Beeinträchtigung eines Natura 2000-Gebietes nicht ausgeschlossen ist, bereits auf Regionalplanungsebene eine Verträglichkeitsprüfung nach den Vorschriften des § 34 BNatSchG durchgeführt werden³³, um die substantielle Durchsetzung der Windenergie sicherzustellen.

Die mit den vorzunehmenden detaillierten Untersuchungen der Konzentrationsflächen verbundene Arbeitsbelastung stellt einen erheblichen Aufwand für die Planungsträger dar³⁴. Gerade die notwendige Tiefe der Untersuchungen dürfte für die Planungsträger mitunter auch ungewohnt sein. Sie ist jedoch Folge des gerade für die Regionalplanung untypisch intensiv steuernden Instruments der Konzentrationsplanung und notwendig zur Rechtfertigung der mit ihr verbundenen Grundrechtseingriffe. Bei entsprechender finanzieller und personeller Ausstattung der Planungsträger steht aber auch diese Anforderung künftiger rechtssicherer Planung wohl nicht entgegen.

Während die Anforderung des „substantiell Raum Schaffens“ hier also für die Frage nach der notwendigen Untersuchungstiefe und damit mittelbar auch als Fehlerquelle relevant wird,

³⁰ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, Rn. 28; Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11, Rn. 9.

³¹ C. Haselmann, Zur bauplanungsrechtlichen Ausschlusswirkung der raumordnerischen Gebietsarten, ZfBR 2014, 529 (531).

³² OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 59.

³³ OVG Lüneburg, Urteil vom 17.10.2013 – 12 KN 277/11, Rn. 55. Dies ergibt sich auch bereits aus den europarechtlichen Vorgaben zum Schutz der Natura 2000-Gebiete und unabhängig davon, dass Windenergievorhaben auch auf Genehmigungsebene noch versagt werden können, um Beeinträchtigungen von Natura 2000-Gebieten zu verhindern, aaO., Rn. 52. Vgl. weiterhin die Schlussanträge von GA Kokott, zu EuGH – C-6/04, Rn. 41 ff. (44) auf die auch das OVG Lüneburg in Rn. 53 verweist.

³⁴ Hinzu kommt, dass die Planungsträger auch die Flächen außerhalb der vorgesehenen Konzentrationszonen häufig detailliert untersuchen müssen, um diese als „harte“ oder „weiche“ Tabuzonen einordnen zu können. Mittels Einschätzungs- und Typisierungsspielräumen lässt sich dieser Aufwand aber zumindest vermindern. Vgl. hierzu N. Wegner, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen – Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, 468 (471 ff.).

zeigt die Rechtsprechungsanalyse aber gleichfalls, dass Konzentrationszonenplanungen nur selten deshalb für unwirksam erklärt werden, weil ein Gericht die ausgewiesenen Flächen rein flächenmäßig für zu klein hält. Während in der juristischen Diskussion bislang vielfach versucht wurde, den materiellen Gehalt des „substantiellen Raumes“ etwa anhand eines bestimmten Prozentwertes des überplanten Gebietes zu bestimmen, zeigt sich, dass neben der oben erörterten mittelbaren Bedeutung ihm insbesondere auch ein prozeduraler Gehalt zukommt³⁵. Die Anforderung, der Windenergie substantiell Raum zu schaffen, verlangt eine vom Planungsträger anzustellende Kontrollüberlegung sowie eine kritische Reflexion der von ihm vorgenommenen Abwägungsentscheidungen und insbesondere der Auswahl der (weichen) Tabukriterien vor dem Hintergrund der Privilegierung der Windenergie in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Geschieht dies, so sahen die Gerichte bislang kaum Anlass, die von den Planungsträgern für ausreichend befundenen Flächengrößen ihrerseits für unzureichend zu erachten³⁶.

4. Die Beteiligung von Bürgern

Eine weitere relevante Fehlerquelle zeigt sich für Konzentrationsplanungen schließlich bei der Beteiligung von Bürgern und Gemeinden an den Planungsverfahren. Dies betrifft sowohl die rein verfahrensrechtliche Bürgerbeteiligung als auch Versuche der inhaltlichen Berücksichtigung des gemeindlichen bzw. bürgerschaftlichen Willens. Ein Spezifikum der Konzentrationszonenplanung ist diese Problematik jedoch nicht.

Eine Beteiligung der Öffentlichkeit ist sowohl auf Regional- als auch Flächennutzungsplanebene gem. § 10 ROG bzw. §§ 3, 4a BauGB durchzuführen. Gem. § 10 Abs. 1 S. 4 ROG bzw. § 4a Abs. 3 S. 1 BauGB ist die Beteiligung zudem erneut durchzuführen, wenn nach einer ersten Auslegung der Plan geändert oder ergänzt wird. Darauf kann nur dann verzichtet werden, wenn es sich bei der Änderung nur um eine Klarstellung ohne materiellen Regelungsgehalt handelt³⁷. Im Übrigen kennt das Gesetz nach einer erheblichen Änderung aber gem. § 10 Abs. 1 S. 4 ROG bzw. § 4a Abs. 3 S. 4 BauGB nur die Möglichkeit der Beschränkung der Öffentlichkeitsbeteiligung, ihr vollständiges Unterbleiben gestattet es nicht³⁸. Unterbleibt die erneute Beteiligung dennoch, so liegt schon deshalb ein zumindest zunächst gem. § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB bzw. § 12 Abs. 1 Nr. 1 ROG beachtlicher Mangel der Planung vor. Gerichtlich entschieden wurde zuletzt, dass sowohl die nach einer ersten Öffentlichkeitsbeteiligung erfolgte

³⁵ L. Münkler, Flexible Steuerung durch Konzentrationsflächenplanung, NVwZ 2014, 1482 (1487).

³⁶ Ausreißer werden durch diesen Test gleichwohl aussortiert, OVG Bautzen, Urteil vom 19.07.2012 – 1 C 40/11, Rn. 56 bzgl. einer Flächenausweisung im Umfang von 0,02566 % und weiterer Beispiele aus der Rechtsprechung. Siehe auch OVG Lüneburg, Urteil vom 28.08.2013 – 12 KN 146/12 Rn. 40 m.w.N. Zur Billigung verschiedener Möglichkeiten der Feststellung, ob substantiell Raum geschaffen wurde vgl. BVerwG, Urteil vom 11.04.2013 – 4 CN 2/12, Rn. 16

³⁷ OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 54.

³⁸ OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 54 mit Verweis auf den insoweit vergleichbaren Rechtszustand im BauGB gem. dem dortigen § 4 a Abs. 3.

Aufnahme als auch die Streichung einer Konzentrationsfläche einen Grund für eine – ggf. beschränkte – erneute Beteiligung der Öffentlichkeit darstellen³⁹. Auch das Nachholen der zunächst versäumten Unterscheidung von „harten“ und „weichen“ Tabuzonen nach erfolgter Öffentlichkeitsbeteiligung verlangt, da dies eine wesentliche Anforderung an den Abwägungsvorgang darstellt, eine erneute Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung⁴⁰.

Als sehr viel schwieriger stellt sich die Frage nach dem richtigen Umgang mit den bürgerschaftlichen bzw. gemeindlichen Willensäußerungen im Rahmen der Planaufstellung heraus⁴¹. Zumindest zu den rechtlichen Anforderungen für die Ebene der Regionalplanung hat sich das OVG Schleswig klar geäußert. Es stellte klar, dass die Berücksichtigung des gemeindlichen Willens nicht in einer Weise ausgestaltet werden dürfe, die zu einem Verzicht des Plangebers auf eine eigene Abwägungsentscheidung führe. Der gemeindliche Wille dürfe vielmehr lediglich nur als einer von vielen Abwägungsbelangen und auch nur insoweit Berücksichtigung finden als er auf nachvollziehbaren öffentlichen Interessen beruhe, „wie sie zum Beispiel in § 2 Abs. 2 ROG als Grundsätze der Raumordnung oder in § 1 Abs. 6 BauGB als Planungsleitsätze für eine Bauleitplanung dargestellt sind“⁴². Indem der Planungsträger im Falle Schleswig-Holsteins – in seinem Bemühen um eine Planung im Einklang mit dem Willen der Gemeinden – deren Entscheidungen aber als absolut setzte und für betroffene Flächen eine Abwägung mit anderen relevanten Belangen daher vollständig unterblieb, verstieß er gegen das hinter dem Abwägungsgebot stehende Rechtsstaatsprinzip. Die Aufgabe der Regionalplanung, eine den Partikularinteressen einzelner Gemeinden übergeordnete Planung i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 ROG durchzuführen, konnte so nicht gelingen⁴³. Sollen vornehmlich nach politischen Regeln stattfindende „Aushandlungsprozesse“ im Zuge von Planaufstellungsverfahren rechtssichere Ergebnisse erbringen, so haben auch sie diese Grenzen zwingend zu beachten.

II. Grundsatz der Planerhaltung

Der Grundsatz der Planerhaltung findet insbesondere in den sowohl im BauGB als auch im ROG geregelten Fehlerfolgenvorschriften seinen Niederschlag (1.). Neben deren Anwendung wurde hier aber auch betrachtet, ob und inwieweit die Gerichte ihre Kontrolle zugunsten der

³⁹ OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 54.

⁴⁰ OVG Lüneburg, Urteil vom 17.10.2013 – 12 KN 277/11, Rn. 63.

⁴¹ OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 68 ff., hierzu ausführlich N. *Wegner*, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen – Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, 468 (474 f.) sowie S. *Willmann*, Genug ist genug? – Zur substantiellen Raumverschaffung für die Windenergie, NordÖR 2015, 307 (312); vgl. hierzu auch das Gutachten von J. *Geßner*, J. *Thiele*, *Dombert Rechtsanwälte*, „Rechtssichere Verankerung des gemeindlichen Willens bei der Ausweisung von Eignungsgebieten Windenergieanlagen (WEG) im Rahmen der Teilfortschreibung des Regionalen Raumentwicklungsprogramms Westmecklenburg 2011 (RREP WM)“, abrufbar unter: <http://www.westmecklenburg-schwerin.de>, zuletzt abgerufen am 31.08.2015.

⁴² OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 70.

⁴³ OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 71, hierzu auch N. *Wegner*, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen – Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, 468 (475).

Planungsträger im Rahmen von Einschätzungs- und Typisierungsspielräumen zurücknehmen und damit ebenfalls eine Planerhaltung zu bewirken versuchen (2.).

1. Planerhaltung im engeren Sinn

Diskussionen um die Fehleranfälligkeit von Planungen und das richtige Maß richterlicher Sachaufklärung sind keineswegs neu. Als in den 1970er Jahren insbesondere Bebauungspläne reihenweise aufgehoben wurden, bewog dies nicht nur das Bundesverwaltungsgericht dazu, die Instanzgerichte dazu zu ermahnen, nicht „gleichsam ungefragt in eine Suche nach Fehlern der Vor- und Entstehungsgesichte eines Bebauungsplans einzutreten“⁴⁴, sondern veranlasste auch den Bundesgesetzgeber zur Einführung spezieller Fehlerfolgenvorschriften zur Begrenzung der Konsequenzen des Nichtigkeitsdogmas bei fehlerhaften Normen⁴⁵. Zu Lasten der rechtsstaatlich begründeten Belange materieller Richtigkeit und Gerechtigkeit⁴⁶ stärken die Planerhaltungsvorschriften der heutigen §§ 214 ff. BauGB sowie § 12 ROG die ebenfalls rechtsstaatlich fundierten Elemente der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in die Beständigkeit von Rechtsnormen.

Die hier untersuchten Entscheidungen zeigen, dass die Planerhaltung nicht etwa aufgrund fehlerhafter Anwendung der Planerhaltungsvorschriften durch die Gerichte misslingt. Ganz im Gegenteil haben diese sogar mehrfach darauf hingewiesen, wie Plangeber angesichts praktischer Schwierigkeiten bei der Unterscheidung „harter“ und „weicher“ Tabuzonen durch Antizipation der möglichen Fehlerfolgen rechtssicher vorgehen können⁴⁷. Auch stellten die Gerichte immer wieder die Unbeachtlichkeit einzelner Mängel fest⁴⁸. Der Fortbestand eines beklagten Planes konnte dennoch auf diese Weise aufgrund der häufig vorhandenen Vielzahl an Mängeln nur ausnahmsweise erreicht werden⁴⁹. In gleich drei der untersuchten Entscheidungen⁵⁰ konnte die Planerhaltung zudem von vorne herein nicht gelingen. Weil es die Planungsträger versäumt hatten, gem. § 12 Abs. 5 S. 2 ROG bei Inkraftsetzung des Raumordnungsplans in einer den gesetzlichen Mindestanforderungen genügenden Weise auf die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Verletzung von Vorschriften sowie auf die Rechtsfolgen einer Verfristung hinzuweisen, konnte der Zeitablauf nicht zu einer Unbeachtlichkeit vorhandener Fehler führen.

⁴⁴ BVerwG, Urteil vom 08.09.1979 – 4 C 7.77, Rn. 30.

⁴⁵ Zur Entstehungsgeschichte vgl. *U. Battis*, in: Ders./M. Krautzberger/R.-P. Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, Vorb §§ 214 bis 216, Rn. 4 ff.

⁴⁶ *W. Spannowsky*, in: ders./Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 12 Rn. 14.

⁴⁷ OVG Lüneburg, Urteil vom 14.05.2014 – 12 KN 29/13, Rn. 104 unter Verweis auf S. Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013, Rn. 82; Kritisch *R. Hendler/J. Kerkmann*, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2014, 1369 ff.; Zustimmend jedoch *N. Wegner*, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen – Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, 468 (472 f.).

⁴⁸ OVG Koblenz, Urteil vom 16.05.2013 – 1 C 11003/12, Rn. 54; Urteil vom 25.03.2014 – 1 C 4/11, Rn. 45.

⁴⁹ OVG Bautzen, Urteil vom 25.03.2014 – 1 C 4/11, Rn. 58 ff.

⁵⁰ OVG Greifswald, Urteil vom 10.03.2015 – 3 K 25/11, Rn. 50; OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 52; OVG Weimar, Urteil vom 08.04.2014 – 1 N 676/12, Rn. 110.

2. Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolle

Das Nichtigkeitsdogma für Pläne findet über die Fehlerfolgenregelungen hinaus auch durch den Grundsatz der Planerhaltung eine gewisse Begrenzung⁵¹. Diesem tragen die Gerichte auch dadurch Rechnung, dass sie nicht erst die Rechtsfolgen festgestellter Mängel zu begrenzen suchen, sondern bereits bei der Feststellung der Mängel selbst ihre Kontrolle zurücknehmen⁵². So sieht das Bundesverwaltungsgericht angesichts der auch von ihm anerkannten praktischen Schwierigkeiten bei der Einhaltung der rechtlichen Anforderungen an wirksame Konzentrationsplanungen deren „Verhältnismäßigkeit“ insbesondere schon deshalb als gewahrt an, da den Planungsträgern eine planerische Gestaltungsfreiheit zukomme, die nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliege. Vor diesem Hintergrund stellt es auch fest, dass den Plangebern nichts Unmögliches abverlangt werde, sondern nur, was sie angemessenerweise leisten könnten⁵³. In diesen Bereich falle auch das Problem der räumlichen Abgrenzung „weicher“ und „harter“ Tabuzonen⁵⁴. Ob daneben auch eine nur eingeschränkt überprüfbare Einschätzungs- und Typisierungsbefugnis für die Einordnung einzelner Flächen in die Tabuzonensystematik, wie sie teilweise erwogen wird, besteht, hat das BVerwG bislang offen gelassen⁵⁵. Insgesamt könnten diese Beschränkungen der gerichtlichen Kontrolle nicht nur zu einer Erhöhung der Gerichtsfestigkeit von Plänen führen, sondern auch den Aufwand begrenzen, der im Rahmen künftiger Planaufstellungen mit den Anforderungen der Rechtsprechung gerade bezüglich der erforderlichen Untersuchungstiefe verbunden ist⁵⁶. Eine abschließende gerichtliche Entscheidung dieser Fragen war jedoch bislang nicht angezeigt, da es in den entsprechenden Fällen, in deren Zusammenhang eine prognostische Einschätzung oder Typisierung hätte vorgenommen werden können, bereits an der grundsätzlichen Unterscheidung „harter“ und „weicher“ Tabuzonen fehlte⁵⁷. Insoweit lässt sich auch noch nicht abschließend beurteilen, inwieweit die Gerichte hier bereit sind, dem Grundsatz der Planerhaltung letztlich Rechnung zu tragen.

⁵¹ Grundlegend *W. Hoppe*, Erste Überlegungen zu einem „Grundsatz der Planerhaltung“, in: J. Berkemann u.a., Planung und Plankontrolle, Festschrift Schlichter, 1995, S. 87 ff.; Ders., Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip, in: W. Erguth/W. Hoppe, Abwägung im Recht, 1996, S. 133 ff.

⁵² Insoweit wird nicht das Nichtigkeitsdogma begrenzt, sondern Situationen seiner Geltung vermieden. Diese gerichtliche Praxis ist vor dem Hintergrund von Art. 19 IV GG freilich nicht unproblematisch, was hier jedoch nicht weiter vertieft werden soll. Vgl. hierzu zuletzt *T. Jacob/M. Lau*, Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative, NVwZ 2015, 241 ff.

⁵³ So bereits BVerwG Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11, Rn. 14; zuletzt BVerwG, Beschluss vom 09.02.2015 – 4 BN 20/14, Rn. 5.

⁵⁴ BVerwG, Beschluss vom 09.02.2015 – 4 BN 20/14, Rn. 5.

⁵⁵ Dafür *N. Wegner*, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen – Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, 468 (472).

⁵⁶ Kritik insoweit bei *R. Hendl/J. Kerkmann*, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2014, 1369 (1376); hiergegen bereits *N. Wegner*, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen – Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, 468 (471 ff.).

⁵⁷ OVG Lüneburg, Urteil vom 14.05.2014 – 4 BN 23/14, Rn. 103 f.; OVG Weimar, Urteil vom 08.04.2014 – 1 N 676/12, Rn. 86; OVG Lüneburg, Urteil vom 23.01.2014 – 12 KN 285/12, Rn. 20; OVG Koblenz, Urteil vom 16.05.2013 – 1 C 11003/12, Rn. 40.

D. Zusammenfassung und Folgerungen aus der Rechtsprechungsanalyse

Die Auswertung aktueller Gerichtsentscheidungen hat gezeigt, dass die vielfach im Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzungen stehenden Probleme bislang nicht die hauptsächlichen Ursachen für die Verwerfung von Konzentrationsplanungen widerspiegeln. Die hier untersuchten Pläne scheiterten nicht etwa an den Details der zum Teil durchaus diffizilen Rechtsprechung zur Konzentrationszonenplanung, sondern an deren grundlegenden Anforderungen. Soweit dies darauf zurückzuführen ist, dass den Planungsträgern die Rechtsprechungsänderung zum Zeitpunkt der Planaufstellung – wie in allen hier betrachteten Fällen – noch nicht bekannt war, kann davon ausgegangen werden, dass künftige Planungen nicht an denselben Mängeln leiden werden. Zwar führte in den hier betrachteten Fällen weder die Unsicherheit über die Einordnung einzelner Flächenkategorien als „harte“ oder „weiche“ Tabuzone⁵⁸ noch über die inhaltliche Bestimmung der Anforderung der Verschaffung substantiellen Raums⁵⁹ zur Unwirksamkeit von Konzentrationsplanungen. Gleichwohl ist damit zu rechnen, dass diese Fragen an Aktualität und vor allen Dingen Entscheidungserheblichkeit auch in der Rechtsprechung gewinnen werden, sobald neu aufgestellte Pläne beklagt werden, bei denen eine grundlegende Differenzierung „harter“ und „weicher“ Tabuzonen vorgenommen wurde und andere bislang vielfach relevante Fehlerquellen abgestellt werden konnten. Aufgrund der umfangreichen Ausführungen der Gerichte zur Behandlung einzelner Flächenkategorien konnten hier bereits zahlreiche Rechtsfragen geklärt werden. Nichtsdestotrotz wird aufgrund der noch vielfach verbleibenden uneinheitlichen Beurteilung der Obergerichte hier noch mittelfristig mit nicht unerheblicher Unsicherheit umzugehen sein.

Die Gerichte, insbesondere das Bundesverwaltungsgericht, haben jedoch auch vielfach in Entscheidungen deutlich gemacht, dass sie das Gut der Rechtssicherheit und den Grundsatz der Planerhaltung nicht nur durch Anwendung der jeweiligen Planerhaltungsvorschriften, sondern auch durch eine gewisse Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle zugunsten von Einschätzungs- und Typisierungsspielräumen sowie einer Beschränkung des Rechtsfolgenausspruchs auf Teile der Planungen sichern wollen. Da die Rechtssicherheit hier jedoch immer auch auf Kosten der rechtsstaatlichen Gebote der Art. 20 Abs. 3 sowie 19 Abs. 4 GG und es zudem auch um den Schutz des vorliegend insbesondere betroffenen Eigentumsgrundrechts geht⁶⁰, sind die Gerichte andererseits aber auch gehalten, dem Verlangen nach richterlicher Zurückhaltung und Planerhaltung nur sehr maßvoll nachzugeben. Dass die Gerichte sich hier in der Vergangenheit

⁵⁸ Vgl. oben C. I. 1.

⁵⁹ Vgl. oben C. I. 3.

⁶⁰ Vgl. W. Spannowsky, in: ders./Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 12 Rn. 9.

als „uneinsichtige Totengräber“ von Plänen, gar als „unbedenklich perfektionistische Planzerstörer“ zeigten⁶¹, hat aber weder die Analyse derzeit relevanter Fehlerquellen noch der Handhabung des Grundsatzes der Planerhaltung ergeben. Die Notwendigkeit für eine „Selbstkorrektur der Rechtsprechung“⁶² – wie Ende der 1970er Jahre angesichts der reihenweisen Unwirksamkeit von Bebauungsplänen – besteht heute angesichts der vorhandenen gesetzlichen Regelungen und richterlichen Bemühungen um eine Begrenzung des Nichtigkeitsdogmas nicht⁶³.

Mit der Konzentrationszonenplanung ist der Flächennutzungs- und Raumordnungsebene ein für diese Planungsebenen untypisches, weil überaus intensiv steuerndes Instrument gegeben worden, das vielfach die Rechtsstellung Einzelner ganz unmittelbar berührt. Eine Verschärfung der an sie gestellten Anforderungen war insoweit auch von Verfassungswegen nur folgerichtig. Die damit für die Planungsträger einhergehenden Herausforderungen, wie die Durchführung zahlreicher detaillierter Flächenuntersuchungen⁶⁴ sowie die Einhaltung der durch die Rechtsprechung entwickelten weiteren Anforderungen, sind groß und für die betroffenen Planungsebenen mitunter ungewohnt. Ihre Meisterung ist von großer Wichtigkeit, um die hohe Steuerungsleistung der Konzentrationsplanungen auch weiterhin für die Koordinierung der durch den fortschreitenden Ausbau der Windenergie betroffenen Güter und Interessen zu sichern.

Ein Patentrezept zur Bewältigung der sich stellenden Aufgaben gibt es nicht. Für die Regionalplanung hat die Analyse jedoch gezeigt, dass diese nur dann rechtssicher agieren kann, wenn sie weder den partikularen Interessen von Gemeinden und bürgerschaftlichen Gruppen⁶⁵ noch den Steuerungsversuchen der Landesebene⁶⁶ unbesehen nachgibt, sondern die Aufgabe einer gem. § 1 ROG übergeordneten regionalen Planung selbstbewusst und – im Rahmen der rechtlichen Bindungen – unabhängig ausführt. Dies setzt nicht zuletzt auch eine Ausstattung der Planungsträger mit größeren personellen und finanziellen Ressourcen sowie eine verbesserte Schulung im Umgang mit den originär rechtlichen Fragestellungen voraus, die den veränderten Aufgaben hinreichend Rechnung trägt.

⁶¹ So die Selbsttitulierung bei *W. Hoppe*, Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip, in: *W. Erbguth/W. Hoppe*, Abwägung im Recht, 1996, S. 133 (136 ff).

⁶² So der damalige Vizepräsident des Bundesverwaltungsgerichts *Schlichter*, wiedergegeben bei *W. Hoppe*, Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur und Abwägungsprinzip, in: *W. Erbguth/W. Hoppe*, Abwägung im Recht, 1996, S. 133 (134).

⁶³ A.A. *R. Hendler/J. Kerkmann*, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2014, 1369 (1373).

⁶⁴ Vgl. oben C. I. 3.

⁶⁵ Vgl. oben C. I. 4.

⁶⁶ Vgl. oben C. I. 2.