

**Würzburger Berichte zum
Umweltenergierecht**

**Fehlerquellen von
Windkonzentrationszonenplanungen**

Ein Update

Hintergrundpapier

erstellt von

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

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

37

14.12.2018

Zitiervorschlag: *Nils Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – ein Update, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 37 vom 14.12.2018.

Der Verfasser dankt dem Kollegen Frank Sailer sowie den Mitgliedern des Beirats des Vorhabens NeuPlan Wind herzlich für zahlreiche wertvolle Anregungen und praktische Einsichten. Eventuell vorhandene Fehler und Unzulänglichkeiten sind allein vom Verfasser zu verantworten.

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, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg, IBAN DE16790500000046743183,

BIC BYLADEM1SWU

Inhaltsverzeichnis

A. Kernaussagen	1
B. Einleitung	2
C. Auswertung der Rechtsprechung zwischen Ende 2015 und Mitte 2018	4
I. Relevante Fehlerquellen.....	4
1. Verfahrens- und sonstige formelle Fehler.....	4
a) Bekanntmachung von Flächennutzungsplänen und ihrer Entwürfe.....	4
b) Weitere formelle Fehler	7
2. Materielle Fehler	8
a) Die Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabukriterien	8
aa) Anwendungsfehler bei der Einordnung als harte Tabukriterien.....	9
(1) Die Fassung von Abstandskriterien	9
(2) Die Behandlung einzelner Flächentypen.....	11
(3) Umgang mit planungsrechtlichen Bindungswirkungen	14
bb) Anwendungsfehler bei der Konzeption weicher Tabukriterien	15
b) Nichteinhaltung des Substanzgebotes	16
3. Zwischenergebnis	18
II. Grundsatz der Planerhaltung	19
1. Die Bedeutung von Einschätzungsspielräumen und Typisierungsbefugnissen für die Planerhaltung	19
2. Anwendung der Fehlerfolgenvorschriften	20
3. Zwischenergebnis	22
D. Zusammenfassung und Rückschlüsse auf Fehlerursachen	22

A. Kernaussagen

- Windkonzentrationszonenplanungen sind das zentrale raumplanerische Instrument zur räumlichen Steuerung von Windenergienutzungen. Viel stärker als andere Raumplanungen stehen sie im Fokus der Öffentlichkeit und auch zahlreicher Kläger. Auch seit Ende 2015 wurden zahlreiche solcher Planungen auf Flächennutzungs- und Regionalplanungsebene beklagt und schließlich gerichtlich aufgehoben. Für die Zukunft konnten in den Verfahren aber zahlreiche bislang uneinheitlich beantwortete Fragen geklärt werden.
- Die vorliegende Fehleranalyse soll dabei helfen, die Diskussion um die Fortentwicklung der Konzentrationszonenplanung zu versachlichen und ihr als Grundlage dienen. Mittels der Auswertung der Rechtsprechung können die rechtlich letztlich maßgeblichen Fehler der Planungen herausgearbeitet werden. Ein Rückschluss auf die Fehlerursachen ist demgegenüber nur begrenzt möglich.
- Die Fehlerquellenanalyse der Normenkontrollverfahren zwischen Ende 2015 und Mitte 2018 (inkl. der Entscheidung zum Regionalplan Havelland-Fläming) ergibt ein heterogenes Bild: Planungen wurden sowohl aufgrund formeller als auch materieller Fehler aufgehoben. Teils wurden Fehler erst durch die Weiterentwicklung der Rechtsprechung ersichtlich, teils lassen sich Fehler auf Widersprüchlichkeiten in der (älteren) Rechtsprechung selbst zurückführen. Soweit auch Fehler in Konstellationen passiert sind, deren Lösung in der Rechtsprechung bereits klar vorgezeichnet war, lassen sich die Mängel nicht allein rechtlich erklären. Hier liegt es nahe, dass Probleme bei der Verarbeitung neuer Rechtsprechung durch die Planungsträger eine maßgebliche Ursache sind.
- Im Rahmen der durch das Bundesverwaltungsgericht entwickelten Anforderungen an Konzentrationszonenplanungen sind die Oberverwaltungsgerichte auch weiterhin erkennbar bemüht, dem Grundsatz der Planerhaltung Rechnung zu tragen und insbesondere durch die Anerkennung von Einschätzungsspielräumen und Typisierungsbefugnissen den hohen Planungsaufwand zu begrenzen. In einzelnen Fällen der hier betrachteten Normenkontrollverfahren konnten Konzentrationsplanungen so zuletzt die gerichtliche Kontrolle passieren.
- Die Analyse lässt nicht den Rückschluss zu, dass Konzentrationszonenplanungen wegen der an sie gestellten hohen Anforderungen nicht rechtssicher möglich sind. Auch dort, wo weiterhin Unklarheiten über einzelne Anforderungen in der Rechtsprechung bestehen, gibt es Wege hiermit rechtssicher umzugehen. Gleichwohl bedarf es weiterer Anstrengungen, um die Rolle von Konzentrationszonenplanungen als Gegengewicht zur Außenbereichsprivilegierung von Windenergienutzungen zu stärken.

B. Einleitung

Theoretisch besitzen Konzentrationszonenplanungen mit der sie kennzeichnenden Ausschlusswirkung i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eine erhebliche Steuerungswirkung¹. Die auch praktische Funktionsfähigkeit dieses Instruments ist deshalb für eine sachgemessene Steuerung der Windenergienutzung und die Akzeptanz von Windenergievorhaben vor Ort von großer Bedeutung². Gemeinsam mit der Anfang 1997 gesetzgeberisch eingeführten Privilegierung von Windenergieanlagen und als Gegengewicht zu dieser gedacht, sollte der in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB geregelte Planvorbehalt die räumliche Konzentration von Windenergieanlagen im Außenbereich sicherstellen und deren allgemein im gesamten baulichen Außenbereich geltende Privilegierung hinsichtlich ihrer Wirkungen begrenzen³. Dies erlaubt – theoretisch – die raumplanerische Freihaltung von bis zu 98 % und mehr des Außenbereichs von Windenergienutzungen und sichert so den Raum für die dort im Übrigen vorgesehenen Nutzungen und zu verwirklichenden Raumfunktionen⁴.

In der Praxis stellen sich entsprechende Planungen auf den Ebenen der Flächennutzungs- und Regionalplanung allerdings als fehleranfällig dar. Sie wurden und werden noch immer regelmäßig beklagt und in großer Zahl gerichtlich aufgehoben⁵ bzw. aufgrund ihrer Fehlerhaftigkeit durch Gerichte unangewendet gelassen. Hierzu kam es zunächst in der Folge einer vom Bundesverwaltungsgericht ausgehenden⁶ und von den Oberverwaltungsgerichten weiter ausbuchstabierten Rechtsprechungsentwicklung, in deren Zuge Rechtsschutzmöglichkeiten erweitert⁷ und schrittweise zusätzliche Anforderungen an die Wirksamkeit von Konzentrationsplanungen, d. h. an ihre Ausschlusswirkung, formuliert wurden⁸.

¹ Siehe ausführlich *Bruns et al.*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 56, 265.

² *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 121 ff., 151 f.; siehe auch *Köck*, JbUTR 134 (2017), 129 (137 ff.); *Wegner/Sailer*, Übergreifende Entwicklungslinien und aktuelle Herausforderungen im Recht der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 10, September 2018, S. 22.

³ Vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 7.

⁴ Dies folgt im Umkehrschluss daraus, dass die Rechtsprechung es für die Ausweisung substanziellen Raums unter Umständen genügen lässt, wenn dieser in etwa bei einem Prozent der Fläche des Plangebietes liegt. Hierzu auch *Sydow*, NVwZ 2010, 1534 (1534); *Kümper*, ZfBR 2015, 224 (228). Vgl. auch *Wegner*, ZfBR 2016, 548 (552). Die Zielvorstellung zahlreicher Bundesländer und auch die Erfordernisse des Klimaschutzes gehen hierüber freilich hinaus.

⁵ Für den Zeitraum zwischen 2002 und 2015 siehe *Wegner*, ZfBR 2016, 548 ff., für die Jahre 2016 bis heute siehe sogleich.

⁶ BVerwGE 117, 287 = Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01 = ZfBR 2003, 370 ff.; BVerwG, Beschl. v. 15.5.2009 – 4 BN 25/09 = ZfBR 2010, 82 ff.; BVerwGE 145, 231 (Wustermark) = Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11 = ZfBR 2013, 257 ff.; BVerwG, Urt. v. 11.4.2013 – 4 CN 2/12 = ZfBR 2013, 569 ff.

⁷ BVerwG, Urt. v. 20.11.2003 – 4 CN 6/03; BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 CN 3/06; bestätigt durch BVerwG, Urt. v. 31.01.2013 – 4 CN 1/12; siehe auch *Bringewat*, NVwZ 2013, 984 ff.

⁸ Siehe nur neben den sogleich noch zu nennenden Stimmen *Sydow*, NVwZ 2010, 1534 ff.; *Bovet/Kindler*, DVBl 2013, 488 ff.; *Münkler*, NVwZ 2014, 1482 ff.; *Wegner*, ZUR 2015, 468 ff. Das BVerwG sieht hierin keine Rechtsprechungsänderung, sondern allein eine Ausdifferenzierung bereits zuvor geläufiger Anforderungen, BVerwG, Beschl. v. 10.03.2016 – 4 B 7/16, Rn. 7. Die Angaben der Randnummern von Gerichtsentscheidungen beziehen sich, soweit nicht anders kenntlich gemacht, auf die Zählung nach Juris.

Die einschlägige obergerichtliche Rechtsprechung hat erhebliche Kritik aus der Literatur und teils auch aus der Rechtsprechung selbst⁹ erfahren. Neben der Kritik dogmatischer Unstimmigkeiten und dem Vorwurf der Praxisferne, wurde ihr eine Widersprüchlichkeit attestiert, die zu erheblicher Rechtsunsicherheit und auch zu einer unverhältnismäßigen Erhöhung des Planungsaufwandes und der Planungskosten geführt habe¹⁰. Nachdem sich – von veröffentlichten Einzelfällen abgesehen¹¹ – jedenfalls bislang nicht die Hoffnung erfüllt hat, dass Konzentrationszonenplanungen der neuen Generation nach der Verarbeitung der Vorgaben der Rechtsprechung durch die Planungsträger wieder in rechtssicherer Weise gelingen¹², wird zunehmend auch in politischen Diskussionen der Ruf nach Veränderungen und einem gesetzgeberischen Eingreifen laut¹³. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird explizit eine Reduktion des als übermäßig empfundenen Planungsaufwands genauso wie der Komplexität von Konzentrationsplanungen gefordert, um diese wieder „gerichtsfest“ zu machen¹⁴.

Die vorliegende Darstellung will zur Versachlichung der vorgenannten Diskussion beitragen. Ihr liegt – soweit ersichtlich – die Auswertung sämtlicher verfahrensabschließender gerichtlicher Entscheidungen in Normenkontrollverfahren gegen Pläne zur Steuerung von Windenergienutzungen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zwischen Dezember 2015 und Juli 2018 zugrunde. Inzidentkontrollen entsprechender Planwerke wurden dagegen ausgeklammert. Inhaltlich und methodisch schließt die zugrunde liegende Untersuchung an eine Fehleranalyse aus dem Jahr 2015 für jenes und die davor liegenden Jahre an¹⁵, bezieht neben Regionalplänen nunmehr aber auch entsprechende Flächennutzungspläne ein. Ziel ist es insbesondere, die in der Praxis relevanten Fehlerquellen für Konzentrationszonenplanungen herauszuarbeiten, um Anhaltspunkte dafür zu gewinnen, wo und auf welche Weise ein gesetzgeberischer Eingriff sinnvoll sein könnte – und wo nicht. Mögliche Maßnahmen müssen allerdings eigenen Betrachtungen vorbehalten bleiben.

⁹ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 22.9.2015 – 10 D 82/13.NE, Rn. 43.

¹⁰ Siehe nur *Erbguth*, DVBl 2015, 1346 ff.; *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, 1369 ff.; *Tyczewski*, BauR 2014, 934 ff.; OVG Münster, Urt. v. 22.9.2015 – 10 D 82/13.NE, Rn. 43.

¹¹ OVG Lüneburg, 15.3.18 – 12 KN 38/17; OVG Koblenz, 6.2.18 – 8 C 11527/17.

¹² Vgl. *Wegner*, ZfBR 2016, 548 (554) und zustimmend *Hinsch*, NordÖR 2018, 89 (91, Fn. 21).

¹³ Vgl. die Bundsratsinitiative Brandenburgs zur Abschaffung der Außenbereichsprivilegierung der Windenergienutzung sowie diejenige Nordrhein-Westfalens zur Wiederbelebung der Länderöffnungsklausel gem. § 249 Abs. 3 BauGB, auf deren Grundlage bereits in Bayern die sog. 10 H-Regelung erlassen wurde, BR-Drs. 509/18 bzw. 484/18.

¹⁴ Vgl. *Erbguth*, DVBl 2015, 1346 (1346); *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, 1369 (1376).

¹⁵ *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, [Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 14](#) vom 05.09.2015 sowie *ders.*, ZfBR 2016, 548 ff.

C. Auswertung der Rechtsprechung zwischen Ende 2015 und Mitte 2018

Mithilfe einer Analyse der gerichtlichen Entscheidungen und der dort festgestellten rechtlich relevanten Planungsmängel lassen sich die relevanten Fehlerquellen benennen, die über den Einzelfall hinaus von Bedeutung sind (I.). Die Gerichtsfestigkeit von Planungen hängt allerdings nicht allein davon ab, dass es gelingt, Planungsmängel zu vermeiden. Soweit durch gesetzliche Regelungen dem Grundsatz der Planerhaltung Rechnung getragen wird, können Pläne vielmehr trotz gewisser Planungsmängel dennoch ganz oder teilweise Geltung beanspruchen (II.).

I. Relevante Fehlerquellen

Die Auswertung der Gerichtsentscheidungen ergibt ein heterogenes Bild an Fehlerquellen sowohl formeller (1.) als auch materieller Natur (2.)¹⁶.

1. Verfahrens- und sonstige formelle Fehler

Gleich in mehreren Fällen stellte die Bekanntmachung von Flächennutzungsplänen und ihrer Entwürfe eine Quelle für formelle Fehler dar [a)]. Auch weitere formelle Fehler bedürfen der Erwähnung [b)].

a) Bekanntmachung von Flächennutzungsplänen und ihrer Entwürfe

Schon bislang stand außer Zweifel, dass die an die Ausfertigung und die Bekanntmachung von Rechtsnormen gestellten besonderen rechtsstaatlichen Anforderungen auch auf Raumpläne Anwendung finden, soweit sie Normcharakter besitzen. Wird etwa ein regionales Raumordnungsprogramm in der Form einer Satzung erlassen und stellt es deshalb schon seiner Rechtsform nach eine außenwirksame Rechtsnorm dar, so bedarf die vom zuständigen Organ beschlossene Norm etwa der Ausfertigung in ihrer finalen, d. h. in ihrer in Geltung zu setzenden Fassung¹⁷. Abgeleitet aus dem Rechtsstaatsgebot gilt dieses Erfordernis einer Bestätigung der Übereinstimmung der vom zuständigen Gremium beschlossenen und der zu veröffentlichenden Fassung des Regelungstextes für Normen verfassungsunmittelbar auch unabhängig von einer gesonderten einfachrechtlichen Normierung¹⁸.

¹⁶ Dieses Bild würde sich ggf. verschieben, würden auch Inzidentkontrollen in die Betrachtung einbezogen. Da hier vielfach ältere Pläne Gegenstand sind und die Angreifbarkeit materieller Fehler durch Planerhaltungs- und Heilungsvorschriften eng begrenzt ist, drehen sich entsprechende Kontrollen vielfach um formelle Fehler.

¹⁷ Zu hier gleichwohl unterlaufenden Fehlern OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 25 ff. sowie OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, Rn. 28-36.

¹⁸ BVerwG, Urt. v. 1.7.2010 – 4 C 4.08, Rn. 13 m. w. N.

Diese für Raumpläne mit Außenrechtsnormcharakter geltenden Anforderungen waren bislang nicht auf die Bekanntmachung der Genehmigung von Flächennutzungsplänen nach § 6 Abs. 5 S. 1 BauGB übertragen worden. Insoweit wurden Flächennutzungspläne in der Vergangenheit entsprechend ihrer Einordnung als reines Verwaltungsinnenrecht behandelt¹⁹, denen nicht der Charakter einer Rechtsnorm, sondern ein solcher *sui generis* zukomme²⁰.

Hierin sahen zuletzt aber sowohl das OVG Münster und – diesem folgend – auch das OVG Lüneburg bei Flächennutzungsplanungen mit den Wirkungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB aufgrund der diesen punktuell zukommenden Außenwirkung²¹ eine zu korrigierende Inkonsistenz²². Da solchen Flächennutzungsplänen eine mit Bebauungsplänen vergleichbare Funktion dahingehend zukomme, dass sie Inhalt und Schranken des Eigentums an den betroffenen Grundstücken bestimmten, hätten sie auch den Maßgaben des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu genügen²³. Aus der so betonten Rechtsnormqualität von Flächennutzungsplänen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB leitete das OVG Münster sodann ab, dass solcherlei Pläne, wie andere (vollwertige) Rechtsnormen auch, in einer Weise der Öffentlichkeit bekannt gemacht werden müssten, die es den Betroffenen erlaube, sich in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt verlässlich Kenntnis zu verschaffen²⁴. So müsse bspw. aus der Bekanntmachung der Genehmigung durch eine Erläuterung des Regelungskonzepts von Konzentrationszonenplanungen ersichtlich werden, dass sich die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB grundsätzlich auf das gesamte Gemeindegebiet beziehe.

Dies aber war nach Ansicht des OVG Münster im von ihm zu entscheidenden Fall aus der Bekanntmachung der Genehmigung der angegriffenen Flächennutzungsplanänderung gerade nicht ersichtlich geworden. Zweifelhaft erschien es dem Gericht insoweit, ob schon der Gebrauch des Begriffs der Konzentrationszone in der Bekanntmachung hierfür ausreichend ist²⁵. Jedenfalls aber sei ein hinreichendes Verständnis vom räumlichen Geltungsbereich von Konzentrationszonenplanungen im konkreten Fall dadurch vereitelt worden, dass eine zusätzlich abgedruckte Skizze nicht das gesamte von den Planwirkungen betroffene Plangebiet, sondern allein die für die Windenergie positiv vorgesehenen Flächen darstellte²⁶.

Da in gleicher – fehlerhafter – Weise bereits in der jeweiligen öffentlichen Bekanntmachung der Auslegung der Planentwürfe gem. § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB unzureichend auf den räumlichen Geltungsbereich der Konzentrationszonenplanung hingewiesen worden war, sahen sowohl das

¹⁹ *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 5 Rn. 45.

²⁰ *Schrödter*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 5 Rn. 4.

²¹ *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 5 Rn. 46.

²² OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 41-44; OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn. 40 ff. und hierzu *Raschke*, ZNER 2018, 218, (221 ff.). Siehe außerdem VG Minden, Urt. v. 26.4.18 – 11 K 874/17, Rn. 61.

²³ OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn. 35.

²⁴ OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn. 37-40.

²⁵ OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn. 43.

²⁶ OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn. 43.

OVG Münster als auch das OVG Lüneburg auch die dort zu erreichende Anstoßfunktion²⁷ nicht als gewahrt an²⁸.

Ordnet man die vorstehend beschriebenen Entscheidungen in die bereits in der Einleitung referierte Rechtsprechungsentwicklung zu Konzentrationszonenplanungen ein, so zeigt sich, dass es sich hier um einen weiteren, neuen Schritt bei der Ableitung rechtlicher Anforderungen aus dem besonderen Rechtscharakter von Flächennutzungsplanungen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB handelt. Ihre unmittelbaren Auswirkungen auf die Eigentumsgrundrechte Betroffener hatte die Rechtsprechung bereits in der Vergangenheit zur Eröffnung bis dahin nicht gegebener Rechtsschutzmöglichkeiten animiert²⁹ und auch die gestiegenen materiellen Anforderungen können teilweise hierauf zurückgeführt werden³⁰. Auch wenn der nun erfolgte weitere Schritt der Rechtsprechung insoweit (rückblickend) nicht völlig überraschend ist, so war er doch durch die Planungsträger kaum vorherzusehen, wie auch eine jüngst ergangene Entscheidung des OVG Koblenz zeigt.

Zwar stellte sich dem rheinland-pfälzischen OVG eine zunächst einmal anders gelagerte Rechtsfrage, nämlich ob es der Ausfertigung eines Flächennutzungsplans mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bedurft hätte³¹. Auch das OVG Koblenz stand damit aber vor der Entscheidung, ob aus der punktuellen Außenwirksamkeit des Flächennutzungsplans auch insoweit eine Angleichung seiner rechtlichen Behandlung mit vollwertigen Normen zu folgen habe. Dies lehnte das OVG letztlich ab³². Der Flächennutzungsplan werde auch angesichts der Wirkungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht zur vollwertigen Norm. Auch das BVerwG wende, so die Richter des OVG, auf solcherlei Pläne lediglich einzelne Vorschriften entsprechend und beschränkt auf seine punktuellen Außenwirkungen an, ohne dessen allgemeinen Charakter als allein vorbereitenden Bauleitplan ohne unmittelbare Wirkungen gegenüber Dritten in Frage zu stellen³³.

Hierin spiegelt sich die Schwierigkeit wider, denjenigen Punkt zu bestimmen, bei dem die Rechtsprechung von einem „Umschlagen“ der Flächennutzungspläne in eine vollwertige Norm mit entsprechenden Konsequenzen ausgeht. Dass das OVG Münster und das OVG Lüneburg vom Überschreiten dieses Punktes ausgegangen sind und Konsequenzen für die Bestimmtheitsanforderungen bei Bekanntmachungen gezogen haben, ist aus Sicht der planbetroffenen Bürger zu begrüßen. Dass das OVG Koblenz entsprechende Konsequenzen nicht auch für die Ausfertigung solcher Pläne ziehen wollte, steht hierzu jedenfalls in gewissem Spannungsverhältnis.

²⁷ Zur Übertragbarkeit dieser für Bauleitpläne entwickelten Rechtsprechung auf Regionalpläne, OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, Rn. 44 ff.

²⁸ OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn.47; OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 43 f.

²⁹ Siehe die Nachweise in Fn. 7.

³⁰ Zur Begründung der Anforderungen ausführlich *Wegner*, ZUR 2015, 468 (469 ff.).

³¹ Während die Rechtsprechung dies jedenfalls in der Vergangenheit verneinte, ist dies in der Literatur wegen der punktuellen Außenwirkung von Konzentrationszonenplanungen umstritten, vgl. *Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 6 Rn. 21 m. w. N. und Zweifeln an der bisherigen Rechtsprechung. Für das Erfordernis der Ausfertigung auch *Schrödter*, in: *Ders.*, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 6 Rn. 26.

³² Offen gelassen noch in OVG Koblenz, Urt. v. 8.6.2016 – 8 C 11147/15, S. 15 d. UA, zitiert nach Urt. v. 6.2.2018 – 8 C 11527/17, Rn. 72.

³³ OVG Koblenz, 6.2.2018 – 8 C 11527/17, Rn. 72.

Als Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips³⁴ dient auch die Ausfertigung letztlich dem Schutz der Bürger – nämlich davor, dass sie nicht Normen unterworfen werden, die in ihrer konkreten Form kompetenzwidrig zustande gekommen und deshalb nicht auf den repräsentativ vermittelten Willen des Staatsvolkes rückführbar sind.

Um nicht auch bei der Frage der Notwendigkeit einer Ausfertigung doch noch von einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung überrascht zu werden, sollten Planungsträger auf Flächennutzungsplanebene in Zukunft nicht nur bei Auslegungsbekanntmachung und Bekanntmachung der Genehmigung des Plans die für Außenrechtsnormen geltenden Anforderungen einhalten, sondern der verbleibenden Unsicherheit auch mittels einer Ausfertigung der Flächennutzungspläne begegnen.

b) Weitere formelle Fehler

Die Bekanntmachung der Auslegung des Entwurfs eines Flächennutzungsplans war auch in anderer Hinsicht Gegenstand der Rechtsprechung zu Konzentrationszonenplanungen – wenn auch kein Spezifikum derselben. In einem Einzelfall führte hier eine fehlerhafte Bekanntmachung verfügbarer Umweltinformationen nach § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB durch eine Gemeinde zur Rechtswidrigkeit des Flächennutzungsplans³⁵. Die hieran anzulegenden Maßstäbe waren kurze Zeit nach Abschluss des dortigen Planaufstellungsverfahrens in der obergerichtlichen Rechtsprechung in anderen Zusammenhängen konkretisiert worden³⁶. Inzwischen ist geklärt, dass der mit der Bekanntmachung bezweckten Anstoßfunktion nur dann genüge getan ist, wenn die in den vorhandenen Stellungnahmen und Unterlagen behandelten Umweltthemen nach Themenblöcken zusammengefasst und diese in der Auslegungsbekanntmachung schlagwortartig charakterisiert werden³⁷. Die bloße Bezeichnung der Stellungnahmen selbst genügt dem nicht.

In zwei Fällen kam es zudem zur Konstellation, dass trotz nochmaliger Veränderung der Flächenkulisse eines Regionalplans in Reaktion auf Stellungnahmen der Öffentlichkeit während der zweiten Offenlage bzw. auf Maßgaben der Landesplanungsbehörde nicht eine nochmalige dritte Offenlage stattfand, sondern der Plan unmittelbar in angepasster Form beschlossen wurde³⁸. Einen solchen vollständigen Verzicht auf eine weitere Offenlage trotz Vornahme inhaltlicher – wenn auch kleinerer – Veränderungen, sah das Gesetz gemäß dem damals in beiden Fällen noch anwendbaren § 10 Abs. 1 S. 4 ROG a. F. aber nicht vor, was in der Rechtsprechung zu Konzentrationszonenplänen³⁹ und auch in der Literatur⁴⁰ bereits hervorgehoben worden war. Mit

³⁴ Siehe nur *Schrödter*, in: Ders., Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 10 Rn. 48.

³⁵ OVG Magdeburg, Urt. v. 9.12.2015 – 2 K 60/14, Rn. 32.

³⁶ BVerwG, Urt. v. 18.7.2013 – 4 CN 3/12, Rn. 18 ff., hierzu *Schmidt-Eichstaedt*, BauR 2014, 48 ff.; BVerwG, Urt. v. 7.5.2014 – 4 CN 5/13, Rn. 11 ff.; BVerwG, Urt. v. 11.9.2014 – 4 CN 1/14, Rn. 11 ff., hierzu *Dusch*, NVwZ 2015, 233 ff.; BVerwG, Urt. v. 29.9.2015 – 4 CN 1/15, Rn. 8 f.

³⁷ So bereits BVerwG, Urt. v. 18.7.2013 – 4 CN 3/12, Rn. 23; OVG Magdeburg, Urt. v. 9.12.2015 – 2 K 60/14, Rn. 32.

³⁸ Siehe VGH Kassel, Beschl. v. 25.1.2018 – 4 B 1535/17.N. sowie OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, Rn. 41-43.

³⁹ OVG Schleswig, Urt. v. 25.1.2015 – 1 KN 7/13 Rn. 53.

⁴⁰ Siehe nur *Wegner*, ZfBR 2016, 548 (552).

der Novellierung der Beteiligungsvorschrift im nunmehrigen § 9 Abs. 3 ROG hat der Gesetzgeber zwar darauf reagiert, dass solche „nachträglichen“ Änderungen immer mehr zum Regelfall werden⁴¹. Danach soll nicht mehr jede Änderung des Planentwurfs eine Pflicht zur erneuten Offenlage auslösen, sondern nur noch solche, die zu einer „erstmaligen oder stärkeren Berührung von Belangen“ führen. Für den hier in Bezug genommenen Zusammenhang, d. h. die Verkleinerung eines Windeignungsgebietes nach einer Offenlage im Aufstellungsverfahren, geht jedoch eine erste Stellungnahme in der Literatur davon aus, dass hier gleichwohl eine erneute Offenlage notwendig wird⁴²: Zwar führt die Verkleinerung ggf. zu einer Entlastung für betroffene Anwohner. Für Grundstückseigentümer bedeutet die Verkleinerung aber gleichzeitig eine Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Nutzungsinteressen, so dass hier durchaus der Tatbestand des § 9 Abs. 3 S. 1 ROG erfüllt wird und somit auch weiterhin eine – ggf. beschränkte – erneute Öffentlichkeitsbeteiligung notwendig ist.

2. Materielle Fehler

In materieller Hinsicht bereitet den Planungsträgern insbesondere⁴³ die Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen Schwierigkeiten [a)]. In einem spezifischen Sinne bleibt auch das Gebot der Schaffung substanziellen Raumes eine relevante Fehlerquelle [b)].

a) Die Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabukriterien

Trotz der gerade gegen die Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen gerichteten Kritik von Teilen der Literatur⁴⁴ hat die Rechtsprechung auch an dieser begrifflich seit 2009 entwickelten Unterscheidung festgehalten⁴⁵. Während die Planaufhebungen seit dem Jahr 2012 davon gekennzeichnet waren, dass die erforderliche Unterscheidung in den Planwerken weder begrifflich noch in der Sache nachvollzogen worden war⁴⁶, hat sich das Bild inzwischen deutlich verschoben. Zwar wird die Unterscheidung nun im Grundsatz angewandt, im Einzelfall bleiben gleichwohl Unklarheiten zurück. Auffällig ist, dass sich Beanstandungen zumeist auf die Qualifizierung bestimmter Flächen als harte Tabuzonen beziehen, dass also von dieser Kategorie in der Planungspraxis weitaus mehr Gebrauch gemacht wird, als dies nach der (nunmehrigen) Rechtsprechung zulässig ist.

⁴¹ *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 9 Rn. 48.

⁴² *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 9 Rn. 51.

⁴³ Siehe aber zur Frage der Berücksichtigung von Repoweringinteressen bei der Auswahl von Flächen in der Einzelabwägung OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, Rn. 115-117.

⁴⁴ Zuletzt *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 160 ff.; *Erbguth*, DVBl 2015, 1346 (1347 ff.); *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, 1369 (1370 ff.).

⁴⁵ Zuletzt etwa BVerwG, Beschl. v. 9.2.2015 – 4 BN 20/14, Rn. 7.

⁴⁶ Vgl. *Wegner*, ZfBR, 2016, 548 (549 f.).

aa) Anwendungsfehler bei der Einordnung als harte Tabukriterien

Als harte Tabuzonen sind nach den in der Rechtsprechung aufgestellten Obersätzen solche Flächen zu behandeln, auf denen dauerhaft oder auf unabsehbare Zeit der Verwirklichung von Windenergienutzungen rechtliche oder tatsächliche Hindernisse entgegenstehen⁴⁷, diese also schlechthin ausgeschlossen ist. Die Gründe für die Einordnung einer Fläche als harte Tabuzone müssen sich entweder aus dem Gesetz oder aus den vorgefundenen Gegebenheiten des Planungsraums selbst ergeben⁴⁸. Ein Gestaltungsspielraum bei der Konzeption der entsprechenden Kriterien kommt dem Plangeber insoweit nicht zu. Dogmatisch wird hier grundsätzlich am planungsrechtlichen Erforderlichkeitsgebot angeknüpft⁴⁹. Entsprechend behandelt die Rechtsprechung aber auch solche Fälle, in denen einer Ausweisung als Windeignungsfläche strikt verbindliche Vorgaben höherrangiger Planungsstufen entgegenstehen⁵⁰.

Die Auswertung der Rechtsprechung zeigt, dass sowohl die Fassung harter Abstandskriterien hinsichtlich des Schutzes bestimmter Flächen als auch die Einordnung einzelner Flächentypen selbst fehlerbehaftet sind. Auch die bereits in früheren Entscheidungen grundsätzlich anerkannten⁵¹ und nun näher ausdifferenzierten Spielräume und Typisierungsbefugnisse haben im Untersuchungszeitraum nur eingeschränkt Abhilfe schaffen können. Hinzu kommen Schwierigkeiten beim Umgang mit planungsrechtlichen Bindungen.

(1) Die Fassung von Abstandskriterien

Neben schutzwürdigen Flächentypen müssen auch die oftmals um diese gelegten planerischen Pufferabstände richtig in das Schema aus harten und weichen Tabukriterien eingeordnet werden. Die Rechtsprechung verlangt hier eine Differenzierung nach „harten“, d. h. schutzbezogenen und „weichen“, d. h. vorsorgebezogenen Anteilen eines planerisch einheitlichen Abstands⁵². Nach der jüngsten Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg soll dies nicht nur in dem Sinne gelten, dass nicht der gesamte Abstand als hartes Tabu gefasst werden darf. Unzulässig sei es vielmehr auch, wenn der Abstand insgesamt als weiches Kriterium formuliert werde⁵³. Da die für eine solche Grenzziehung erforderlichen Informationen, wie der künftige Standort einer Windenergieanlage, Anlagenhöhe und -typ, im Zeitpunkt der Planaufstellung

⁴⁷ Statt vieler OVG Lüneburg, Urt. v. 15.3.2018 – 12 KN 38/17, Rn. 51.

⁴⁸ Vgl. *Gatz*, DVBl 2017, 461 (462 f.).

⁴⁹ Das für die Ebene der Bauleitplanung in § 1 Abs. 3 BauGB verordnete Gebot gilt trotz fehlender Normierung auch für die Ebene der Raumordnung.

⁵⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 65; *Gatz*, DVBl 2017, 461 (463).

⁵¹ BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, Rn. 14; Beschl. v. 9.2.2015 – 4 BN 20/14, Rn. 5; OVG Lüneburg, Urt. v. 3.12.2015 – 12 KN 216/13, Rn. 19; OVG Weimar, Urt. v. 8.4.2014 – 1 N 676/12, Rn. 86; *Wegner*, ZfBR 2016, 548 (553 f. m. w. N.).

⁵² Zu einem Fall fehlender Differenzierung OVG Münster, Urt. v. 5.7.2017 – 7 D 105/14.NE, Rn. 41 ff.

⁵³ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, Rn. 93. Hierauf wird noch zurückzukommen sein, da dies in einem Spannungsverhältnis zu der Möglichkeit steht, in bestimmten Fällen im Zweifel eine Fläche als weiches Tabu einzuordnen und zu behandeln. Siehe hierzu unten C. II. 2.

noch nicht bekannt sind, werden hier von der Rechtsprechung verschiedene Beurteilungsspielräume und Typisierungsbefugnisse der Planungsträger anerkannt⁵⁴.

Näher konturiert wurde zuletzt die Praxis der Ausrichtung von Konzentrationsplanungen auf bestimmte Referenzanlagen⁵⁵. Danach obliegt die Auswahl der Referenzanlage im Grundsatz der planerischen Entscheidung. Gerichtlicher Kontrolle unterliegt sie nur insoweit, als dass sichergestellt werden muss, dass zum einen die verbindlichen Maßgaben der höherrangigen Planung noch umgesetzt werden können und zum anderen nicht Flächen als nutzbar ausgewiesen werden, denen erkennbar die Eignung fehlt, weil wirtschaftlich nutzbare Anlagen etwa der Höhe nach von der Referenzanlage wesentlich abweichen⁵⁶.

Durch das Abstellen auf eine Referenzanlage können dann im Einklang mit der Rechtsprechung auch lärmbezogene oder auf den Schutz vor optisch bedrängenden Wirkungen gerichtete Abstände bestimmt und deren harte und weiche Bestandteile voneinander abgegrenzt werden. So darf bei der Bestimmung des Abstands zum Schutz gegen Lärm den maßgeblichen Parametern, insbesondere der Anlagenzahl, anhand von Erfahrungswerten in mehr oder weniger pauschaler Weise Rechnung getragen werden⁵⁷. Darüberhinausgehende Anteile der Abstände sind als vorsorgebezogene näher zu begründen und in die Abwägung einzustellen⁵⁸. Für den Abstand zum Schutz vor optisch bedrängenden Wirkungen hat zudem das OVG Lüneburg in einer Vielzahl von Entscheidungen festgehalten, dass für die Bemessung von dessen hartem Anteil pauschalierend auf die zweifache – nicht etwa die dreifache⁵⁹ – Höhe der jeweils zugrunde gelegten Referenzanlage abgestellt werden kann⁶⁰. Auch hier sind weitergehende Abstände insoweit als weiche Tabuflächen einzuordnen⁶¹. Es bleibt abzuwarten, ob dieses Vorgehen auch von weiteren Oberverwaltungsgerichten anerkannt wird.

Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der vorgenannten Einordnungen ist jedoch zudem, dass sich die Abstände überhaupt auf schutzwürdige Nutzungen beziehen. Hieran fehlte es in einem Fall, in dem eine Hofstelle ohne jede Wohnnutzung allein deshalb als „Einzelhaus im Außenbereich“ bei der Bemessung des Schutzabstandes berücksichtigt worden war, weil Rücksicht gegenüber dem Eigentümer geübt und weitere Spannungen vermieden werden sollten⁶². Wird schon die Fläche selbst fehlerhaft als Tabuzone eingeordnet, so setzt sich der Fehler bei der Begründung

⁵⁴ Kritisch hinsichtlich des Vorliegens der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Zurücknahme der gerichtlichen Kontrollrechte *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 165 f.

⁵⁵ OVG Lüneburg, Urt. v. 6.4.2017 – 12 KN 6/16, Rn. 22 ff.; Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 34; Urt. v. 15.3.18 – 12 KN 38/17, Rn. 57.

⁵⁶ OVG Lüneburg, Urt. v. 6.4.2017 – 12 KN 6/16, Rn. 24.

⁵⁷ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 34; vgl. zudem OVG Münster, Urt. v. 5.7.2017 – 7 D 105/14.NE, Rn. 46; mit dieser Tendenz auch OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, Rn. 96.

⁵⁸ Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 15.3.2018 – 12 KN 38/17, Rn. 57; *Gatz*, DVBl 2017, 461 (463).

⁵⁹ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 37 ff.; Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 80; Urt. v. 15.3.2018 – 12 KN 38/17, Rn. 57; vgl. auch Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 52 ff.

⁶⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 80; Urt. v. 15.3.2018 – 12 KN 38/17, Rn. 57.

⁶¹ Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 15.3.2018 – 12 KN 38/17, Rn. 57.

⁶² OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 32.

der jeweiligen Abstandspuffer fort⁶³. Verhindern lässt sich ein solcher Folgefehler aber nur durch eine korrekte Behandlung der Flächen selbst.

Notwendig ist es zudem nach der Schutzwürdigkeit einzelner Nutzungen zu differenzieren. Nicht zu rechtfertigen war es, Abstände zu Gemeindebedarfsflächen einheitlich entsprechend Abständen zu Wohnnutzungen zu behandeln, wenn hierunter etwa auch das Übungsgelände der Feuerwehr fällt⁶⁴ oder aber z. B. einen Abstand zu einem Golfplatzbereich zu wählen, ohne dessen verminderter Schutzwürdigkeit Rechnung zu tragen⁶⁵. Zu unterscheiden ist zudem jedenfalls mit Blick auf die Auswirkungen von Lärm zwischen einzelnen Wohnnutzungen entsprechend ihrer sich in der Baunutzungsverordnung und TA-Lärm widerspiegelnden abgestuften Schutzwürdigkeit⁶⁶.

(2) Die Behandlung einzelner Flächentypen

Nicht nur bei der Abgrenzung harter und weicher Bestandteile von Pufferabständen agieren Planungsträger in Ungewissheit über künftige Anlagenstandorte und weitere Parameter. Da sich diese Problematik den Planungsträgern in einzelnen Konstellationen vielmehr in gleicher Weise auch bei der Einstufung schützenswerter Flächen als harte oder allenfalls weiche Tabubereiche stellt⁶⁷, hat die Rechtsprechung zuletzt konsequenterweise auch hier Einschätzungs- und Typisierungsspielräume anerkannt⁶⁸. Freilich bezieht sich die Einschätzungsprärogative auch insoweit nicht auf Rechtsfragen, so dass es nicht genügt, dass der Planungsträger hinsichtlich der Einordnung einer konkreten Fläche zu einer „vertretbaren Rechtsauffassung“ gelangt⁶⁹. Die Spielräume beziehen sich vielmehr allein auf die relevanten natur- und landschaftsschutzfachlichen Tatsachen und ihre Bewertung⁷⁰. Ihre Nutzung kann die Annahme dauerhafter rechtlicher Hindernisse für den Betrieb von Windenergieanlagen und damit die Einstufung als harte Tabufläche gerade ohne Betrachtung der möglichen Standorte im Einzelnen erlauben. Voraussetzung ist aber, dass eine solche Beurteilung allein anhand des normativen Charakters der betrachteten Fläche möglich ist⁷¹ und denkbare Ausnahmen bei pauschaler Betrachtung allein theoretischer Natur bleiben.

⁶³ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 82; Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 33; Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 71; OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 146.

⁶⁴ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 79.

⁶⁵ OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 149; vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 5.4.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 56.

⁶⁶ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 43.

⁶⁷ Hierzu bereits *Wegner*, ZUR 2015, 468 (472); kritisch *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 166, 169.

⁶⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 67; Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 53 ff. (56); Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 66 ff. (68).

⁶⁹ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 67.

⁷⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 67; vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 53 ff. (56); Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 66 ff. (68).

⁷¹ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 67; Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 66 ff. (68).

Letzteres ist zu betonen, meint es doch, dass die Beantwortung der Frage, ob eine Fläche aufgrund rechtlicher Hindernisse als harte Tabuzone einzustufen ist, in aller Regel nicht voraussetzt, dass sich bereits der Plangeber in die Rolle der Genehmigungsbehörde versetzt und die Zulassungsprüfung für den Einzelfall umfänglich durchspielt⁷². Ein solches Vorgehen ist auf Planungsebene vielmehr nur in bestimmten Fällen hinsichtlich derjenigen Potenzialflächen nötig, die auch der Windenergie tatsächlich zur Verfügung gestellt werden sollen und sich dort deshalb entsprechende Nutzungen regelmäßig und nicht nur im Einzelfall durchsetzen können müssen⁷³. Im hier gegenständlichen ersten Arbeitsschritt der Planaufstellung ist es dagegen in aller Regel ausreichend, eine typisierende Betrachtung auf Grundlage des Gesetzes, ggf. vorhandenen Schutzgebietsverordnungen oder ähnlichem sowie höherrangigen verbindlichen Planvorgaben durchzuführen und so zu einer Bewertung zu gelangen. Lässt sich auf dieser Grundlage nicht feststellen, dass Windenergienutzungen grundsätzlich ausgeschlossen und denkbare Ausnahmen – typisierend betrachtet – allein theoretischer Natur sind, so kann von einer harten Tabufläche nicht ausgegangen werden.

Was konkret unter diesen Maßgaben zu verstehen ist, wurde zuletzt am gerichtlich eingeforderten Umgang mit raumordnerisch ausgewiesenen Vorranggebieten für Natur und Landschaft auf Ebene der Flächennutzungsplanung⁷⁴ und auch mit Vogelbrut- und -rastgebieten von landesweiter und höherer Bedeutung⁷⁵ ersichtlich. In beiden Fällen hatten die Planungsträger diese als harte Tabuzonen eingestuft. Zu Unrecht, wie die urteilenden Gerichte befanden. In beiden Fällen entschieden sie, dass der Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage der Vereinbarkeit der Windenergienutzung mit den jeweils geschützten Belangen trotz der hierbei bestehenden Typisierungsbefugnis der Planungsträger überschritten worden sei⁷⁶. Weder im Falle der Vorranggebiete für Natur und Landschaft noch der Biotope und Vogelbrut- und -rastgebiete habe ohne eine nähere Betrachtung des Einzelfalles bestimmt werden können, dass eine dauerhafte Unvereinbarkeit mit der Windenergienutzung gegeben sei und „theoretisch denkbare Ausnahmen von der Unvereinbarkeit auf Einzelfälle beschränkt bleiben, die durch individuelle Umstände geprägt sind“⁷⁷. Es sei gerade nicht möglich gewesen, bei typisierender Betrachtung die Unvereinbarkeit der im jeweiligen Gebiet vorrangigen bzw. geschützten Funktionen und Nutzungen mit der Windenergienutzung „bereits aus der Charakteristik der vorrangigen Funktionen und Nutzungen“ herzuleiten. Im Falle der Vorranggebiete für Natur und Landschaft hätte es einer näheren Betrachtung insbesondere der vorhandenen Flora und Fauna sowie der

⁷² So aber tendenziell und mit hierauf bezogener Kritik *Erbguth*, DVBl 2015, 1346 (1349 f.); *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 162 f.

⁷³ Siehe hierzu *Gatz*, DVBl 2017, 461 (467) sowie unten C. I. 2. b).

⁷⁴ OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 64 ff.; vgl. auch *Gatz*, DVBl 2017, 461 (463).

⁷⁵ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 53 ff.

⁷⁶ OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 68; OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 56 f.

⁷⁷ OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 68.

Schönheit der Landschaft⁷⁸, im Falle der Vogelbrut- und -rastgebiete der vorhandenen Vogelpopulation⁷⁹ bedurft.

Zu einem Planungsmangel führte auch der Umgang mit einer Fläche, auf der Windenergienutzungen genehmigungsrechtlich grundsätzlich ausgeschlossen sind, aber die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahme oder Befreiung besteht. In diesem Fall ging das OVG Münster – wie auch bereits das OVG Weimar im Jahr 2014 – davon aus, dass es nicht ohne Weiteres genüge, wenn eine konsultierte Fachbehörde dem Planungsträger nach eigener Einzelfallbetrachtung signalisiert, dass eine Ausnahme oder Befreiung wohl nicht erteilt werden könne. Von den Einschätzungen der Fachbehörden im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahrens geht gerade keine Bindung aus. Da es insoweit auf das objektive Vorliegen einer Befreiungslage ankomme, müsse der Planungsträger eigenverantwortlich die Rechtslage einschätzen und kann diese Entscheidung nicht delegieren. Auch hiermit ist aber nicht gefordert, dass der Planungsträger eine fiktive Ausnahme- oder Befreiungsprüfung im Detail durchspielt. Es genügt vielmehr auf Grundlage des Gesetzes, ggf. vorhandener Schutzgebietsverordnungen und höher-rangiger Planvorgaben im Rahmen einer typisierenden Betrachtung unter Heranziehung vorhandener Erfahrungswerte zu einer Bewertung zu gelangen. Dabei darf der Plangeber auch im Falle einer im Gesetz angelegten Befreiungsmöglichkeit jedenfalls dann vom Vorliegen einer harten Tabuzone ausgehen, wenn das für den Regelfall bestehende Verbot der Windenergienutzung „eindeutig entgegenstehe“, die Möglichkeit etwa einer Zielabweichung aber allein theoretischer Natur bleibe⁸⁰.

Beanstandet wurde schließlich auch in mehreren Fällen die Einordnung von Wald als hartes Tabukriterium⁸¹. Zwar hatte die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ursprünglich selbst zu einer entsprechenden Einordnung geneigt⁸², ohne die Gründe hierfür offenzulegen. Diese Ansicht muss aber bereits seit einiger Zeit als überholt gelten. Entgegen der Einschätzung des OVG Münster dürfte die ursprüngliche Einschätzung des BVerwG zwar nicht im Kern durch technische Gründe motiviert gewesen sein⁸³, die schon durch den Höhenzuwachs moderner Windenergieanlagen inzwischen entfallen sind. Vielmehr hat sich schon seit einiger Zeit in der Rechtsprechung die Rechtsansicht durchgesetzt, dass die gesetzlichen Regelungen zum Schutz

⁷⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 68.

⁷⁹ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 57.

⁸⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 66 zur Annahme eines harten Tabus, soweit die gesetzliche Möglichkeit einer Zielabweichung bei typisierender Betrachtung allein theoretischer Natur sei. So auch *Gatz*, DVBl 2017, 461 (463). Mit weitergehender Tendenz OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, Rn. 97 ff. (100).

⁸¹ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 70 ff.; Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 45 ff.; Urt. v. 3.12.2015 – 12 KN 216/13, Rn. 24 ff.; OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 86 ff.

⁸² BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01, Rn. 29.

⁸³ So aber OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 98. Hiergegen spricht, dass das BVerwG einen Abschluss ausdrücklich nur für „zusammenhängende Waldgebiete“ annahm, mithin nicht jedwede Waldgebiete ansprach, in denen sich technische Fragestellungen aber nicht anders gestellt hätten.

des Waldes Windenergienutzungen regelmäßig nicht, jedenfalls nicht ausnahmslos entgegenstehen⁸⁴.

(3) Umgang mit planungsrechtlichen Bindungswirkungen

Auch wenn die vorgenannte Entwicklung in der Rechtsprechung zur Einordnung von Waldflächen in den hier ausgewerteten Fällen wohl von den Planungsträgern (noch)⁸⁵ nicht wahrgenommen worden war, entscheidend für die harte Tabuisierung des Waldes durch die Planungsträger dürfte ein anderer Umstand gewesen sein. Wie bereits bemerkt, kann sich die Einstufung einer Fläche als harte Tabuzone nicht allein aus – hier vermeintlich – unüberwindlichen Hindernissen auf Genehmigungsebene, sondern auch daraus ergeben, dass der Ausweisung von Flächen strikt verbindliche Vorgaben höherrangiger Planungsstufen entgegenstehen⁸⁶. Die deshalb notwendige rechtliche Bewertung einschlägiger höherrangiger Planaussagen durch die Planungsträger stellt ihrerseits eine relevante Fehlerquelle dar⁸⁷ – sei es, dass eine tatsächliche Bindungswirkung verkannt wird oder dass eine Planaussage zu Unrecht als verbindlich und damit der eigenen Abwägung als entzogen eingestuft wird.

Gerade dies ging in den genannten Fällen fehl. So wurde fälschlicherweise von zielförmigen Vorgaben zur Behandlung von Wald bereits im landesweiten Raumordnungsplan⁸⁸, in einem Fall auch im regionalen Raumordnungsplan⁸⁹ ausgegangen. Im letztgenannten Fall fand sich ein zielförmig festgelegter Ausschluss von Windenergienutzungen im Wald zwar tatsächlich im Regionalplan, so dass der Planungsträger im Ausgangspunkt zu Recht von einer Anpassungspflicht ausgegangen war. Das Gericht stellte jedoch die Rechtswidrigkeit auch dieser Vorgabe aufgrund der angezeigten geänderten Bewertung von Windenergienutzungen im Wald fest⁹⁰, was wiederum seiner Behandlung als hartes Tabu auf Flächennutzungsplanebene die Grundlage entzog.

In mehreren Fällen wurden zudem eigene Darstellungen in Flächennutzungsplänen – trotz insoweit eindeutiger Rechtslage – bei dessen Änderung bzw. Neuaufstellung fälschlich als bindend eingeordnet⁹¹. In einem ersten Fall wurden Siedlungsbereiche wegen der hier bereits vorhandenen Darstellung von Bauflächen gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 BauGB als harte Tabuflächen

⁸⁴ Offen bleibt weiterhin allein, ob Wald gleichwohl dann als hartes Tabukriterium gefasst werden kann, wenn konkret dargelegt wird, anhand welcher Umstände die Prognose gerechtfertigt ist, dass in dem betreffenden Bereich der Errichtung von Windenergieanlagen auf unabsehbare Zeit rechtliche oder tatsächliche Hindernisse entgegenstehen, vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15 m. N. aus der Literatur.

⁸⁵ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 98.

⁸⁶ Siehe bereits oben bei Fn. 50.

⁸⁷ Diese Problematik besteht nicht allein bei der Einordnung bestimmter Kriterien als hartes oder weiches Tabu, vgl. OVG Magdeburg, 9.12.15 – 2 K 60/14, Rn. 33 ff.

⁸⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 71; Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn.46 f.; Urt. v. 3.12.2015 – 12 KN 216/13, Rn. 25; OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 107. In der Entscheidung des OVG Münster stand zudem in Rede, dass der Planungsträger bereits die Wirkungen des in Aufstellung befindlichen Ziels des neuen LEP hätte beachten müssen, in dessen Entwurf sich bereits ein Ziel fand, das unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich auch Windenergienutzungen im Wald zuließ, aaO., Rn. 111.

⁸⁹ OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 73 ff.

⁹⁰ OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 113 ff.

⁹¹ Die Ausführungen lassen sich sinngemäß auf die Regionalplanung übertragen.

aufgefasst. In einem anderen Fall wurde die Tabuisierung von Flächen mit den auf diese bezogenen Darstellungen von Sondergebieten, Sonderbauflächen und öffentlichen Grünflächen im Außenbereich in den bis dahin gültigen Flächennutzungsplänen gerechtfertigt⁹². Eine Bindungswirkung kann hiervon jedoch für das Verfahren der Planänderung oder dessen Neuaufstellung nicht ausgehen. Der kommunale Planungsträger kann selbstverständlich auch bislang vorhandene Darstellungen seines Flächennutzungsplans ändern, insbesondere wenn die betroffenen Flächen nicht inzwischen tatsächlich anderweitig genutzt werden. Tut er dies nicht, geschieht dies nicht aufgrund einer rechtlichen Bindung, die hier nicht existiert, sondern eines fortbestehenden planerischen Willens. Dieser aber ist nicht geeignet, ein hartes Tabu zu begründen,⁹³ sondern allein ein weiches. Auch für die Regionalplanung stellen Darstellungen in Flächennutzungsplänen kein unüberwindliches Hindernis dar und können somit nicht als harte Tabubereiche behandelt werden⁹⁴. Eine Bindungswirkung entfalten sie für die Regionalplanung nur nach Maßgabe des Gegenstromprinzips gem. § 13 Abs. 2 S. 2 ROG i. V. m. § 1 Abs. 3 ROG. Sie sind insoweit Gegenstand der raumordnerischen Abwägung nach § 7 Abs. 2 ROG und können entsprechend allenfalls als weiche Tabubereiche behandelt werden.

bb) Anwendungsfehler bei der Konzeption weicher Tabukriterien

Während die Gerichte im Untersuchungszeitraum in relativ vielen Fällen die Einordnung als harte Tabuflächen und -kriterien bemängelten, wurde die Konzeption weicher Tabukriterien nur selten beanstandet. Es geht hier darum, diejenigen Potenzialflächen noch vor der Einzelbetrachtung von Flächen auszusondern, auf denen eine Windenergienutzung aus planerischen Gründen nicht stattfinden soll⁹⁵. Da dies im gesamten Plangebiet einheitlich gehandhabt werden muss, sind Auswahlkriterien zu konzipieren, anschließend einheitlich anzuwenden und – nach Abschluss der Flächenauswahl – ggf. mit Blick auf das Substanzgebot noch einmal zu überprüfen⁹⁶. Auch wenn bei diesem, dem Abwägungsvorgang zuzuordnenden Arbeitsschritt ein planerischer Gestaltungsspielraum besteht, so ist das Vorziehen bestimmter Raumnutzungsinteressen zu Lasten der Windenergienutzung doch abwägend zu rechtfertigen.

Auch bei diesem Arbeitsschritt erkennt die Rechtsprechung Typisierungsbefugnisse an. Gebilligt wurde in einem Fall, dass für die „weiche Tabuisierung“ von Waldflächen auf Raumordnungsebene nicht am tatsächlichen Waldbestand, sondern an der Darstellung „Wald“ im amtlichen Liegenschaftskataster sowie der Belegenheit in einem „Vorbehaltsgebiet Wald“ des Regionalen Raumordnungsprogramms angeknüpft wurde⁹⁷. Dass auf einzelnen Grundstücken tatsächlich kein Waldbestand vorhanden war, stand nach Ansicht des Gerichts der Typisierungsbefugnis auf Raumordnungsebene nicht entgegen. Da es keine Anhaltspunkte dafür gab, dass der Da-

⁹² Siehe einerseits OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 78 und andererseits OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 138 f. Siehe auch bereits OVG Lüneburg, Urt. v. 3.12.2015 – 12 KN 216/13 Rn. 27.

⁹³ Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, Rn. 78.

⁹⁴ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 31.

⁹⁵ Statt vieler OVG Lüneburg, Urt. v. 15.3.2018 – 12 KN 38/17, Rn. 51.

⁹⁶ BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, Rn. 12; BVerwG, Urt. v. 24.1.2008 – 4 CN 2/07, Rn. 15.

⁹⁷ OVG Lüneburg, Urt. v. 15.3.2018 – 12 KN 38/17, Rn. 60.

tenbestand des Katasters in größerem Umfang überholt war, hielt es das Gericht für ausreichend, dass die Grundstückseigentümer zum einen selbst die Korrektur des Katasters hätten verlangen können und zum anderen ihnen in begrenztem Umfang Möglichkeiten eröffnet waren, kleinräumige Belange noch auf nachfolgender Planungs- und Genehmigungsebene geltend zu machen⁹⁸.

Ob dagegen für eine Beschränkung der Windenergienutzung allein eine zukünftige Siedlungsentwicklung herangezogen werden darf und diese durch pauschale Aufschläge auf die Bemessung von Pufferabständen um jedwede (Wohn-)Bebauung abgesichert werden kann, hielt das OVG Münster für zweifelhaft, wenn die Siedlungsentwicklung noch in keiner Form konkretisiert ist und zudem die Bemessung der Abstände auch nicht an den längerfristigen raumordnerischen Entwicklungsmöglichkeiten orientiert wird⁹⁹.

In einem anderen Planaufstellungsverfahren war die Kulturlandschaft „Altes Land“ zwar schlussendlich nach entsprechendem Hinweis der Genehmigungsbehörde korrekt als nur noch weiche Tabufläche eingeordnet und die zunächst vorgenommene Einordnung als harte Tabufläche aufgegeben worden. Da der Wechsel aber nur noch teilweise und unzureichend in der Dokumentation des Planungsprozesses nachvollzogen worden sowie die ebenfalls notwendige Anpassung der Planbegründung vollständig unterblieben war, nahm das Gericht auch insoweit einen Fehler im Abwägungsvorgang an¹⁰⁰.

b) Nichteinhaltung des Substanzgebotes

Die Anforderungen des planerischen Gebots, der Windenergie im Rahmen einer Konzentrationszonenplanung „substanziell Raum zu verschaffen“, sind in der Rechtsprechung unlängst geklärt – auch wenn dies freilich nicht bedeutet, dass sich der substanzielle Raum nun eindeutig quantifizieren lasse. Dennoch stellte sich auch diese Anforderung erneut als Fehlerquelle heraus.

Wie bereits früher für die absolute Mehrzahl der Fälle festgestellt¹⁰¹, gilt dies jedoch nicht in dem Sinne, dass die Gerichte mit Planungen konfrontiert waren, die für Windenergienutzungen zu wenige Flächen vorsahen und sich deshalb des Vorwurfs der Verhinderungsplanung ausgesetzt sahen¹⁰². Vielmehr gelang es in mehreren Fällen schlicht nicht, die Prüfung, ob man der Windenergie substanziell Raum verschafft hat, auf eine der von der Rechtsprechung akzeptier-

⁹⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 15.3.2018 – 12 KN 38/17, Rn. 60 f.

⁹⁹ Letztlich jedoch offen gelassen in OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 228 ff.; offen gelassen wurde die Frage nach dem notwendigen Konkretisierungsgrad städtebaulicher Entwicklungsvorstellungen auch in BVerwG, Urt. Beschl. v. 7.5.2018 – 4 BN 23/17, Rn. 20 ff. Vgl. aber auch zur ergänzenden Abstützung einer Abstandsvorgabe auf LEP-Ebene mit dem Belang der Entwicklungsmöglichkeit von Gemeinden VGH Kassel, Urt. v. 23.9.2015 – 4 C 358/14.N, Rn. 46 ff.

¹⁰⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 59.

¹⁰¹ *Wegner*, ZfBR 2016, 548 (552).

¹⁰² Offen gelassen in OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 62 f.

ten Arten und Weisen durchzuführen¹⁰³. So waren in zwei Fällen nicht nur die harten, sondern auch die weichen Tabuflächen von der Gesamtfläche des Plangebietes abgezogen und zu den für die Windenergienutzungen ausgewiesenen Flächen ins Verhältnis gesetzt worden. Wäre dies zulässig, könnte wegen der Veränderlichkeit weicher Kriterien ein Großteil des Plangebietes aus der Planung ausgeschieden werden, ohne dass dies Auswirkungen auf die Erfüllung des Substanzgebotes hätte¹⁰⁴. In einem weiteren Fall klappte zwar diese Verhältnisbildung. Die hieran anknüpfenden Überlegungen des Planträgers zur Rechtfertigung des Planungsergebnisses – namentlich der angeführte Anteil der bereitgestellten Fläche am Plangebiet sowie die potenzielle Befriedigung von 26 % des für Brandenburg bestehenden Bedarfs an installierter elektrischer Leistung auf den bereitgestellten Flächen – waren dann aber nach Ansicht des Gerichts nicht dazu geeignet, die Beurteilung zu erlauben, dass der Windenergie substanziell Raum verschafft worden sei¹⁰⁵.

Von Bedeutung war das Substanzgebot zudem in anderer Hinsicht. Es verlangt nämlich auch sicherzustellen, dass sich die Windenergie auf den zur Verfügung gestellten Flächen nicht lediglich im Einzelfall, sondern in der Regel durchsetzt¹⁰⁶. Konflikte sind mithin so weitgehend bereits auf planerischer Ebene zu lösen, dass diese Durchsetzung hinreichend sichergestellt ist. Auf diese Weise sollen sog. Feigenblattplanungen verhindert werden. Zugleich leitet sich hieraus die im Einzelfall notwendige Untersuchungstiefe bei den zur Ausweisung in Frage kommenden Potenzialflächen ab.

Ob eine Feigenblattplanung vorlag, war in einem Fall deshalb fraglich, da die allein ausgewiesene Konzentrationszone nach der eigenen Einschätzung des Planungsträgers aufgrund einer vorhandenen Höhenbeschränkung überhaupt nur etwa zur Hälfte für die zugrunde gelegten Referenzanlagen von 140 m nutzbar sein würde. Hinzu kamen noch auf Planungsebene ungelöst gebliebene und der Genehmigungsebene zur Lösung aufgegebenen Konflikte mit Radaranlagen sowie dem Artenschutz¹⁰⁷. Auch in einem zweiten Fall hatte das OVG Lüneburg Zweifel, ob nicht aufgrund der Besonderheiten der ausgewiesenen Flächen eines Sondergebietes – insbesondere ihre geringe Größe sowie die Nähe zu angrenzenden Windenergieanlagen – ausnahmsweise die Frage der hinreichenden Standsicherheit einer wirtschaftlich zu betreibenden Windenergieanlage in dem Gebiet der näheren Untersuchung bedurft hätte¹⁰⁸. Im selben Fall, allerdings einem anderen Sondergebiet der Planung, stellte das Gericht zudem fest, dass zwar nicht schon aufgrund der Belegenheit der Flächen in einem Tieffluggebiet der Bundeswehr eine Ausweisung hätte unterbleiben müssen. Es war nämlich nicht möglich, den Umgriff derjenigen Flächen typisierend zu bestimmen, in dem sich ein Konflikt verdichten würde. Möglich war dies

¹⁰³ OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 197, 202 ff.; Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn. 66. Siehe auch bereits OVG Münster, Urt. v. 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE, Rn. 78 ff. und hierzu BVerwG, Beschl. v. 12.5.2016 – 4 BN 49/15, Rn. 4.

¹⁰⁴ OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 204; *Gatz*, DVBl 2017, 461 (467 f.).

¹⁰⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, Rn. 120 f.

¹⁰⁶ Ausführlich OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 85 f.; siehe auch bereits OVG Schleswig, Urt. v. 20.1.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 59; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.9.2010 – 2 A 5.10, Rn. 35.

¹⁰⁷ OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 62.

¹⁰⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.16 – 12 KN 64/14, Rn. 79 ff.

dagegen für eine zum Zeitpunkt der Planaufstellung geplante 380-kV-Leitung auf den ausgewiesenen Flächen¹⁰⁹. Aufgrund des flächenmäßig erheblichen Umgriffs dieses Konfliktfeldes hätte jedenfalls ein anderer Zuschnitt des gleichwohl ausgewiesenen Sondergebietes gewählt werden müssen.

Die Fälle zeigen, dass auch das Substanzgebot nicht generell, sondern allenfalls im Einzelfall eine für die Raumplanung untypische Detailbetrachtung verlangt. Eine solche wird nämlich nur dann erforderlich, wenn sich Anhaltspunkte für mehr als nur punktuell bestehende räumliche Konflikte finden und gleichwohl an der Ausweisung der Flächen für die Windenergie festgehalten werden soll. Die Betrachtung muss dann so tief gehen, wie es nötig ist, um die Konflikte zu erfassen und jedenfalls so weitgehend zu lösen, dass die Genehmigungsebene in ihrer Konfliktlösungsfähigkeit anlässlich von Vorhabenzulassungen nicht überfordert wird.

3. Zwischenergebnis

In formell- wie in materiell-rechtlicher Hinsicht legt die Untersuchung eine Mehrzahl relevanter Fehlerquellen offen. Kritiker der Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen können sich insoweit bestätigt fühlen, als dass eine Reihe von Planungen gerade an der Zuordnung von Flächentypen und der Abgrenzung harter und weicher Anteile von Pufferabständen scheiterte. In der vielfach deutlich zu großzügigen Annahme harter Tabus spiegelt sich zum einen eine Inkonsequenz bei der Anwendung der für harte Tabuzonen geltenden rechtlichen Maßstäbe durch die Planungsträger wider, wie sie Kritiker auch der Rechtsprechung immer wieder entgegengehalten haben, die hier in der Vergangenheit eine unglückliche Vorbildwirkung entwickelt hat. An der nun erfolgten gerichtlichen Beanstandung entsprechender Planungen zeigt sich allerdings auch, dass die Rechtsprechung inzwischen um eine konsequentere Anwendung der eigenen Maßstäbe bemüht ist¹¹⁰. Hinzu kommt, dass Fehler mehrfach auch in solchen Konstellationen passierten, deren rechtliche Behandlung durch die Rechtsprechung eigentlich klar vorgezeichnet war.

In den Fehlern der Planungsträger beim Umgang mit den Vorgaben anderer Pläne setzen sich die Schwierigkeiten der Planungsträger mit der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen teilweise fort. Ist diese Unterscheidung bereits der höherrangigen Ebene nicht gelungen, ist die Gefahr groß, dass von diesem Fehler auch die nachfolgende Planungsebene „infiziert“ wird. Nach der vielfach in den letzten Jahren vorgekommenen Hochzonung zielförmiger Vorgaben für die Flächenausweisung auf die Ebene der Landesentwicklungsplanung handelt es sich hierbei nicht um eine vereinzelte, sondern schon strukturell bedingte Problematik.

Nicht zuletzt zeigen sich sowohl bei der Einordnung von Flächen in die Tabuzonensystematik als auch beim Umgang mit dem Substanzgebot gerade dort Fehler, wo die Planungsträger gezwun-

¹⁰⁹ OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.16 – 12 KN 64/14, Rn. 90.

¹¹⁰ Kritisch ist deshalb die Tendenz des OVG Berlin-Brandenburg zu betrachten, die Anforderungen an das Vorliegen harter Tabuzonen zu relativieren, vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, Rn. 97 ff. (100).

gen sind, genehmigungsrechtliche Fragen zu antizipieren. Die anerkannten Beurteilungsspielräume und Typisierungsbefugnisse wirken dem bislang nur bedingt entgegen. Hier dürfte sich zeigen, dass die überkommene Lehre von der ebenenspezifischen Betrachtung gerade für die Frage der jeweils notwendigen Untersuchungs- und Abwägungstiefe kaum Orientierungswirkung besitzt. Das insoweit auf verwaltungsbinnenrechtliche Planungen fixierte Recht der Raumplanung müsste hier inhaltlich fortentwickelt und damit den Bedingungen außenwirksamer Planungen als Teil einer neuen Raumplanungsarchitektur¹¹¹ angepasst werden.

II. Grundsatz der Planerhaltung

Wie bereits in der ersten Fehleranalyse festgestellt¹¹², zeigen sich die Gerichte auch weiterhin darum bemüht, dem Grundsatz der Planerhaltung¹¹³ auf verschiedene Weise Rechnung zu tragen und die komplexen Anforderungen an Konzentrationszonenplanungen ein Stück weit durch die Anerkennung von Einschätzungsspielräumen der Planungsträger und deren Ermächtigung zu Typisierungen auszugleichen (1.). Während dies in einzelnen Fällen zur Planerhaltung führte, griffen die gesetzlichen Regelungen zur Begrenzung von Fehlerfolgen jedenfalls in den betrachteten Fällen nicht (2.).

1. Die Bedeutung von Einschätzungsspielräumen und Typisierungsbefugnissen für die Planerhaltung

Einschätzungsspielräume und Typisierungsbefugnisse können nicht nur den Planungsaufwand begrenzen. Die Rechtsprechungsanalyse zeigt vielmehr, dass sie auch zur Gerichtsfestigkeit der Pläne beitragen¹¹⁴. Hinsichtlich der Typisierungsbefugnisse gilt dies insoweit, als dass sie in den anerkannten Fallgruppen fehleranfällige Einzelfallbetrachtungen erübrigen. Bei den auf Tatsachenfragen bezogenen Beurteilungsspielräumen nehmen die Gerichte zudem ihre Kontrolle ein Stück weit zurück und gestehen damit Planungsträgern diejenige Flexibilität zu, die für den Umgang mit den aus der zukunftsgerichteten Planungsperspektive resultierenden Ungewissheiten erforderlich ist.

¹¹¹ Begriff im Anschluss an *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, der aus den erweiterten Wirkungen gerade von Konzentrationszonenplanungen in erster Linie Folgerungen für die Ausgestaltung der Ermächtigungsgrundlagen ableitet, a. a. O., S. 281 ff.

¹¹² *Wegner*, ZfBR 2016, 548 (553 f.).

¹¹³ Allgemein hierzu *Koch*, in: Ders./Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. 2015, § 18 Rn. 1 ff.; *Kukk*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 214 Rn. 1 ff.

¹¹⁴ Siehe Fn. 11.

2. Anwendung der Fehlerfolgenvorschriften

Während die Anerkennung von Einschätzungs- und Typisierungsspielräumen eine Rücknahme gerichtlicher Kontrolle und eine Reduktion des Planungsaufwands bedeutet, betreffen die Fehlerfolgenvorschriften in den §§ 214, 215 BauGB, § 11 ROG Fälle rechtswidriger Planungen, in denen die gerichtliche Geltendmachung der Planungsfehler begrenzt, die Fehlerfolge der Planlosigkeit – das sog. Nichtigkeitsdogma – durch Heilungs- oder Unbeachtlichkeitsvorgaben oder die Eröffnung eines ergänzenden Verfahrens beschränkt wird.

In den hier im Vordergrund stehenden Normenkontrollverfahren spielen die Vorschriften über die Unbeachtlichkeit von Fehlern allerdings kaum eine Rolle. Wegen der weitgehenden Synchronisierung ihrer Fristen sind im Falle der fristgemäßen Erhebung einer Normenkontrollklage auch die Rügefristen gem. § 215 Abs. 1 S. 1 BauGB und § 11 Abs. 5 S. 1 ROG, die ebenfalls jeweils ein Jahr ab Bekanntmachung des Plans betragen¹¹⁵, regelmäßig noch nicht abgelaufen¹¹⁶. Soweit sich die Gerichte gleichwohl zur Anwendbarkeit der Regelungen äußerten¹¹⁷, hielt die Rechtsprechung den für das Ingangsetzen der Rügefrist bei Bekanntgabe des Plans¹¹⁸ erforderlichen Hinweis auf die mit dem Fristablauf verbundenen Rechtsfolgen für fehlerhaft (§ 215 Abs. 2 BauGB bzw. § 11 Abs. 5 S. 2 ROG)¹¹⁹. Ein Blick in die zu Inzidentkontrollen von Konzentrationsplanungen getroffenen Gerichtsentscheidungen zeigt zumindest ein gemischtes Bild – auch hier gelingt der notwendige Hinweis nicht immer¹²⁰.

Mängel im Abwägungsvorgang, d. h. bei der Zusammenstellung und Bewertung der Abwägungsbelange bei der Aufstellung von Konzentrationsplänen auf Flächennutzungs- und Regionalplanebene, sind nicht per se, sondern gem. § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB bzw. § 11 Abs. 3 S. 2 ROG nur dann erheblich, wenn sie „offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss“ sind. Zur Vermeidung der Ergebnisrelevanz von Fehlern bei der Abgrenzung harter und weicher Tabuflächen war in der Vergangenheit in Rechtsprechung und Literatur deshalb mehrfach geraten worden, im Zweifel von einer weichen Tabufläche auszugehen und die einschlägigen Nutzungsinteressen und Raumfunktionen in der Abwägung dem Interes-

¹¹⁵ Zur Möglichkeit der Einhaltung der Klage-, nicht aber der Rügefrist, *Kuckk*, in: Schröter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 215 Rn. 15.

¹¹⁶ Ihre Wirkung zielt deshalb vor allen Dingen auf die Begrenzung von Inzidentkontrollen von Planungen ab.

¹¹⁷ Siehe zudem zum Ewigkeitsmangel des § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BauGB, auf den § 215 BauGB keine Anwendung findet OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 41.

¹¹⁸ Bei Normenkontrollen von Flächennutzungsplanungen tritt an die Stelle der Bekanntmachung des Plans gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO die Bekanntmachung seiner Genehmigung gem. § 6 Abs. 5 S. 1 BauGB.

¹¹⁹ Für Konzentrationsplanungen auf Bauleitplanungsebene OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn. 48 ff.; für Fehler in Raumordnungsplänen OVG Lüneburg, 15.3.18 – 12 KN 38/17, Rn. 53.

¹²⁰ Vgl. jeweils zur Unwirksamkeit des notwendigen Hinweises VG Minden, Urt. v. 26.4.18 – 11 K 874, Rn. 66; Urt. v. 6.12.17 – 11 K 6906/17, Rn. 117; Urt. v. 28.9.16 – 11 K 2120/15, Rn. 66 ff. Zu Fällen wirksamer Hinweise VG Arnsberg, Urt. v. 5.12.17 – 4 K 4523/16, Rn. 32; VGH Mannheim, Urt. v. 3.5.17 – 3 S 1401/15, Rn. 66; VG Arnsberg, Urt. v. 16.9.14 – 4 K 183/13, Rn. 29.

se an der Windenergienutzung vorzuziehen¹²¹. In mehreren hier untersuchten Verfahren haben sich Planungsträger nun auf dieses Vorgehen berufen. Erfolgreich war dies jedoch nicht.

Präzisierung wurde durch das OVG Lüneburg noch einmal klargestellt, dass der genannte Weg nur dort anerkannt sei, wo bezüglich der Einstufung eines Gebietes unauflösbare Unwägbarkeiten blieben¹²². Hieraus ergibt sich auch, dass nicht von vorneherein und ohne Dokumentation eine Fläche sowohl als harte als auch als weiche Tabuzone betrachtet werden könne, da ansonsten das Gebot zur Unterscheidung der beiden Flächentypen leerlaufen würde¹²³. Von dem Ausnahmecharakter eines solchen Vorgehens geht auch das OVG Berlin-Brandenburg offensichtlich aus, wenn es für den Regelfall bei der Konzeption von Siedlungsabständen eine Ausweisung auch der harten Anteile eines solchen Abstands fordert, eine insgesamt weiche Tabuisierung mithin nicht akzeptieren will¹²⁴.

Wenig überraschend wurde auch noch einmal betont, dass es nicht ausreichend sei, wenn die Behandlung der fraglichen Flächen als weiche Tabus lediglich floskelhaft stattfindet¹²⁵. Auch hier muss der Planungsträger sich die Unterschiede der beiden Flächenkategorien bewusst machen und dies auch dokumentieren. Da die Fläche bei diesem Vorgehen wegen der bestehenden Zweifel letztlich als weiche Tabufläche behandelt wird, bedarf es zudem der abwägenden Begründung ihrer Herausnahme aus dem weiteren Planungsprozess¹²⁶. Kommt ein Gericht später zu dem Ergebnis, dass die Fläche richtigerweise als harte Tabuzone hätte behandelt werden müssen, stellt dies zwar einen Fehler im Abwägungsvorgang dar. Dieser bleibt aber ohne Folgen. Das Nichtigkeitsdogma greift insoweit nicht.

Fraglich ist demgegenüber, ob das Nichtigkeitsdogma auch insoweit zu modifizieren ist, als dass auch im Falle beachtlicher Planungsfehler im Wege entsprechender Tenorierung allein die Ausschlusswirkung der Konzentrationsplanung, d. h. die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, aufzuheben ist, die Positivausweisungen für die Windenergie aber unberührt bleiben. Während dies teilweise in der Rechtsprechung praktiziert wird¹²⁷, sollen nach anderer Ansicht in Abweichung von § 88 VwGO und unter Loslösung vom Klageantrag wegen der Untrennbarkeit von Ausschlusswirkungen und Positivausweisungen notwendigerweise stets auch die Positivausweisungen aufzuheben sein¹²⁸. Das Bundesverwaltungsgericht wird hier in naher Zukunft wohl für eine einheitliche Praxis sorgen¹²⁹. Selbst wenn es aber für den Regelfall nur eine beschränkte

¹²¹ OVG Lüneburg, Urt. v. 14.5.2014 – 12 KN 29/13, Rn. 104 m.w.N.; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013, Rn. 82; ders., DVBl 2017, 461 (462); OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.5.2013 – 12 LA 49/12.

¹²² OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 57.

¹²³ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.07.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 64.

¹²⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – OVG 2 A 2.16, Rn. 93.

¹²⁵ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 6.3.18 – 2 D 95/15.NE, Rn. 172 ff. (181).

¹²⁶ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 6.3.18 – 2 D 95/15.NE, Rn. 183 f., 190, zum geforderten Umfang der Dokumentation Rn. 190 ff. Für eine Begrenzung der Begründungsanforderungen spricht sich aus Raschke, ZNER 2018, 218 (220).

¹²⁷ OVG Lüneburg, 13.7.17 – 12 KN 206/15, Rn. 68; vgl. auch die Tenorierungen in OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17 sowie OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 10.11.2015 – 10 A 7.13.

¹²⁸ OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn. 16 ff.; OVG Münster, Urt. v. 5.7.17 – 7 D 105/14.NE, Rn. 41.

¹²⁹ BVerwG, Beschl. v. 11.6.2018 – 4 CN 3.18.

Aufhebung für zulässig hält, so bleibt der Effekt doch begrenzt. Da die zentrale Steuerungswirkung von Konzentrationsplänen gerade in ihrer Ausschlusswirkung liegt, wäre mit dem Verbleib allein der Positivausweisungen wenig gewonnen.

3. Zwischenergebnis

Konzentrationszonenplanungen scheitern auch weiterhin regelmäßig nicht an einer gerichtlicherseits übertriebenen Fehlersuche. Vielmehr ist ein Bemühen der Oberverwaltungsgerichte, der Komplexität der Planungen auch in der gerichtlichen Kontrolle durch eine Betonung des Grundsatzes der Planerhaltung Rechnung zu tragen, deutlich zu erkennen. Bei Unsicherheiten über die Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen sollte auch in Zukunft – dann unter Beachtung der gerichtlichen Maßgaben – von dem angeratenen Vorgehen Gebrauch gemacht werden. Trotz der an diesem Vorgehen geübten Kritik¹³⁰, kann es einen wichtigen Beitrag leisten, um mit den teils fortbestehenden Schwierigkeiten bei der Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen umzugehen.

D. Zusammenfassung und Rückschlüsse auf Fehlerursachen

Die Fehleranalyse hat eine Vielzahl verschiedener Fehlerquellen sowohl formeller als auch materieller Natur aufgezeigt. Ein deutlicher Fehlerschwerpunkt ist mit den Fragen der Abgrenzung harter und weicher Tabuzonen verbunden. Gerade hier scheinen die Planungsmängel auch auf Unsicherheiten in der (älteren) Rechtsprechung selbst rückführbar. Deren Fortentwicklung kann aber festgestellt werden, was schon für sich genommen zur Stabilisierung der Planungen in der Zukunft beitragen sollte. Der erreichte Stand der Rechtsprechung erlaubt zudem einen relativ rechtssicheren Umgang auch mit bislang nicht thematisierten Flächentypen, auch wenn kein Zweifel daran besteht, dass noch ungelöste Fragen und Widersprüchlichkeiten etwa hinsichtlich der Einstufung einzelner Flächentypen verbleiben.

Von größerer Aktualität scheint gleichwohl ein weiterer Fehlerschwerpunkt. So überrascht es aus rechtlicher Sicht, dass Fehler in zahlreichen Fällen auch dort passieren, wo die rechtlichen Vorgaben bereits klar in Rechtsprechung und Literatur herausgearbeitet sind¹³¹. Es stellt sich gerade hier die Frage nach den tieferliegenden Fehlerursachen, denn weitere klärende Rechtsprechung könnte hier wenig bewirken. Der Auswertung von Gerichtsentscheidungen lassen sich die Ursachen hierfür aber nur selten entnehmen. Dies fordert eher heuristische Schlussfolgerungen auf der Grundlage von Andeutungen in der Rechtsprechung und Erfahrungen aus

¹³⁰ *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, 1369 (1375); vgl. auch *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 166.

¹³¹ Vgl. oben zum Unterlassen der notwendigen erneuten Öffentlichkeitsbeteiligung C. I. 1. b.); zur fehlerhaften Ermittlung optisch-bedrängender Wirkungen von Windenergieanlagen C. I. 2. a) aa) (1); zur Behandlung von Darstellungen des Flächennutzungsplans als bindende Vorgaben bei seiner Änderung C. I. 2. a) aa) (3); zur fehlerhaften Ermittlung substanziellen Raums C. I. 2. b).

zahlreichen Gesprächen mit Planungspraktikern heraus. Nahe liegt insoweit jedoch der Schluss, dass es ein Problem bei der Verarbeitung der Rechtsprechung durch die Planungsträger gibt. Ob dies in der Komplexität und enormen Menge an relevanter Rechtsprechung oder etwa in der Beachtung allein der Rechtsprechung des „eigenen“ Oberverwaltungsgerichts begründet ist, wo sich andeutende Rechtsprechungsänderungen erst aus der Zusammenschau der Entscheidungen verschiedener Gerichte ergeben, kann hier nicht eingeschätzt werden. Zu hinterfragen ist aber zumindest bei kommunalen Planungsträgern gleichwohl, ob diese angesichts der gestiegenen Komplexität der Planungen ausreichend mit juristischer Expertise und auch sonst finanziell und personell hinreichend für die Bewältigung der ihnen zugewiesenen Aufgabe ausgestattet sind.

Da die erhöhte Komplexität nicht zuletzt auch darauf zurückzuführen ist, dass immer mehr Vorgaben auch von der hochstufigen Landesplanung kommen, müsste zudem über die Sinnhaftigkeit einer solchen Praxis der Hochzonung von Planungsfragen nachgedacht werden. Der vermeintliche Gewinn an zentraler Steuerung wird hier mit der Schaffung einer weiteren potentiellen Fehlerquelle erkauf¹³². Geschehen hier Fehler, können alle nachfolgenden Planungen hiervon „infiziert“ werden. Selbst soweit sie aufgrund ihrer Fehlerhaftigkeit ihre rechtliche Bindungskraft verlieren, kann diese faktisch zudem gerade dort Fortwirken, wo Planwerke der Genehmigung der übergeordneten Ebene bedürfen und diese nur bei Einhaltung der vermeintlichen Vorgaben erteilt wird. Kaum tröstlich ist es, dass die Gerichte in solchen Fällen betonen, dass mit der Planaufhebung kein subjektiver Schuldvorwurf verbunden ist¹³³.

Dass wegen der teils hohen politischen Brisanz der Ausweisung von Windkonzentrationszonen nicht zuletzt auch erheblicher politischer Druck auf den Planungsstellen lastet und diese auch Vorgaben erhalten, die nicht selten nur schwierig rechtskonform zu verarbeiten sind, dürfte ebenfalls nahe liegen. Anhand der Rechtsprechung lässt sich dies allerdings nur in Einzelfällen dort belegen, wo Gerichte die allzu offene Berücksichtigung sachfremder Erwägungen aufdecken¹³⁴ oder dies durch Verlautbarungen der politischen Organe selbst nach außen getragen wurde¹³⁵.

Soll der Gesetzgeber durch einen Eingriff zu mehr Rechtssicherheit und einer Reduktion der Komplexität von Planungsverfahren beitragen, so sollte er jedenfalls die wichtigsten der vorstehend aufgeführten Ursachen berücksichtigen. Welche Gestaltungsoptionen für einen solchen Eingriff in Frage kommen, muss weiterführenden Überlegungen vorbehalten bleiben, die auf die hier vorgestellte Fehleranalyse von Windkonzentrationszonenplanungen aufbauen können.

¹³² Vgl. *Raschke*, ZNER 2018, 218 (220).

¹³³ OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE, Rn. 137.

¹³⁴ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15, Rn. 32; OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15, Rn. 239.

¹³⁵ OVG Schleswig, Urt. v. 20.1.2015 – 1 KN 7/13, Rn. 69.