

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

Ansätze zum Umgang mit Fehlern und zur Begrenzung der Fehlerfolgen bei Windkonzentrationszonenplanungen

Kurzfristige Handlungsoptionen

Diskussionspapier

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

39

06.03.2019

Zitiervorschlag: *Wegner*, Ansätze zum Umgang mit Fehlern und zur Begrenzung der Fehlerfolgen bei Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 39 vom 06.03.2019.

Den Kollegen Thorsten Müller und Frank Sailer sei für wertvolle Anregungen und Kritik gedankt.

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. Zusammenfassung.....	1
B. Der Umgang mit fehlerhaften Konzentrationszonenplanungen im geltenden Recht	2
C. Ansätze zur Begrenzung der „Fehlerfolgen“	5
I. Optionen zur weitergehenden Beschränkung unmittelbarer Fehlerfolgen.....	6
1. Ausweitung von Unbeachtlichkeitsvorschriften?.....	6
a) Konzentrationsplanungen im geltenden System der Unbeachtlichkeitsvorschriften.....	6
b) Überlegungen zur Ausweitung von Unbeachtlichkeitsvorschriften.....	8
2. Ausweitung von Heilungsmöglichkeiten?	9
a) Die Heilung von Fehlern von Konzentrationsplanungen im geltenden Recht ...	9
b) Überlegungen zur Ausweitung von Heilungsvorschriften	11
3. Die zeitlich begrenzte Fortgeltung fehlerhafter Pläne?	11
a) Die befristete Fortgeltung rechtswidriger Pläne im geltenden Recht	12
b) Überlegungen zur Übertragung der Regelungen des BVerfGG auf Konzentrationsplanungen	13
II. Optionen zum Umgang mit den Nichtigkeitsfolgen von Plänen	16
1. Anpassung der Planungssicherungsinstrumente?	16
a) Plansicherungsinstrumente im geltenden Recht	16
b) Überlegungen zur Fortentwicklung der Plansicherungsinstrumente	17
2. Schaffung einer alternativen „Rückfalloption“?.....	19
a) Der gesetzgeberische Planersatz des § 35 Abs. 1, 3 BauGB.....	19
b) Einführung einer befristeten alternativen „Rückfalloption“	19
c) Überschlägige Bewertung der Handlungsoption	20
D. Fazit	22

A. Zusammenfassung

- Konzentrationszonenplanungen sind erforderlich, um den Flächenbedarf für den weiteren Ausbau der Windenergie mit anderen Raumnutzungen und -funktionen effektiv zu koordinieren und die Wirkungen der Außenbereichsprivilegierung adäquat zu begrenzen.
- Versuche der Stärkung von Konzentrationszonenplanungen sollten zwar in erster Linie deren Fehleranfälligkeit adressieren. So könnten mittelfristig gesetzgeberische Anpassungen jedenfalls punktuell etwa zur Reduktion des Planungsaufwands und der Komplexität der Planung beitragen und damit praktisch wichtige Fehlerquellen begrenzen.
- Darüber hinaus scheint jedoch auch kurzfristig eine Stabilisierung der Planungssituation vor Ort sinnvoll. Kurzfristige gesetzgeberische Handlungsoptionen bestehen hier insbesondere mit Blick auf den Umgang mit und die Folgen von Planungsfehlern.
- Bereits das geltende Recht kennt vielfältige Modifikationen des sog. Nichtigkeitsdogmas, welches im Grundsatz die Nichtigkeit von Planwerken selbst im Falle kleinster Fehler vorsieht. Neben einer Ausweitung der schon heute existierenden Fehlerfolgenregelungen (**Unbeachtlichkeits-** und **Heilungsvorschriften**) werden vorliegend die **Möglichkeit der befristeten Fortgeltung fehlerhafter Pläne**, die **Modifikation von Plansicherungsinstrumenten** sowie die Schaffung einer **alternativen „Rückfalloption“** für den Fall einer gerichtlichen Planaufhebung diskutiert:

<u>Handlungsoption</u>	<u>Anknüpfungspunkt</u> <u>im</u> <u>geltenden Recht</u>	<u>Erste Einordnung</u>
Ausweitung von Unbeachtlichkeitsregelungen	§ 214 f. BauGB	(+) etablierte Regelungstechnik
	§ 11 ROG	(-) kaum Spielräume für Ausweitung vorhanden
		(-) Ausweitung führt zu weitgehender Beschränkung des Nichtigkeitsdogmas
		(-) europa- und völkerrechtliche Vereinbarkeit kritisch
Ausweitung von Heilungsmöglichkeiten	§ 214 Abs. 4 BauGB	(+) Etablierte Regelungstechnik
	§ 11 Abs. 6 ROG	(-) Kaum Spielräume für Ausweitung vorhanden
		(-) Mitunter hoher Aufwand für ergänzende (Heilungs-) Verfahren

Befristete Fortgeltung fehlerhafter Konzentrationsplanungen	§ 214 f. BauGB/§ 11 ROG (Regelung als Fehlerfolge) § 47 VwGO (Tenorierungsvariante)	(+)	Effektive Verhinderung ungeordneter Zustände möglich
		(+)	Fortgeltung ist zwar befristet und dient der schonenden Überleitung zu rechtmäßigen Zuständen
		(-)	Erhebliche Beschränkung des Nichtigkeitsdogmas aber durch Fortgeltung fehlerhafter Pläne
Zeitliche Ausdehnung von Plansicherungsmöglichkeiten	§ 15 Abs. 3 BauGB § 12 Abs. 2 ROG	(+)	Entlastung der Planungsträger von Zeitdruck
		(-)	Verlängerung der Sperre von Flächen und weitergehende Zurückstellung von Realisierungsinteressen
Schaffung einer alternativen Rückfalloption	§ 35 Abs. 1, 3 BauGB	(+)	Gesetzliche Verankerung leicht möglich
		(+)	Rechtssichere Stärkung bestimmter städtebaulicher Belange möglich
		(-)	Als gesetzliche Variante hohe Pauschalität und Gefahr der Blockade geeigneter und akzeptierter Standorte
		(-)	Komplexitätsgrad in Abhängigkeit von Regelungsvariante und Auswahl städtebaulicher Belange

B. Der Umgang mit fehlerhaften Konzentrationszonenplanungen im geltenden Recht

Die Weiterentwicklung der Flächenbereitstellung für die Windenergie ist derzeit Gegenstand lebhafter rechtlicher¹ wie politischer² Diskussionen. Skeptisch müssen dabei solche Vorschläge betrachtet werden, die die fraglos bestehenden Schwierigkeiten bei der räumlichen Steuerung vermeintlich einfach dadurch zu lösen versuchen, dass die Grundlage des bisherigen Steuerungssystems – die Außenbereichsprivilegierung von Windenergievorhaben – erheblich beschränkt oder gar gänzlich abgeschafft wird³, ohne dass ein adäquater Ersatz vorgeschlagen wird. Die damit

¹ Siehe nur *Franzius*, ZUR 2018, 11 ff.; *Schmidt-Eichstaedt*, LKV 2018, 1 ff.; *Bruns u.a.*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, abrufbar unter www.stiftung-umweltenergierecht.de.

² Derzeit insbesondere in der sog. AG Akzeptanz/Energiewende, einer parlamentarischen Arbeitsgruppe der Regierungsparteien.

³ Vgl. die Bundesratsinitiativen Brandenburgs und Nordrhein-Westfalens, BT-Drs. 509/18 vom 11.10.18 bzw. 484/18 vom 02.10.18.

einhergehende vollständige Verlagerung der räumlichen Steuerung der Windenergie auf Kommunen wäre – so dürfte der Blick nach Bayern nahelegen – nicht geeignet, eine nennenswerte oder gar ausreichende Menge an geeigneten Flächen für den in den energiepolitischen Planungen der Bundesregierung bzw. im EEG vorgesehenen Windenergieausbau zur Verfügung zu stellen⁴. Nicht nur können hier die in der größeren Maßstäblichkeit liegenden Vorteile einer höher-rangigen Planung nicht ausgespielt werden. Vielmehr scheint die kommunale Ebene auch vielfach nicht in der Lage sich dem Druck lautstarker Minderheiten zu entziehen und zu ausgewogenen Planungsentscheidungen zu gelangen.

Der geltende Rechtsrahmen bzw. der darin angelegte Baukasten für die räumliche Steuerung sollte deshalb nicht einfach verworfen werden. Als Gegengewicht zur Privilegierung von Windenergievorhaben sind die sog. Konzentrationszonenplanungen i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ein adäquates Instrument zur räumlichen Koordination des Windenergieausbaus. Gelingen solche Planungen auf Flächennutzungs- oder Regionalplanungsebene⁵, ermöglichen sie auf übergeordneter Steuerungsebene eine Koordination unterschiedlichster raumrelevanter Belange und einen angemessenen Ausgleich zwischen kommunalen Raumnutzungsansprüchen, sonstigen, etwa artenschutzfachlich begründeten Raumfunktionen und dem Interesse am Ausbau der Windenergie. Weil auch für die Planungsträger im Rahmen von Konzentrationsplanungen der Weg zur weitgehenden Freihaltung des Außenbereichs allein über die Ausweisung eines Mindestmaßes geeigneter Flächen für die Windenergie führt, werden die nicht selten gegebenen Interessengegensätze zwischen Planungsträgern und Projektierern hier deutlich entschärft. Diese punktuelle Gleichrichtung der Interessen würde sich mit dem Wegfall der Außenbereichsprivilegierung ändern. Untätigkeit würde zur planerischen Option, wo kommunale Bauleitplanung zur Voraussetzung jedes Windenergievorhabens würde. Die Schaffung eines adäquaten Ausgleichs würde so deutlich erschwert⁶.

Konzentrationszonenplanungen sind jedoch für unterschiedliche formelle wie auch materielle Fehler anfällig⁷. Und auch in Zukunft werden – trotz aller Bemühungen – immer wieder jedenfalls in Einzelfällen Fehler bei Konzentrationsplanungen auftreten⁸. Dies liegt auch an der grundsätzlichen Komplexität von Konzentrationsplanungen, welche in einem hohen Steuerungsanspruch und ihrem damit einhergehenden abschließenden Charakter begründet ist. Der Vorstellung, eine räumliche Konzentration von Windenergievorhaben allein durch die punktuelle Betrachtung der auszuweisenden Positivflächen umsetzen zu können, hat sich die Rechtsprechung nicht zuletzt

⁴ Siehe zuletzt die Darstellung in der Stellungnahme der FA-Wind im Rahmen der AG Akzeptanz/Energiewende vom S. 14 f. vom 25.01.2019, abrufbar unter www.fa-wind.de.

⁵ Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 15.3.18 – 12 KN 38/17; OVG Koblenz, Urt. v. 6.2.18 – 8 C 11527/17.

⁶ Vgl. Müller, dms 2019, i. E.

⁷ Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 37 vom 14.12.2018, S. 4 ff., abrufbar unter www.stiftung-umweltenergie recht.de sowie ders., ZfBR 2019, i. E.

⁸ Vgl. für die Bauleitplanung Petz, in: Mitschang, Erneuerbare Energien und Netzausbau in der räumlichen Planung, 2015, 307 (308).

aufgrund grundrechtlich fundierter Erwägungen entgegengestellt⁹ und diesen Weg mit der Anforderung eines gesamtträumlichen Planungskonzepts verstellt. Will man den Steuerungsanspruch gleichwohl aufrechterhalten, muss man die Komplexität solcher Planungen deshalb annehmen.

Die damit verbundene Fehleranfälligkeit haben sie zwar mit anderen Raumplanungen durchaus gemein¹⁰. Anders als jene werden Konzentrationsplanungen aber wegen ihres weitreichenden Einflusses auf die Zulässigkeit von Windenergievorhaben fast ausnahmslos beklagt. Das Prozessrecht stellt hierzu mit der Normenkontrolle nach § 47 VwGO oder Inzidentkontrollen im Rahmen von Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen (§ 42 Abs. 1 VwGO) – teils erweitert durch die Regelungen des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes – unterschiedliche Wege zur Verfügung. Gesetzliche Folge von gerichtlich festgestellten Planungsfehlern ist grundsätzlich die Nichtigkeit und Unwirksamkeitserklärung des Plans¹¹, im Falle von Inzidentkontrollen seine gerichtliche Nichtanwendung im Einzelfall.

Dass diese Unwirksamkeit– jedenfalls bei neueren Plänen – auch zum praktischen Regelfall wurde, zeigt aber auch, dass die bereits heute existierenden Fehlerfolgenregelungen kaum geeignet sind, Konzentrationsplanungen nennenswert gerichtsfester zu machen¹². Wo Heilungs-, Unbeachtlichkeits- und Fristenregelungen entsprechende Planungen ausnahmsweise doch vor Aufhebung oder Nichtanwendung schützen, ist ihre Wirkung für den Windenergieausbau zudem nicht unproblematisch, wenn hierdurch offensichtlich rechtswidrige Pläne vor ihrer allgemeinverbindlichen Aufhebung geschützt werden¹³.

Kommt es zur Planaufhebung bzw. Nichtanwendung, findet eine räumliche Steuerung der Windenergie in den betroffenen Plangebieten zumeist allein noch auf Grundlage des gesetzgeberischen Planersatzes nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB statt. Der primär kleinräumige, d. h. standortbezogene- Fokus dieser Regelungen wird unter verschiedensten Gesichtspunkten als defizitär angesehen. Weder kann auf seiner Grundlage die auch unter Akzeptanzgesichtspunkten¹⁴ wichtige Funktion der Konzentration von Windenergievorhaben erreicht werden noch können weitergehende vorsorgebezogenen Siedlungsabstände gewährleistet¹⁵ oder naturschutzfachlich geforderte großräumige Freiraumverbundsysteme adäquat gesichert werden.

⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.02 – 4 C 15/01, juris Rn. 51 f.

¹⁰ Vgl. *Dillmann/Mohrenstein/Vielberg/Zemke*, BauR 2018, 179 ff.

¹¹ *Petz*, in: Mitschang, Erneuerbare Energien und Netzausbau in der räumlichen Planung, 2015, 307 (307).

¹² Vgl. *Wegner*, (Fn.7), S. 20 sowie bereits *ders.*, ZfBR 2016, 548 (553).

¹³ *Hinsch/Bringewat*, ZNER 2017, 476 ff.

¹⁴ *Kindler*, *Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung*, 2018, S. 121 ff., 151 f.; *Köck*, JhbUTR 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.

¹⁵ Siehe hierzu *Wegner*, *Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten*, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 28 vom 14.07.2017, S. 4 f.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Handlungsoptionen der Gesetzgeber besitzt, um den Rückfall auf § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB aufgrund der Fehlerhaftigkeit von Konzentrationsplanungen zu verhindern – ohne dabei die für die Flächensicherung so wichtige Außenbereichsprivilegierung zu beschränken, den gesetzgeberischen Planersatz gem. § 35 BauGB – dessen Anwendungsbereich weit über den von Windenergievorhaben hinausgeht – grundlegend zu verändern oder fehlerhafte Altpläne gegen jede „Anfechtung“ zu immunisieren.

Betrachtet werden im Folgenden zunächst Maßnahmen, welche die Gerichtsfestigkeit von Konzentrationsplanungen erhöhen können. Hierzu gehören sowohl die Ausweitung der schon heute geltenden Fehlerfolgenregelungen – Unbeachtlichkeits- (C. I. 1.) und Heilungsvorschriften (C. I. 2.) – als auch die Überlegungen zur befristeten Fortgeltung rechtswidriger Planungen (C. I. 3.). Für Fälle gleichwohl erfolgender Planaufhebungen sollen zudem die Stärkung von Plansicherungsinstrumenten (C. II. 1.) sowie die Schaffung einer neuen Rückfalloption (C. II. 2.) diskutiert werden.

C. Ansätze zur Begrenzung der „Fehlerfolgen“

Die eben dargestellte Folgen der Unwirksamkeitserklärung bzw. Nichtanwendung von Plänen im Falle von Fehlern ist allerdings kein unmittelbares Gebot des Grundgesetzes, das den Gesetzgeber binden würde¹⁶. Es steht vielmehr im Spannungsfeld gegenläufiger Verfassungsgrundsätze und -normen, was im Ergebnis zu einem weiten Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers führt¹⁷. Für die Anwendung des sog. Nichtigkeitsdogmas streitet jedoch nicht zuletzt der rechtsstaatliche Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Aus grundrechtlicher Sicht lässt es sich zudem als ein Gebot des effektiven Rechtsschutzes gegen rechtswidrige staatliche Eingriffe einordnen. Gegen die allzu rigide Anwendung des Nichtigkeitsdogmas sprechen wiederum die Gebote der Rechtssicherheit – hier durch die Vermeidung ungeordneter Zustände – und des Vertrauensschutzes, da Normunterworfenen sich hiernach auf die Geltungskraft von Normen verlassen und damit planen können sollen. Zudem ist auch das Interesse an einem wirksamen Vollzug verfassungsrechtlich geschützt.

Die nachfolgend diskutierten Ansätze stehen jeweils in unterschiedlichem Verhältnis zum Nichtigkeitsdogma und können bei deren Einordnung helfen und an den hinter dem Dogma stehenden Verfassungsgrundsätzen gemessen werden.

¹⁶ Vgl. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 54. EL 2018, § 78 Rn. 57 sowie *Petz*, in: Mitschang, Erneuerbare Energien und Netzausbau in der räumlichen Planung, 2015, 307 (308).

¹⁷ Vgl. *Petz*, in: Mitschang, Erneuerbare Energien und Netzausbau in der räumlichen Planung, 2015, 307 (308); *Jobs*, UPR 2016, 493 (493).

I. Optionen zur weitergehenden Beschränkung unmittelbarer Fehlerfolgen

1. Ausweitung von Unbeachtlichkeitsvorschriften?

Die wohl bekannteste Durchbrechung des Nichtigkeitsdogmas liegt in den (Un-)Beachtlichkeitsregelungen der §§ 214 f. BauGB für Bauleitpläne sowie des § 11 ROG für Raumordnungspläne. Ursprünglicher Grund für die Einführung der Regelung im Baugesetzbuch war die hohe Fehleranfälligkeit insbesondere von Bebauungsplänen in den 1970er Jahren und eine wenig ausgeprägte richterliche Zurückhaltung bei der Suche nach Planungsfehlern¹⁸. Zumindest der erste Teil der Motivlage trifft auch auf Konzentrationsplanungen zu¹⁹. Seitdem sind die Regelungen mehrfach überarbeitet und in ihrem Anwendungsbereich ausgeweitet worden²⁰. § 11 ROG bzw. dessen Vorgängerregelungen wurden den §§ 214 f. BauGB später nachempfunden²¹. Beiden Regelungskomplexen liegt der Gedanke zugrunde, dass der hohe Aufwand für die Aufstellung der erfassten Pläne nicht wegen jedes auch noch so kleinen formellen oder materiellen Fehlers ohne Auswirkung auf das Abwägungsergebnis entwertet werden soll.

a) Konzentrationsplanungen im geltenden System der Unbeachtlichkeitsvorschriften

Sowohl die §§ 214, 215 BauGB als auch § 11 ROG unterscheiden systematisch zwischen Verfahrens- und Formfehlern, die nur in bestimmten Fällen überhaupt für die Rechtswirksamkeit der Pläne beachtlich sind (§ 214 Abs. 1 S. 1 BauGB; § 11 Abs. 1, 4 ROG), den Fehlern betreffend das Verhältnis von Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen bzw. Regional- und landesweiten Raumordnungsplänen (§ 214 Abs. 2 BauGB; § 11 Abs. 2 ROG) sowie den Fehlern im Abwägungsvorgang (§ 214 Abs. 3 BauGB; § 11 Abs. 3 S. 2 ROG)²². Fehler im Abwägungsergebnis sind demgegenüber nach der Konzeption beider Regelungen stets beachtlich und führen damit immer zur Nichtigkeit des Plans²³. Sie können allenfalls noch im Rahmen eines ergänzenden Verfahrens nach § 214 Abs. 4 BauGB bzw. § 11 Abs. 6 ROG geheilt werden²⁴. Für bestimmte der nach § 214 Abs. 1-3 BauGB bzw. § 11 Abs. 1-4 ROG grundsätzlich beachtlichen Fehler gelten nach § 215 BauGB bzw. § 11 Abs. 5 ROG zudem Jahresfristen, mit deren Ablauf dort enumerativ aufgeführte

¹⁸ *Kukk*, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 214 Rn. 1.

¹⁹ Zu den Bemühungen der Rechtsprechung im Rahmen der durch das BVerwG vorgegebenen hohen Anforderungen dem Grundsatz der Planerhaltung Rechnung zu tragen *Wegner*, (Fn. 7), S. 19 ff.

²⁰ *Kukk*, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 214 Rn. 2 f.

²¹ *Spannowsky*, in: Ders./Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 11 Rn. 15.

²² Zu den ergänzenden Regelungen über Fehler im beschleunigten Verfahren für Bebauungspläne, vgl. § 214 Abs. 3 BauGB.

²³ Vgl. zur Abgrenzung von Fehlern im Abwägungsergebnis und solchen im Abwägungsvorgang *Sennekamp*, in: Brügelmann, BauGB, 108. EL 2018, § 215 Rn. 35.

²⁴ Dazu unten unter C. II. Zu den Handlungsmöglichkeiten *Petz*, in: Mitschang, Erneuerbare Energien und Netzausbau in der räumlichen Planung, 2015, 307 (315 f.).

Rechtsfehler unbeachtlich werden und damit nicht mehr erfolgreich geltend gemacht werden können (z. B. zunächst beachtliche Mängel im Abwägungsvorgang).

Diese Zusammenstellung zeigt, dass schon heute ein differenziertes Regelungsregime zur Unbeachtlichkeit bestimmter formeller und materieller Fehler in Planaufstellungsverfahren existiert. Hiervon können selbstverständlich auch heute bereits Konzentrationsplanungen auf Flächennutzungs- und Regionalplanungsebene profitieren. In der gerichtlichen Praxis hat sich freilich gezeigt, dass dies aus dreierlei Gründen dennoch eher selten der Fall ist:

§ 215 BauGB bzw. § 11 Abs. 5 ROG – also das Unbeachtlichwerden von Fehlern nach Ablauf einer Jahresfrist – setzt nach § 215 Abs. 2 BauGB bzw. § 11 Abs. 5 S. 2 ROG einen förmlichen Hinweis auf diese Rechtsfolge bei Inkraftsetzung des jeweiligen Plans voraus. Dies gelingt den Planungsträgern jedoch vielfach nicht²⁵. Trotz bereits vorhandener Musterhinweise²⁶ könnte hier eine zusätzliche Konkretisierung im Gesetz hilfreich sein. Bei Normenkontrollverfahren wirkt sich zudem aus, dass diese selbst nur innerhalb einer Jahresfrist beschritten werden können. Wird die prozessuale Frist eingehalten, ist mithin in aller Regel auch die Frist zur Geltendmachung von Mängeln noch nicht abgelaufen²⁷.

Darüber hinaus leiden Konzentrationsplanungen regelmäßig zumindest auch an Mängeln, die von den geltenden Unbeachtlichkeitsvorschriften gerade nicht erfasst werden. Unter den formellen Mängeln stachen hier zuletzt etwa Fehler bei der Bekanntmachung der Genehmigung eines Flächennutzungsplans oder bereits der Planunterlagen im Beteiligungsverfahren heraus (§ 6 Abs. 5 S. 1 BauGB einerseits, § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB andererseits)²⁸. Bei ersterem handelt es sich um einen Verfahrensfehler, der eine Wirksamkeitsvoraussetzung betrifft und gem. § 214 Abs. 1 Nr. 4 BauGB stets beachtlich ist²⁹. Bei letzterem um einen relevanten Verfahrensfehler, der nach geltendem Recht grundsätzlich auch nicht ausnahmsweise unbeachtlich ist oder wird, § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB. Die ebenfalls verbreiteten Fehler bei der Konzeption harter Tabukriterien³⁰ führen zudem zu Fehlern im Abwägungsvorgang, die angesichts ihrer Erkennbarkeit aus der Dokumentation der Planaufstellung offensichtlich sind und deren Auswirkungen auf das Planergebnis auch regelmäßig nicht ausgeschlossen werden können³¹. Als Planungsergebnis ist dabei freilich nicht allein die Bereitstellung eines bestimmten Flächenumfangs für die Windenergie, sondern die konkrete Auswahl und der konkrete Zuschnitt der Flächen zu verstehen.

²⁵ Siehe etwa OVG Münster, Urt. v. 6.12.17 – 7 D 100/15.NE, juris Rn. 48 ff.; OVG Lüneburg, Urt. v. 15.3.18 – 12 KN 38/17, juris Rn. 53.

²⁶ Siehe nur *Sennekamp*, in: Brügelmann, BauGB, 108. Lfg. 2018, Anhang zu § 215.

²⁷ Siehe *Wegner*, (Fn. 7), S. 20.

²⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.18 – 12 KN 144/17, juris Rn. 41-44; OVG Münster, Urt. v. 6.12.17 – 7 D 100/15.NE, juris Rn. 40 ff.

²⁹ *Berkemann*, jM 2015, 470 (478).

³⁰ Vgl. *Wegner*, (Fn. 7), S. 9 ff.

³¹ Siehe nur OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16, juris Rn. 83 ff.

b) Überlegungen zur Ausweitung von Unbeachtlichkeitsvorschriften

Bei einer Ausweitung von Unbeachtlichkeitsvorschriften könnte zwar an ein bestehendes Regelungsregime angeknüpft werden. Aus der vorstehenden Analyse folgt jedoch, dass eine nennenswerte Stabilisierung von Konzentrationsplanungen über die Ausweitung von Unbeachtlichkeitsvorschriften nur dann zu erreichen sein dürfte, wenn diese auch Planungsfehler für unbeachtlich erklärten, die man bislang bewusst nicht erfasst hat – namentlich offensichtliche Fehler im Abwägungsvorgang oder bei der Öffentlichkeitsbeteiligung mit Auswirkungen auf das Abwägungsergebnis. Eine solche Ausweitung der Unbeachtlichkeitsvorschriften würde jedoch das Nichtigkeitsdogma sehr weitgehend zurückdrängen und die Verfassungsgrundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie das Recht auf effektiven Rechtsschutz deutlich einschränken. Einer Relativierung von Wirksamkeitsanforderungen, wie der Bekanntmachung eines Plans, stehen zudem allgemeine normtheoretische Erwägungen entgegen: Die Erfüllung solcherlei Anforderungen ist erforderlich, damit überhaupt vom Vorliegen einer Rechtsnorm ausgegangen werden kann. Liegen sie nicht vor, fehlt es schon an einer Norm, von der Wirkungen ausgehen könnten³². Dieser und andere absolute Fehler sind nach § 214 Abs. 1 Nr. 4 BauGB stets beachtlich. Neben den angedeuteten verfassungsrechtlichen Bedenken müssen überdies auch europa- und völkerrechtliche Erwägungen beachtet werden. Diese dürften zunächst einer weitergehenden Relativierung von Verfahrensfehlern bei der Beteiligung der Öffentlichkeit entgegenstehen. Auch in der Folge der EuGH-Entscheidung zu den deutschen Präklusionsvorschriften³³ wurden zudem bereits an der Europarechtskonformität der Unbeachtlichkeitsvorschriften, namentlich des § 215 Abs. 1 S. 1 BauGB in seiner heute bestehenden Form, erhebliche Zweifel geäußert³⁴. Zwar finden sich hierzu durchaus auch beachtliche Gegenstimmen³⁵ und ein durch das BVerwG³⁶ angestoßenes Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH ist aus prozessualen Gründen nicht zu Ende geführt worden³⁷, so dass die Frage derzeit als nicht entschieden gelten muss. Die Auseinandersetzung muss jedoch wohl jedenfalls skeptisch stimmen, ob die europarechtlichen Vorgaben gar eine Ausweitung der Unbeachtlichkeitsvorschriften noch gestatten würden. Dies gilt für den vorliegenden Kontext, obgleich die Vorgaben der UVP- und IE-Richtlinie als Maßgaben für den Umgang mit Fehlern bei Konzentrationszonenplanungen nicht in Betracht kommen³⁸. Vergleichbare

³² Vgl. *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 130. EL 2018, § 214 Rn. 78.

³³ EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14. Zu bereits zuvor bestehenden Konflikten *Kukk*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 214 Rn. 7.

³⁴ Siehe insbesondere *Berkemann*, DVBl 2016, 205 (214); *Bunge*, NuR 2016, 11 (18); *Schlacke*, JhbUTR 2016, 173 (191).

³⁵ *Külpmann*, jurisPR-BVerwG 21/2017 Anm. 6, S. 3; *B. Stüer*, DVBl 2017, 769 f.

³⁶ BVerwG, Beschl. v. 1.3.18 – 4 CN 1/18.

³⁷ EuGH, Beschl. v. 7.2.18 – C-206/17.

³⁸ Die thematisch einschlägige SUP-Richtlinie enthält keinerlei Vorgaben für den Zugang zu Gerichten. Der Erlass einer allgemeineren Klagerechtsrichtlinie wird von der EU-Kommission derzeit nicht mehr verfolgt.

Erwägungen müssen nämlich auch vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention angestellt werden³⁹, dessen Einhaltung sich der EuGH ebenfalls auf die Fahnen geschrieben hat⁴⁰.

Zu beachten ist schließlich, dass keineswegs gesichert wäre, dass entsprechende Rechtsänderungen die Flächenbereitstellung für den Ausbau der Windenergie überhaupt verbessern würden. So dürfte es kaum möglich sein, Unbeachtlichkeitsvorschriften derart zu konzipieren, dass nur solche Pläne gestützt würden, die dem Interesse am Ausbau der Windenergie hinreichend Rechnung tragen. Zwar könnten Verstöße gegen das Substanzgebot als Konkretisierung von § 1 Abs. 3 BauGB noch „herausgefiltert“ werden. Oberhalb dieser lediglich ein Mindestmaß an Flächenausweisung erfordernden Grenze handelt es sich jedoch um Gewichtung- und Abwägungsvorgänge, die kaum abstrakt vorwegbestimmt werden können. Somit dürften durch die Ausweitung von Unbeachtlichkeitsvorschriften genauso auch solche Pläne erfasst werden, die der Windenergie gerade nicht hinreichend geeignete Flächen zur Verfügung stellen. Solche Pläne würden dann auf unabsehbare Zeit zur Blockade der betroffenen Flächen führen.

2. Ausweitung von Heilungsmöglichkeiten?

Eine weitere – anders geartete – Einschränkung des Nichtigkeitsdogmas findet durch die bereits heute mögliche Heilung von Fehlern bei der Planaufstellung im Wege des ergänzenden Verfahrens nach § 214 Abs. 4 BauGB bzw. § 11 Abs. 6 ROG statt. Die Einschränkung liegt hier gerade nicht darin, dass die Geltung eines fehlerhaften und deshalb rechtswidrigen Plans gewahrt wird. Sie liegt vielmehr in der Möglichkeit, dass ein Plan erst nach seinem Inkrafttreten im Rahmen eines ergänzenden Verfahrens auf rechtmäßige Füße gestellt wird und seine Geltungskraft im Falle der rückwirkenden Heilung gleichwohl bereits vom Moment seines erstmaligen Inkrafttretens entfalten darf. Die Vorschriften ergänzen die Unbeachtlichkeitsregelungen um den Gedanken, dass selbst beachtliche Fehler grundsätzlich auch dann nicht zum Geltungsverlust eines Plans und damit zur Notwendigkeit seiner Neuaufstellung führen sollen, wenn die Fehler im Rahmen eines ergänzenden – und das heißt zeitlich und auch sonst im Vergleich zur Neuaufstellung weniger aufwändigen – Verfahrens behoben werden können.

a) Die Heilung von Fehlern von Konzentrationsplanungen im geltenden Recht

Im Falle der Anwendbarkeit der Vorschriften zum ergänzenden Verfahren muss dieses in demjenigen Stadium der Planaufstellung ansetzen, in dem der (erste) Planungsfehler unterlaufen ist. Das Verfahren ergänzt sozusagen die fehlerfreien um die diesem nachfolgenden Schritte⁴¹. Diese

³⁹ *Guckelberger*, EurUP 2014, 167 (174); *Goby*, Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten im Lichte der Aarhus-Konvention, 2015, S. 170; *Wegner*, Subjektiv-rechtliche Ansätze im Völkerrecht zum Schutz biologischer Vielfalt, 2018, S. 529.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 8.3.11 – C-240/09 (slowakischer Braunbär) sowie Urt. v. 20.12.2017 – C-664/15 (Protect).

⁴¹ *Petz*, in: Mitschang, Erneuerbare Energien und Netzausbau in der räumlichen Planung, 2015, 307 (316).

müssen stets wiederholt werden, da auch sie von der Fehlerhaftigkeit infiziert sind⁴². Je nach zeitlicher Lage des Planungsfehlers kann mithin auch die Durchführung eines ergänzenden Verfahrens einen erheblichen Aufwand verursachen⁴³.

Bereits nach dem geltenden Recht besitzen die Vorschriften über das ergänzende Verfahren einen weiten Anwendungsbereich. So kann es in zeitlicher Hinsicht etwa unabhängig davon durchgeführt werden, dass bereits ein Plan – und hierunter fallen auch Konzentrationsplanungen auf Flächennutzungs⁴⁴ und Raumordnungsebene – für unwirksam erklärt oder nach einer Inzidentkontrolle unangewendet gelassen wurde. Ein ergänzendes Verfahren ist vielmehr bereits während gerichtlicher Verfahren möglich, um der Gefahr einer gerichtlichen Beanstandung zuvorzukommen oder auch bereits dann, wenn nur Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Plans bestehen und diese ausgeräumt werden sollen⁴⁵.

In inhaltlicher Hinsicht kennt weder die Regelung des § 214 Abs. 4 BauGB noch des § 11 Abs. 6 ROG eine ausdrückliche Begrenzung auf bestimmte beachtliche Fehler⁴⁶. Insbesondere ist die Heilung von Planungsfehlern nicht auf solche formeller Natur begrenzt. Auch die Heilung materieller Planungsfehler, z. B. Abwägungsfehler, und gerade auch die Heilung von Fehlern im Abwägungsergebnis ist bereits heute möglich⁴⁷. Eine Fehlerheilung durch ein ergänzendes Verfahren scheidet jedoch immer dann aus, wenn der Fehler von solcher Art oder Schwere ist, dass eine Behebung notwendigerweise zu einer Veränderung der Identität der Planung führt, d. h. deren Grundzüge verändert⁴⁸.

Wendet man dies auf die in der gerichtlichen Praxis erkennbaren Fehlerquellen von Konzentrationszonenplanungen an⁴⁹, so wird ersichtlich, dass eine Anwendung des ergänzenden Verfahrens in einer Mehrzahl praktisch relevanter Fälle aus Rechtsgründen ausscheidet. Die Identität der Planung dürfte z. B. dort berührt werden⁵⁰, wo zunächst etwa Waldflächen in größerem Umfang als harte Tabubereiche eingeordnet wurden, und gerade auf diesen im ergänzenden Verfahren nun Raum für die Windenergie geschaffen werden soll. Ebenfalls dürfte das ergänzende Verfahren die Identität dann berühren, wenn zunächst bestimmte Flächen aufgrund eines Votums der betroffenen Gemeinde von der Planung ausgeklammert wurden⁵¹, nun aber in Teilen für die

⁴² *Kukk*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 214 Rn. 73; OVG Lüneburg, Urt. v. 21.4.2010 – 12 LC 9/07, juris Rn. 75; VG Minden, Urt. 26.04.2018 – 11 K 874/17, juris Rn. 79.

⁴³ Vgl. *Petz*, in: Mitschang, Erneuerbare Energien und Netzausbau in der räumlichen Planung, 2015, 307 (316).

⁴⁴ *Kukk*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 214 Rn. 66.

⁴⁵ Siehe nur *Jobs*, UPR 2016, 493 (495).

⁴⁶ Zu den durchaus aber gegebenen Einschränkungen siehe *Kukk*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 214 Rn. 60 ff.

⁴⁷ *Kukk*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 214 Rn. 62.

⁴⁸ Zu den Grenzen eines ergänzenden Verfahrens *Sennekamp*, in: Brügelmann, BauGB, 108. EL 2018, § 214 Rn. 140.

⁴⁹ Vgl. *Wegner*, Fn. (7).

⁵⁰ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 6.3.18 – 2 D 95/15.NE, juris Rn. 86; OVG Münster, Urt. v. 6.12.17 – 7 D 100/15.NE, juris Rn. 52 ff.; OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.17 – 12 KN 119/16, juris Rn. 70 ff.

⁵¹ Vgl. OVG Schleswig, Urt. v. 20.1.2015 – 1 KN 6/13, juris Rn. 68.

Windenergie genutzt werden sollen. Im Einzelfall kann die Abgrenzung zwischen noch zulässiger Heilung und identitätsändernden Verfahren allerdings erhebliche Schwierigkeiten bereiten.

b) Überlegungen zur Ausweitung von Heilungsvorschriften

Angesichts der bereits heute bestehenden Weite des Anwendungsbereichs des ergänzenden Verfahrens zur Heilung von Planungsfehlern besteht wenig Raum für deren Ausweitung. Die erweiternde Einbeziehung auch von solchen Fehlern, deren Behebung die Identität der Planung berührt, dürfte kaum möglich sein. Der fehlerfreie Teil des ursprünglichen Planungsverfahrens lässt sich mit dem ergänzenden Verfahren nicht zu einem rechtmäßigen Ganzen zusammenführen, da sich die Verfahrensteile dann jeweils auf identitätsverschiedene Planungen beziehen. Auch der Umstand, dass die Ergänzung stets die Wiederholung aller dem Fehler nachfolgenden Verfahrensschritte voraussetzt, dürfte sich kaum rütteln lassen. Erwägenswert erscheint allein, ob die Planungsträger auf anderem Wege, etwa durch Leitfäden, bei der Durchführung der Heilung unterstützt werden könnten.

Tatsächlich begegnet einem die Heilung von Planungsfehlern im Wege des ergänzenden Verfahrens bei Konzentrationsplanungen bislang nämlich äußerst selten⁵². Ob dies in einer Verunsicherung über die Durchführung ergänzender Verfahren begründet liegt, sodass hier Unterstützung möglich wäre, scheint jedoch fraglich.

Neben Fällen in denen die Vorschriften aufgrund der „Identitätsgrenze“ schlicht nicht anwendbar sind, dürfte seiner häufigeren Anwendung teils entgegenstehen, dass bereits in frühen Stadien der Planaufstellung Fehler vorliegen, sodass ohnehin nahezu das gesamte Verfahren zu wiederholen wäre. In solchen Fällen dürfte die Neuaufstellung schon aus Gründen der Rechtssicherheit vielfach vorzuziehen sein.

Hinzu tritt ein weiterer, außerrechtlicher Umstand. Aufgrund der Länge von gerichtlichen Verfahren zur Kontrolle von Konzentrationsplanungen und theoretisch denkbaren ergänzenden Verfahren kommt es nicht selten vor, dass in der Zwischenzeit entweder die politisch Verantwortlichen in den Organen der Planungsträger oder aber höherrangige Planungsvorgaben gewechselt haben. Nicht zuletzt aufgrund der politischen Brisanz der räumlichen Steuerung von Windenergievorhaben ziehen die politischen Entscheider in einem solchen Fall die Neuaufstellung und Neukonzeption der Planung der Möglichkeit zur Kontinuität nicht selten vor.

3. Die zeitlich begrenzte Fortgeltung fehlerhafter Pläne?

Anders als die bisherigen Ausführungen beziehen sich die nachfolgenden Erwägungen auf die Schaffung einer neuen Regelung. Im Gegensatz zu herkömmlichen Unbeachtlichkeitsregelungen

⁵² Siehe aber im Rahmen von Windkonzentrationszonenplanungen zur Nachholung der Beschreibung der betroffenen Umweltbelange entsprechend § 3 Abs. 2 BauGB OVG Lüneburg, Urt. v. 11.05.2018 – 12 MN 40/18, juris Rn. 9.

zielt sie nicht auf den dauerhaften, sondern lediglich befristeten Fortbestand eines fehlerhaften Plans ab. Ein auch nur vorübergehender vollständiger Rückfall auf das Zulassungsregime des § 35 Abs. 1, 3 BauGB⁵³ ließe sich so verhindern. Der hierdurch gewonnene Zeitraum könnte dann der Neuaufstellung einer fehlerfreien Planung dienen, deren Inkrafttreten sich im Idealfall nahtlos an den Ablauf der begrenzten Fortgeltung des rechtswidrigen Erstplans schließen und so einen schonenden Übergang zu einer rechtmäßigen Planungssituation ermöglichen würde⁵⁴. Auch eine solche Regelung würde das Nichtigkeitsdogma – zumindest und in Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung – nicht unerheblich beschränken. Schwächer als herkömmliche Unbeachtlichkeitsregelungen zwar insoweit, als es nur um eine befristete Fortgeltung geht, stärker jedoch, da eine Stützung der Beständigkeit der Pläne nur dadurch erreicht werden kann, als Fehler einer Art und Schwere erfasst werden müssen, die Unbeachtlichkeitsregelungen bislang nicht erfassten. Sein Vorbild findet dieser Gedanke in der Rechtsprechung des BVerfG über die befristete Fortgeltung verfassungswidriger Rechtsnormen und den entsprechenden Regelungen der §§ 31 Abs. 2 S. 2 und 3, 79 Abs. 1 i. V. m. § 78 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) – der Prozessordnung des BVerfG⁵⁵.

a) Die befristete Fortgeltung rechtswidriger Pläne im geltenden Recht

Eine explizite materielle Fehlerfolgenregelung zur befristeten Fortgeltung rechtswidriger Pläne findet sich im geltenden Rechtsrahmen nicht. Das Ziel eines Schutzes der Steuerungsinteressen der Planungsträger im Falle von Planaufhebungen wird vielmehr dadurch geschützt, dass bereits in einem relativ frühen Stadium der Neuaufstellung einer Konzentrationsplanung von Plansicherungsinstrumenten Gebrauch gemacht und so die Realisierung von Vorhaben verhindert werden kann, die der Verwirklichung des Planungskonzeptes später entgegenstünden.

Nichtsdestotrotz führt auch heute bereits die Befristung der Normenkontrolle und die auf die Streitparteien beschränkte Rechtskraftwirkung bei Inzidentkontrollen immerhin dazu, dass auch inzident für rechtswidrig befundene Pläne nicht mit allgemeiner Verbindlichkeit unwirksam werden, sondern fortgelten. Zwar ist es in solchen Fällen eigentlich an den Planungsträgern, notwendigenfalls an der Rechtsaufsicht, Konsequenzen aus einer solchen gerichtlichen Entscheidung zu ziehen und den Plan aufzuheben. Nicht immer geschieht dies aber auch (sogleich)⁵⁶.

Anders als das materielle Planungsrecht sieht das BVerfGG an verschiedenen Stellen die Möglichkeit vor, dass das BVerfG auch als verfassungswidrig beurteilte Normen jedenfalls für eine gewisse Zeit trotzdem fortgelten lässt. Es handelt sich hier um eine Tenorierungsvariante, bei der

⁵³ Gemeint ist die Anwendung von § 35 Abs. 1, 3 BauGB, ohne dass Konzentrationsplanungen über § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Berücksichtigung finden.

⁵⁴ Zur vergleichbaren Motivation der Rechtsprechung des BVerfG bei Gesetzen *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 54. EL 2018, § 78 Rn. 66.

⁵⁵ Zum Ursprung der erst im Nachgang positivierten Regelungen in der Rechtsprechung des BVerfG *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 54. EL 2018, § 78 Rn. 58.

⁵⁶ Vgl. *Hinsch/Bringewat*, ZNER 2017, 476 (476).

die verfassungswidrige Regelung zwar für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt, übergangsweise nicht aber mit Gesetzeskraft verworfen wird. Die bloße Unvereinbarkeitserklärung ist vielmehr Grundlage für eine oder auch mehrere weitere Anordnungen, in denen Maßgaben für die beschränkte Fortgeltung – hinsichtlich Dauer, Umfang und Konsequenzen des Fristablaufs – gemacht werden⁵⁷.

b) Überlegungen zur Übertragung der Regelungen des BVerfGG auf Konzentrationsplanungen

Wollte man den Grundgedanken der Regelungen des BVerfGG auf Konzentrationszonenplanungen übertragen, so wäre dies regelungstechnisch auf verschiedene Weise möglich:

Zum einen könnte sie als Fehlerfolgenregelung ausgestaltet werden und die bestehenden Regelungen der §§ 214 f. BauGB bzw. § 11 ROG ergänzen. Es bedürfte hier dann insbesondere der abstrakten Festlegung der Voraussetzungen und auch der Rechtsfolgen der Regelung, was angesichts der Vielgestaltigkeit der Fehler in Konzentrationsplanungen selbst unter Zuhilfenahme unbestimmter Rechtsbegriffe auf Tatbestandsseite in der Praxis keine einfache Aufgabe sein dürfte.

In Frage kommt zudem eine Konzeption in Anlehnung an ihr prozessuales Vorbild. So könnte eine entsprechende Regelung auch als Tenorierungsvariante von Normenkontrollverfahren in die Verwaltungsprozessordnung eingefügt werden und damit den Gerichten einen beschränkten Gestaltungsspielraum eröffnen⁵⁸. Auf Pläne, die lediglich eine Inzidentkontrolle erfahren, hätte dies freilich keine Auswirkungen, sodass auch hier ggf. über eine parallele Änderung nachgedacht werden müsste⁵⁹.

Ausgangspunkt einer im Rahmen dieses Diskussionspapiers allein überschlägig möglichen Bewertung der Handlungsoption ist die bereits oben getroffene Feststellung, dass das Grundgesetz ein absolutes Gebot der Nichtigerklärung verfassungswidriger oder auch nur einfach rechtswidriger Normen (und damit auch Plänen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) nicht kennt⁶⁰, das Nichtigkeitsdogma als solches mithin keinen Verfassungsrang genießt. Diese Konsequenzen von Rechtsfehlern bei der Planaufstellung können vielmehr im Spannungsfeld insbesondere des rechtsstaatlichen Gebots der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einerseits und den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes andererseits bestimmt werden. Die diskutierte Handlungsoption der vorübergehenden Fortgeltung rechtswidriger Pläne scheint deshalb nicht von vorne herein in Konflikt mit der Verfassung.

⁵⁷ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 54. EL 2018, § 78 Rn. 65 m. z. N. aus der Rechtsprechung.

⁵⁸ Zur Notwendigkeit der Anordnung von Übergangsregelungen vgl. BVerfGE 128, 326 (405), Sicherungsverwahrung.

⁵⁹ Angesichts der hier nur eingeschränkten Folgen, scheint dies aber jedenfalls nicht in gleichem Maße erforderlich.

⁶⁰ Vgl. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 54. EL 2018, § 78 Rn. 57.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Tenorierungsvariante der bloßen Unvereinbarkeit seinerseits entwickelt, um verschiedenen Fallkonstellationen genügen zu können, in denen die Verwerfung einer verfassungswidrigen Norm zu keiner akzeptablen Lösung führt bzw. die vorübergehende Weitergeltung weniger schädlich erscheint. Die notwendige Legitimation für eine Abweichung von der auch im BVerfGG in den §§ 78 und 95 festgelegten Regelfolge der Normaufhebung – und damit eine Relativierung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – wird dabei nicht einheitlich formuliert. Teils wird diese nicht nur beim Vorliegen zwingender, sondern schon beim Vorliegen nachvollziehbarer Gründe verortet⁶¹. Präzisierend heißt es, dass Abweichungen dort zulässig seien, wo „wesentliche öffentliche Interessen berührt und damit Rechtsfolgen eintreten würden, die durch Sinn und Zweck der Verfassungsbeschwerde nicht gerechtfertigt werden könnten und weniger erträglich wären als der teilweise Fortbestand der verfassungswidrigen Maßnahme“⁶². Das BVerfG selbst hat aber teils auch vorgeblich strenger formuliert, dass eine Abweichung (nur) dort zulässig sei, wo die Nichtigerklärung der verfassungswidrigen Regelung „Chaos“ oder eine „unerträgliche Regelungslücke“ entstehen ließe⁶³.

Eine nähere Betrachtung der entschiedenen Fälle ergibt zudem, dass es sich nicht etwa allein um Fälle der Verletzung des allgemeinen oder spezieller Gleichheitssätze i. S. v. Art. 3 GG handelt, in denen ein verfassungsgemäßer Ausgleich der widerstreitenden Belange bereits normstrukturell in der Regel auf verschiedene Weise herbeigeführt werden kann und somit jede Normverwerfung einen gestalterischen und damit einen eigentlich dem Gesetzgeber vorbehaltenen Wesenszug aufweist. Neben weiteren Konstellationen, in denen die vorübergehende Weitergeltung eher aus rechtstechnischen Gründen erfolgte, existieren gerade auch zahlreiche Fälle, in denen eine Abweichung nicht normstrukturell, sondern allein dadurch begründet wurde, dass die für die bloße Unvereinbarkeitserklärung sprechenden Gründe überwogen⁶⁴. Beispielsweise zu nennen sind Fälle, in denen ein gesetzgeberischer Schutzauftrag besteht, und die Nichtigerklärung der Regelung zu einem vorübergehenden noch verfassungsferneren Zustand geführt hätte⁶⁵.

Angesichts der uneinheitlich wirkenden Rechtsprechungspraxis fällt eine Bewertung der Übertragung der Lösung auf Konzentrationszonenplanungen nicht leicht. Erwogen werden muss, ob das zwischenzeitliche Fehlen einer umfassenden räumlichen Steuerung von Windenergievorhaben tatsächlich so schwer wiegt, dass dies eine nicht unerhebliche Einschränkung der Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des effektiven Rechtsschutzes rechtfertigt. Dabei ist sicherlich zu berücksichtigen, dass mit dem Regelungsregime des § 35 Abs. 1, 3 BauGB im Falle

⁶¹ Hörnig, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 54. EL 2018, § 95 Rn. 22.

⁶² Hörnig, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 54. EL 2018, § 95 Rn. 22 m. N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

⁶³ Siehe BVerfGE 73, 40 (101 f.), Parteispenden; 128, 326 (404 f.), Sicherungsverwahrung; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 54. EL 2018, § 78 Rn. 68; von Ungern-Sternberg, in: BeckOK BVerfGG, Walter/Grünwald, 6. Edition, Stand 1.12.2018, § 95 Rn. 40.

⁶⁴ BVerfGE 127, 293 (333), Legehennenverordnung; vgl. auch von Ungern-Sternberg, in: BeckOK BVerfGG, Walter/Grünwald, 6. Edition, Stand 1.12.2018, § 95 Rn. 37.

⁶⁵ BVerfGE 127, 293 (333 f.), Legehennenverordnung; BVerfGE 109, 190 (235 f.), nachträgliche Sicherungsverwahrung.

der Planaufhebung zwar eine vom Gesetzgeber gerade nicht für den Regelfall gedachte, aber doch eine planersetzende Steuerung vorliegt, welche wesentliche öffentliche und private Schutzgüter wahrt. Dies schließt eine Bewertung, die dem vorübergehenden Wegfall einer Konzentrationsplanung erhebliche Bedeutung beimisst, allerdings nicht aus. Eine solche Bewertung fällt freilich dann umso leichter, je stärker man Außenbereichsprivilegierung und Planvorbehalt als Gesamtkonzeption begreift und ihre allein einseitige Wirkung deshalb als gravierende Beschränkung betrachtet. Diese Sichtweise würde sich der Gesetzgeber mit der Regelung der hier diskutierten befristeten Fortgeltung rechtswidriger Konzentrationsplanungen zu eigen machen.

Gegen die Übertragung gerade der Tenorierungsvariante des BVerfG könnte jedoch möglicherweise zudem die Überlegung sprechen, dass es sich bei ihr um einen Ausdruck der Sonderstellung eines Verfassungsgerichts im gewaltenteiligen Staat handeln dürfte⁶⁶, was ihre Übertragung auf einfache Fachgerichte ausschließen könnte. Die verfassungsrechtliche Stellung des BVerfG und einer Verfassungsgerichtsbarkeit allgemein sichert das Rechtsstaatsprinzip institutionell gegenüber der Gesetzgebung ab. Seine Gegenstände sind – anders als bei Fachgerichten – insoweit gerade auch Akte der Legislative. Es dürften gerade die Besonderheiten dieses Kontrollgegenstandes sein, die es erfordern, dass ein Gericht seine rechtsprechende Funktion punktuell um ein „normsetzendes Eindringen“ in den Bereich der Legislative ergänzt, um deren Gestaltungsfreiheit zu wahren⁶⁷. Zwar würden bei einer Übertragung dieser Regelung die Fachgerichte vorliegend allein in den Bereich der Exekutive übergreifen. Gleichwohl erscheint ein solches Eindringen in den Bereich einer anderen Gewalt – auch wenn dies zum Schutz der Gestaltungsfreiheit der Planungsträger geschehen würde – vor dem Hintergrund der grundgesetzlichen Ausprägung der Gewaltenteilung jedenfalls als nicht unproblematisch.

Gelänge eine abstrakte Normierung derjenigen Fallgruppen fehlerhafter Konzentrationsplanungen, in denen eine befristete Fortgeltung zum Zuge kommen soll, könnte diese Variante deshalb aus den vorgenannten Gründen gegenüber der Tenorierungsvariante vorzugswürdig sein. Ausgeschlossen scheint es aber auch bei dieser nicht, die mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz begründeten Zweifel dadurch in den Griff zu bekommen, dass die Gerichte lediglich das Vorliegen der Voraussetzungen für eine befristete Fortgeltung feststellen müssen, die Entscheidung über die Fortgeltung aber bei dem jeweiligen Planungsträger verbliebe. Beide Varianten müssten zudem in ihrer konkreten Ausgestaltung auf ihre Vereinbarkeit nicht nur mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, sondern auch europarechtlichen Vorgaben hinsichtlich einzelner Planungsvorschriften geprüft werden⁶⁸.

⁶⁶ Vgl. zum hier berührten Verhältnis zwischen BVerfG und Gesetzgeber *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 54. EL 2018, § 78 Rn. 71 f.

⁶⁷ Siehe zur Motivation der Rechtsprechung des BVerfG *Karpenstein*, in: Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, § 78 Rn. 33.

⁶⁸ Soweit ersichtlich liegen bislang keine ausdrücklichen europarechtlichen Aussagen zu Regelungen über die befristete Unbeachtlichkeit von Fehlern bei der Anwendung europarechtlicher Vorgaben vor.

II. Optionen zum Umgang mit den Nichtigkeitsfolgen von Plänen

Während die betrachteten Unbeachtlichkeits- und Heilungsvorschriften und auch die befristete Fortgeltung rechtswidriger Normen das Nichtigkeitsdogma – wenn auch in unterschiedlicher Weise – beschränken, lassen die im Folgenden zu betrachtenden Plansicherungsinstrumente und auch die vorgeschlagene Rückfalloption dieses unberührt. Hier geht es nicht um eine Modifikation der unmittelbaren normativen Fehler, sondern um die Bewältigung der tatsächlichen Nichtigkeitsfolgen von Plänen.

1. Anpassung der Planungssicherungsinstrumente?

Plansicherungsinstrumente unterstützen die Bewältigung der Nichtigkeitsfolgen bei Konzentrationsplanungen, indem sie die Planneuaufstellung dagegen absichern, dass die Verwirklichung des nunmehr – und ggf. bereits ursprünglich – zugrunde liegenden Planungskonzepts noch vor Inkrafttreten des neuen Plans durch die Realisierung baulicher Vorhaben unterlaufen wird.

a) Plansicherungsinstrumente im geltenden Recht

Das geltende Recht kennt bereits sowohl für Konzentrationsplanungen auf Flächennutzungs- als auch auf Regionalplanungsebene mit der Zurückstellung von Baugesuchen einerseits (§ 15 Abs. 3 BauGB) und der Untersagung raumbedeutsamer Vorhaben (§ 12 Abs. 2 ROG) andererseits Plansicherungsinstrumente. Beide sind auch auf Windenergievorhaben generell anwendbar⁶⁹, welche die Umsetzung der Planung jedenfalls wesentlich erschweren würden. Begrenzt sind sie jedoch insbesondere in zeitlicher Hinsicht und dies auf zweierlei Weise.

Beiden Plansicherungsinstrumenten ist zunächst gemein, dass sie lediglich für eine befristete Zeit gelten dürfen. Gem. § 15 Abs. 3 S. 1 BauGB kann das Baugesuch eines Vorhabenträgers auf Antrag der betroffenen Gemeinde für ein Jahr ab Zustellung der Zurückstellung des Baugesuchs ausgesetzt werden⁷⁰. Bei Vorliegen besonderer Umstände kann die Gemeinde zudem eine Verlängerung der Aussetzung um höchstens ein weiteres Jahr beantragen, was bei Windkonzentrationsplanungen regelmäßig anzunehmen ist⁷¹. Diese Verlängerungsmöglichkeit wurde mit Blick

⁶⁹ Ausgenommen sind allein Windenergieanlagen, die als untergeordnete Anlagen eines landwirtschaftlichen Betriebs nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB qualifiziert werden können, *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 15 Rn. 21.

⁷⁰ Wegen der grundsätzlichen Anknüpfung an die Zustellung der Zurückstellung kann der Zeitraum ab Antragsstellung freilich erheblich länger sein. Nur unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 S. 2 BauGB können hier Zeiten angerechnet werden.

⁷¹ Zuletzt VGH Mannheim, Beschl. v. 11.1.18 – 5 S 1398/18, juris Rn. 31. Siehe auch bereits *Sparwasser/Neusüß*, in: Mitschang, Erneuerbare Energien und Netzausbau in der räumlichen Planung, Berliner Schriften zur Stadt- und Regionalplanung 27, 2015, 293 (305). A.A. *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 15 Rn. 28.

auf die in der Praxis erforderlichen Planungszeiträume für Konzentrationsplanungen in das Gesetz eingefügt⁷². Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Gemeinde im Regelfall bereits vor Eingang des Baugesuchs das Planungsverfahren begonnen haben wird sowie dass nach der Rechtsprechung mit Ablauf der Zurückstellung auch die Frist für die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BauGB noch einmal von vorne zu laufen beginnt⁷³. Auf Ebene der Raumordnung kann die Untersagung raumbedeutsamer Maßnahmen nach § 12 Abs. 2 S. 2 ROG ohnehin bis zu zwei Jahre betragen sowie um ein weiteres Jahr verlängert werden. Besondere Umstände sind hierfür nicht erforderlich. Damit lässt sich auch hier dem höheren Zeitaufwand von Regionalplanungen Rechnung tragen.

Die zeitliche Begrenzung des Einsatzes der Instrumente gilt aber sozusagen auch „nach vorne hin“. Ihre Anwendung setzt das Vorhandensein einer zu sichernden Planung voraus. So verlangt § 12 Abs. 2 ROG, dass „sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet [...]“. Nach ständiger Rechtsprechung ist vom Vorliegen eines hinreichenden Sicherheitsbedürfnisses aber erst dann auszugehen, wenn jedenfalls ein Beschluss der Gemeinde bzw. des Regionalplanungsträgers zur Aufstellung eines Plans mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für Windenergieanlagen getroffen wurde⁷⁴ und die Planungsabsichten ein Mindestmaß an Konkretisierung erlangt haben⁷⁵. Im Falle der Raumordnungspläne dürfte dies regelmäßig mit der Billigung eines Zielentwurfes, d. h. eines Entwurfs über die auszuweisenden Konzentrationszonen, durch das zuständige Beschlussorgan gegeben sein. Schließlich darf sich die aus dem Konzept ersichtliche Planung nicht als reine Verhinderungsplanung darstellen oder an derart gravierenden Mängeln leiden, dass sie im Rahmen des weiteren Verfahrens bei Zugrundelegung des Plankonzepts nicht mehr behebbar sind⁷⁶. Da bis zur Erfüllung dieser Anforderungen in der Folge der Aufhebung einer Konzentrationsplanung regelmäßig eine gewisse Zeitspanne vergeht, können in Einzelfällen bereits vor Eingreifen von Plansicherungsinstrumenten Windenergieanlagen allein auf Grundlage des § 35 Abs. 1, 3 BauGB zu genehmigen sein. Unter anderem veranlasste dies Schleswig-Holstein zu seinem sog. Windkraft-Moratorium nach Aufhebung der dortigen Regionalpläne, um Zeit zu deren Neuaufstellung zu gewinnen.

b) Überlegungen zur Fortentwicklung der Plansicherungsinstrumente

Als Ansatzpunkte für eine Fortentwicklung der Plansicherungsinstrumente kommen nach der vorstehenden Analyse insbesondere ihre zeitlichen Beschränkungen – d. h. der Zeitpunkt, ab dem ein hinreichendes Sicherheitsbedürfnis anzunehmen ist einerseits sowie die zeitliche Länge ihrer Geltung andererseits – in Frage.

⁷² Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, 13. Aufl. 2016, § 15 Rn 16.

⁷³ BVerwG, Urt. v. 26.3.2015 – 4 C 1/14, juris Rn. 15.

⁷⁴ Siehe nur OVG Münster, Urt. v. 11.3.2014 – 8 B 1339/13, juris Rn. 9.

⁷⁵ Für Flächennutzungspläne str., siehe einerseits Rieger, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 15 Rn. 22 und andererseits Hinsch, NVwZ 2007, 770 (773).

⁷⁶ OVG Münster, Urt. v. 11.3.2014 – 8 B 1339/13, juris Rn. 21.

Die Instrumente zur Sicherung von Konzentrationszonenplanungen auf Flächennutzungs- und Regionalplanungsebene erlauben jedoch schon heute durchaus gute Möglichkeiten für eine Planungssicherung. Im Hinblick auf ihre zeitliche Länge dürften jedenfalls für die Flächennutzungsplanebene die vorgesehenen Fristen samt Verlängerungsmöglichkeit in aller Regel eine Sicherung auch bis zum Abschluss der Planungsverfahren erlauben. Dennoch kann dies im Einzelfall ohne Frage herausfordernd sein. Eine darüberhinausgehende Verlängerung der Fristen⁷⁷ könnte daher in der Tat ein wenig den Zeitdruck von den Planungsträgern nehmen. Angesichts davon noch weitergehend beeinträchtigter privater Realisierungsinteressen sowie dem öffentlichen Interesse am Fortschreiten des Ausbaus der Windenergie stehen mehr als sehr maßvollen Ausweitungen zum Zwecke der Verwaltungsvereinfachung jedoch auch verfassungsrechtliche Bedenken entgegen.

Würde man das zeitliche Eingreifen der Sicherungsinstrumente zudem auch nach vorne verlagern, so würde dadurch der Plansicherungscharakter der Instrumente in Frage gestellt⁷⁸. Vor diesem Hintergrund hat auch § 18a Landesplanungsgesetz Schleswig-Holstein – Kernbestandteil des sog. Windkraft-Moratoriums – erhebliche Kritik erfahren⁷⁹. Nach der dortigen Regelung knüpft die Sicherung der Planung und zwischenzeitliche Unzulässigkeit von Windenergievorhaben an einen Zeitpunkt an, zu dem ein sicherungsfähiges Konzept nicht einmal in Grundzügen vorliegt. Dies aber würde – übertragen auf die Planungssicherungsinstrumente – nicht nur deren Systematik, sondern auch ihre Grundrechtskonformität in Frage stellen, könnte es hier doch mangels zu sichernder Planung bereits an einem legitimen Zweck der damit einhergehenden Grundrechtsbeschränkung fehlen⁸⁰. Nicht zuletzt würde auch eine nicht unerhebliche Missbrauchsgefahr entstehen, wäre der Nachweis eines Sicherungszwecks anhand eines jedenfalls in Grundzügen vorhandenen Planungskonzepts doch nicht mehr erforderlich und seine Kontrolle auch gar nicht möglich⁸¹.

Auch das Konzept der zuvor aufgehobenen oder wegen Rechtswidrigkeit unangewendet gebliebenen Konzentrationsplanung dürfte regelmäßig nicht als Anknüpfungspunkt einer Plansicherung dienen können⁸². Nicht nur könnte dieses selbst von Rechtsfehlern infiziert gewesen sein und unter Umständen deshalb nicht einmal als Ausgangspunkt der neuen Planung dienen können. Vielmehr steht es dem Planungsträger gerade auch frei im neuen Anlauf ein verändertes Konzept zugrunde zu legen, sodass das alte Konzept nicht länger den zu sichernden Gegenstand darstellen würde. Will der Planungsträger aber für den Fall an dem bisherigen Konzept festhalten,

⁷⁷ Vgl. die Bundesratsinitiative Nordrhein-Westfalens, BR-Drs. 484/18, S. 2.

⁷⁸ *Bringewat*, NordÖR 2016, 240 (244).

⁷⁹ Siehe *Bringewat*, NordÖR 2016, 240 (244); *Zachow*, Windenergieplanungssicherstellungsgesetz, 2018, S. 171 ff., 186. Vgl. aber auch VG Schleswig, Beschl. v. 10.09.2015 – 6 A 190/13.

⁸⁰ *Bringewat*, NordÖR 2016, 240 (247). A.A. VG Schleswig, Beschl. v. 10.09.2015 – 6 A 190/13, juris Rn. 11.

⁸¹ Zur ohnehin nur eingeschränkten Überprüfung des Konzepts zum Zeitpunkt der Zurückstellung VGH Mannheim, Beschl. v. 11.1.18 – 5 S 1398/18, juris Rn. 43.

⁸² Hiervon zu unterscheiden ist die in ihren Wirkungen durchaus vergleichbare, aber gerade nicht auf die Sicherung des künftigen Plankonzepts ausgerichtete Option der befristeten Fortgeltung eines rechtswidrigen Plans. Hierzu bereits oben C. I. 3.

dass dieses keine schwerwiegenden Mängel aufweist, wird er das bisherige Konzept gleichwohl – rein praktisch – schnell zur Grundlage auch der neuen Planung machen können und auf dieser Grundlage auf die bereits heute bestehenden Plansicherungsinstrumente zurückgreifen können.

2. Schaffung einer alternativen „Rückfalloption“?

Auch bei der Schaffung einer alternativen „Rückfalloption“ geht es nicht um eine (weitere) Begrenzung des Nichtigkeitsdogmas bei Konzentrationsplanungen. Dem Ansatz liegt vielmehr der Gedanke zugrunde, dass eine erhebliche Verbesserung der planerischen Steuerung von Windenergienutzungen vor Ort dadurch erzielt werden könnte, dass im Falle der Aufhebung einer Konzentrationsplanung die raumplanerische Steuerung nicht wieder (allein) über den gesetzgeberischen Planersatz des § 35 Abs. 1, 3 BauGB erfolgt, sondern hierzu eine Alternative geschaffen wird, die als eine Art Sicherheitsnetz fungieren könnte.

a) Der gesetzgeberische Planersatz des § 35 Abs. 1, 3 BauGB

Wie bereits dargestellt, hat sich gezeigt, dass die durch den gesetzgeberischen Planersatz nach § 35 Abs. 1, 3 BauGB bewirkte Steuerung von Windenergieanlagen im planerischen Außenbereich vielfach als nicht ausreichend wahrgenommen wird und vom Gesetzgeber auch nicht für den Regelfall vorgesehen war⁸³. Die Regelung wirkt primär kleinräumig. Sie hindert nach der gesetzgeberischen Konzeption die Realisierung von Windenergievorhaben nur dort, wo ihnen einer der erfassten öffentlichen Belange entgegensteht, nicht aber dort, wo allein planerische, d. h. gerade auch vorsorgende Erwägungen dem widerstreiten. Im Ergebnis kann dies – einen entsprechenden Flächendruck vorausgesetzt – zu einem diffusen Verteilungsmuster führen. Weder lässt sich hierüber eine relative Konzentration von Anlagen erreichen noch können über die gesetzlich ableitbaren Schutzabstände hinaus Vorsorgeabstände zu Siedlungsgebieten gewährleistet werden.

b) Einführung einer befristeten alternativen „Rückfalloption“

Bei der Schaffung einer alternativen „Rückfalloption“ geht es deshalb in erster Linie darum, städtebauliche Belange dadurch zu stärken, dass bestimmte Steuerungsdefizite des bisherigen gesetzlichen Planersatzes gem. § 35 Abs. 1, 3 BauGB ausgeglichen werden. Rechtstechnisch ließe sich dies auf zwei unterschiedliche Weisen verwirklichen. Innerhalb dieser Varianten bestünden wiederum zahlreiche Ausgestaltungsvarianten, von denen hier nur wenige skizziert werden können.

⁸³ Ausführlich zur steuernden Wirkung des § 35 Abs. 1, 3 BauGB *Bruns u. a.*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 41 ff.

Zunächst könnte eine gesetzliche Ergänzung des § 35 Abs. 1, 3 BauGB dahingehend erfolgen, dass für den Fall der Unwirksamkeitserklärung einer Konzentrationsplanung Windenergievorhaben in einem zu wählenden Abstand zu bestimmten oder näher zu spezifizierenden Siedlungsgebieten befristet unzulässig sind. Hierbei handelte es sich um eine zur Konzentrationsplanung subsidiäre befristete Abstandsregelung für Windenergieanlagen⁸⁴, rechtstechnisch um eine materielle Beschränkung der bislang unbeschränkten Privilegierung von Windenergienutzungen. Ihre Wirkung auf die Flächenverfügbarkeit für den Windenergieausbau wäre maßgeblich von der Größe des gewählten Abstands sowie der Länge der Befristung abhängig.

Da eine solche Regelung strukturell bedingt relativ pauschal ausfallen würde, scheint sie zwar insbesondere geeignet, einen Mindestsiedlungsabstand zu gewährleisten, nicht aber die im Rahmen von Konzentrationsplanungen mögliche Steuerungsleistung – insbesondere die Konzentration von Windenergieanlagen – zu erreichen. Es geht vielmehr allein um die Freihaltung bestimmter besonders sensibler Flächen. Schon deshalb sollte eine solche Regelung jeweils nur für eine befristete Zeit nach dem Wegfall einer Konzentrationsplanung gelten. Dies ist nötig, um einen hinreichenden Zugzwang für die Planungsträger zu erzeugen, trotz der dann bereits gesetzlich gewährleisteten vorsorglichen Sicherung von Siedlungsgebieten eine Konzentrationsplanung durchzuführen. Erst dadurch kann die eigentlich gewünschte Steuerung des Windenergieausbaus – etwa auch zu Zwecken des Landschafts- und Artenschutzes – erreicht werden.

Alternativ wäre es zudem denkbar, eine solche Rückfalloption nicht als gesetzliche Ergänzung des Regelungsregimes des § 35 Abs. 1, 3 BauGB, sondern als planerische „Rückfalloption“ zu konzipieren⁸⁵. In diesem Fall würden Konzentrationsplanungen mit einer weiteren, hiervon unabhängigen Planung unterlegt, die für den Fall der Unwirksamkeitserklärung der Konzentrationsplanung in Kraft träte. Gegenstand dieser Planung wären lediglich bestimmte Ausschlussflächen, auf denen aus planerischen Gründen nach den Vorstellungen des Planungsträgers keine Windenergienutzungen stattfinden sollen. Besser als im Modell einer gesetzlichen Regelung könnten hier lokale Besonderheiten berücksichtigt werden und neben bestimmten Tabuflächen rund um Siedlungen auch weitere Ausschlussgebiete ausgewiesen werden (z. B. zum Naturschutz). Im übrigen Plangebiet fände die Zulassung von Windenergieanlagen weiterhin nach § 35 Abs. 1, 3 BauGB statt. Auch hier wäre eine Befristung einer solchen Planung vorzusehen, um einen hinreichenden Zugzwang zur Durchführung einer Konzentrationsplanung zu gewährleisten.

c) Überschlägige Bewertung der Handlungsoption

Der Modifikation des § 35 Abs. 1, 3 BauGB im vorgenannten Sinne dürften keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen. Auch europarechtliche Einwände sind nicht ersichtlich.

⁸⁴ In diesem Sinne *Albrecht/Zschiegner*, NVwZ 2015, 1254 (1255 ff.).

⁸⁵ Siehe *Bruns u.a.*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 280 f.

In inhaltlicher Hinsicht wäre aber zunächst zu diskutieren, ob die diskutierte Ergänzung nicht in dem Sinne eine (unbeabsichtigte) politische Vorbildwirkung entfalten könnte, dass sie auch in Ländern, die bislang von pauschalen Abstands Vorgaben abgesehen haben, als Mindeststandard für einen vermeintlich erforderlichen Schutzabstand angesehen würde. Zudem ist zu klären, ob die Option die Steuerungsleistung des Regelungsregimes des § 35 Abs. 1, 3 BauGB bereits hinreichend anheben würde, um städtebauliche Belange auch in Abwesenheit einer Konzentrationsplanung jedenfalls vorübergehend hinreichend zu sichern und nicht auf eine vor Ort als defizitär empfundene Situation zurückzufallen. Es könnte insoweit zu erwägen sein, ob die skizzierte Ausgestaltung noch um weitere Steuerungselemente angereichert werden müsste. Dies dürfte die Komplexität einer gesetzlichen Regelung freilich deutlich erhöhen.

Gerade hier wird auch der Unterschied einer solchen Rückfalloption zur oben geschilderten befristeten Fortgeltung einer rechtswidrigen Planung als Übergangsbefehl deutlich. Während dort die hohe Steuerungsleistung einer Konzentrationsplanung fortbesteht – unter befristeter Inkaufnahme der Rechtswidrigkeit des Altplans – schafft die geschilderte Rückfalloption einen durchgängig rechtmäßigen Zustand – unter Inkaufnahme einer niedrigeren Steuerungsleistung.

Daher stellt sich die Frage, ob nicht zu Gunsten einer höheren Flexibilität auf die stärker planerische Variante zurückgegriffen werden sollte. Auch diese Variante bedürfte allerdings der bundesrechtlichen Verankerung, da es sich um eine – wenn auch begrenzte – Negativplanung handelt, die derzeit nur als um Positivausweisungen zu ergänzender Bestandteil von Konzentrationsplanungen zulässig ist, sonst aber dem Verbot der Verhinderungsplanung unterliegt⁸⁶.

Diesbezüglich ist aber zu beachten, dass mithilfe einer solchen subsidiären Ausschlussplanung keinesfalls eine Steuerungsleistung wie bei Konzentrationsplanungen erreicht und etwa ein Anteil von 98 Prozent und mehr der Außenbereichsflächen von der Windenergie freigehalten und diese konzentriert werden könnten. Notwendig wäre es vielmehr, beim Ausschluss von Flächen für die Windenergie einen deutlichen Abstand zu Konzentrationsplanungen einzuhalten, da sie andernfalls durch die Rechtsprechung auch aus grundrechtlichen Gründen denselben hohen Anforderungen unterworfen werden müsste, denen auch diese unterliegen⁸⁷. Ziel kann es deshalb nur sein, neben besonders schützenswerten Siedlungsabständen bspw. bestimmte eigentumsrechtlich vorgeprägte Flächen wie bestimmte Schutzgebiete zu identifizieren, auf denen zwar eine Errichtung von Windenergieanlagen nicht schon aus Gesetzesgründen ausscheidet, für die aber ein Überwiegen des Freihaltungsinteresses in pauschaler Weise angenommen werden und so zum Gegenstand einer Ausschlussplanung gemacht werden kann.

⁸⁶ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 06.03.2018 – 2 D 95/15.NE, juris Rn. 117 ff.

⁸⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.02 – 4 C 15/01, juris Rn. 51 f.

D. Fazit

Zur kurzfristigen Stärkung der Gerichtsfestigkeit von Konzentrationszonenplanungen und damit zur Stärkung der räumlichen Steuerung des Windenergieausbaus bestehen verschiedene Handlungsoptionen. Ihr Einpassen in die verfassungs-, europa- und völkerrechtlich gezogenen Rahmen ist komplex. Die hier allein überschlägig vorgenommene Betrachtung verschiedener Ansätze zur Bewältigung von Fehlern in Konzentrationszonenplanungen zeigt, dass sie ein sehr unterschiedliches Potenzial für signifikante Verbesserungen der Planungssituation vor Ort aufweisen dürften. Dies bedarf jedoch nicht nur im Einzelfall weitergehender rechtlicher Prüfung. Es ist vielmehr zu diskutieren und schließlich auch durch den Gesetzgeber zu entscheiden, ob und welcher der skizzierten Wege gewählt werden soll, um die räumliche Steuerung des Windenergieausbaus zu stärken und so den weiteren Windenergieausbau als wichtigen Baustein der Energiewende in Deutschland fortzuführen.