



# Anforderungen der Rechtsprechung zur planerischen Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung



## Impressum

© FA Wind, Juli 2016

### Herausgeber:

Fachagentur Windenergie an Land  
Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

V.i.S.d.P.: Axel Tscherniak

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e.V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B

### Text:

Dr. Stephan Gatz  
Jenny Kirschev

### Zitiervorschlag:

FA Wind (2016): Anforderungen an die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, Berlin

### Haftungsausschluss:

Die in dieser Broschüre enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt. Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



## Inhalt

<b>1. Einleitung.....</b>	<b>4</b>
<b>2. Anforderungen der Rechtsprechung an die planerische Steuerung der Windenergienutzung .....</b>	<b>5</b>
2.1 Einführung .....	5
2.2 Gesamträumliches Planungskonzept .....	5
2.2.1 Identifizierung harter Tabuzonen .....	6
2.2.1.1 Tatsächliche Gründe .....	7
2.2.1.2 Rechtliche Gründe .....	7
2.2.2 Abwägung der Belange auf den Potenzialflächen .....	10
2.2.2.1 Auswahl anhand weicher Tabukriterien .....	10
2.2.2.2 Keine Entschädigungsansprüche aufgrund planerischer Entscheidung .....	11
2.3 „Substanzieller“ Raum für die Windenergie .....	12
2.3.1 Anforderung an den Planer .....	12
2.3.2 Methodik .....	12
<b>3. Wesentliche Ergebnisse der Diskussion .....</b>	<b>15</b>
3.1 Notwendigkeit eines mehrstufigen Verfahrens .....	15
3.2 Ist im Rahmen der Regionalplanung eine parzellengenaue Darstellung erforderlich? .....	15
3.3 Muss die Windenergieanlage vollständig, d.h. einschließlich der Rotorblätter innerhalb der Konzentrationszone liegen? .....	15
3.4 Erkennen harter Tabuzonen .....	15
3.4.1 Sind besonders geschützte Gebiete (Naturschutzgebiete, Landschaftsschutzgebiete, Natura 2000-Gebiete u.ä.) als harte Tabuzonen anzusehen? .....	16
3.4.2 Wie sind Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten zu bewerten? .....	16
3.4.3 Wie sind harte Tabuflächen abzugrenzen, deren Grenze von anlagenspezifischen Parametern abhängt? .....	17
3.4.4 Sollte im Zweifel über das Bestehen eines harten Tabukriteriums eine Abwägung erfolgen? .....	17
3.5 Zur Verwendung weicher Tabuzonen .....	17
3.6 Zur Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände .....	17
3.7 Die Schaffung substanziellen Raums .....	18
<b>4. Fazit.....</b>	<b>19</b>

## 1. Einleitung

Die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat in den letzten Jahren Anforderungen an die Ausweisung von Flächen für die Windenergienutzung mit Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 Baugesetzbuch (BauGB) in der Regional- und Flächennutzungsplanung herausgearbeitet. Auch wenn inzwischen die abstrakt definierten Planungsschritte hinreichend bekannt sein dürften, bestehen bei den Trägern der Regional- und Flächennutzungsplanung Unsicherheiten in der Umsetzung oder Reichweite der richterlichen Anforderungen.

Die Fachagentur Windenergie an Land hat im April und Mai 2016 drei vom Programm her identische Seminare zu den Anforderungen an die planerische Steuerung der Windenergienutzung durchgeführt. Die Veranstaltungen richteten sich an Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der für die Regional- und Flächennutzungsplanung zuständigen Behörden. Der geschlossene Rahmen sollte einen offenen praxisnahen Austausch ermöglichen.

An den drei Terminen in Leipzig, Hannover und Frankfurt am Main konnten die Teilnehmenden mit dem Referenten, Dr. Stephan Gatz, stellvertretender Vorsitzender Richter des 4. Senats am Bundesverwaltungsgericht, über die Ansprüche an die Konzentrationsflächenplanung der Windenergie diskutieren.

In der Gesamtschau wurde deutlich, dass sich sowohl die Arbeitsweise der planenden Behörden als auch deren Rahmenbedingungen in den verschiedenen Bundesländern und Regionen teilweise sehr unterscheiden. Vielfach werden die Anforderungen an die Konzentrationsflächenplanung bereits sehr souverän und mit hoher Fachkompetenz umgesetzt. Dennoch zeigte das Wiederkehren einiger Fragestellungen, dass einige Aspekte weiterhin diskutiert werden müssen.

Schwerpunktmäßig wurden folgende Fragen diskutiert:

- Wie lassen sich harte Tabuzonen abgrenzen? Welche Unterschiede bestehen zu den weichen Tabuzonen?
- Wie werden weiche Tabukriterien gebildet? Ist die Unterscheidung in weiche Tabuzonen und sonstige Potenzialflächen zwingend?
- Was bedeutet es, der Windenergienutzung substanziell Raum zu verschaffen?
- Welche formellen Anforderungen sind besonders fehlerträchtig?
- Wie ist mit (vermeintlich oder tatsächlich verbindlichen) Vorgaben durch die Landesplanung und Landesregierung umzugehen?
- Wie sind Schutzgebiete planerisch zu bewerten?
- Wie ist der Artenschutz zu berücksichtigen?

In dieser Dokumentation findet sich zunächst ein Beitrag von Dr. Stephan Gatz, der seinen einführenden Vortrag im Rahmen der Seminare abbildet und die diskutierten Themen. Abschließend werden wesentliche Punkte aus der Diskussion erneut aufgegriffen und zusammengefasst. Die Darstellungen erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Viele Aussagen stellen persönliche Meinungen und Einschätzungen der Verfasser und der Veranstaltungsteilnehmer dar.

Wir bedanken uns bei Dr. Stephan Gatz ganz herzlich für die gute Zusammenarbeit! Ebenso danken wir allen Teilnehmenden für ihr Interesse und die angeregten Diskussionen!

## 2. Anforderungen der Rechtsprechung an die planerische Steuerung der Windenergienutzung

Beitrag von Dr. Stephan Gatz

### 2.1 Einführung

Seit dem 1. Januar 1997 sind gemäß § 35 Abs. 1 (jetzt Abs. 1 Nr. 5) BauGB Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, im Außenbereich privilegiert zulässig. Um eine „planlose“ Errichtung von Windenergieanlagen zu verhindern, verband der Gesetzgeber die Einführung des Privilegierungstatbestandes mit der in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB geregelten Möglichkeit einer lokalen und regionalen Standortsteuerung, die Windenergieanlagen (und weitere privilegierte Nutzungen) an den ausgewiesenen Standorten konzentriert, um sie dadurch vom übrigen Außenbereich fernzuhalten. In § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB heißt es: Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits in seiner ersten Entscheidung zu § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB<sup>1</sup> zwei Eckpfeiler gesetzt, die es bis heute nicht verrückt hat. Die Darstellung einer Konzentrationszone besitzt – erstens – die ihr zugeordnete Negativwirkung nur dann, wenn ihr ein schlüssiges Plankonzept zugrunde liegt, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt. Die planerische Entscheidung muss nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen wird, sondern auch deutlich machen, welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten. Dem Planer ist es – zweitens – verwehrt, den Flächennutzungs- oder Raumordnungsplan als Mittel zu benutzen, das ihm dazu dient, unter dem Deckmantel der Steuerung Windenergieanlagen in Wahrheit zu verhindern. Mit einer bloßen »Feigenblatt“-Planung, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinausläuft, darf er es nicht bewenden lassen. Vielmehr muss er der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers Rechnung tragen und für die Windenergienutzung in substantieller Weise Raum schaffen.

### 2.2 Gesamträumliches Planungskonzept

Hilfestellung für die Ausarbeitung eines Planungskonzepts hat das Bundesverwaltungsgericht erstmals mit Beschluss vom 15. September 2009 (Az. 4 BN 25.09)<sup>2</sup> geleistet. Die Ausarbeitung vollzieht sich danach abschnittsweise: In einem ersten Arbeitsschritt sind diejenigen Bereiche als „Tabuzonen“ zu ermitteln, die für die Nutzung der Windenergie nicht zur Verfügung stehen. Die Tabuzonen lassen sich in „harte“ und »weiche“ untergliedern. Der Begriff der harten Tabuzonen dient der Kennzeichnung von Gemeindegebietsteilen, die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen auch immer, nicht in Betracht kommen, mithin für eine Windenergienutzung „schlechthin“ ungeeignet sind, mit dem Begriff der weichen Tabuzonen werden Bereiche des Gemeindegebiets erfasst, in denen nach dem Willen der Gemeinde aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen „von vornherein“ ausgeschlossen werden „soll“. Die Potenzialflächen, die nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen übrig bleiben, sind in einem weiteren Arbeitsschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d.h. die öffentlichen Belange, die gegen die Ausweisung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht wird.

Wie sich später herausgestellt hat, sind die Formulierungen suboptimal gewählt. Sie sind geeignet, durch die Verwendung des Oberbegriffs „Tabuzonen“ und die Gegenüberstellung von Tabuzonen und Potenzialflächen den Eindruck zu erwecken, die (harten und weichen) Tabuzonen auf der einen und die Potenzialflächen auf der anderen Seite unterlägen unterschiedlichen rechtlichen Regimen. Der Eindruck ist falsch. Die rechtliche Trennlinie verläuft zwischen den harten Tabuzonen auf der einen Seite und den Potenzialflächen auf der anderen Seite. Zu den Potenzialflächen zählen die weichen Tabuzonen, weil auch auf ihnen eine Windenergienutzung rechtlich und tatsächlich stattfinden kann, die aber an-

<sup>1</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287.

<sup>2</sup> BauR 2010, 82 (83) = ZfBR 2010, 65 (66).

hand abstrakter Kriterien vom Planer ausgesondert werden, und die sonstigen Potenzialflächen, die einer Einzelbetrachtung unterzogen werden. Harte Tabuzonen scheiden bei der Planung von Konzentrationszonen aus, weil ihre Bereitstellung für die Windenergienutzung auf unabsehbare Zeit an rechtlichen oder tatsächlichen Hindernissen scheitert und somit nicht erforderlich im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB ist. Dagegen ergeben sich die weichen Tabuzonen aufgrund einer § 1 Abs. 7 BauGB unterfallenden Abwägung der Gemeinde, bei der sie nach einheitlichen städtebaulichen Kriterien, die sie selbst festlegen darf, Flächen der Windenergienutzung entziehen kann. Ebenfalls zum Bereich der Abwägung zählt die Einzelfallentscheidung für oder gegen die Windenergienutzung auf den verbleibenden (Potenzial-)Flächen.<sup>3</sup>

Es mag auf die missverständliche Ausdrucksweise des Bundesverwaltungsgerichts im Beschluss vom 15. September 2009 (Az. 4 BN 25.09)<sup>4</sup> zurückzuführen sein, dass mancher Planer nicht zwischen harten und weichen Tabuzonen differenziert und das Oberverwaltungsgericht Bautzen<sup>5</sup> darin keinen Fehler gesehen hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat sowohl für die Flächennutzungsplanung<sup>6</sup> als auch für die Regionalplanung<sup>7</sup> klargestellt, dass sich ein Planer, wenn er bei der Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen harte und weiche Tabuzonen aus dem Kreis der für die Windenergienutzung in Betracht kommenden (Potenzial-)Flächen ausscheidet, zur Vermeidung eines Fehlers im Abwägungsvorgang den Unterschied zwischen den beiden Arten der Tabuzonen bewusst machen und ihn dokumentieren muss. Ist er sich nicht darüber im Klaren, dass er solche Flächen für die Windenergienutzung ausschließt, die nicht schon wie die harten Tabuzonen kraft Gesetzes (§ 1 Abs. 3 BauGB), sondern erst aufgrund seiner eigenen Bewertung ausscheiden, so scheitert seine Planung bereits am fehlenden Nachweis, dass er die weichen Tabukriterien auf der Stufe der Abwägung in die Planung eingestellt hat. Helfen kann ihm dann nur noch die Unbeachtlichkeitsregelung des § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BauGB.

Soweit es um die Trennung von harten und weichen Tabukriterien geht, ist die Anwendung der „Ausschlussmethode“ alternativlos. Sie ergibt sich aus den gesetzlichen Maßstäben und ihren Rechtfertigungsanforderungen. Ob das auch für die Unterscheidung zwischen den weichen Tabukriterien und dem anschließenden Arbeitsschritt gilt, bei dem die verbleibenden Potenzialflächen zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen sind,<sup>8</sup> lässt sich mit Fug und Recht bezweifeln, weil beide dem Bereich der Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB) zuzuordnen sind. Die Trennung verdeutlicht aber die jeweils gebotene Vorgehensweise: Geht es bei den weichen Tabuzonen um die Formulierung allgemeiner Ausschlusskriterien auf der Grundlage städtebaulicher Gesichtspunkte, die gegebenenfalls „nachjustiert“ werden müssen, wenn der Windenergie im Ergebnis nicht substantiell Raum verschafft wird,<sup>9</sup> so steht im letzten Arbeitsschritt die Einzelfallbetrachtung im Vordergrund. Wer dennoch die Zulassung von „Alternativmethoden“ fordert – etwa die Maßgeblichkeit von Windpotenzial, geringem Konfliktpotenzial, Flächenbedarf oder Erfüllung bestimmter Positivkataloge<sup>10</sup> – übersieht, dass die vom Bundesverwaltungsgericht formulierten Arbeitsschritte für die Ausweisung von Konzentrationszonen mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB keine naturwissenschaftliche Anleitung zum Auffinden geeigneter Flächen darstellen, sondern der Begründung und Rechtfertigung der Flächenauswahl und -ausschlussentscheidung im Hinblick auf die rechtlichen Vorgaben dienen.

### 2.2.1 Identifizierung harter Tabuzonen

Bei der Bestimmung von harten Tabuzonen ist wegen der Konsequenzen eines Fehlgriffs Vorsicht geboten. Behandelt ein Planer eine Fläche als harte Tabuzone, folgt ihm ein Gericht insoweit aber nicht und schlägt die Fläche den Potenzialflächen zu, liegt ein Fehler im Abwägungsvorgang vor, weil der Planer die Größe der Potenzialflächen zu gering eingeschätzt hat. Bejaht das Gericht die Offensichtlichkeit des Fehlers anhand der Planunterlagen oder sonstiger erkennbarer oder nahe liegender Umstände die konkrete Möglichkeit, dass ohne den Fehler im Vorgang die Planung anders ausgefallen wäre,<sup>11</sup>

<sup>3</sup> BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 1.11, BVerwGE 145, 231 Rn. 12.

<sup>4</sup> BauR 2010, 82 (83) = ZfBR 2010, 65 (66).

<sup>5</sup> Urteil vom 10. November 2011 – 1 C 17/09, juris Rn. 50.

<sup>6</sup> Urteil vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 1.11, BVerwGE 145, 231 Rn. 13.

<sup>7</sup> BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2.12, NVwZ 2013, 489 Rn. 6.

<sup>8</sup> BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 1.11, BVerwGE 145, 231 Rn. 10.

<sup>9</sup> BVerwG, Urteile vom 24. Januar 2008 – 4 CN 2.07, NVwZ 2008, 559 (560) und vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 1.11, BVerwGE 145, 231 Rn. 12 m.w.N.

<sup>10</sup> So Bovet/Kindler, DVBl. 2013, 488 (491).

<sup>11</sup> Vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 21. August 1981 – 4 C 57.80, BVerwGE 64, 33 (39 f.).

d.h. ein größerer Umgriff der Konzentrationszone(n) gewählt worden wäre, ist der Fehler nach § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BauGB bzw. der entsprechenden Vorschrift in den Raumordnungsgesetzen erheblich und löst die Konzentrationsflächenplanung die Rechtsfolgen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht aus. Dagegen ist es unschädlich, wenn der Planer eine Fläche als Potenzialfläche behandelt, obwohl es sich um eine harte Tabuzone handelt – es sei denn, er weist die harte Tabuzone später als Konzentrationsfläche aus. Planer sind deshalb im Zweifel gut beraten, von der Einstufung eines Gebiets als harte Tabuzone Abstand zu nehmen.

### 2.2.1.1 Tatsächliche Gründe

Flächen, die aus tatsächlichen Gründen für die Windenergienutzung ungeeignet sind, sind hauptsächlich Flächen mit zu geringer Windhöffigkeit, d.h. Flächen, auf denen der Wind gewöhnlich so schwach weht, dass nicht einmal die Anlaufgeschwindigkeit für die Rotoren erreicht wird. Zwar lassen sich auch auf solchen Flächen Windenergieanlagen errichten. Das ist aber wirtschaftlich sinnlos, und die Unwirtschaftlichkeit der Errichtung steht der tatsächlichen Unmöglichkeit der Errichtung gleich.

### 2.2.1.2 Rechtliche Gründe

Welche Flächen aus rechtlichen Gründen für die Windenergienutzung ausscheiden, ist im Einzelnen noch nicht abschließend geklärt.

#### 2.2.1.2.1 Lärmschutz

Zu den harten Tabuzonen gehören ohne Zweifel die Flächen, die so nahe an schutzwürdigen baulichen Nutzungen liegen, dass die Werte der Technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm –, die auch von Windenergieanlagen eingehalten werden müssen,<sup>12</sup> überschritten würden. Allerdings ist es zur sachgerechten Berücksichtigung des Immissionschutzes nicht erforderlich, konkrete Berechnungen der zu erwartenden Lärmimmissionen und ihrer Vereinbarkeit mit vorhandenen Wohnnutzungen in einer Intensität anzustellen, wie sie im Genehmigungsverfahren bei der Zulassung von Einzelvorhaben geboten ist.<sup>13</sup> Geht es wie im Rahmen der Flächennutzungsplanung und erst Recht der Regionalplanung nur um die Zuordnung verschiedener Nutzungsbereiche in den Grundzügen, mithin um ein mehr oder weniger grobes Raster, kann die flächenmäßige Zuordnung zulässigerweise daran ausgerichtet werden, dass mehr oder weniger pauschale Abstände zu jeder schützenswerten Bebauung angesetzt werden. Mehr ist auch gar nicht möglich, weil die Darstellung von Vorrangzonen weder die Anzahl und Standorte der künftig zuzulassenden Windenergieanlagen noch die sonstigen für ihr Emissionsverhalten maßgeblichen Parameter (Nennleistung, Typ) vorgibt. Es ist zulässig, sich für eine Betrachtungsweise zu entscheiden, die den maßgeblichen Parametern, wie etwa der Windrichtung und -geschwindigkeit, der Leistungsfähigkeit der Anlagen oder der Tonhaltigkeit der Maschinen- und Rotorgeräusche, anhand von Erfahrungswerten in mehr oder weniger pauschaler Weise Rechnung tragen.<sup>14</sup> Die Erfahrungswerte können so gewählt werden, dass sie „auf der sicheren Seite“ liegen.<sup>15</sup> Eine Orientierung an Empfehlungen in Windenergieerlassen ist unbedenklich, solange nicht begründete Zweifel daran bestehen oder gesät werden, dass die Empfehlungen sachverständig zustande gekommen sind.

#### 2.2.1.2.2 Schutzbereiche und -gebiete

Das OVG Berlin-Brandenburg zählt zu den harten Tabuzonen militärische Schutzbereiche, Naturschutzgebiete (§ 23 BNatSchG), Nationalparke und nationale Naturmomente (§ 24 BNatSchG), Biosphärenreservate (§ 25 BNatSchG) sowie gesetzlich geschützte Biotop (§ 30 BNatSchG) und neigt dazu, dass der Planer auch Landschaftsschutzgebiet (§ 26 BNatSchG) sowie Natura 2000-Gebiete (§§ 31 ff. BNatSchG), d.h. Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung (sog. FFH-Gebiete) nach Art. 4 der Richtlinie 92/43/EWG und europäische Vogelschutzgebiete (SPA-Gebiete) nach Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 79/409/EWG (nunmehr ersetzt durch Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2009/147/EG), auf der Planungsebene als harte Tabuzonen behandeln darf.<sup>16</sup>

Vor einer verallgemeinernden Kategorisierung ist zu warnen. Nach § 22 Abs. 1 BNatSchG erfolgt die Unterschutzstellung von Teilen der Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Abs. 2 BNatSchG durch Erklärung. Die Erklärung bestimmt u.a. den Schutzgegenstand, den Schutzzweck und die zur Erreichung

<sup>12</sup> BVerwG, Urteil vom 29. August 2007 – 4 C 2.07, BVerwGE 129, 209 Rn. 13.

<sup>13</sup> OVG Münster, Urteil vom 30. November 2001 – 7 A 4857/00, BauR 2002, 886 (891) = ZfBR 2002, 495 (499).

<sup>14</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 (301).

<sup>15</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 24. Juni 2004 – 1 LC 185/03, RdL 2005, 66 (68).

<sup>16</sup> Urteil vom 24. Februar 2011 – 2 A 2.09, NuR 2011, 794 (801).

des Schutzzwecks notwendigen Verbote. Ohne Abgleich mit diesen Parametern ist eine Aussage zur Unzulässigkeit von Windenergieanlagen vorschnell. Aufstellung und Betrieb von Windenergieanlagen in Natura 2000-Gebiete sind ebenfalls nicht zwingend unzulässig, sondern nur dann, wenn dadurch erhebliche Beeinträchtigungen des Gebietes in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen verursacht werden können (vgl. § 34 Abs. 2 BNatSchG). Auch hier ist ein Blick auf die definierten Erhaltungsziele oder den angegebenen Schutzzweck geboten. Sind Windenergieanlagen damit verträglich, darf das Natura 2000-Gebiet nicht als harte Tabuzone qualifiziert werden.

### 2.2.1.2.3 Hineinplanen in Ausnahme- oder Befreiungslagen

Das Oberverwaltungsgericht Münster verneint eine harte Tabuzone, wenn der Planer die Befugnis hat, in eine naturschutzrechtliche Ausnahme- oder Befreiungslage hinein zu planen.<sup>17</sup> Es beruft sich auf das Bundesverwaltungsgericht, das im Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15.01 –<sup>18</sup> judiziert hat, dass von einem unüberwindbaren rechtlichen Hindernis keine Rede sein könne, wenn die Voraussetzungen, an die ein Ausnahmeverbehalt geknüpft werde, objektiv erfüllt seien und einer Überwindung der Verbotregelung auch sonst nichts im Wege stehe.

Die Rechtsprechung versagt jedenfalls dann, wenn die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage in einem Natur 2000-Gebiet nach § 34 Abs. 2 BNatSchG verboten ist. Denn das Verbot ist nicht überwindbar. Ein nach § 34 Abs. 2 BNatSchG unzulässiges Projekt kann nach § 34 Abs. 3 BNatSchG aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses zugelassen werden (Nr. 1), soweit es keine zumutbaren Alternativen gibt (Nr. 2). Sinn und Zweck des § 34 BNatSchG, die globale Kohärenz von Natura 2000 zu schützen, lassen keinen Zweifel daran, dass die Voraussetzungen des § 34 Abs. 3 BNatSchG, wie auch diejenigen des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, begrifflich und anwendungsbezogen eng zu verstehen sind.<sup>19</sup> Zum Kreis der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses zählt jedenfalls der in § 34 Abs. 4 BNatSchG ausdrücklich aufgeführte Aspekt der maßgeblich günstigen Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt. Dieser Ausnahmegrund kommt Windenergieanlagen freilich nicht zugute. Zwar sprechen gewichtige Gründe des Umweltschutzes für Windenergieanlagen vor allem deshalb, weil mit ihnen elektrische Energie ohne Freisetzung von Kohlendioxid und Schadstoffen gewonnen wird. Dass sie ökologisch sinnvoll sind, reicht jedoch nicht aus.<sup>20</sup> § 34 Abs. 4 BNatSchG und Art 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-RL streben mit dem Abweichungsgrund der maßgeblich günstigen Auswirkungen für die Umwelt nicht eine allgemeine Privilegierung des Umweltschutzes an; vielmehr steht hinter der Privilegierung der Gedanke der Kompensation.<sup>21</sup> Sie kommt einem Vorhaben also nur zugute, wenn die Verschlechterung der ökologischen Situation eines Schutzgebiets mit einer mindestens gleichwertigen Verbesserung an anderer Stelle einhergeht. Beispielhaft ist die Fallgestaltung, die dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 28. Februar 1991 – Rs. C-57/89 –<sup>22</sup> zugrunde lag. Dort wurde eine flächenmäßige Verkleinerung eines Vogelschutzgebiets durch Eindeichungsmaßnahmen als zulässig angesehen. Obwohl diese Maßnahme nach ihrer Zweckbestimmung nicht mit Art. 4 Abs. 4 VRL vereinbar war, weil sie auch durch das Motiv bestimmt war, der Fischereiflotte eines nahe gelegenen Hafens den Zugang zum Hafen zu erhalten, hat sie die Billigung des Europäischen Gerichtshofs gefunden, weil sie gleichzeitig konkrete positive Auswirkungen auf die Lebensräume der Vögel hatte (Stilllegung von Schifffahrtswegen nach Abschluss der Eindeichungsmaßnahmen und Bildung ökologisch wertvoller Salzwiesen infolge Gezeitenwechsels). Da Windenergieanlagen nicht zu einer Verbesserung der ökologischen Gesamtbilanz eines Vogelschutz- oder FFH-Gebiets beitragen können, sind sie unter dem Gesichtspunkt maßgeblich günstiger Auswirkungen auf die Umwelt nicht ausnahmsweise zulassungsfähig.

Dass Windenergieanlagen nicht in den Genuss des § 34 Abs. 4 BNatSchG kommen, hindert jedoch nur ihre Errichtung in Schutzgebieten mit prioritären natürlichen Lebensraumtypen oder prioritären Arten im Sinne der Begriffsbestimmung des § 7 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 Nr. 11 BNatSchG. Im Rahmen des § 34 Abs. 3 BNatSchG kann als überwiegendes öffentliches Interesse auch das Interesse an einer klimafreundlichen Energieerzeugung zu Buche schlagen. Ohne Zweifel ist das öffentliche Interesse, das mit

---

<sup>17</sup> Urteil vom 1. Juli 2013 – 2 D 46/12, BauR 2013, 1976 (1981) = ZfBR 2013, 783 (787).

<sup>18</sup> BVerwGE 117, 287 (290 f.).

<sup>19</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2000 – 4 C 2.99, BVerwGE 110, 302 (313).

<sup>20</sup> Cosack, UPR 2002, 250 (255).

<sup>21</sup> Ramsauer, 601 (609).

<sup>22</sup> NuR 1991, 249.



der Errichtung von Windenergieanlagen verfolgt wird, von hohem Gewicht. Die Nutzung der Windenergie dient der Nutzung regenerativer Energiequellen und letztlich der Reduktion von Treibhausgasen und damit einem wichtigen umweltpolitischen Ziel. Dass die Gewinnung von Windenergie aus Gründen des Klimaschutzes hoch einzuschätzen ist, verleiht ihr indes keinen automatischen Vorrang vor den Belangen des Habitatschutzes. Nicht anders als andere Projekte müssen auch Windenergieanlagen die doppelte Hürde nehmen, dass die mit ihnen verfolgten öffentlichen Belange im Verhältnis zu den beeinträchtigten Naturschutzbelangen „überwiegend“ und zugleich „zwingend“ sind. Mit seiner Strenge bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass zur Überwindung der Naturschutzbelange nicht jede Vorrangigkeit der zugunsten eines Plans oder Projekts streitenden öffentlichen Belange genügt; vielmehr dürfen sie nur dann realisiert werden, wenn der ihnen beizumessende Vorrang eine Zurückstellung der Naturschutzbelange als gleichsam zwangsläufig erscheinen lässt.<sup>23</sup> Die Zulassung habitat-schutzfeindlicher Projekte soll auf das im Einzelfall Unvermeidliche beschränkt bleiben. Die Vorzüge, die ein Projekt generell hat, lassen sich als zwingender Grund des überwiegenden Interesses nicht in die Waagschale werfen. Dies gilt auch für den ökologischen Nutzen von Windenergieanlagen, bei denen es sich um ein Massenphänomen handelt. Seine Anerkennung als zwingender Grund eines überwiegenden öffentlichen Interesses liefe auf einen allgemeinen Vorrang vor den Belangen des Habitatschutzes hinaus und widerspräche dem Ausnahmecharakter des § 34 Abs. 3 BNatSchG.

§ 34 Abs. 3 BNatSchG macht die Zulässigkeit von Projekten außerdem davon abhängig, dass es keine zumutbaren Alternativen gibt, den mit den Projekten verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen. Auch hieran scheitern die verbotswidrige Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen in einem Natura 2000-Gebiet. Windenergieanlagen können außerhalb von Natura 2000-Gebieten aufgestellt werden, ohne dass sie zu anderen Projekten werden. Insoweit unterscheiden sie sich etwa von Verkehrswegen, die auf ein anderes Projekt hinauslaufen, wenn die Schonung eines Natura 2000-Gebiets nur dadurch erkaufte werden kann, dass auf die mit dem Verkehrsweg beabsichtigte Erschließung bestimmter Orte verzichtet wird.<sup>24</sup>

#### 2.2.1.2.4 Artenschutz

Besonders kontrovers ist die Diskussion um die Eigenschaft von artenschutzrechtlich relevanten Gebietsteilen als harte Tabuzonen.

Im Zentrum steht das Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten zu töten. Gegen das Verbot wird nicht nur verstoßen, wenn die Tiere zielgerichtet getötet werden – was bei Windenergieanlagen nicht der Fall ist, weil ihr Zweck nicht die Tötung von Tieren, sondern die Stromerzeugung ist – sondern auch dann, wenn die Handlung einer Person vorsätzlich ausgeführt wird – was bei der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen der Fall ist – und dabei zumindest billigend in Kauf genommen wird, dass eine Tötung wild lebender Tiere eintritt, selbst wenn dieser Erfolg nicht beabsichtigt wird. Das Dilemma liegt in der Diskrepanz, dass die unionsrechtlichen Verbote, die u.a. mit § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG umgesetzt worden sind, das Individuum schützen, obwohl der Artenschutz dem Schutz der Population dient.

Um den Anwendungsbereich des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht uferlos werden zu lassen, erkennt das Bundesverwaltungsgericht nur dann auf einen Verstoß gegen das Tötungsverbot, wenn das Vorhaben ein signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren verursacht.<sup>25</sup> Hieran anknüpfend entspricht es der Einschätzung von Fachleuten, dass von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko für den Rotmilan, der durch Windenergieanlagen wohl am meisten gefährdeten Vogelart, grundsätzlich dann auszugehen ist, wenn der Abstand der Windenergieanlage zu einem festgestellten Horst weniger als 1.000 m beträgt.<sup>26</sup> Gleichwohl ist der Radius um einen bekannten Rotmilan-Horst keine harte Tabuzone. Die Natur ist dynamisch, ein Revier, das heute einen Rotmilan beherbergt, kann morgen Rotmilan-frei sein. Eine Prognose, dass wegen der Existenz von Rotmilan-Horsten der Betrieb von Windenergieanlagen in einem Umkreis von 1.000 m auf unabsehbare Zeit am artenschutzrechtlichen Tötungsverbot scheitern muss, ist nicht möglich.

---

<sup>23</sup> Gellermann, Natura 2000 – Europäisches Habitatschutzrecht und sein Durchführung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 92 f.

<sup>24</sup> Vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 17. Januar 2007 – 9 A 20.05, BVerwGE 128, 1 Rn. 143.

<sup>25</sup> BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 Rn. 219.

<sup>26</sup> OVG Magdeburg, Beschluss vom 21. März 2013 – 2 M 154/12, NuR 2013, 507 (511).

Kritischer ist der Ansatz zu beurteilen, Radies um Rotmilan-Standorte als harte Tabuzonen zu behandeln und den Ausweg über die Planung in eine Ausnahme- oder Befreiungslage zu suchen. Der Erteilung einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG stehen dieselben Überlegungen wie bei § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG entgegen, weil § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG ebenfalls zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses verlangt. Eine Befreiung nach § 67 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG kommt nicht in Betracht, weil die Errichtung von Windenergieanlagen dort, wo ihnen Zugriffsverbote entgegenstehen, nicht aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses „notwendig“ ist.

#### 2.2.1.2.5 Waldgebiete

Regelmäßig keine harten Tabuzonen sind Waldgebiete. Die nicht näher begründete Aussage des Bundesverwaltungsgericht, Waldbereiche seien für die Windenergienutzung schlechthin ungeeignet,<sup>27</sup> dürfte den tatsächlichen Hintergrund haben, dass die Windenergieanlagen damals so niedrig waren, dass ihre Rotoren mit dem Baumbestand kollidierten. Inzwischen ist sie wegen der Höhe der modernen Anlagen überholt. Rechtliche Hindernisse stehen der Aufstellung von Windenergieanlagen im Wald nur dann entgegen, wenn der Wald mit einem besonderen Schutzstatus – etwa als Vogelschutzgebiet – belegt ist oder das Landesrecht – wie z.B. § 8 Abs. 1 Satz 3 Landeswaldgesetz Sachsen-Anhalt – seine Umwandlung zur Errichtung von Windenergieanlagen verbietet.

#### 2.2.1.2.6 Funk- und Radaranlagen

Konfliktstoff birgt schließlich das Verhältnis von Windenergieanlagen und Funkstellen/Radaranlagen. Ein Bauverbot für Windenergieanlagen kann sich namentlich aus § 18a Abs. 1 Satz 1 LuftVG ergeben, wonach Bauwerke nicht errichtet werden dürfen, wenn dadurch Flugsicherungseinrichtungen gestört werden können.

Mit § 18a Abs. 1 LuftVG hat sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 7. April 2016 – 4 C 1.15 – beschäftigt.<sup>28</sup> Eine Störung liegt nach seinem Verständnis vor, wenn die Funktion der Flugsicherungseinrichtung bauwerksbedingt in einem Maß beeinträchtigt wird, das sich dies auf die sichere, geordnete und flüssige Abwicklung des Flugverkehrs auswirkt. Da es § 18a Abs. 1 LuftVG für ein Bauverbot ausreichen lässt, dass durch die Errichtung des Bauwerks Flugsicherungseinrichtungen „gestört werden können“, verlangt die Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers keine Gewissheit einer Störung; vielmehr reicht deren Möglichkeit.

Nach § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG entscheidet das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) auf der Grundlage einer gutachtlichen Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation (der deutschen Flugsicherung – DSF), ob durch die Errichtung der Bauwerke Flugsicherungseinrichtungen gestört werden können. Geben die Regelungen des Abkommens über die Internationale Luftfahrt vom 7. Dezember 1944 (Chicagoer Abkommen) keine klare Antwort, bedarf es darüber hinausgehender Erkenntnisse und Wertungen hinsichtlich der Möglichkeit von Störungen, deren Maßgeblichkeit angesichts der Hocharrangigkeit der gefährdeten Rechtsgüter und der zu erwartenden Schadensintensität nicht davon abhängig sein kann, ob hierüber ein allgemeiner wissenschaftlicher Konsens besteht. Es muss vielmehr ausreichen, dass die entsprechenden Annahmen in der von § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG vorgesehenen gutachtlichen Stellungnahme der DSF und der darauf gestützten Entscheidung des BAF, denen das Gesetz zwar keine Richtigkeitsgewähr, wohl aber einen im Vergleich mit anderen behördlichen Gutachten und Entscheidungen hervorgehobenen Stellenwert beimisst, wissenschaftlichen Ansprüchen genügen und durch wissenschaftliche Gegenpositionen in ihren Grundannahmen, ihrer Methodik und ihren Schlussfolgerungen jedenfalls nicht substantiell in Frage gestellt werden. Ist das der Fall, stellen die Bauverbotszonen harte Tabuzonen dar.

### 2.2.2 Abwägung der Belange auf den Potenzialflächen

#### 2.2.2.1 Auswahl anhand weicher Tabukriterien

Der Planer darf – wie bereits dargelegt – anhand selbst gewählter weicher Tabukriterien Bereiche der Windenergienutzung von vornherein entziehen. Zu den weichen Tabuzonen lassen sich Pufferzonen zählen, die die Gemeinde z.B. aus Gründen der immissionsschutzrechtlichen Vorsorge um schutzwürdige Nutzungen legt. Die Gemeinde ist nämlich nicht gehalten, im Interesse von Bauinteressenten Nut-

<sup>27</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15.12, BVerwGE 117, 287 (299).

<sup>28</sup> BVerwG, Urteil vom 07. April 2016 – 4 C 1.15, BeckRS 2016, 06415.

zungen bis an die Grenze dessen zu ermöglichen, was anhand der Maßstäbe des Immissionsschutzrechts gerade noch zulässig ist, ohne als schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG qualifiziert werden zu können.<sup>29</sup> Auch aus Gründen des Naturschutzes und zum Schutz des Orts- und Landschaftsbildes darf die Gemeinde große Schutzabstände wählen und als weiche Tabuzonen behandeln. Siedlungserweiterungsflächen, die sie bei ihrer Planung konkret für weitere Entwicklungen in den Blick genommen hat, darf sie ebenso wie Naherholungsgebiete ebenfalls von einer Konzentrationszonenplanung ausnehmen. Insoweit kann sie planerisch einen Freihaltebelang verfolgen.

Entscheidet sich der Planer für weiche Tabukriterien, so muss er sie einheitlich anwenden. Abweichungen von der Konzeption sind nur zulässig, soweit es einen sachlichen Grund dafür gibt. Ohne einen solchen Grund wäre eine unterschiedliche Handhabung der weichen Tabukriterien mit der Folge willkürlich, dass die Planung wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG mit einem Rechtsfehler behaftet wäre. Ob Ausnahmetatbestände abstrakt formuliert oder im Einzelfall mit der jeweiligen Sondersituation begründet werden, ist eine semantische Geschmacksfrage. Entscheidend ist, dass die Gründe für eine Sonderbehandlung transparent gemacht werden.

### **2.2.2.2 Keine Entschädigungsansprüche aufgrund planerischer Entscheidung**

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind im Rahmen der Abwägung auch die Tatsache und der mögliche Umfang zu leistender Entschädigungen an diejenigen zu berücksichtigen, die von einer Planung nachteilig betroffen sind.<sup>30</sup> Hier droht dem Planer keine Gefahr. Eine Konzentrationsflächenplanung ist nicht geeignet, Entschädigungsansprüche auszulösen.

Zunächst scheiden Entschädigungsansprüche aus, wenn ein Grundstück durch eine Konzentrationsflächenplanung für die Windenergienutzung in die Ausschlusszone gerät und dem Eigentümer dadurch ein Baurecht verloren geht, das ihm zuvor nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 zustand.<sup>31</sup> § 39 BauGB kann insoweit nicht greifen, weil die Vorschrift den Entzug eines durch einen Plan gewährten Baurechts voraussetzt. Obwohl der Wortlaut des § 42 BauGB dies gebietet – hiernach kann der Eigentümer eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, wenn die zulässige Nutzung eines Grundstücks aufgehoben oder geändert wird und dadurch eine nicht nur unwesentliche Wertminderung des Grundstücks eintritt –, lassen sich auch aus dieser Norm keine Ansprüche herleiten, weil durch § 35 BauGB eröffneten Nutzungsmöglichkeiten nicht die in § 42 Abs. 1 BauGB vorausgesetzte eigentumsrechtliche Qualität zukommt. Vorhaben im Außenbereich sind nicht ohne Weiteres zulässig, sondern stehen unter dem Vorbehalt der Nichtbeeinträchtigung (§ 35 Abs. 1 BauGB) bzw. des Nichtentgegenstehens (§ 35 Abs. 2 BauGB) öffentlicher Belange; bei Windenergieanlagen kommt hinzu, dass sie zwar privilegiert zulässig sind, aber auch dem Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unterworfen sind.

Entschädigungsansprüche sind ferner ausgeschlossen, wenn infolge einer Änderung eines in Kraft befindlichen Flächennutzungsplans einem Grundstück die Lage in der Konzentrationsfläche entzogen wird und es sich nunmehr in der Ausschlussfläche wiederfindet.

Die Voraussetzung für einen Anspruch aus § 42 Abs. 1 BauGB, dass die vorausgesetzte zulässige Nutzung die Qualität einer eigentumsrechtlichen Rechtsposition haben muss, ist auch dann nicht erfüllt, wenn ein Grundstück durch eine Planänderung seine Lage in der Konzentrationszone verliert. Die vorherige Einbeziehung in die Konzentrationszone hat nichts an seiner Außenbereichslage und daran geändert, dass sich die Genehmigungsfähigkeit von bevorzugten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB beurteilt. Aufgewertet worden ist die Rechtsstellung eines Eigentümers durch die Aufnahme seines Grundstücks in die Konzentrationszone nicht. Der Planvorbehalt ist nicht in das Baugesetzbuch eingeführt worden, um dem Eigentümer von Grundstücken in der Konzentrationszone eine bevorzugte Position zu verschaffen, sondern um den Planungsträgern ein Steuerungsinstrument an die Hand zu geben, das es ihnen ermöglicht, durch positive Standortzuweisung an einer oder auch mehreren Stellen im Plangebiet den übrigen Planungsraum von den Anlagen freizuhalten, die § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB privilegiert.

Die Gemeinde kann frei wählen, ob sie die Darstellung einer Fläche für die Windenergienutzung mit der Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verbindet oder es dabei belässt, nur eine Regelung für

<sup>29</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 (301).

<sup>30</sup> BVerwG, Beschluss vom 21. Februar 1991 – 4 NB 16.90, BauR 1991, 299 (300) = ZfBR 1991, 125 (126).

<sup>31</sup> BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2.12, BauR 2013, 1396 (1398) = ZfBR 2013, 569 (570).

die bauliche Nutzung der dargestellten Fläche zu schaffen. Aus Sicht des Eigentümers eines im Außenbereich gelegenen Grundstücks ist das Ergebnis zufällig. Im zweiten Fall ist er durch § 42 BauGB nicht geschützt und muss es entschädigungslos hinnehmen, wenn z.B. aus einer Fläche für die Windenergienutzung eine Fläche für die Biogasgewinnung wird und sich damit die Genehmigungssituation für eine Windenergieanlage wegen § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB (Widerspruch zu den Darstellungen eines Flächennutzungsplans) verschlechtert. Ein Grund für die Besserstellung im ersten Fall ist nicht erkennbar. Der Eigentümer steht dadurch, dass sein Grundstück durch eine Umplanung aus einer Konzentrationsfläche heraus- und in eine Ausschlussfläche hineinfällt, nicht anders da, als er stünde, wenn sein Grundstück in der Konzentrationsfläche bliebe, diese aber einen Funktionswechsel erführe.

Zu verneinen ist auch ein Anspruch in analoger Anwendung des – nicht auf dem Eigentumsrecht fußenden – § 39 Satz 1 BauGB. Zwar ist die Situation des Eigentümers eines Grundstücks in einer Konzentrationsfläche derjenigen des Eigentümers eines Grundstücks im Geltungsbereich eines Bebauungsplans nicht unähnlich. Da der Planer, der sich die Rechtsfolgen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu Nutzen machen will, sicherstellen muss, dass sich die Windenergienutzung in den Konzentrationsflächen durchsetzt,<sup>32</sup> hat er sich zu vergewissern, dass die Vorhaben nicht auf der Zulassungsebene scheitern.<sup>33</sup> Den Eigentümern von Grundstücken in den Konzentrationsflächen macht er aus deren Sicht ein Angebot wie es auch ein Bebauungsplan macht. Freilich bleibt die Lage eines Grundstücks in einer Konzentrationsfläche eine Außenbereichslage und ist ein eventuelles Vertrauen auf den Fortbestand der Lage nicht schutzwürdig. Der Eigentümer eines Grundstücks im Außenbereich muss stets damit rechnen, dass sich die Rechtslage zu seinen Ungunsten ändert.

## 2.3 „Substanzieller“ Raum für die Windenergie

Dass in den dargestellten Konzentrationsflächen der Windenergie substanziell Raum geschaffen werden muss, ist eine Voraussetzung für die Fehlerfreiheit des Abwägungsergebnisses. Sie gibt zum einen vor, dass sich die Windenergienutzung in den Konzentrationszonen gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen muss, und stellt zum anderen Anforderungen an den flächenmäßigen Umgriff der Konzentrationszonen.

### 2.3.1 Anforderung an den Planer

Die Obliegenheit des Planers, der Windenergienutzung in den Konzentrationszonen Durchschlagskraft zu verleihen, hat zur Folge, dass den öffentlichen Belangen, denen an sich erst auf der Stufe der Vorhabenzulassung Rechnung zu tragen ist, schon auf der Planungsebene rechtliche Bedeutung zukommt.<sup>34</sup> Der Planer hat die öffentlichen Belange, die nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB erheblich sind und nicht zugleich zwingende, im Wege der Ausnahme oder Befreiung nicht überwindbare Verbotstatbestände nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfüllen, bei seiner Planung abzuwägen. Mit der Darstellung von Konzentrationsflächen bringt er zum Ausdruck, dass er die der Abwägung zugänglichen öffentlichen Belange geringer gewichtet hat als die Windenergienutzung.

Es liegt in der Konsequenz des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, dass sich der Planer in die Situation des Sachbearbeiters in der Behörde versetzen muss, die für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zuständig ist. Angesichts der Großflächigkeit des Planungsraums, der einem Flächennutzungsplan und erst recht einem Regionalplan zu eigen ist, kann er die öffentlichen Belange freilich nicht so intensiv ermitteln und bewerten wie der Bearbeiter, der über einen Genehmigungsantrag für eine konkrete Anlage zu entscheiden hat. Der Planer muss nicht für jeden denkbaren Standort im Planungsraum ein fiktives Genehmigungsverfahren mit seiner Kleinteiligkeit durchspielen. Belange, die für den Planungsraum insgesamt von Bedeutung sind, wie z.B. die Frage, ob Windenergieanlagen in einer Konzentrationsfläche das Landschaftsbild wegen dessen besonderer Schutzwürdigkeit unzumutbar beeinträchtigt, hat er aber in den Blick zu nehmen. Wo die Grenze des Zumutbaren verläuft, lässt sich nicht verallgemeinernd sagen.

### 2.3.2 Methodik

Ein Mindestmaß an Größe ist für eine Konzentrationszone nicht vorgeschrieben. Auch das Bundesverwaltungsgericht übt sich in Zurückhaltung. Es hat lediglich die Vorgabe gemacht, dass die Ausweisung

<sup>32</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 (294).

<sup>33</sup> BVerwG, Urteil vom 20. Mai 2010 – 4 C 7.09, BVerwGE 137, 74 Rn. 36.

<sup>34</sup> Ebd.

einer einzigen Konzentrationszone nicht als Indiz für einen fehlerhaften Gebrauch der Planungsermächtigung zu werten ist und auch Größenangaben, isoliert betrachtet, als Kriterium ungeeignet sind.<sup>35</sup> Die Instanzgerichte haben verschiedene Modelle entwickelt.

Der 3. Senat des VGH Kassel hat dem Vergleich zwischen der Größe der Konzentrationsfläche(n) in einem Flächennutzungsplan und der Größe der Gesamtfläche des Gemeindegebiets indizielle Bedeutung beigemessen und ist zu der Einschätzung gelangt, dass bei einer Relation von 1,38 : 100 der Windenergienutzung nicht substantiell Raum verschafft wird.<sup>36</sup> Einen anderen Weg hat der 6. Senat des VGH Kassel eingeschlagen, indem er verschiedene Parameter (Größe der Konzentrationsfläche im Vergleich zur Gemeindegebietsgröße, zur Größe der im maßgeblichen Regionalplan vorgesehenen Mindestgröße für Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen und zur Größe der für die Nutzung reservierten Flächen in den Nachbargemeinden, Anzahl und Energiemenge der Windenergieanlagen) gewürdigt hat.<sup>37</sup> Im Ergebnis hat er angenommen, dass der Windenergienutzung substantiell Raum verschafft werde. Die ausgewählte Fläche mache knapp 1 % des Gemeindegebiets aus und sei für sich gesehen nicht auffällig klein. Sie übersteige die Mindestgröße für Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen, die im Regionalplan zu Grunde gelegt werde, um das Doppelte, entspreche dem prozentualen Anteil der für die Windenergie in den umliegenden Gemeinden reservierten Bereiche und übertreffe sie sogar und lasse eine Stromausbeute erwarten, mit der der jährliche Strombedarf von ca. 4.000 Haushalten gedeckt werden könne. Zur Regionalplanung ist das Urteil des OVG Magdeburg vom 14. Mai 2009 – 2 L 255/06 –<sup>38</sup> zu erwähnen, das einem Plan attestiert hat, der Windenergienutzung substantiell Raum zu geben: Bezogen auf die Gesamtfläche der Planungsregion A-Stadt machen die (zehn) Vorranggebiete einen Anteil von 0,37 % aus. Diese Ausweisung führe auch mit hinreichender Sicherheit zur Errichtung von Windenergieanlagen, die nach ihrer Anzahl und Energiemenge geeignet seien, einen gewichtigen Beitrag zur Erhöhung des Anteils regenerativer Energien an der Gesamtenergieerzeugung zu leisten. Die Beigeladene habe glaubhaft vorgetragen, dass bei einem Flächenbedarf von etwa 10 Hektar je Anlage auf den 10 Vorranggebieten 163 Anlagen mit einer installierten Leistung von 407,5 Megawatt und auf den 16 Eignungsgebieten 180 Anlagen mit einer Leistung von 450 Megawatt errichtet werden könnten. Die daraus sich ergebende Gesamtleistung von ca. 850 Megawatt stelle auch mit Blick auf den Landes- und Bundesdurchschnitt einen mehr als beachtlichen Beitrag an der Windenergieerzeugung dar. Die Energieleistung von 850 Megawatt umfasse mehr als ein Viertel der in Sachsen-Anhalt Mitte 2008 installierten Windenergieleistung. In Sachsen-Anhalt seien zu diesem Zeitpunkt insgesamt 2.052 Windenergieanlagen mit einer elektrischen Leistung von 2.964 Megawatt am Netz. Mit dieser Energieleistung zähle Sachsen-Anhalt nach Niedersachsen (5.646 Megawatt zum Stichtag 31.12.2007) und Brandenburg (3.358 Megawatt zum Stichtag 31.12.2007) zu den Bundesländern mit der drittgrößten Menge an erzeugter Windenergie in der Bundesrepublik. Sachsen-Anhalt ist zudem das Bundesland mit dem höchsten Anteil der Windenergienutzung am Nettostromverbrauch (39 % zum Stichtag 31.12.2007).

Die unterschiedlichen Prozentsätze, die als Beleg oder Indiz für eine bejahte oder verneinte Verhinderungsplanung genannt werden, sind das Ergebnis von Willensentscheidungen. Sie lassen sich nicht auf eine rationale Begründung zurückführen. Das ist unvermeidbar und mag hingenommen werden. Kritisch zu betrachten sind aber die rechtlichen Ansätze.

Die Relation der Größe der Konzentrationsflächen zur Größe des Gemeindegebiets kann nicht relevant sein. Der Festlegung auf einen bestimmten, einheitlichen Prozentsatz des Gemeindegebiets, der für die Windenergienutzung zur Verfügung gestellt werden müsste, stehen die ganz unterschiedlichen Verhältnisse in den einzelnen Gemeinden entgegen. So kommen im Norddeutschen Tiefland, die sich durch eine vergleichsweise geringe Besiedlungsdichte und, bedingt durch die Küstennähe und die Geländetopografie, durch Windreichtum auszeichnet, weitaus mehr Flächen für eine Nutzung der Windenergie in Betracht als in zersiedelten Mittelgebirgslandschaften mit einem nennenswerten Anteil von Flächen (Tallagen), die im Windschatten liegen. Würde die Frage der Verhinderungsplanung pauschal für alle Gemeinden im Bundesgebiet gleich beantwortet werden, käme die Windenergie in den einzelnen Gemeinden, an ihrem Potenzial gemessen, in ganz unterschiedlichem Ausmaß zum Zuge.

---

<sup>35</sup> BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 (295).

<sup>36</sup> VGH Kassel, Urteil vom 25. März 2009 – 3 C 594/08.N, DVBl. 2009, 717 (720).

<sup>37</sup> VGH Kassel, Urteil vom 17. Juni 2009 – 6 A 630/08, ZNER 2009, 303 (306).

<sup>38</sup> ZNER 2009, 310.

Der Kriterienkatalog des 6. Senats des VGH Kassel zeichnet sich durch Einfallsreichtum aus, vermag aber ebenfalls nicht zu überzeugen. Der Vergleich mit den Vorgaben im Regionalplan und der Praxis der Nachbargemeinden führt in die falsche Richtung, weil er einer Orientierung an Planungen das Wort redet, die sich gegenüber der Windenergie noch verschlossener zeigen, und die Zahl der Haushalte, die mit dem regenerativ erzeugten Strom versorgt werden können, hat ohne Vergleichswert keine Aussagekraft. Daran gedacht werden könnte, die Menge der erzeugte Energie zu der Menge der im Gemeindegebiet in Privathaushalten verbrauchten Energie in Beziehung zu setzen. Aber auch diese Idee führt in eine Sackgasse. Die Möglichkeiten für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen werden insbesondere durch Siedlungsgebiete eingeschränkt. Je dichter eine Gemeinde besiedelt ist und je mehr Haushalte sie hat, desto geringere Möglichkeiten ergeben sich für die Windenergienutzung und desto ungünstiger ist das Verhältnis zwischen erzeugter Windenergie und privatem Energieverbrauch. Umgekehrt gilt das Gleiche. Auch dem OVG Magdeburg ist entgegenzuhalten, dass die Vergleiche mit planungsraumexternen Daten ein schiefes Bild erzeugen.

Zuzustimmen ist dagegen dem VGH Mannheim und dem VG Hannover. Sie setzen die Größe der ausgewiesenen Konzentrationsflächen zu der Größe der Potentialflächen (Außenbereichsflächen ./ harte Tabuzonen) ins Verhältnis und machen sich für die Formel stark, dass, je geringer der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationsflächen sei, desto gewichtiger die gegen eine weitere Ausweisung von Vorranggebieten sprechenden Gesichtspunkte sein müssten, damit es sich nicht um eine „Feigenblattplanung“ handle.<sup>39</sup> Dem konkreten Befund, das Verhältnis sei kleiner als 0,45 %, hat der VGH Mannheim, der Quote von 1,4 % das VG Hannover starke Indizwirkung für die Annahme beigemessen, der Windenergienutzung werde nicht substantiell Raum verschafft.

Soweit das Bundesverwaltungsgericht mit den Modellen konfrontiert war, hat es kein Gericht „zurückgepfiffen“.<sup>40</sup> Jedem Planer ist daher zu empfehlen, auf das für ihn zuständige Oberverwaltungsgericht zu schauen und sich nach dessen Vorstellungen zu richten. Vom Bundesverwaltungsgericht ist kein Störfeuer zu erwarten.

---

<sup>39</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 9. Oktober 2012 – 8 S 1370/11, ZfBR 2013, 167 (170); VG Hannover, Urteil vom 24. November 2011 – 4 A 4927/09, juris Rn. 66.

<sup>40</sup> vgl. BVerwG, Beschluss vom 29. März 2010 – 4 BN 65.09, BauR 2010, 82 = ZfBR 2010, 65 und Urteil vom 20. Mai 2010 – 4 C 7.09, NVwZ 2010, 1561 Rn. 28.

### 3. Wesentliche Ergebnisse der Diskussion

Zusammengefasst von Jenny Kirschey

Im Folgenden werden einzelne Fragen herausgegriffen, die im Rahmen der Seminare intensiv diskutiert wurden. Die Antworten stellen ein Fazit der Diskussion dar. Dabei handelt es sich überwiegend um Erfahrungen und Meinungen der Teilnehmenden und des Referenten. Grundsätzlich hängt die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer planerischen Festsetzung vom Einzelfall ab. Hierfür lassen sich allgemein gültige Aussagen nur eingeschränkt treffen.

#### 3.1 Notwendigkeit eines mehrstufigen Verfahrens

Vereinzelte wurde die grundsätzliche Notwendigkeit eines mehrstufigen Verfahrens hinterfragt. Der Planer muss sich bewusst machen, dass die harten Tabuzonen und die Potenzialflächen (einschließlich der sog. weichen Tabuzonen) rechtlich wesentlich verschieden zu beurteilen sind. Die sog. harten Tabuzonen sind der planerischen Abwägung entzogen, während den sog. weichen Tabuzonen eine planerische Entscheidung zugrunde liegt. Grundlage einer jeden Abwägungsentscheidung ist die Kenntnis, worüber zu entscheiden ist. Dementsprechend ist die Unterscheidung unabdingbar, wenngleich die Wortwahl nicht zwingend ist. Es empfiehlt sich jedoch aus Gründen der Einheitlichkeit und Nachvollziehbarkeit bei den nunmehr etablierten Begrifflichkeiten zu bleiben.

Die Festlegung weicher Tabukriterien ist demnach nicht zwingend. Diese gehören ebenfalls zu den Potenzialflächen (mehr hierzu unter 3.5).

#### 3.2 Ist im Rahmen der Regionalplanung eine parzellengenaue Darstellung erforderlich?

Nach übereinstimmender Aussage der Teilnehmenden ist eine parzellenscharfe Abbildung in der Regionalplanung unüblich und regelmäßig nicht möglich. Um die gewünschte Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 BauGB zu erzielen, ist diese auch nicht erforderlich. Hält die regionale Planungsbehörde eine parzellengenaue Festlegung für erforderlich, kann sie eine solche auch durch textliche Erläuterungen erreichen. Diese können auf der Genehmigungsebene herangezogen werden, um zu prüfen, ob eine Fläche innerhalb oder außerhalb der Konzentrationszone liegt.

Lässt sich aus den kartografischen und textlichen Festsetzungen des Regionalplans nicht entnehmen, ob eine Fläche innerhalb oder außerhalb der Konzentrationszone liegt, ist im Genehmigungsverfahren zugunsten der gesetzlichen Privilegierung anzunehmen, dass sie von der Ausweisung umfasst wird. Für die Regionalplanung ist dies unerheblich. Der Planungsmaßstab sollte hier dem bisher üblichen und sinnvollen entsprechen.

#### 3.3 Muss die Windenergieanlage vollständig, d.h. einschließlich der Rotorblätter innerhalb der Konzentrationszone liegen?

Im Zusammenhang mit der Parzellenschärfe kam die Frage auf, ob die Windenergieanlage insgesamt oder lediglich der Sockel innerhalb der ausgewiesenen Fläche belegen sein muss. Es liegt nahe, die Anlage als Gesamtbauwerk zu betrachten, welches insgesamt in der Konzentrationszone liegen muss. Ergibt sich aus dem Raumordnungsplan anderes, d.h. wurde bei der Planerstellung angenommen, nur das Fundament müsse innerhalb der ausgewiesenen Fläche liegen und wurden die Abstände (z.B. Immissionsschutz und Bauschutz) entsprechend berechnet, erscheint dies unschädlich. In diesem Fall ist es sinnvoll, diese Annahme in der Planbegründung deutlich zu machen.

#### 3.4 Erkennen harter Tabuzonen

In der Diskussion wurde deutlich, dass das sichere Bestimmen sog. harter Tabuzonen nach wie vor für Verunsicherung sorgt. Beim Aussondern harter Tabuzonen besteht kein Abwägungsspielraum. Die Ausschlussgründe ergeben sich aus den jeweiligen rechtlichen oder tatsächlichen Begebenheiten.

Nach Aussage vieler Teilnehmer lässt sich jedoch auf Ebene der Regional- oder Flächennutzungsplanung nicht immer zweifelsfrei feststellen, ob die Windenergienutzung auf einer Fläche tatsächlich oder rechtlich möglich ist.

Dies betrifft insbesondere folgende Problemstellungen:

- Die Beurteilung rechtlich besonders geschützter Gebiete, in denen die Unterschutzstellung die Windenergienutzung nicht explizit ausschließt (siehe unten 3.4.1);
- Gebiete, in denen die Windenergienutzung regelmäßig unzulässig ist, aber gesetzliche Ausnahmen oder Abweichungsmöglichkeiten bestehen (siehe unten 3.4.2);
- Konfliktzonen um Anlagen Dritter, für welche im Rahmen des Genehmigungsverfahrens die Stellungnahme eines Dritten (beispielsweise dem Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung oder dem Deutschen Wetterdienst) einzuholen ist (siehe unten 3.4.3);
- sowie die genaue Grenzziehung von harten Tabuzonen, deren Quantifizierung von dem genauen Anlagenstandort, der Anlagehöhe oder dem Anlagentyp abhängig ist (siehe unten 3.4.4).

### **3.4.1 Sind besonders geschützte Gebiete (Naturschutzgebiete, Landschaftsschutzgebiete, Natura 2000-Gebiete u.ä.) als harte Tabuzonen anzusehen?**

Wiederholt kam die Frage auf, ob nationale Schutzgebiete oder Natura 2000-Gebiete als harte Tabuzonen auszusondern sind. Problematisch ist, dass die Rechtsprechung diese Frage nicht einheitlich beantwortet. Konsequenterweise sind nur solche Gebiete als harte Tabuzonen auszunehmen, in denen entweder ein gesetzliches Verbot der Genehmigung bzw. Errichtung von Windenergieanlagen entgegensteht (beispielsweise regelmäßig in Naturschutzgebieten) oder in denen der Schutzzweck die Windenergienutzung eindeutig ausschließt. Insbesondere in Natura 2000-Gebieten ist dies nicht zwangsläufig der Fall. Hier ist die Vereinbarkeit mit den jeweiligen Schutz- und Erhaltungszielen zu prüfen. Ebenso ist bei Landschaftsschutzgebieten zu prüfen, ob die Windenergienutzung mit dem gesetzlichen Schutzziel unvereinbar ist. In manchen Landschaftsschutzgesetzen ist der Ausschluss der Windenergienutzung gesetzlich vorgesehen. Hier ist das jeweilig einschlägige Landesrecht zu beachten.

In diesem Kontext wurde diskutiert, dass nach Landesrecht u.U. die Landkreise ermächtigt sind, durch Verordnung Gebiete unter Schutz zu stellen und darin Bauverbote vorzusehen. Wird der Landkreis später als Planungsbehörde tätig, ist er an ein hartes Tabukriterium gebunden, welches er selbst geschaffen hat. Solange beide Funktionen gesetzmäßig ausgefüllt werden, erscheint eine solche Funktionsmehrheit unproblematisch.

### **3.4.2 Wie sind Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten zu bewerten?**

Diskutiert wurde ferner, ob etwaige Ausnahme- oder Befreiungsmöglichkeiten im Rahmen gesetzlicher Verbote dazu führen, dass ein hartes Tabukriterium entfällt und die Gebiete dadurch der Windenergienutzung zugänglich werden.

Ausnahmen und Befreiungen sind etwa im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung nach Maßgabe des § 34 Abs. 3 BNatSchG, im Rahmen des besonderen Artenschutzes nach § 44 Abs. 5 i.V.m. § 15 BNatSchG und den jeweiligen Landesnaturschutzgesetzes vorgesehen.

Für den Umgang mit gesetzlichen Ausnahmetatbeständen ließ sich keine allgemeingültige Antwort finden. In einem solchen Fall ist eine Prognose darüber zu treffen, ob die Erteilung einer Ausnahme tatsächlich möglich und wahrscheinlich ist. Eine hypothetische Ausnahmemöglichkeit, die absehbar nicht zu einer Genehmigungsfähigkeit von Windenergieanlagen führt, kann demnach keine Berücksichtigung finden.

In diesem Zusammenhang äußerte Dr. Gatz Zweifel daran, dass eine Ausnahme nach § 34 Abs. 3 BNatSchG für die Windenergienutzung zulässig sei. Kommt man zu dem Ergebnis, dass die Windenergienutzung mit den Erhaltungszielen eines Natura 2000-Gebietes unvereinbar ist, dürfte auch keine Ausnahme in Betracht kommen. Eine derartige Ausnahme erfordert das Vorliegen von zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses und einer erfolglosen Alternativenprüfung.

Ähnlich verhält es sich mit der Annahme bestimmter Rahmenbedingungen, unter denen die Windenergienutzung in einem Gebiet noch denkbar wäre. Vorgetragen wurde hier, dass durch etwaige Nachtabschaltzeiten geringere Immissionsschutzabstände zu Wohnbebauung möglich wären, da die immissionsschutzrechtlichen Grenzwerte tagsüber höher liegen als in der Ruhezeit. Auch bei diesen Annahmen hat die planende Behörde zu prüfen, ob ein derartiger Betrieb voraussichtlich beantragt und genehmigt würde. Ist die Windenergieerzeugung an einem Standort wirtschaftlich nicht sinnvoll, steht dies einer tatsächlichen Unmöglichkeit gleich.



### **3.4.3 Wie sind harte Tabuflächen abzugrenzen, deren Grenze von anlagenspezifischen Parametern abhängt?**

Zweifelsfrei als harte Tabukriterien anerkannt sind die mangelnde Windhöflichkeit und die immissionsrechtlich erforderlichen Abstandsflächen zur Wohnbebauung. Die exakte Abgrenzung dieser Flächen hängt jedoch von verschiedenen Faktoren wie etwa Anlagenstandort, -typ, und -höhe ab. Hierzu hat die Rechtsprechung anerkannt, dass im Rahmen der Regional- und Flächennutzungsplanung auf Typisierungen zurückgegriffen werden kann. Die gewählte Typisierung muss vertretbar sein, d.h. es muss nicht zwingend die optimale Nutzung ermittelt und berücksichtigt werden. Die Typisierung darf jedoch nicht erkennbar missbräuchlich sein.

Hier wird deutlich, dass es bei der Ermittlung der harten Tabuzonen keine einzig richtige Lösung gibt. Der Planer hat hier keinen Entscheidungs- wohl aber einen gewissen Beurteilungsspielraum. Dieser wird von der Rechtsprechung nur daraufhin geprüft, ob er offenkundig überschritten wurde.

### **3.4.4 Sollte im Zweifel über das Bestehen eines harten Tabukriteriums eine Abwägung erfolgen?**

Die fehlerhafte Annahme einer harten Tabuzone führt zu einem partiellen Abwägungsausfall und damit zwangsläufig zur Fehlerhaftigkeit des Planungsvorgangs. Wird eine harte Tabuzone zu Unrecht als Potenzialfläche behandelt und im Rahmen der Abwägung ausgeschlossen, stellt die überflüssige Abwägung keinen Abwägungsfehler dar. Die fehlerhafte Bewertung führt allerdings zu einer vermeintlich größeren Gesamtpotenzialfläche im Planungsgebiet. Wählt die planende Behörde in der Ergebniskontrolle – wie meist – einen flächenbezogenen Ansatz, um zu begründen, dass der Windenergie substanzial Raum verschafft wurde, muss im Ergebnis eine größere Gesamtfläche für die Windenergienutzung ausgewiesen werden.

Demnach gibt es keinen einfachen Ausweg, der eine sorgfältige Überprüfung der harten Tabukriterien obsolet macht. Aus dem Kreis der Teilnehmenden wurde hierfür vorgeschlagen, bei Unsicherheit über das Bestehen eines harten Tabukriteriums eine hilfsweise Abwägungsentscheidung in die Begründung aufzunehmen.

## **3.5 Zur Verwendung weicher Tabuzonen**

Die Ermittlung sog. weicher Tabuzonen ist rechtlich nicht zwingend. Es ist ebenso möglich, die Flächenauswahl ausschließlich auf die Einzelabwägung zu stützen. Allerdings bestand unter den Teilnehmern Einigkeit darüber, dass die Verwendung abstrakter Kriterien zur Flächenauswahl sehr hilfreich ist und das Planaufstellungsverfahren vereinfacht. Die Verwendung weicher Tabukriterien kann die Nachvollziehbarkeit der Abwägungsentscheidung fördern und diese dadurch weniger angreifbar machen.

Das Abweichen von weichen Tabukriterien im Einzelfall ist rechtlich nicht ausgeschlossen. Allerdings kann es dazu führen, dass die Flächenauswahl nicht mehr nachvollziehbar ist und willkürlich erscheint. Einige Teilnehmende gaben an, dass sie die gewünschten Ausnahmetatbestände in die Beschreibung weicher Tabukriterien aufgenommen haben. Damit ist die Abweichungsmöglichkeit klar geregelt und nachvollziehbar.

Bei der Auswahl der weichen Tabukriterien gelten dieselben Maßstäbe, welche bei der Einzelabwägung anzusetzen sind. Hier besteht Freiraum, sofern und soweit keine Vorgaben der übergeordneten Landesplanung bestehen. In der Abwägung sind alle relevanten Belange zu berücksichtigen (vgl. § 1 Abs. 7 BauGB bzw. § 7 Abs. 2 ROG). Im Umkehrschluss dürfen nur Belange, welche abwägungsrelevant sind, für die Bildung weicher Tabukriterien herangezogen werden. Ein entgegenstehender Wille der Anwohner ist für sich genommen kein abzuwägender Belang. Hier können ggf. die dem entgegenstehenden Willen zugrundeliegenden Belange betrachtet werden.

## **3.6 Zur Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände**

Ein wesentliches Thema in der Diskussion war die Berücksichtigung des Artenschutzes. Hier wurde deutlich, dass in der Planungspraxis der Behörden teilweise große Unterschiede bestehen.

Die Anforderungen des besonderen Artenschutzes, insbesondere des Tötungsverbot, lassen sich endgültig nur im Rahmen einer Einzelfallprüfung im Genehmigungsverfahren ermitteln. Bereits in der Genehmigungspraxis bereitet das Thema zahlreiche Schwierigkeiten. Die naturschutzfachliche Bewertung ist uneinheitlich.

Im Hinblick auf die Berücksichtigung des Artenschutzes in der Regional- und Flächennutzungsplanung stellt sich die Frage, inwieweit aussagekräftige Prognosen über künftige Konflikte getroffen werden können. Hierzu gingen die Meinungen und Erfahrungen der Teilnehmenden auseinander. Während einige äußerten, dass sich etwa Horst-Standorte streng geschützter Vogelarten jederzeit ändern könnten, gehen andere davon aus, dass sich zumindest Schwerpunktgebiete ausmachen lassen. Die stetige Veränderung der artenschutzfachlichen Situation kann dazu führen, dass Flächen, die im Zuge des Planungsverfahrens für die Windenergienutzung besonders geeignet erscheinen, später nicht mehr für die Windenergienutzung zur Verfügung stehen. Zudem stehen Flächen, die planerisch wirksam ausgeschlossen werden, grundsätzlich nicht mehr der Windenergienutzung zur Verfügung, selbst wenn die Konflikte mit geschützten Arten zu einem späteren Zeitpunkt entfallen.

Eine unklare naturschutzfachliche Grundlage erschwert die rechtliche Bewertung. Daher lässt sich derzeit keine abschließende zufriedenstellende Antwort auf die Frage finden, wie der Artenschutz im Rahmen des Planaufstellungsverfahrens angemessen zu berücksichtigen ist. Jedenfalls dürfen bereits erkennbare Konflikte nicht ignoriert werden. Kommt der Planer im Rahmen der artenschutzrechtlichen Prognoseprüfung zu dem Ergebnis, dass in bestimmten Gebieten mit großer Wahrscheinlichkeit unüberwindbare artenschutzrechtliche Konflikte bestehen, sollte er diese Flächen im Rahmen der Abwägung ausschließen. Wird das Konfliktpotenzial trotz vorhandener Horste als gering eingeschätzt, sollte diese Erwägung zumindest in der Begründung erkennbar sein.

Insgesamt wird deutlich, dass der Ausgleich zwischen Windenergienutzung und Artenschutz weiterhin zahlreiche Frage aufwirft und damit zu rechnen ist, dass sich sowohl die naturschutzfachliche als auch die rechtliche Bewertung in den kommenden Jahren verändern wird.

### **3.7 Die Schaffung substanziellen Raums**

Bei der Frage, wann der Windenergie substanziell Raum verschafft wird, bestehen nach wie vor weitreichende Unsicherheiten. Die Rechtsprechung hat hierfür verschiedene Modelle akzeptiert. Dr. Gatz erläuterte, dass es nicht die Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts sei, einen Wert oder ein Berechnungsmodell festzulegen und der 4. Senat voraussichtlich auch künftig verschiedene Modelle billigen werde.

Deutlich wurde, dass zwei Aspekte zu berücksichtigen sind: Es müssen hinreichend Flächen ausgewiesen sein und auf diesen Flächen muss sich die Windenergienutzung auch (ganz überwiegend) gegen konkurrierende Nutzungen durchsetzen können.

Daraus ergibt sich für die Abwägungsentscheidung, dass – unerheblich ob durch weiche Tabukriterien oder in der Einzelabwägung – Flächen, auf denen sich bereits ein großes Konfliktpotenzial abzeichnet, nicht als Konzentrationsflächen geeignet sind. Die Reichweite der planerischen Freiheit ist daher neben möglichen Vorgaben von übergeordneten Stellen insbesondere davon abhängig, wie viele konfliktarme Potenzialflächen im Planungsgebiet zur Verfügung stehen.

Kommt man zu dem Ergebnis, dass es nicht möglich ist, im Rahmen der Konzentrationsflächenplanung der Windenergienutzung substanziell Raum zu verschaffen, ist von einer Planung mit Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Abstand zu nehmen.

#### 4. Fazit

Die Seminare haben gezeigt, dass die planenden Behörden über hohe Fachkompetenz verfügen und ganz überwiegend sehr gewissenhaft mit den an sie gestellten Anforderungen umgehen. Ein regelmäßiger Austausch zwischen den regionalen Planungsverbänden und Gemeinden in den Bundesländern und Regionen wäre wünschenswert, um die jeweils gesammelten Erfahrungen austauschen.

Nicht alle Fragen im Zusammenhang mit der Konzentrationsflächenplanung lassen sich abschließend beantworten. Insbesondere zur Frage der Berücksichtigung des Artenschutzes sowie zum Kriterium des „substanziell Raum“ Verschaffens gilt es, die Entwicklung der Rechtsprechung zu beobachten. Es ist derzeit nicht zu erwarten, dass das Bundesverwaltungsgericht hierzu eine Berechnungsmethode entwickeln wird. Die planenden Behörden sind gehalten, insbesondere die Entscheidungen der für sie zuständigen Oberverwaltungsgerichte zu berücksichtigen.

Trotz der strengen Vorgaben zu den Grundzügen der Planung, haben die Planenden einen weitreichenden Gestaltungsspielraum. Dieser ist enger, wenn das Planungsgebiet nur über wenige geeignete und konfliktarme Flächen verfügt. Im Rahmen der Abwägung aufgrund weicher Tabukriterien oder innerhalb der Einzelabwägung können alle im Sinne der Raumordnung bzw. des Städtebaurechts relevanten Belange berücksichtigt werden. Die Grenze der planerischen Freiheit ist stets die Verhinderungsplanung. Die Planbegründung muss erkennen lassen, dass die Flächenausweisung mit dem Ziel erfolgt ist, der Windenergienutzung in substantieller Weise Raum zu verschaffen und nicht, sie möglichst flächendeckend auszuschließen.

**Fachagentur Windenergie an Land e.V.**

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin  
T +49 30 64 494 60 - 60 | F +49 30 64 494 60 - 61  
post@fa-wind.de | [www.fachagentur-windenergie.de](http://www.fachagentur-windenergie.de)