

# 1. Teil: Planungsrecht

## 1. Kapitel Einführung in das Planungsrecht für Windenergieanlagen

### I. Das Zulassungsrecht nach § 35 Abs. 1 BauGB

Windenergieanlagen sind im Außenbereich als Vorhaben, die nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB „der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie“ dienen, **privilegiert zulässig**. 6

Solche Vorhaben sind nach § 35 Abs. 1 BauGB planungsrechtlich genehmigungsfähig, wenn **öffentliche Belange nicht entgegenstehen** und die ausreichende **Erschließung gesichert** ist. Im Genehmigungsverfahren sind dabei insbesondere die in § 35 Abs. 3 BauGB **ausdrücklich genannten öffentlichen Belange** zu prüfen. 7

Von **Privilegierung** wird gesprochen, weil Vorhaben i. S. v. § 35 Abs. 1 BauGB wie etwa Windenergieanlagen im Außenbereich schon dann zulässig sind, wenn öffentliche Belange nicht „**entgegenstehen**“. Die sonstigen – nicht-privilegierten – Vorhaben im Außenbereich sind gemäß § 35 Abs. 2 BauGB bereits dann unzulässig, wenn öffentliche Belange „**beeinträchtigt**“ werden. Der Ausschluss einer jeden „Beeinträchtigung“ öffentlicher Belange stellt im Vergleich zum „Entgegenstehen“ eine höhere rechtliche Zulassungshürde dar.<sup>1</sup> 8

Die **unterschiedlichen rechtlichen Zulassungsvoraussetzungen** sind dadurch zu erklären, dass der Gesetzgeber bei den privilegierten Vorhaben davon ausgeht, dass **diese in den Außenbereich gehören** oder aus sonstigen Gründen auf einen Standort im Außenbereich angewiesen sind.<sup>2</sup> Dies liegt bei größeren Windenergieanlagen auf der Hand. 9

Zwar können dem privilegierten Vorhaben im **Genehmigungsverfahren** zahlreiche öffentliche Belange i. S. v. § 35 BauGB wie z. B. der Schutz des 10

---

1 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35, Rn. 21.

2 Roeser, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 35, Rn. 9; Gierke, in: Brügelmann, BauGB, § 35, Rn. 8.

Landschaftsbilds, der Natur- und Artenschutz und der Schutz der Siedlungsbereiche vor Lärm entgegenstehen.<sup>3</sup> Erweisen sich die einzelnen öffentlichen Belange als unproblematisch, gibt es im Rahmen von § 35 BauGB **keine planungsrechtlichen Hindernisse** wie etwa im Innenbereich gemäß § 34 BauGB, wonach letztlich das Gebot der Einhaltung einer gewissen städtebaulichen Ordnung gilt. Dies hat zur Folge, dass Windenergieanlagen im **gesamten Außenbereich grundsätzlich ungesteuert** und ungeordnet errichtet werden dürfen, was unter dem Stichwort der „**Verpargelung**“ kritisiert wird.

## II. Planerische Steuerung von Windenergieanlagen

- 11 Um diese „wilde“ Ansiedlung von Windenergieanlagen zu vermeiden, wäre nach der früheren Systematik des Planungsrechts nur denkbar gewesen, dass die Gemeinden **Bebauungspläne** aufstellen, durch die eine Windenergienutzung in den ungewünschten Bereichen des Plangebiets ausgeschlossen wird. Dies wäre aber fast immer auf eine **unzulässige Verhinderungsplanung** hinausgelaufen.<sup>4</sup> Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber 1996 den **Planvorbehalt gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB**<sup>5</sup> eingeführt.
- 12 Mit Hilfe des Planvorbehalts kann die Ansiedlung von Windenergieanlagen im Außenbereich gesteuert werden. Danach dürfen die jeweiligen Plangeber in **Raumordnungsplänen** oder **Flächennutzungsplänen** Bereiche festlegen, in denen Windenergieanlagen zulässig oder unzulässig sind. Anders als bei Bebauungsplänen dürfen dabei nicht nur Gebiete überplant werden, in denen die Zulässigkeit von Windenergieanlagen positiv geregelt wird. Es dürfen auch Bereiche bestimmt werden, in denen die Windenergienutzung ausgeschlossen wird. Damit lässt der Planvorbehalt nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine ansonsten unzulässige Verhinderungsplanung für Teilbereiche des Plangebiets ausdrücklich zu. Die Plangeber werden damit ermächtigt, für bestimmte Bereiche eine **Ausschlusswirkung** für die Windenergienutzung zu regeln.
- 13 Der **Regelungszweck des Planvorbehalts** ist, dass er – sobald der Vorbehalt in Form eines Raumordnungsplans oder Flächennutzungsplans umgesetzt wurde – als **öffentlicher Belang** im Genehmigungsverfahren nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu beachten ist. Liegt z. B. eine geplante Windenergieanlage innerhalb eines Bereichs, für den der Raumordnungsplan oder Flächennutzungsplan die Windenergienutzung ausschließt, steht der Zulässigkeit des Vorhabens in der Regel der öffentliche Belang i. S. v. § 35

3 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35, Rn. 58b f.

4 Gatz, Rn. 30.

5 Gesetz zur Änderung des BauGB vom 30. Juli 1996, BGBl. I S. 1189, in Kraft seit dem 1. Januar 1997.

Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen. Die Anlage kann dann nicht mehr nach § 35 BauGB genehmigt werden.

Dieser „Mechanismus“ erlaubt es dem jeweiligen Plangeber, die **Ansiedlung von Windenergieanlagen** im Außenbereich durch Nutzung des Planvorbehalts i. S. v. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB **planerisch zu steuern**. 14

### III. Übersicht über die nachfolgenden Kapitel

Dieser Teil des Handbuchs beschäftigt sich nachfolgend mit dem Instrument des Planvorbehalts und seinen mitunter **schwierigen Anforderungen** an die Aufstellung entsprechender Raumordnungspläne und Flächennutzungspläne. Die hohen Anforderungen sind dabei vor allem der **Rspr.** geschuldet, die in den letzten Jahren **in einem stetigen Wandel** begriffen war. Allmählich zeigen sich die Konturen der Anforderungen an den Planvorbehalt, wobei einzelne Fragen noch nicht höchstrichterlich geklärt sind. 15

Die **Kapitel des 1. Teils** sollen einen Überblick über diese Voraussetzungen der planerische Steuerung von Windenergieanlagen geben und darstellen, wie der Planvorbehalt möglichst rechtssicher umgesetzt werden kann. 16

Dabei werden im **2. Kapitel** zunächst die materiell-rechtlichen Anforderungen an den Planvorbehalt erläutert, wie sie **gleichermaßen für Raumordnungspläne und Flächennutzungspläne** gelten. 17

Anschließend wird im **3. Kapitel** auf die besonderen Voraussetzungen für die **Raumordnungspläne** eingegangen (synonym wird im Handbuch nachfolgend auch der Begriff „**Regionalplan**“ benutzt). 18

Im **4. Kapitel** wird das Verhältnis der Regionalplanung zur Bauleitplanung beleuchtet. 19

Das **5. Kapitel** beschäftigt sich mit den besonderen Anforderungen an die Aufstellung von **Flächennutzungsplänen**. 20

In diesem Zusammenhang bleibt darauf hinzuweisen, dass sich das Handbuch vorliegend auf die planerische Steuerung von Windenergieanlagen durch den Planvorbehalt konzentriert. Das Handbuch geht nicht ein auf die „einfache“ Steuerung von Windenergieanlagen durch **Regionalpläne oder Flächennutzungspläne ohne Ausschlusswirkung**, d. h. ohne Verbot, die Anlagen an anderer Stelle des Plangebiets zu errichten. Der Grund liegt darin, dass hierfür die allgemeinen Anforderungen des Planungsrechts gelten, die hier nicht gesondert dargestellt werden sollen. 21

Im **6. Kapitel** wird die Steuerung von Windenergieanlagen durch **Bebauungspläne**, im **7. Kapitel** das **Repowering** und im **8. Kapitel** das Thema der **Planentschädigungsansprüche** behandelt. 22

## 2. Kapitel Der Planvorbehalt

### I. Der Planvorbehalt i. S. v. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

- 23** Der Planvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB regelt für die planerische Steuerung von Windenergieanlagen Folgendes:
- „**Öffentliche Belange** stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 (*Anmerkung: also auch Windenergieanlagen i. S. v. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB*) **in der Regel auch dann entgegen**, soweit hierfür durch Darstellungen im **Flächennutzungsplan** oder als **Ziele der Raumordnung** eine **Ausweisung an anderer Stelle** erfolgt ist.“
- 24** Der Planvorbehalt schafft die **Möglichkeit der planerischen Steuerung** von Windenergieanlagen. Der Plangeber ist aber nicht verpflichtet, hiervon Gebrauch zu machen.<sup>6</sup>
- 25** Soweit der jeweilige Plangeber von dem Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Gebrauch macht, können einem Vorhaben im Genehmigungsverfahren öffentliche Belange i. S. v. § 35 Abs. 1 und 3 BauGB entgegenstehen. Dann ist das Vorhaben nach § 35 Abs. 1 und 3 BauGB unzulässig, wenn ihm ein **Ziel der Raumordnung** oder eine **Darstellung im Flächennutzungsplan** entgegensteht *und in diesen Plänen zugleich* an anderer Stelle Flächen ausgewiesen worden sind, auf denen die Windenergienutzung zulässig ist. Der Planvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB schafft insoweit eine **eigenständige Zulassungshürde** in Genehmigungsverfahren für Außenbereichsvorhaben.<sup>7</sup>
- 26** Der Planvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stellt die Privilegierung der Windenergie nicht in Frage, sondern schränkt die Zulässigkeit solcher Vorhaben auf **bestimmte Bereiche und Zonen** ein.<sup>8</sup>
- 27** Bedient sich der Plangeber des Planvorbehalts des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, kommt dies einer **planerischen Kontingentierung** gleich. Der Planvorbehalt verfolgt dabei das Konzept, eine positive Ausweisung von Zonen für die Windenergie mit der Ausschlusswirkung für den übrigen Planungsraum zu kombinieren.<sup>9</sup>
- 28** Diese **negative und positive Komponente** bei der Festlegung im Regionalplan oder der Darstellung im Flächennutzungsplan bedingen einander.<sup>10</sup> Der Planvorbehalt entfaltet seine Wirkung aber nur dann, wenn der Plangeber zum einen – als **positive Komponente** – Gebiete ausweist, in denen die Windenergienutzung – grundsätzlich – zulässig ist. Öffentliche Be-

<sup>6</sup> Gatz, Rn. 31.

<sup>7</sup> BVerwG, Urteil vom 20.5.2010, Az. 4 C 7/09, Rn. 12.

<sup>8</sup> Roeser, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 35, Rn. 93.

<sup>9</sup> Ausschussbericht vom 19.6.1996, BT-Drs. 13/4978.

<sup>10</sup> BVerwG, Urteil vom 21.10.2004, Az. 4 C 2/04, Rn. 13.

lange i. S. v. § 35 Abs. 3 BauGB können dem Vorhaben innerhalb dieser Gebiete im Genehmigungsverfahren grundsätzlich nicht mehr entgegen gehalten werden.<sup>11</sup> Zum anderen müssen – als **negative Komponente** – Gebiete bestimmt werden, in denen die Windenergienutzung ausgeschlossen ist.

Beide Komponenten sind notwendig, um zu rechtfertigen, dass die **Privilegierung** für einen Teil des Außenbereichs **aufgehoben** wird. Die Ausschlusswirkung des Planvorbehalts für bestimmte Gebiete besteht nur dann, wenn zugleich auch andere Gebiete ausgewiesen werden, in denen die Windenergienutzung **konzentriert** wird und sich dort auch gegen andere konkurrierende Nutzungen durchsetzen kann.<sup>12</sup> 29

Hieraus ergeben sich inhaltliche Anforderungen an eine solche **Konzentrationsplanung**, mit der die positive und negative Gebietszuteilung vorgenommen wird. Diese inhaltlichen Anforderungen – in der Praxis auch als „**Tabuzonen-Planung**“ bezeichnet – werden nachfolgend in Abschnitt II. näher dargestellt. 30

Eine rein negativ gesinnte Konzentrationszonenplanung im Sinne einer „**Feigenblatt**“-**Planung**, die hauptsächlich auf eine **Verhinderungsplanung** zielt, ist unzulässig.<sup>13</sup> Dies folgt schon daraus, dass sich für die Ausschlusswirkung des Planvorbehalts – wie bereits erwähnt – positive und negative Komponenten einander bedingen. Deshalb müssen sie in einem gewissen angemessenen Verhältnis zueinander stehen und der Windenergie in den – positiven – Konzentrationszonen **in substantieller Weise Raum verschaffen**.<sup>14</sup> 31

Die Ausschlusswirkung des Planvorbehalts steht einem Vorhaben der Windenergienutzung nicht zwingend, sondern nach dem Wortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB „**in der Regel**“ entgegen. Damit bestimmt der Planvorbehalt einen Ausnahmenvorbehalt, der die Abweichung von der Ausschlusswirkung in atypischen Einzelfällen zugunsten des Eigentümers zulässt.<sup>15</sup> Solche atypischen Einzelfälle können bei unverhältnismäßigen Beschränkungen des Grundstückseigentümers vorliegen, setzen aber voraus, dass die Grundzüge der Planung gewahrt werden.<sup>16</sup> 32

11 Münkler, NVwZ 2014, 1482, 1483.

12 BVerwG, Urteil vom 20.5.2010, Az. 4 C 7/09, Rn. 46.

13 Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 35, Rn. 116; vgl. auch Sydow, NVwZ 2010, 1534, 1535.

14 Vgl. nur BVerwG, Urteil vom 24.1.2008, Az. 4 CN 2/07, Rn. 11.

15 Roeser, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 35, Rn. 93b; Gierke, in: Brügelmann, BauGB, § 35, Rn. 107b.

16 BVerwG, Urteil vom 17.12.2002, Az. 4 C 15/01, Rn. 48.

## II. Schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept

- 33** Das BVerwG betont in ständiger Rspr. immer wieder, dass der **Planvorbehalt** nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB insbesondere seine **Ausschlusswirkung** nur dann entfalten kann, wenn dem Raumordnungsplan – in der Regel handelt es sich hierbei um einen Regionalplan i. S. v. § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ROG<sup>17</sup> – oder dem Flächennutzungsplan ein **schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept**<sup>18</sup> zu Grunde liegt, das sich auf den **gesamten Außenbereich** erstreckt<sup>19</sup> und den allgemeinen Anforderungen des planungsrechtlichen **Abwägungsgebots** gerecht wird.

### 1. Geltung für Regionalpläne und Flächennutzungspläne

- 34** Grundsätzlich gelten die inhaltlichen **Anforderungen** des schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzepts **gleichermaßen** für die **Regionalplanung** und die **Flächennutzungsplanung**.<sup>20</sup> Für beide Planungsebenen gelten letztlich dieselben Maßstäbe für die ordnungsgemäße planerische Abwägung. Die neuere Rspr. geht dabei ganz allgemein auf die Bedeutung des schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzepts für die Ausschlusswirkung ein und fordert dies von Regionalplänen<sup>21</sup> wie auch von Flächennutzungsplänen<sup>22</sup>, die die Wirkung des Planvorbehalts gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen sollen.
- 35** Aus diesem Grund wird dieses von der Rspr. entwickelte **schlüssige gesamträumliche Planungskonzept** in dem vorliegenden Handbuch „vor die Klammer“ gezogen und einheitlich für die Regionalplanung und die Flächennutzungsplanung erläutert. Die hier behandelten Anforderungen gelten daher für die Regionalplanung wie auch für die Flächennutzungsplanung. Deren jeweiligen Besonderheiten, die sich bei der Umsetzung des Planvorbehalts ergeben, werden in den nachfolgenden Kapiteln gesondert behandelt.

### 2. Struktur der positiven und negativen Flächenausweisung

- 36** Der Plangeber muss in seinem Planungskonzept für den Flächennutzungsplan nicht nur darlegen können, von welchen positiven Erwägungen die

<sup>17</sup> Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 35, Rn. 111.

<sup>18</sup> BVerwG, Urteil vom 17.12.2002, Az. 4 C 15/01, Rn. 36, für den Flächennutzungsplan, unter Verweis auf den Ausschussbericht vom 19.6.1996, BT-Drs. 13/4978, S. 13; Urteil vom 13.3.2003, Az. 4 C 4/02, Rn. 15, für den Regionalplan; Urteil vom 21.10.2004, Az. 4 C 2/04, Rn. 18; Urteil vom 24.1.2008, Az. 4 CN 2/07, Rn. 11; Beschluss vom 23.7.2008, Az. 4 B 20/08, Rn. 9; Beschluss vom 15.9.2009, Az. 4 BN 25/09, Rn. 8; Urteil vom 13.12.2012, Az. 4 CN 1/11, Rn. 9; Urteil vom 11.4.2013, Az. 4 CN 2/12, Rn. 5.

<sup>19</sup> So für die Flächennutzungsplanung ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 17.12.2002, Az. 4 C 15/01, Rn. 36; Beschluss vom 15.9.2009, Az. 4 BN 25/09, Rn. 8; Urteil vom 13.12.2012, Az. 4 CN 1/11, Rn. 9.

<sup>20</sup> Vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 35, Rn. 127.

<sup>21</sup> BVerwG, Urteil vom 11.4.2013, Az. 4 CN 2/12, Rn. 5 (Regionalplan Westsachsen).

<sup>22</sup> BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, Az. 4 CN 1/11 (Teil-Flächennutzungsplan Wustermark).

**positive Standortausweisung** getragen ist, sondern auch, welche Gründe es rechtfertigt, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten.<sup>23</sup> Grundsätzlich muss der gesamte Planungsraum in **Konzentrationszonen** und **Ausschlusszonen** aufgeteilt werden.

Nichts anderes gilt grundsätzlich auch für den **Regionalplan** und dessen Planungsraum, da sich die Negativwirkungen nur bei gleichzeitigen Positivwirkungen an anderen Standorten rechtfertigen lassen.<sup>24</sup> **37**

Allerdings gilt in der Regionalplanung die **Besonderheit**, dass die Ausschlusswirkung des Planvorbehalts nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auch dann greift, wenn der Plangeber Positiv- und Negativflächen ausgewiesen hat und daneben „**weiße Flächen**“ übrig lässt, bei denen es an einer raumordnerischen Entscheidung des Trägers der Raumordnung fehlt und die einer Entscheidung auf der untergeordneten Planungsebene überlassen bleiben. **38**

Soweit durch die Ausweisung von Positivflächen der Windenergie substantiell Raum verschafft wird, gilt die Ausschlusswirkung von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auch dann, wenn solche „**weiße Flächen**“ bestehen, wobei sich die **Ausschlusswirkung nur auf die Ausschlusszonen**, nicht aber auch auf die „**weißen Flächen**“ bezieht.<sup>25</sup> Insoweit unterscheiden sich die Anforderungen an das schlüssige gesamträumliche Gesamtkonzepts in diesem Punkt von der Flächennutzungsplanung. **39**

Die Prüfung durch den Plangeber, ob und inwieweit Teile des Planungsraums als **Standorte für die Windenergienutzung ausscheiden**, muss Hand in Hand gehen mit der positiven Ausweisung von Konzentrationszonen für die Windenergie an anderer Stelle. Die öffentlichen Belange, die für den negativen Ausschluss sprechen, sind mit dem Anliegen, die grundsätzlich privilegierte Windenergienutzung an geeigneten Standorten zuzulassen, nach den Abwägungsgrundsätzen gemäß § 1 Abs. 6 und 7 BauGB abzuwägen. Die negativen Ausweisungen müssen sich ebenso wie die positiven Regelungen zugunsten der Windenergie aus den **konkreten örtlichen Gegebenheiten** nachvollziehbar herleiten lassen.<sup>26</sup> **40**

In diesem Zusammenhang muss der Plangeber berücksichtigen, dass nicht beliebige Gründe einen Ausschluss der Windenergie rechtfertigen. Die **negative Ausschlusswirkung**, die zugleich mit der positiven Zuweisung von Standorten erfolgt, muss durch **städtebauliche Gründe** gerechtfertigt sein. Das BVerwG betont dabei, dass der Plangeber mit der Planung **keine** **41**

23 BVerwG, Urteil vom 17.12.2002, Az. 4 C 15/01, Rn. 36; Urteil 13.3.2003, Az. 4 C 4/02, Rn. 15.

24 BVerwG, Urteil 13.3.2003, Az. 4 C 4/02, Rn. 15.

25 BVerwG, Beschluss vom 28.11.2005, Az. 4 B 66/05, Rn. 7.

26 BVerwG, Urteil vom 17.12.2002, Az. 4 C 15/01, Rn. 36.

Windenergiepolitik betreiben darf, die den Wertungen des BauGB entgegensteht und darauf abzielt, die **Windenergienutzung** aus anderen – nicht-städtebaulichen – Gründen zu reglementieren oder sogar zu **unterbinden**.<sup>27</sup>

- 42 In diesem Zusammenhang regelt § 1 Abs. 6 BauGB, welche Belange den Ausschluss der Windenergie rechtfertigen können. Als solche Belange stellt sich der Gesetzgeber etwa den Fremdenverkehr, den Naturschutz und den Landschaftsschutz vor. Als Belange kommen ferner auch der Immissionsschutz oder der Schutz von Rohstoffvorkommen oder militärischen Einrichtungen in Betracht.<sup>28</sup>

### 3. Grundsätze der Konzentrationsflächenplanung

- 43 a) **Entwicklung der Rechtsprechung.** Das BVerwG hat erst in neuerer Zeit **zwingende Maßstäbe** für die planerische Steuerung durch den Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gesetzt.
- 44 aa) **Frühere Rechtsprechung.** Über einen längeren Zeitraum wurde **lediglich ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept** gefordert, ohne dass zwingend die einzelnen Arbeitsschritte bei der Suche der für die Windenergie in Frage kommenden Flächen festgelegt worden sind.
- 45 So hat das BVerwG in seinen **anfänglichen Entscheidungen** zum schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzept ab dem Jahr 2002 lediglich gefordert, dass sich die planerische Abwägung auf alle beachtlichen Belange hinsichtlich der Positivflächen wie auch der Negativflächen bezieht. Ein weiterer Maßstab war, dass der Plangeber keine Verhinderungsplanung oder eine darauf hinauslaufende „Feigenblatt“-Planung betreiben dürfe.<sup>29</sup>
- 46 Dies zeigt, dass das BVerwG zunächst **keine feste „Richtschnur“ für die planerische Abwägung** bei der Bestimmung von Konzentrationszonen vorgab. Dem Gericht schien offensichtlich bedeutsamer, dass der Windenergie am Ende substanziell Raum verschafft sein muss.
- 47 bb) **Erste Vorgaben für die Konzentrationszonen-Planung.** In zwei Entscheidungen des BVerwG aus dem Jahr 2008<sup>30</sup> ließen sich **erste Vorgaben für die Methoden** zur Erarbeitung des Auswahlkonzepts erkennen. So gab das Gericht zwar noch nicht vor, welche Methoden anzuwenden sind. Es betonte aber, dass das vom Plangeber gewählte methodische Vorgehen bei der Erarbeitung des Planungskonzepts umso mehr zu hinterfragen sei, je kleiner die Flächen für die Windenergienutzung seien.<sup>31</sup>

27 BVerwG, Urteil vom 17.12.2002, Az. 4 C 15/01, Rn. 37.

28 Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.12.2002, Az. 4 C 15/01, Rn. 37.

29 BVerwG, Urteil vom 13.3.2003, Az. 4 C 4/02, Rn. 15; Urteil vom 21.10.2004, Az. 4 C 2/04, Rn. 13.

30 BVerwG, Urteil vom 24.1.2008, Az. 4 CN 2/07; Beschluss vom 23.7.2008, Az. 4 B 20/08.

31 BVerwG, Urteil vom 24.1.2008, Az. 4 CN 2/07, Rn. 15.



In einer weiteren Entscheidung aus demselben Jahr betonte das Gericht, für das Planungskonzept sei zunächst das Tatsachenmaterial zu ermitteln, das in die Abwägung einzustellen sei. Nicht zu beanstanden sei, das Plangebiet nach allgemeinen Kriterien untersuchen zu lassen und auf dieser Grundlage ein **Auswahlkonzept** zu entwickeln, das auf sachlich nachvollziehbaren Auswahlkriterien beruhe. Dabei müsse der Plangeber alle potentiell für die Windenergienutzung geeigneten Bereiche im Blick behalten. Es gelte dabei ein „**Grundsatz der Abwägungs- und Ergebnisoffenheit**“.<sup>32</sup> 48

Diese Offenheit mit Blick auf die Anforderungen des Planungskonzepts änderte sich im Jahr 2009. Das BVerwG vertiefte in seinem Beschluss vom 15. September 2009<sup>33</sup> die dogmatischen Überlegungen, wie die **Konzentrationsflächen** im Rahmen der planerischen Abwägung am besten zu bestimmen sind. 49

So führte das BVerwG zunächst aus, die vorgerichtliche Instanz sei zutreffend davon ausgegangen, dass die Ausarbeitung des Planungskonzepts auf der „Ebene des Abwägungsvorgangs“ angesiedelt sei. Zugleich stellte es fest, dass sich die **Ausarbeitung des Planungskonzepts abschnittsweise** vollzieht, ohne dass es deutlich machte, dass diese Methode zwingend anzuwenden ist. Das Gericht legte in dieser Entscheidung den „**Grundstein**“ für das aktuelle **Konzept der Tabuzonen**, das nachfolgend noch näher behandelt wird. 50

cc) **Aktuelle Rechtsprechung.** Die **Tabuzonen-Planung**, die im Beschluss vom 15. September 2009 noch als eine unter mehreren denkbaren Methoden für zulässig erachtet wurde, hat das BVerwG schließlich in zwei aktuellen Entscheidungen aus dem Jahr 2012 und 2013 als **verbindliches Planungskonzept** festgeschrieben. 51

So entschied es in seinem Urteil vom 13. Dezember 2012 zum **Flächennutzungsplan** der brandenburgischen Gemeinde **Wustermark**, dass das Planungskonzept, wie es in der Entscheidung vom 15. September 2009 noch als eine der zulässigen Planungsmethoden anerkannt wurde, nunmehr zwingend Anwendung finden muss.<sup>34</sup> 52

Dabei kam das BVerwG erstmals zu dem Ergebnis, dass die Anwendung dieser Methode deshalb verbindlich sei, weil **zwingend zwischen harten und weichen Tabuzonen unterschieden** werden müsse. Der Grund liege darin, dass beide Tabuzonen unterschiedlichen planungsrechtlichen Regimen unterliegen würden und die Unterscheidung daher rechtlich geboten 53

32 BVerwG, Beschluss vom 23.7.2008, Az. 4 B 20/08, Rn. 9.

33 BVerwG, Urteil vom 15.9.2009, Az. 4 BN 25/09, Rn. 8.

34 BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, Az. 4 CN 1/11, Rn. 9.

sei. Dies müsse dem Plangeber nicht nur deutlich sein. Der Unterschied müsse auch in den Planungsunterlagen verdeutlicht sein.

- 54 Nach dieser Rechtsprechung handelt es sich bei **harten Tabuzonen** um Flächen, auf denen die Windenergienutzung in jedem Fall **aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen** ausgeschlossen ist. In harten Tabuzonen würde sich eine Ausweisung von Positivflächen somit als **vollzugsunfähige Planung** darstellen, die nach § 1 Abs. 3 BauGB zur Unwirksamkeit des Plans<sup>35</sup> führen würde. Die Flächen der harten Tabuzonen sind damit der planerischen Abwägung i. S. v. § 1 Abs. 6 und 7 BauGB oder nach § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG entzogen. Um die Vollzugsunfähigkeit zu vermeiden, muss der Plangeber solche Flächen nach § 1 Abs. 3 BauGB als harte Tabuzonen für die Windenergienutzung sperren.
- 55 Die **weichen Tabuzonen** sind dagegen grundsätzlich der planerischen Abwägung zugänglich und dürfen – im Gegensatz zu den danach übrig bleibenden Potenzialflächen – **anhand einheitlicher Kriterien des Plangebers** ermittelt und vorab ausgeschieden werden. Es handelt sich hierbei um eine pauschalierende planerische Abwägung gemäß § 1 Abs. 6 und 7 BauGB oder nach § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG. Der Plangeber kann im Planungskonzept solche weichen Tabuzonen als Ergebnis einer pauschalierenden und generalisierenden planerischen Abwägung festlegen.
- 56 Dabei sind diese Flächen letztlich disponibel, vor allem dann, wenn das Ergebnis der Abwägung deutlich macht, so das Gericht, dass der Windenergienutzung noch nicht **substanziell Raum verschafft** ist. In diesem Fall ist das Auswahlkonzept hinsichtlich der „allgemeinen Kriterien“ des Plangebers und gegebenenfalls die Abwägungen der Einzelbelange auf den Potenzialflächen anzupassen, so dass mehr Positivflächen für die Windenergie übrig bleiben und der Windenergie substantiell Raum verschafft wird.<sup>36</sup>
- 57 Der Plangeber muss die **allgemeinen Kriterien** für die Bestimmung der weichen Tabuzonen rechtfertigen. Er muss seine Erwägungen hierzu **offenlegen** und damit zeigen können, dass ihm selbst bewusst ist, dass es sich dabei nicht um zwingende rechtliche Vorgaben, sondern um eine eigene Festlegung solcher grundsätzlichen Kriterien auf Grundlage der planerischen Abwägung handelt.<sup>37</sup>
- 58 Das BVerwG hat diese Vorgaben für die **Flächennutzungsplanung** in einer weiteren Entscheidung auch auf die **Regionalplanung** erstreckt.<sup>38</sup>

35 Im Fall des Flächennutzungsplans gemäß § 1 Abs. 3 BauGB, im Fall der Regionalplanung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 ROG.

36 BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, Az. 4 CN 1/11, Rn. 12.

37 BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, Az. 4 CN 1/11, Rn. 13.

38 BVerwG, Urteil vom 11.4.2013, Az. 4 CN 2/12, Rn. 6.

b) **Geltung für alte Planungen.** Das BVerwG hat dieses von ihm entwickelte Planungskonzept, das nunmehr zwingend gilt, auf **alte Pläne aus der Zeit vor dieser Rspr.** angewendet – was zunächst deswegen unbillig erscheint, weil die Plangeber die spätere Rspr. des BVerwG bei Aufstellung ihrer Pläne noch nicht kannten. 59

Nach der Begründung des Gerichts ist zwischen den beiden Tabuzonen zu unterscheiden, weil sich diese Unterscheidung dogmatisch aus dem Gegensatz der Anforderung der Vollzugsfähigkeit nach § 1 Abs. 3 BauGB und dem planerischen Abwägungsgebot aus § 1 Abs. 6 und 7 BauGB ergibt. Beide Vorschriften galten jedoch schon **vor Aufstellung** der betroffenen **Pläne**. 60

Es handelt sich somit rechtlich gesehen nicht um eine gesetzliche Neuregelung, sondern um eine **Rechtsauslegung durch die Gerichte**, die auch für ältere Pläne gilt.<sup>39</sup> 61

Allerdings kam auch das BVerwG in seinen Entscheidungen zwischen 2003 und 2012 selbst nicht auf den Gedanken, dass die Tabuzonen-Planung wegen der rechtlichen Vorgaben aus § 1 Abs. 3 sowie Abs. 6 und 7 BauGB bzw. den entsprechenden raumordnungsrechtlichen Bestimmungen zwingend angewendet werden muss. Daher scheint es misslich, dass diese neuen Anforderungen auch für die alten Planungen gelten. Dies ändert jedoch nichts an ihrer Geltung auch für ältere Planungen. 62

#### 4. „Subtraktionsmethode“

Das BVerwG geht nunmehr in ständiger Rspr. davon aus, dass die folgenden **Verfahrensschritte der Tabuzonen-Planung** durch den Plangeber zwingend eingehalten werden müssen, damit es sich um das für den Planvorbehalt erforderliche „schlüssige gesamträumliche Planungskonzept“ handelt.<sup>40</sup> 63

Dieses planerische Vorgehen wird von Gatz als „**Subtraktionsmethode**“<sup>41</sup> bezeichnet, weil der Plangeber von der Fläche des gesamten Plangebiets in verschiedenen Schritten Flächen herausnimmt, bis die positiven Flächen für die Konzentration der Windenergienutzung übrig bleiben. 64

39 OVG Weimar, Urteil vom 08.4.2014, Az. 1 N 676/12, Rn. 85.

40 BVerwG, Urteil vom 17.12.2002, Az. 4 C 15/01, Rn. 36, für den Flächennutzungsplan, unter Verweis auf den Bundestags-Ausschussbericht vom 19.6.1996, BT-Drs. 13/4978, S. 13, Urteil vom 13.3.2003, Az. 4 C 4/02, Rn. 15, für den Regionalplan; Urteil vom 21.10.2004, Az. 4 C 2/04, Rn. 18; Urteil vom 24.1.2008, Az. 4 CN 2/07, Rn. 11; Beschluss vom 23.7.2008, Az. 4 B 20/08, Rn. 9, Beschluss vom 15.9.2009, Az. 4 BN 25/09, Rn. 8, Urteil vom 13.12.2012, Az. 4 CN 1/11, Rn. 9, Urteil vom 11.4.2013, Az. 4 CN 2/12, Rn. 5.

41 Gatz, Rn. 70, 87.