



# Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung

Drei Vorschläge zur Diskussion





# Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung

Drei Vorschläge zur Diskussion

Gefördert durch:



Bundesministerium  
für Wirtschaft  
und Energie



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages

# Inhalt

Vorwort.....	3
1 Zusammenfassung.....	4
2 Einführung.....	5
2.1 Die Privilegierung der Windenergie im Außenbereich.....	5
2.2 Die Steuerung der Windenergie im Außenbereich (Konzentrationszonenplanung).....	6
2.3 Die Anforderungen der Rechtsprechung an die Steuerung der Windenergie.....	7
2.4 Folgen der nicht funktionierenden Konzentrationszonenplanung.....	8
3 Vorschläge für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung .....	9
3.1 Vorschlag 1: Robuste Planung und Planungskorridor.....	9
3.1.1 Einführung.....	9
3.1.2 Mögliche Formulierung.....	10
3.1.3 Begründung.....	10
3.2 Vorschlag 2: Sicherung praktikabler Anforderungen an die Planungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.....	13
3.2.1 Anlass und Zielsetzung der Überlegungen.....	13
3.2.2 Zu den Ursachen der Probleme .....	15
3.2.3 Welche Möglichkeiten bestehen zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit? .....	16
3.3 Vorschlag 3: Aufhebung des Beweismittlungsverbots im Rahmen des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB oder: Über die Notwendigkeit, den Willen des Gesetzgebers hinsichtlich der Unbeachtlichkeit von Fehlern im Abwägungsvorgang, die auf das Abwägungsergebnis ohne Einfluss gewesen sind, auch mittels Beweiserhebung vor Gericht durchzusetzen.....	18
3.3.1 Die Regelung der Unbeachtlichkeit bestimmter Fehler in § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB .....	18
3.3.2 Der Stand der Praxis .....	19
3.3.3 Das Beweismittlungsverbot.....	19
3.3.4 Der Gesetzgeber sollte den § 214 Abs. 3 BauGB neu fassen .....	20
Impressum.....	21

# Vorwort

Der Gesetzgeber hat die Steuerungsmöglichkeit der Windenergie im Außenbereich – die sog. Konzentrationszonenplanung – zeitgleich mit der Privilegierung der Windenergie im Jahr 1996 in das Baugesetzbuch (BauGB) aufgenommen. Die Konzentrationszonenplanung erlaubt es den Planungsträgern, die Windenergie an konfliktarmen Standorten zu bündeln und den restlichen Außenbereich von der Nutzung freizuhalten. Diese Steuerungsmöglichkeit war von Beginn an als Begrenzung der Privilegierung konzipiert. Dabei ist das Instrument flexibel und ermöglicht den regionalen wie auch kommunalen Planungsträgern, bei der Ausweisung von Konzentrationszonen die Entwicklung des Planungsgebiets – etwa im Hinblick auf Siedlungsstruktur, weitere geplante Vorhaben, Belange der Umwelt und des Landschaftsschutzes – zu berücksichtigen.

Ungeachtet dessen entfaltet die Möglichkeit der Konzentrationszonenplanung nicht die ihr zugeordnete Wirkung. Ein Großteil der Pläne scheitert aufgrund der von der Rechtsprechung entwickelten hohen Anforderungen vor Gericht. Dies gilt auch für Pläne, die mit großem finanziellem und personellem Aufwand und beachtlicher Sachkenntnis aufgestellt worden sind.

Die nicht greifende Konzentrationszonenplanung hemmt den Ausbau der Windenergie aus mehreren Gründen. Zunächst besteht nach Wegfall der Steuerung die Gefahr einer ungeordneten Nutzung des gesamten Außenbereichs. Der Ruf nach festen Abständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung dürfte zumindest in Teilen darauf zurückzuführen sein. Aber auch für die Anlagenbetreiber ist die Projektierung in Gebieten ohne Konzentrationszonenplanung mit mehr Aufwand verbunden. Darüber hinaus haben mittlerweile zwei Bundesländer Windenergie-Moratorien verhängt, um einem Planungsvakuum im Fall von unwirksamen Plänen vorzubeugen.

Auch ein möglicher Pauschalabstand zur Wohnbebauung lässt die Notwendigkeit einer handhabbaren Steuerung der Windenergie nicht obsolet werden. Für die verbleibenden Flächen bleibt das Bedürfnis für eine Konzentrationszonenplanung bestehen.

Die FA Wind veröffentlicht im vorliegenden Papier drei Überlegungen, wie durch ein gesetzgeberisches Tätigwerden die Konzentrationszonenplanung wieder handhabbar und gleichzeitig rechtssicher gemacht werden könnte. Die Vorschläge sind als Diskussionsgrundlage gedacht, die aufgenommen, weiter entwickelt und auch mit anderen Ansätzen für einen nachhaltigen und verlässlichen Ausbau der Windenergie kombiniert werden können.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre!

Ihre



Dr. Antje Wagenknecht



Dr. Antje Wagenknecht  
ist Geschäftsführerin  
der Fachagentur Wind-  
energie an Land.

# 1 Zusammenfassung

- Mit der Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hat der Gesetzgeber ein Instrument geschaffen, mit dem die Windenergienutzung grundsätzlich sinnvoll im Außenbereich gesteuert werden kann. Durch die Ausweisung von Konzentrationszonen können die Planungsträger sowohl auf Ebene der Regional- als auch auf Ebene der Flächennutzungsplanung die Windenergie an geeigneten und konfliktarmen Standorten bündeln und gleichzeitig die verbleibende Fläche im Außenbereich von dieser Nutzung frei halten. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit der Konzentrationszonenplanung von Anfang an als Relativierung der Privilegierung verstanden und beides zeitgleich in das BauGB aufgenommen.
  - Die Rechtsprechung stellt ausgesprochen hohe Anforderungen an die Konzentrationszonenplanung. Dies führt zunächst zu einem erheblichen Planungsaufwand. Darüber hinaus hat das Gros der Pläne aufgrund von Fehlern im Planungsvorgang rechtlich keinen Bestand. Dies hat vielerorts eine uneingeschränkte Privilegierung der Windenergie im Außenbereich zur Folge, die so weder vom Gesetzgeber noch vom Großteil der Bevölkerung gewollt ist. Teilweise wird dem auf Landesebene mit sog. Moratorien begegnet, was den Ausbau merklich bremst. Daher ist zu erwägen, ob durch ein Tätigwerden des Gesetzgebers die Konzentrationszonenplanung wieder handhabbar und rechtssicher gemacht werden könnte.
  - Nach **Vorschlag 1 zur robusten Planung** ist ein Plan zur Ausweisung von Konzentrationszonen in erster Linie daran zu messen, ob er der Windenergie substanziell Raum verschafft. Dazu soll der Planungsträger zu Beginn der Planung den ungefähren Umfang der auszuweisenden Fläche als Planungsziel (sog. substanziell raumschaffender Korridor) sowie die Methodik zur Auffindung der Flächen selbst festlegen. Dabei muss der raumschaffende Korridor so dimensioniert sein, dass der Windenergie im beplanten Gebiet das Gewicht zukommt, das ihrer Privilegierung im Außenbereich entspricht. Diese selbstgesteckten Ziele des Planungsträgers muss der Plan erfüllen. Darüber hinaus gelten die allgemeinen Regeln für die Aufstellung von Bauleit- und Raumordnungsplänen. Die von der Rechtsprechung geforderte komplexe Methodik für die Ausweisung der Konzentrationszonen (Ausschluss von harten und weichen Tabuzonen sowie Auswahl der Flächen aus den verbleibenden Potentialflächen) soll ausdrücklich keine Anwendung mehr finden. Dadurch sollen die häufigsten Gründe für die Unwirksamkeit der Pläne ausgeschlossen werden.
  - **Vorschlag 2** zielt auf die **Sicherung praktikabler Anforderungen an die Planungen** im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB: Die Ausweisung von Flächen für die Windenergie richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Aufstellung der Bauleitpläne, ohne Verpflichtung zu einem Plankonzept für den gesamten Außenbereich mit Ermittlung harter Tabuzonen. Die Ausweisung von Flächen geschieht in einem Umfang, der die gesetzliche Privilegierung der Windenergienutzung berücksichtigt.
  - **Vorschlag 3 zur Aufhebung des Beweismittlungsverbots im Rahmen des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB** setzt an den Planerhaltungsvorschriften an. Hier soll durch eine Anpassung des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB das Beweismittlungsverbot aufgehoben werden. Bei Fehlern im Abwägungsprozess – insbesondere bei einer fehlerhaften Einordnung von Flächen als harte und weiche Tabuzonen – geht die Rechtsprechung geradezu formelhaft davon aus, dass die konkrete Möglichkeit einer anderen Entscheidung des Beschlussorgans über die letztendlich ausgewiesenen Konzentrationszonen nicht ausgeschlossen werden kann. Damit wird in vielen Fällen ein beachtlicher Fehler angenommen. Dem soll durch eine Anpassung des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB entgegengewirkt werden: Nach Aufhebung des Beweismittlungsverbots könnte der mögliche Einfluss von Fehlern auf das Abwägungsergebnis vom Gericht anhand der Sitzungsprotokolle, der Stimmverhältnisse bei der Abstimmung und anderer Mittel der Erkenntnis – auch durch Anhörung der Mitglieder – ermittelt werden. Im Ergebnis sollen nur solche Pläne für unwirksam erklärt werden, bei welchen die fehlerhafte Qualifizierung tatsächlich zu einem anderen als dem gewollten Abwägungsergebnis geführt hat.
-

# 2 Einführung

## 2.1 Die Privilegierung der Windenergie im Außenbereich

Die Privilegierung der Windenergie im Außenbereich hat der Bundesgesetzgeber im Jahr 1996 in das BauGB<sup>1</sup> mit aufgenommen.<sup>2</sup> Anlass für die Privilegierung war eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG), der zufolge Windenergieanlagen seinerzeit nicht zu den im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert zulässigen Vorhaben gehörten. Nach damaliger Rechtslage waren Windenergieanlagen deshalb im Außenbereich unzulässig; möglich war ihre Errichtung nur dann, wenn die Gemeinden zuvor einen entsprechenden Bebauungsplan aufgestellt hatten.<sup>3</sup> Ohne die Privilegierung wäre der Ausbau der Windenergie also lediglich auf Grundlage einer entsprechenden Bauleitplanung der Gemeinden möglich gewesen – mit der Folge, dass stets ein Tätigwerden der jeweiligen Kommune notwendig gewesen wäre.<sup>4</sup> Diese Situation würde wieder eintreten, würde die Windenergie im Außenbereich entprivilegiert werden.

Die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB hat zur Folge, dass die Anlagen dort zulässig sind, wenn ihnen kein öffentlicher Belang entgegensteht. Eine Liste beispielhafter Belange, die der Windenergie im Außenbereich entgegenstehen können, findet sich in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Genannt sind hier unter anderem schädliche Umwelteinwirkungen, Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Denkmalschutzes oder die natürliche Eigenart der Landschaft sowie das Orts- und Landschaftsbild, aber auch die Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen. Während sonstige, nicht privilegierte Vorhaben im Außenbereich bereits dann unzulässig sind, wenn sie öffentliche Belange beeinträchtigen, sind die privilegierten Vorhaben erst unzulässig, wenn ihnen öffentliche Belange entgegenstehen. Ob der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen öffentliche Belange entgegenstehen, ist im Wege der nachvollziehenden Abwägung zu ermitteln.<sup>5</sup>

Darüber hinaus sind privilegierte Vorhaben im Außenbereich unzulässig, wenn das Vorhaben gegen bestimmte gesetzliche Vorschriften – etwa das artenschutzrechtliche Tötungs- und Störungsverbot oder aber gegen Vorschriften zur Sicherheit des Luftverkehrs – verstoßen würde.

Der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB hat also nicht zur Folge, dass Windenergieanlagen im Außenbereich gänzlich unbegrenzt zulässig sind. Vielmehr findet die Zulässigkeit dort ihre Grenze, wo der Umsetzung des Vorhabens ein öffentlicher Belang entgegensteht oder wenn das Vorhaben gegen andere gesetzliche Vorgaben verstößt.

---

1 Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.11.2017, BGBl. I S. 3634.

2 Gesetz zur Änderung des BauGB v. 30.7.1996, BGBl. I S. 1189.

3 BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20.93.

4 Siehe dazu Söfker, in: FA Wind (Hrsg.), 20 Jahre Erfahrungen mit der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich, Berlin 2018, S. 6.

5 Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 35 Rn. 68–71.

## 2.2 Die Steuerung der Windenergie im Außenbereich (Konzentrationszonenplanung)

Zeitgleich mit der Regelung der Privilegierung der Windenergie im BauGB hat der Gesetzgeber den sog. Planvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als einen weiteren öffentlichen Belang in das BauGB aufgenommen und damit eine Steuerung der Windenergie im Außenbereich durch die Ausweisung von Konzentrationszonen ermöglicht.<sup>6</sup>

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sieht vor, dass

*»öffentliche Belange einem Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 2 bis 6 [hier: der Windenergie] in der Regel auch dann entgegen[stehen], soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.«*

Dies bedeutet, dass im Fall einer erfolgten Konzentrationszonenplanung (*»Ausweisung [hier: der Windenergie] an anderer Stelle«*) Windenergieanlagen grundsätzlich nur noch innerhalb dieser Konzentrationszonen zulässig sind. Auf der verbleibenden Fläche im Außenbereich stehen ihnen trotz Privilegierung in der Regel öffentliche Belange entgegen.

Die Privilegierung der Windenergie im Außenbereich war vom Gesetzgeber also nie als völlig restriktionslos konzipiert. Vielmehr sollte den Planungsträgern mit der Konzentrationszonenplanung von Anfang an ein Instrument an die Hand gegeben werden, mit dem eine Übernutzung des Außenbereichs verhindert und die Anlagen an den am wenigsten konfliktträchtigen Orte gebündelt werden können:

*»In den Regionen, die bereits jetzt schon einem hohen Antragsdruck für Windenergieanlagen ausgesetzt sind, bedarf es flankierend einer planerischen Steuerungsmöglichkeit, um den nach wie vor gebotenen Außenbereichsschutz zu gewährleisten und zugleich auch eine Bündelung von Anlagen (als »Windenergieparks«) zu ermöglichen. (...) Durch positive Standortzuweisungen an einer oder auch mehreren Stellen im Plangebiet erhalten die Regionalplanung und die Gemeinden die Möglichkeit, den übrigen Planungsraum von den durch den Gesetzgeber privilegierten Anlagen freizuhalten.«<sup>7</sup>*

Im Rahmen der Konzentrationszonenplanung kann die Windenergienutzung unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des jeweiligen Planungsraums gesteuert werden. Dabei kann der Planungsträger anhand städtebaulicher Vorgaben eigene Kriterien wie den Landschaftsschutz, den Fremdenverkehr oder auch den Anwohnerschutz entwickeln und in die Planung einfließen lassen.<sup>8</sup> Dadurch lässt sich beispielsweise auch über die Ausweisung von Konzentrationszonen ein größerer Anwohnerschutz durch bestimmte, für geboten gehaltene Abstände zur Wohnbebauung erreichen.

Gleichzeitig muss die Konzentrationszonenplanung aber immer auch sicherstellen, dass der Windenergie im jeweiligen Planungsgebiet so viel Raum gegeben wird, dass ihrer Privilegierung Rechnung getragen wird – der Windenergie muss substantiell Raum verschafft werden. Die im Planungsgebiet für die Windenergienutzung ausgewiesene Fläche darf nicht so gering sein, dass diese Nutzung faktisch verhindert wird (keine sog. Verhinderungsplanung).<sup>9</sup> Die Frage, wann der Windenergie substantiell Raum gegeben wird, lässt sich nicht an vorgegebenen Kriterien festmachen. Dazu sind unterschiedliche Bewertungsmodelle denkbar.<sup>10</sup>

---

6 Gesetz zur Änderung des BauGB v. 30.7.1996, BGBl. I S. 1189.

7 BT-Drs. 13/4978, S. 7.

8 Vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 135. EL September 2019, § 35 Rn. 124b.

9 BVerwG, Urt. v. 20.5.2010 – 4 C 7.09.

10 BVerwG, Urt. v. 20.5.2010 – 4 C 7.09; BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11.



## 2.3 Die Anforderungen der Rechtsprechung an die Steuerung der Windenergie

Die Möglichkeit der Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann die ihr ursprünglich vom Gesetzgeber zugedachte Funktion jedoch nicht (mehr) vollständig entfalten. Die Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Steuerung im Außenbereich stellt, sind durch die Planungspraxis kaum zu erfüllen. Folge dessen ist, dass zahlreiche Pläne sowohl auf Ebene der Regional- als auch auf Ebene der Flächennutzungsplanung aufgehoben werden.<sup>11</sup>

Nach Auffassung des BVerwG ist für eine wirksame Konzentrationszonenplanung ein Plankonzept für den gesamten Außenbereich erforderlich. Dieses Konzept muss der Plangeber schrittweise umsetzen und dabei den gesamten Außenbereich mit einbeziehen.

Zunächst sind die sog. harten Tabuzonen zu ermitteln. In diesen Bereichen ist die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen. Im Anschluss daran sind die sog. weichen Tabuzonen zu bestimmen. Auf diesen Flächen ist die Errichtung von Windenergieanlagen zwar grundsätzlich möglich; nach dem Willen des Plangebers aber von vornherein ausgeschlossen. Der Ausweisung weicher Tabuzonen liegt damit eine Abwägung zugrunde. Aus den danach verbleibenden Flächen, den sog. Potentialflächen, wählt der Plangeber nach Abwägungsgrundsätzen Standorte für Windenergieanlagen aus.<sup>12</sup>

Im Ergebnis muss die Konzentrationszonenplanung der Windenergie substanziell Raum verschaffen. Der Rechtsprechung des BVerwG lassen sich hierzu nur allgemeine Angaben entnehmen. Die Entscheidung darüber, ob ein Plankonzept ausreichend Positivflächen ausweist, hat das BVerwG den Tatsachengerichten vorbehalten.<sup>13</sup>

Neben den hohen Anforderungen an die Bekanntmachung der bevorstehenden öffentlichen Auslegung der Planentwürfe i.V.m. den bereits vorliegenden umweltbezogenen Informationen und an die Bekanntmachung der Pläne<sup>14</sup> stellt insbesondere die Abgrenzung von harten und weichen Tabuzonen eine häufige Fehlerquelle dar.<sup>15</sup>

Hintergrund dessen ist, dass die Bestimmung von Flächen, auf welchen die Windenergie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen ist, in vielen Fällen erst möglich ist, wenn die genauen Parameter einer Anlage – also der exakte Standort, der Anlagentyp und die Betriebsweise – feststehen. Endgültig festgelegt werden diese aber erst im Genehmigungsverfahren. Der Plangeber muss also bestimmte Fragestellungen antizipieren, welche erst später abschließend geklärt werden. Besonders deutlich tritt diese Problematik bei der Bemessung von zwingend einzuhaltenden Abständen zur Wohnbebauung zutage. Abstände, die auf Grundlage der Technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm)<sup>16</sup> zwingend sind, sind als harte Tabuzone zu qualifizieren. Obwohl die Rechtsprechung hier eine Typisierung zulässt, lassen sich diese Abstände ohne die Kenntnis der oben genannten Parameter aus planerischer Sicht nicht verlässlich ermitteln, da die Anlagendimension und der Standort die von der Anlage ausgehenden Lärmimmissionen massiv beeinflussen.<sup>17</sup> Als Alternative dazu werden die Abstände zugrunde gelegt, die sich aus der Vermeidung der sog. optisch bedrängen-

11 Zu den häufigsten Fehlerquellen Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – ein Update, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 37 v. 14.12.2018.

12 BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11.

13 BVerwG, Urt. v. 20.5.2010 – 4 C 7.09; BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11; zu den verschiedenen Modellen Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 135. EL September 2019, § 35 Rn. 124f.

14 Vgl. zuletzt OVG Münster, Urt. v. 9.9.2019 – 10 D 36/17.NE; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.5.2019 – 2 A 4.19 mit Anm. Endell, ZNER 2019, 490.

15 Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – ein Update, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 37 v. 14.12.2018; zu den Anforderungen im Rahmen der Regionalplanung bereits von Nicolai, Konsequenzen aus den neuen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts zur raumordnerischen Steuerung von Windenergieanlagen, ZUR 2004, 74; kritisch zum Konzept der harten und weichen Tabuzonen Tyczewski, BauR 2014, 934; OVG Münster, Urt. v. 22.9.2015 – 10 D 82.13.NE; Fricke, Fehlerhafte Ausweisung von »harten« Tabuzonen bei der Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen, NordÖR 2016, 353; Schmidt-Eichstaedt, Die harten und weichen Tabuzonen bei der Windenergieplanung und die Beachtlichkeit etwaiger Fehlzuordnungen, ZfBR 2019, 43.

16 Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) v. 26.8.1998, GMBI Nr. 26/1998 S. 503.

17 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.5.2019 – 2 A 4.19, Rn. 83, mit Anm. Endell, ZNER 2019, 490.

den Wirkung aus Gründen des Rücksichtnahmegebots ergeben.<sup>18</sup> Ob dies letztendlich ein gangbarer Weg ist, hat das BVerwG unbeantwortet gelassen.<sup>19</sup>

Im Hinblick auf die zutreffende Einordnung bestimmter geschützter Gebiete verlangt die Rechtsprechung eine tiefgreifende Prüfung auf mögliche Befreiungen und Ausnahmen, die so im Planungsverfahren schwer leistbar ist.<sup>20</sup> Auch hier ist die Fehleranfälligkeit groß. Zudem entwickelt sich die Rechtsprechung beständig weiter. Besonders deutlich wird dies an der Einordnung des Waldes in das Raster der Tabuzonen. So wurden Waldflächen zunächst den harten Tabuzonen, mit Hinweis auf die Weiterentwicklung der Technik mittlerweile aber übereinstimmend den weichen Tabuzonen zugeordnet.<sup>21</sup> Auch bei der Bewertung von Tierökologischen Abstandskriterien durchlief die Rechtsprechung einen Wandel.<sup>22</sup>

Zu diesen Erschwernissen kommt hinzu, dass die harten Tabuzonen für den gesamten Außenbereich ermittelt werden müssen, also auch dort, wo nach den Vorstellungen des Plangebers und meist auch der Unternehmen keine Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden sollen.

Diese Beispiele machen deutlich, dass eine rechtssichere Planung auf Grundlage des vom BVerwG vorgegebenen und von den Obergerichten der Länder übernommenen Anforderungen kaum möglich ist. Eine Klärung dieser Fragen durch das BVerwG im Rahmen eines Revisionsverfahrens ist nicht absehbar.<sup>23</sup>

## 2.4 Folgen der nicht funktionierenden Konzentrationszonenplanung

Eine nicht greifende Konzentrationszonenplanung wirkt sich in vielfacherer Weise negativ auf den weiteren Ausbau der Windenergie aus. Zunächst besteht nach Wegfall der Steuerung die Gefahr einer ungeordneten Nutzung der Fläche. Sowohl die Forderung nach einer Entprivilegierung als auch nach festen Abständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung dürfte auch darin begründet sein. Darüber hinaus wird die Planung als demokratisch legitimer Prozess zunehmend in Frage gestellt. Für Anlagenbetreiber wiederum ist eine Planung in Gebieten ohne eine Steuerung der Windenergienutzung mit höheren Unsicherheiten und damit mit Kostenrisiken behaftet. Die Folgen einer unbegrenzten Privilegierung fangen Schleswig-Holstein und zukünftig auch Brandenburg mit zeitlich befristeten Windenergie-Moratorien auf.<sup>24</sup> In beiden Ländern können immissionsschutzrechtliche Genehmigungen bis zum Inkrafttreten neuer Pläne nur im Ausnahmefall erteilt werden. In Schleswig-Holstein sind die Auswirkungen des seit Mitte 2015 geltenden Moratoriums auf den Windenergieausbau bereits deutlich spürbar.<sup>25</sup>

18 OVG Lüneburg, Urt. v. 25.4.2019 – 12 KN 226/17.

19 BVerwG, Beschl. v. 19.8.2019 – 4 BN 41.19.

20 Zu FFH-Gebieten siehe OVG Koblenz, Urt. v. 16.5.2013 – 1 C 11003/12; zu Landschaftsschutzgebieten vgl. OVG Münster, Urt. v. 6.3.2018 – 2 D 95/15.NE (einschränkend OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.9.2016 – 12 LA 145/15) sowie OVG Münster, Urt. v. 9.9.2019 – 10 D 36/17.NE.

21 So BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01; VGH Kassel, Urt. v. 17.3.2011 – 4 C 883/10.N; OVG Münster, Urt. v. 1.7.2013 – 2 D 46/12.NE.

22 Zunächst für eine Einstufung als harte Tabuzone OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.7.2018 – 2 A 2.16, Rn. 97; für die Einstufung als Restriktionskriterium OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.5.2019 – 2 A 4.19, Rn. 120.

23 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.8.2019 – 4 BN 41.19.

24 Gesetz zur Änderung des Landesplanungsgesetzes – Windenergieplanungssicherstellungsgesetz (WEPSG) – v. 22.5.2015, GVBl., S. 132; 1. Änderung des Gesetzes zur Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungsplanung v. 30.4.2019, GVBl. Teil 1 Nr. 11.

25 FA Wind, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes (Drs. 19/1347) und zum Begleittraktat zur Änderung des Landesplanungsgesetzes (Drs. 19/1374) v. 23.4.2019, S. 3f.

## 3 Vorschläge für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung

Im Folgenden werden drei Überlegungen aufgezeigt, die dazu führen sollen, die vom Gesetzgeber vorgesehene Steuerungsmöglichkeit der Windenergie im Außenbereich wieder handhabbar und rechtssicher zu machen.

### 3.1 Vorschlag 1: Robuste Planung und Planungskorridor<sup>26</sup>

*von Helmut von Nicolai, Justiziar der Energie- und Landesentwicklungsabteilung,  
Ministerium für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung Mecklenburg-Vorpommern*

#### 3.1.1 Einführung

Die Privilegierung der Windenergie hat sich bewährt, weil dadurch der Windenergienutzung grundsätzlich bundesweit substantiell Raum verschafft werden muss. Das ergibt sich aus dem bodenrechtlich relevanten Bezug einer Privilegierung (Art. 14 Grundgesetz (GG)<sup>27</sup>) und setzt dabei den umweltpolitischen Akzent der erforderlichen Ausweisung von entsprechenden Gebieten um (Art. 20a GG). Ohne die Erzeugung von erneuerbaren Energien durch die effektive Windenergienutzung sind die klimapolitischen Ziele (nach § 1 Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)<sup>28</sup>) nicht erreichbar. Allerdings sind die Anforderungen, die an die Flächenausweisung gestellt werden, so kompliziert geworden, dass Rechtssicherheit kaum mehr erreicht werden kann. Das hat bei der von der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen betroffenen Bevölkerung zu Unmut geführt, der sich mittlerweile in der Forderung nach Entprivilegierung der Windenergie Bahn bricht.

Der Gesetzgeber muss auf eine solche Entwicklung reagieren. Ein Gesetz, das von den es exekutierenden (teils ehrenamtlichen) Verwaltungsträgern (häufig bereits mit Unterstützung renommierter Anwaltskanzleien) nicht mehr ausgeführt werden kann, läuft ins Leere. Eine freie Privilegierung als Ergebnis der gerichtlichen Aufhebung eines Planes soll es jedoch grundsätzlich nicht mehr geben, da die spezielle, das Bauen begrenzende Ortsgebundenheit fehlt und es bei dem grundsätzlichen Schutz des Außenbereichs vor Bebauung verbleiben soll.<sup>29</sup> Es kann mithin nicht die Lösung sein, alles dem freien Lauf der Entwicklung zu überlassen.

Verfassungsrechtlich (Grundeigentum, Art. 14 GG) unabdingbar ist es, dass der Windenergie substantiell Raum verschafft wird. Dem will dieser Vorschlag mit Satz 2 Rechnung tragen.<sup>30</sup> Sodann soll mehr Rechtssicherheit herbeigeführt werden (Satz 3). Die Rechtsprechung hat in den letzten Jahren an die Planung neue Anforderungen gestellt, die die ganz überwiegende Mehrheit der bis dato vorhandenen Raumordnungs- sowie Flächennutzungspläne nicht erfüllt, was zum Aufheben derselben und dann teilweise zu flächendeckender Privilegierung geführt hat.

<sup>26</sup> Dieser Vorschlag ist Teil eines Gesamtkonzeptes, welches im Land Mecklenburg-Vorpommern erarbeitet wurde. Das Gesamtkonzept kann im Ministerium für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung angefordert werden.

<sup>27</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, BGBl. Teil III, Gliederungsnummer 100-1, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 15.11.2019, BGBl. I S. 1546.

<sup>28</sup> Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 21.7.2014, BGBl. I S. 1066, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 20.11.2019, BGBl. I S. 1719.

<sup>29</sup> Zur freien Privilegierung kommt es, wenn ein Plan aufgehoben worden ist. Es gibt Firmen, deren Geschäftsmodell es ist, sich in Standorte gegen den ausdrücklichen Willen des Plangebers und der Bevölkerung einzuklagen, was dann zu der eingangs aufgeschlüsselten Frustration bei der Bevölkerung und dem nachfolgenden Widerstand führt.

<sup>30</sup> Die Frage, ob der Landesgesetzgeber oder eine Landesregierung bestimmte Werte für die Planung vorgeben kann (»2 % der Fläche«), bleibt unerörtert, da es hier ausschließlich um den Schutzbereich von Art. 14 GG geht und Fragen von Art. 20a GG (Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen) mangels Grundrechtsfähigkeit nicht dargestellt werden.

Außerdem wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Planaufstellungsverfahren zu lange dauern (Satz 5 und 6). Wenn man davon ausgeht, dass ein Raumordnungsplan im Schnitt eine Gültigkeitsdauer von etwa zehn Jahren hat (§ 7 Abs. 8 ROG<sup>31</sup>), dann geraten Erstellungs- und Wirkzeitraum in ein Missverhältnis, wenn alleine die Aufstellung eines Teilregionalplans »Wind« acht Jahre dauert.

### 3.1.2 Mögliche Formulierung

§ 35 Abs. x BauGB enthält folgende neue Sätze:

»(Abs. x) <sup>1)</sup>Bei der Ausweisung der Windenergienutzung (...) gelten zusätzlich die Sätze 2 bis 7:

*<sup>2)</sup>Der zuständige Planungsträger hat dabei der privilegierten Nutzung substantiell Raum zu verschaffen; zu Beginn der Planung definiert der Planungsträger, was das in der konkreten Planung bedeutet (substantiell raumschaffender Korridor). <sup>3)</sup>Die Auffindung von Gebieten erfolgt ausschließlich nach § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG oder § 1 Abs. 7 [BauGB]. <sup>4)</sup>Der Planungsträger hat die Methodik zur Identifizierung geeigneter Gebiete zu Beginn des Planungsverfahrens festzulegen; eine spezielle Methodik zur Identifizierung der Gebiete kann dem Planungsträger nicht vorgeschrieben werden. <sup>5)</sup>Das Verfahren wird zügig durchgeführt und soll nicht mehr als drei Beteiligungen entsprechend § 9 ROG oder §§ 3, 4, 4a [BauGB] beinhalten; eine erneute Beteiligung ist nur erforderlich, wenn die Grundzüge der Planung durch die Änderung betroffen sind. <sup>6)</sup>Die Grundzüge der Planung sind betroffen, wenn der Planungsträger von dem von ihm definierten Korridor nach Satz 4, zweiter Halbsatz, abweicht. <sup>7)</sup>Die Notwendigkeit weiterer Beteiligungsverfahren ist nur ausnahmsweise zulässig und ist besonders zu begründen.«*

### 3.1.3 Begründung

§ 35 Abs. x BauGB ist inhaltlich komplett neu.

#### **Zu Satz 1:**

Dieser Satz verdeutlicht, dass dieser Absatz sich ausschließlich auf privilegierte Vorhaben der Windenergienutzung im Außenbereich nach Abs. 1 Nr. 5 bezieht.

#### **Zu Satz 2:**

Im zuständigen Bundestagsausschuss wurde 1996 zur Privilegierung der Windenergie die Frage diskutiert, wie einerseits eine Beliebigkeitsgrenze gezogen (Planvorbehalt) und andererseits verhindert werden kann, dass sich der Plangeber weigert, Flächen auszuweisen.<sup>32</sup> Als Ergebnis der Privilegierungsentscheidung muss es als Gebot aus Art. 14 GG zumindest an bestimmten Stellen des Plangebiets möglich sein, die privilegierte Nutzung ausüben zu können. Diese verfassungsrechtliche Anforderung ist von der Rechtsprechung des BVerwG in der Grundsatzentscheidung vom 17. Dezember 2002<sup>33</sup> aufgegriffen und in der Formel vom »substantiell Raum schaffen« zusammengefasst worden. Seither wird sie – unbeanstandet vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) – angewendet. Mit anderen Worten: Im Lichte von Art. 14 GG sind die verfassungsrechtlichen Belange gewahrt, wenn der Plangeber davon ausgeht, dass grundsätzlich jeder Grundeigentümer im Außenbereich Windenergieanlagen ansiedeln möchte (pauschale Einstellung dieser Annahme) und dafür substantiell Raum geschaffen wird. Wie viel Prozent des zur Verfügung stehenden Außenbereichs das sind, ist bislang nicht von der Rechtsprechung entschieden worden; eine solche Grenze lässt sich nicht abstrakt bestimmen.<sup>34</sup> Da die Privilegierung vom Gesetzgeber im Bauplanungsrecht vorgenommen worden ist, richtet sich also das Ausmaß dessen, was »substantiell Raum geben« bedeutet, ausschließlich am Maßstab von Art. 14 GG und nicht an energiepolitischen Zielsetzungen. Dabei ist zu bedenken, dass das BVerfG eine hohe Sozialbindung der nicht zu vermehrenden Rechtsgüter

31 Raumordnungsgesetz v. 22.12.2008, BGBl. I S. 2986, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 15 des Gesetzes vom 20.7.2017, BGBl. I S. 2808.

32 BT Drs. 13/4978, S. 7: »Demgegenüber reicht eine ausschließlich negativ wirkende ‚Verhinderungsplanung‘ einer Gemeinde ohne gleichzeitig positive Ausweisung eines der Windenergienutzung dienenden Standorts im Plangebiet grundsätzlich nicht.«

33 BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 3/02 und 4 C 4/02.

34 Vgl. jüngst BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3/18.

»Grund und Boden« annimmt. Dies bedeutet, dass der Plangeber im Lichte des Grundrechts zu ermitteln hat, wie viele Flächen er ausweisen muss, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht zu werden.

Zu Beginn der Planung muss der Planungsträger seine Absichten und Ziele festlegen (2. Halbsatz). Dabei hat er auch für sämtliche an dem Planungsprozess Beteiligte darzulegen, welches konkrete Planungsziel verfolgt wird (beispielsweise 2 % des Territoriums als für die Windenergienutzung geeignet festzulegen oder 5 % des Außenbereichs für den Sandabbau vorzusehen). Dies muss zu Beginn definiert werden und spielt in der weiteren Planung eine Rolle, weil daran gemessen wird, was erreicht werden muss und ob erneut eine Beteiligung erforderlich ist, weil die Grundzüge der Planung betroffen sind. Deshalb erfolgt eine Legaldefinition (»substantiell raumschaffender Korridor«), um Eindeutigkeit zu erwirken in Bezug auf die weiteren Planungsschritte.

### **Zu Satz 3:**

Der Satz ist zwar lediglich klarstellend, scheint aber dennoch erforderlich zu sein. Das BVerwG fordert in ständiger Rechtsprechung ein schlüssiges Plankonzept, dessen Anforderungen in der Vergangenheit allerdings erheblichen Wandlungen unterlagen, die für teilweise ehrenamtlich tätige Entscheidungsträger schwerlich vorseh- und umsetzbar scheinen, insbesondere aber Frustration bei als zu erheblich empfundenen Eingriffen in die kommunalen Selbstverwaltungsentscheidungen auslösen. Da die Planung ein äußerst komplexer und langwieriger Prozess ist, wirken sich stetige rechtsprechungsinduzierte Wandlungen des einzuhaltenden Rechts- und Planungsrahmens dergestalt aus, dass es in der Konsequenz zu einem Aufheben von fast sämtlichen bisher mit großem Fachverstand sowie erheblichem Verwaltungsaufwand erstellten Planungen führt. Die Möglichkeit, sich in Standorte »einzuklagen«, hat letztlich zu einer nachhaltigen Verärgerung in der betroffenen Bevölkerung geführt; Verlässlichkeit und Berechenbarkeit staatlicher/kommunaler Planungen ist ein hohes Gut. Hier greift die Regelung korrigierend ein, indem festgelegt wird, dass eine ausschließlich und nur den Anforderungen nach §§ 7 Abs. 2 Satz 1 ROG sowie 1 Abs. 4 BauGB genügende Planung den rechtlichen Anforderungen entspricht und darüber hinaus keine weiteren Anforderungen von der Rechtsprechung (als quasi Richterrecht) gestellt werden dürfen. Die Gewaltenteilung muss strikt eingehalten werden. Auch in anderen Fragen der Methodik, wie beispielsweise der Auswahl eines Verfahrens durch die Gemeinde, den nach § 1a BauGB erforderlichen naturschutzrechtlichen Ausgleich zu gestalten, hat die Rechtsprechung sich mit guten Gründen herausgehalten und den Gemeinden die Entscheidung überlassen.

### **Zu Satz 4:**

Die Rechtsprechung fordert ein schlüssiges Plankonzept.<sup>35</sup> Das ist gut und richtig; damit muss es jedoch sein Bewenden haben. Deshalb wird als Ausfluss von Satz 3 auch hier die Kreativität der Rechtsprechung begrenzt. Wichtig ist bei dem Plankonzept, dass es zunächst dargelegt wird, um dann zu sehen, ob es funktioniert, ob also im Ergebnis Art. 14 GG entsprechend ausreichend große Gebiete bzw. Flächen, die den Anforderungen aus Satz 4 entsprechen, etabliert werden können. Das Konzept legt der Planungsträger selbst fest. Höhere oder weitere Anforderungen darf die Rechtsprechung nicht stellen, weshalb dieser Satz ebenfalls als Begrenzung der Rechtsprechung zu verstehen ist. Es muss wieder möglich sein, dass kommunale Planungsträger eine rechtlich wirksame Flächenausweisung vornehmen; anderenfalls besteht die Gefahr, dass Art. 28 Abs. 2 GG leerläuft.

Diese Ausführungen gelten auch für den zweiten Satzteil, womit korrigierend die Rechtsprechung zurückgeführt wird, die weitere Anforderungen stellt, wie etwa die naturwissenschaftlich eben gerade nicht begründbare Unterscheidung zwischen harten und weichen Kriterien,<sup>36</sup> und den daraus folgenden nachgerade Wettstreit unter den Obergerichten, sich mit weiteren Anforderungen zu überbieten.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01.

<sup>36</sup> BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11; alles ist nämlich letztlich eine Frage der gesellschaftlichen Relevanz und nicht unverrückbar axiomatisch, wie »harte Tabukriterien« suggerieren.

<sup>37</sup> Letztlich wird dann im Ergebnis jeder Plan aufgehoben; besonders anschaulich: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.1.2018 – 11 N 27/15; sowie 5.7.2018 – 2 A 2/16. Im Land Brandenburg konnte bisher fast kein Regionalplan zum Thema Windenergienutzung vor dem Oberverwaltungsgericht reüssieren. Das kann nicht richtig sein.

**Zu Satz 5:**

In diesem Satz wird ein ganz neuer Gedanke aufgegriffen, der unter dem Aspekt der Aufrechterhaltung der Privilegierung eine Beschleunigung des Planungsverfahrens bewirken soll. Es wird vom Gesetzgeber die Forderung aufgestellt, dass der Planungsträger sich selbst bemühen muss, zügig zu einem Planungsende zu gelangen. Erneute Auslegungen dürfen nur erfolgen, wenn die Grundzüge der Planung durch die Änderung betroffen sind.

**Zu Satz 6:**

Die Grundzüge der Planung sind betroffen, wenn der Planungsträger von dem von ihm definierten Korridor nach Satz 4, zweiter Halbsatz, abweicht, wenn er also seine eigene Festlegung überschreitet. Dem Planungsträger wird eine weitgehende, Art. 28 Abs. 2 GG angemessene Autonomie eingeräumt. Dadurch gibt es eine eindeutige Definition, ab wann eine erneute Beteiligung erforderlich ist. Es ist von Vorteil, wenn das Gesetz dies festsetzt und nicht der Rechtsprechung überlässt.

**Zu Satz 7:**

Sollte die Beschleunigung trotz der vielen Erleichterungen nicht funktionieren, werden hier Anforderungen festgelegt, die bei einem solchen Ausnahmefall zu erfüllen sind.

---

## 3.2 Vorschlag 2: Sicherung praktikabler Anforderungen an die Planungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

*von Prof. Dr. Wilhelm Söfker, Ministerialdirigent a. D. (ehemals Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung), Honorarprofessor an der Universität Bonn*

### 3.2.1 Anlass und Zielsetzung der Überlegungen

Nach der gegenwärtigen Rechtslage gehören Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, also Windenergieanlagen, zu den im Außenbereich nach § 35 BauGB privilegiert zulässigen Vorhaben (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB). Sie sind im Außenbereich der Gemeinden zulässig, wenn außerdem nicht (überwiegende) öffentliche Belange (und auch keine anderen öffentlich-rechtliche Vorschriften) entgegenstehen und die ausreichende Erschließung gesichert ist.

Nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gilt:

*»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.«*

Danach sind Merkmale einer Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB:

1. Darstellungen von Flächen oder Gebieten für Windenergieanlagen im Flächennutzungsplan oder durch Festlegung solcher Flächen oder Gebiete als Ziele der Raumordnung in den Raumordnungsplänen (Regionalplänen);
2. liegen solche Ausweisungen vor, bleibt die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen in den ausgewiesenen Flächen erhalten, außerhalb dieser Flächen stehen die Ausweisungen der Zulässigkeit von Windenergieanlagen in der Regel als öffentlicher Belang entgegen.

Diese planerische Steuerung ermöglicht der Gemeinde die Berücksichtigung vielfältiger Belange, so auch die Abstimmung mit der städtebaulichen Entwicklung des Gemeindegebiets, also beispielsweise mit vorhandenen oder geplanten Wohngebieten. Dabei kann die Gemeinde auch die von ihr für geboten gehaltenen Abstände zu Windenergieanlagen zugrunde legen.

Die folgenden Ausführungen behandeln insbesondere die Bauleitplanung nach dem BauGB; gleiches gilt – auch soweit nicht ausdrücklich erwähnt – entsprechend für die Raumordnungsplanung.

---

Das BVerwG verlangt für die Flächennutzungs- und Raumordnungsplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ein Plankonzept für den gesamten Außenbereich mit folgenden Elementen und Schritten:

1. Zunächst sind die sog. harten Tabuzonen zu ermitteln. In ihnen ist die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen.
2. Daran schließt sich die Ermittlung (Bestimmung) der sog. weichen Tabuzonen durch den Planungsträger an. In ihnen sollen nach den Vorstellungen der Gemeinde keine Windenergieanlagen aufgestellt werden.
3. In den danach verbleibenden Flächen, den sog. Potentialflächen, wählt die Gemeinde nach Abwägungsgrundsätzen Standorte für Windenergieanlagen aus.
4. Im Ergebnis muss der Windenergie in substantieller Weise Raum verschafft werden, die der gesetzgeberischen Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 BauGB Rechnung trägt.

Die Ermittlung der harten Tabuzonen und die Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen führen in der Planungspraxis zu erheblichen Schwierigkeiten. Dies ist die Hauptfehlerquelle, die zur Unwirksamkeit der Planungen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB führt (siehe Kap. 2.3).

Eine andere Situation besteht hinsichtlich der Anforderung des BVerwG, wonach bei der Ausweisung von Flächen der Windenergie »in substantieller Weise Raum verschafft werden muss«, mit der der gesetzlich bestimmten privilegierten Zulässigkeit von Windenergie im Außenbereich Rechnung getragen wird. Denn § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bedeutet nicht die Beseitigung der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich, sondern allein ihre räumliche Beschränkung auf bestimmte Standorte (daher die Bezeichnung dieser Planung als »Konzentrationsplanung«). Die dazu vom BVerwG aufgestellten Grundsätze ermöglichen durchaus eine situationsgemäße Beurteilung und werden von der Praxis auch in der erforderlichen Weise genutzt.

Das BVerwG begründet die Aufstellung des Plankonzepts und die Ermittlung der harten Tabuzonen im Wesentlichen mit folgenden Argumenten:

- Die Gemeinde müsse den gesamten Außenbereich in den Blick nehmen.
  - Bei den zu ermittelnden harten Tabuzonen handele es sich um Flächen, deren Aufnahme in die Darstellungen des Flächennutzungsplans an § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB (Erforderlichkeit der Bauleitplanung) für die Windenergie scheitern würde.
  - Für solche Flächen könne eine Ausweisung für die Windenergie nicht erfolgen, und es müsse der Gemeindevertretung beim Beschluss über den Flächennutzungsplan bewusst sein, für welche Flächen sie aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen im Flächennutzungsplan keine Flächen für die Windenergie ausweisen könne.
-



### 3.2.2 Zu den Ursachen der Probleme

#### Zur vom BVerwG verlangten Erforderlichkeit eines Plankonzepts für den Außenbereich:

Der Gesetzestext des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB fordert nicht, dass die Planung auf der Grundlage eines Plankonzepts erfolgen muss. Die Vorschrift enthält nicht etwa den Zusatz »... auf der Grundlage eines Plankonzepts für den Außenbereich eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt«.

Es ist Sache der Gemeinden, die Ziele und Zwecke der jeweiligen Bauleitplanung und im Rahmen der Vorschriften des BauGB über die Bauleitplanung zu bestimmen, wobei sie die in §§ 1 und 1a BauGB enthaltenen Grundsätze der Bauleitplanung zu berücksichtigen haben.

Auch das BauGB verlangt für die Bauleitplanung nicht als Vorstufe ein Plankonzept. Es enthält in § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB die Verpflichtung, ein vorhandenes städtebauliches Entwicklungskonzept oder sonstige Planungen bei der Aufstellung der Bauleitpläne zu berücksichtigen. Diese Berücksichtigungspflicht unterliegt der Abwägung der Gemeinde (§ 1 Abs. 7 BauGB); die Gemeinde hat Spielräume. Dazu passt keine Bindung an ein zwingend erforderliches Plankonzept mit strikten Bindungen wie beispielsweise an »harte Tabuzonen«.

Dass bei Ausweisungen von Flächen für die Windenergie im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Außenbereich in den Blick genommen wird, unterscheidet diese Planung nicht von jeder anderen Bauleitplanung, mit der außerhalb der Ortslagen (§§ 30 und 34 BauGB) beispielsweise Baugebiete für Gewerbe und Industrie ausgewiesen werden sollen. Bei einer Planung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kommt lediglich hinzu, dass damit die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich der Gemeinde nicht beseitigt sondern auf Flächen im Außenbereich konzentriert wird; dabei muss der Windenergie »in substantieller Weise Raum verschafft werden« (so das BVerwG).

#### Zur vom BVerwG verlangten Pflicht zur Ermittlung harter Tabuzonen im gesamten Außenbereich auch dort, wo Windenergie überhaupt nicht vorgesehen werden soll:

Es entspricht den Grundsätzen der Bauleitplanung, dass an Stellen, wo Flächen für bestimmte Nutzungen, beispielsweise für ein Sondergebiet Windenergie, ausgewiesen werden sollen, diese Nutzungen dort nicht aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen ausgeschlossen sein sollen (beispielsweise nicht aus umweltrechtlichen Gründen). In solchen Fällen ist der Bauleitplan »nicht erforderlich« im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Die für die Windenergie vorzusehenden Flächen müssen daher untersucht werden, ob sie hierfür tatsächlich und rechtlich geeignet sind.

Das BVerwG verlangt bei Planungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aber zusätzlich, dass auch dort, wo im Flächennutzungsplan keine Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden sollen, ermittelt werden muss, ob an solchen Standorten Windenergieanlagen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich sind, also harte Tabuzonen vorliegen.

Dagegen lässt sich anführen:

Die für die Ermittlung harter Tabuzonen erforderlichen Details sind nicht Gegenstand der in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB geregelten beiden Planungsebenen Flächennutzungsplan als vorbereitender Bauleitplan über die Grundzüge der gemeindlichen Entwicklung Planung (§ 5 Abs. 1 BauGB) und Raumordnungsplan als zusammenfassender, überörtlicher und fachübergreifender Plan (§ 3 Nr. 7 ROG). Versuche in der Praxis, solche Parameter zu Grunde zu legen oder zu entwickeln und dies mit der erforderlichen Praktikabilität und Rechtssicherheit, waren bisher nicht erfolgreich, wie die erwähnte Rechtsprechung bestätigt. Hinzu kommt, dass sich zu diesem Zeitpunkt auf diesen Planungsebenen mögliche Änderungen der rechtlichen Hemmnisse für die Errichtung von Windenergieanlagen in der Regel nicht herbeiführen lassen.

Auch sorgfältige und im Ergebnis den Ausbau der Windenergie durch Flächenausweisungen unterstützende Planungen sind nach dem BVerwG allein deswegen fehlerhaft und unwirksam, weil nicht genau ermittelt wurde, in welchen Teilen des Außenbereichs Ausweisungen für Windenergieanlagen auch nicht hätten erfolgen dürfen (siehe dazu oben unter 2.3 und 2.4). Auch in einem jüngst veröffentlichten Urteil des OVG Lüneburg sind die vergeblichen Mühen des Planungsträgers (Widergabe der Begründung des Plans) dargelegt, die notwendige Feststellung der harten Tabuzonen zu treffen.<sup>38</sup>

Für ein solches zu verlangendes »Plankonzept für den Außenbereich« als Voraussetzung für eine Planung im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gibt es keine ausdrückliche Rechtsgrundlage im BauGB; es steht vielmehr im Widerspruch zu Grundsätzen der Bauleitplanung.

### 3.2.3 Welche Möglichkeiten bestehen zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit?

#### Rechtsprechung oder Gesetzgebung?

Eine Änderung der Rechtsprechung des BVerwG oder eine Klärung der vom BVerwG seit seinem maßgeblichen Grundsatzzurteil vom 13. Dezember 2012<sup>39</sup> offen gelassenen Fragen zu den Einzelheiten der Themenbereiche/Parameter für die Einordnung in harte oder weiche Tabuzonen und dies möglichst alsbald ist nicht erkennbar. Darauf gerichtete Anliegen hat das BVerwG auch in jüngeren Entscheidungen nicht aufgegriffen. Es ist daher die Frage aufgeworfen, ob und in welcher Weise gesetzliche Änderungen im Zusammenhang mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in Betracht gezogen werden könnten.

#### Inhalt und Zweck einer Gesetzgebung:

Inhaltlich müsste für die Rechtsfolgen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sichergestellt sein:

1. Es werden im Flächennutzungsplan nach den allgemeinen Vorschriften über die Aufstellung der Bauleitpläne (§§ 1 ff. BauGB) Flächen für die Windenergie ausgewiesen.
2. Dies geschieht in einem Umfang, der die gesetzliche Privilegierung der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB berücksichtigt.
3. Auf die Aufstellung eines förmlichen Plankonzepts für den gesamten Außenbereich einschließlich Ermittlung der harten Tabuzonen für den gesamten Außenbereich, also auch für solche Teile des Außenbereichs, für die eine Ausweisung von Flächen/Gebieten für die Windenergie nicht vorgesehen werden soll, kommt es künftig nicht an. Der unter 1. und insbesondere 2. beschriebene Inhalt der Planung verlangt aber, dass die Gemeinde den gesamten Außenbereich in den Blick nimmt, ebenso wie wenn eine Gemeinde außerhalb der Ortslagen Baugebiete für andere Zwecke ausweisen will.

In diesem Sinne könnte, wie oben zu 3.2.1 dargelegt, § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB schon nach seinem Wortlaut verstanden werden; dies entspräche auch den Grundsätzen der Bauleitplanung.

<sup>38</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 7.2.2020 – 12 KN 75/18.

<sup>39</sup> BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11.

Wegen der davon abweichenden Rechtsprechung des BVerwG ist jedoch zu überlegen, wie durch Änderung/Ergänzung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die unter 1. bis 3. genannten Zielsetzungen – auch im Sinne einer Klarstellung – die Anforderungen praktikabel gestaltet werden können:

**Zum Gesetzestext:**

Ergänzung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB um einen neuen Satz 4:

*»Die Darstellungen und Festlegungen der Flächen und Gebiete im Sinne des Satzes 3 erfolgt nach den für diese Planungsebenen geltenden Vorschriften, im Flächennutzungsplan nach den Vorschriften dieses Gesetzes über die Aufstellung von Bauleitplänen und im Raumordnungsplan nach den Vorschriften des Raumordnungsgesetzes und des Raumordnungsrechts des Landes; dabei haben die Darstellungen im Flächennutzungsplan und die Festlegungen im Raumordnungsplan die privilegierte Zulässigkeit nach § 35 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4, 5 oder 6 BauGB angemessen zu berücksichtigen.«*

**In der Begründung kämen als Ausführungen in Betracht:**

In Satz 4 Halbsatz 1 soll – klarstellend – bestimmt werden, dass sich die Darstellung entsprechender Flächen nach den allgemeinen Vorschriften über die Aufstellung der Flächennutzungspläne und der Raumordnungspläne richtet. Dies entspricht den Anforderungen, die das BauGB an die Darstellung von Flächen oder Baugebieten mit beispielsweise gewerblichen Nutzungen auf dieser Planungsebene im Flächennutzungsplan stellt. Bei solchen Darstellungen werden die Auswirkungen beispielsweise auf die städtebauliche Entwicklung des Gemeindegebiets und die Belange des Umweltschutzes geprüft und nach Abwägungsgrundsätzen (vgl. insbesondere § 1 Abs. 6 und 7, § 2 Abs. 3 und 4 BauGB) behandelt. Dies schließt die planerische Möglichkeit ein, den Flächenausweisungen Abstände beispielsweise zu Wohngebieten zugrunde zu legen.

Dies erfordert kein den gesamten Außenbereich umfassendes, förmliches Plankonzept und auch keine den gesamten Außenbereich umfassende Ermittlung von harten und weichen Tabuzonen, wie vom BVerwG derzeit verlangt wird.

Gleiches soll für die Festlegungen im Raumordnungsplan gelten.

Da Zweck der planerischen Steuerung von im Außenbereich privilegiert zulässigen Vorhaben auf der Grundlage des Flächennutzungsplans als vorbereitendem Bauleitplan und durch Raumordnungspläne ist, die Standorte dieser Vorhaben im Außenbereich zu bestimmen, kann durch eine solche Planung zwar die Windenergie auf bestimmte Standorte konzentriert werden. Die Planung darf aber nicht zu einem allgemeinen oder wesentlichen Verlust der privilegierten Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB im betreffenden Außenbereich führen. Dies soll durch Satz 4 Halbsatz 2 erreicht werden. Dabei können die vom BVerwG dazu schon nach geltendem Recht aufgestellten Anforderungen wie »der Windenergie in substanzieller Weise Raum verschaffen« grundsätzlich weiterhin zugrunde gelegt werden.

### 3.3 Vorschlag 3: Aufhebung des Beweisermittlungsverbots im Rahmen des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB oder: Über die Notwendigkeit, den Willen des Gesetzgebers hinsichtlich der Unbeachtlichkeit von Fehlern im Abwägungsvorgang, die auf das Abwägungsergebnis ohne Einfluss gewesen sind, auch mittels Beweiserhebung vor Gericht durchzusetzen

*von Prof. Dr. Gerd Schmidt-Eichstaedt, Geschäftsführer des Stadtplanungsbüros Plan und Recht GmbH, Professor für Bau- und Planungsrecht i. R., Institut für Stadt- und Regionalplanung der TU Berlin*

#### 3.3.1 Die Regelung der Unbeachtlichkeit bestimmter Fehler in § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB

Im europäischen Vergleich übt die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenüber räumlichen Plänen und kommunalen Satzungen eine sehr hohe Kontrolldichte aus. Vor diesem Hintergrund hat sich der deutsche Bundesgesetzgeber seit 1976 bemüht, die Unbeachtlichkeit von bestimmten Fehlern im verwaltungsgerichtlichen Prozess durchzusetzen. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Ergebnis der Planung im Vordergrund stehen: Was im Ergebnis richtig ist, soll nicht an formalen Fehlern oder unerheblichen Unterlassungen auf dem Weg zur Beschlussfassung scheitern. Eine der Kernvorschriften ist der § 214 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz BauGB. Danach sind Fehler beim Abwägungsvorgang nur dann beachtlich, wenn sie a) offensichtlich und b) auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.

Offensichtlichkeit ist nach der Rechtsprechung immer gegeben, wenn sich Fehler aus den Akten ergeben. Damit wird einerseits vermieden, in nicht dokumentierte Vorgänge einsteigen zu müssen; andererseits bleibt alles beachtlich, was in den Akten steht – auch wenn es nur beim dritten Hinsehen und nur für Juristen erkennbar wird.

Wenn ein Fehler als »auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen« anerkannt werden soll, muss – so die Rechtsprechung – »nach den Umständen des jeweiligen Falles die konkrete Möglichkeit bestehen, dass das Abwägungsergebnis anders ausgefallen wäre, wenn der Fehler unterblieben wäre«. <sup>40</sup> Eine solche konkrete Möglichkeit besteht nach der Rechtsprechung immer dann, wenn sich anhand der Planunterlagen oder sonst erkennbarer oder naheliegender Umstände die Möglichkeit abzeichnet, dass der Mangel im Abwägungsvorgang von Einfluss auf das Abwägungsergebnis gewesen sein kann. <sup>41</sup>

Die Gerichte haben »die sonst erkennbaren oder naheliegenden Umstände«, die zur Unbeachtlichkeit führen können, im Ergebnis wie bei der Prüfung der Offensichtlichkeit auf eine Aktenauswertung beschränkt. Insbesondere weigern sich die Gerichte, im Zweifelsfall die Mitglieder des Organs, das seinerzeit über das Abwägungsergebnis abgestimmt hat, darüber zu befragen, wie sie denn abgestimmt hätten, wenn der Fehler im Abstimmungsvorgang (beispielsweise die Fehleinsetzung einer weichen Tabufläche als hart gesperrt) nicht geschehen wäre. Man darf behaupten, dass eine solche Befragung in aller Regel ergeben würde, dass das Abstimmungsverhalten von derartigen Fehlern nicht beeinflusst worden wäre. Damit wäre der Fehler dann unbeachtlich.

<sup>40</sup> Das BVerwG hat in seiner frühen Grundsatzentscheidung zu der 1976 eingeführten Vorläufervorschrift zu § 214 Abs. 3 Satz 3 BauGB, nämlich § 155a BBauG, herausgearbeitet, unter welchen tatbestandlichen Umständen ein solcher Einfluss anzunehmen ist (BVerwG, Urt. v. 21.8.1981 – 4 C 57.80). Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11 m.w.N.

<sup>41</sup> Vgl. statt vieler OVG Lüneburg, Urt. v. 3.12.2015 – 12 KN 216/13.

### 3.3.2 Der Stand der Praxis

Jeder Praktiker weiß, dass es kommunalen und regionalen Beschlussorganen in aller Regel bei der Feststellung des Abwägungsergebnisses über einen Konzentrationsflächenplan überhaupt nicht darauf ankommt, ob bestimmte Flächen »hart« oder »weich« gesperrt sind. In der Wirklichkeit der Kommunalpolitik und auch bei den regionalen Planungsgemeinschaften spricht alles dafür, dass ein Abstimmungsorgan seinen Billigungsbeschluss nach jahrelanger Arbeit, intensiver politischer Abstimmung und kräftezehrender Auseinandersetzung mit den Betroffenen – Bürgern und Eigentümern gleichermaßen – nicht deshalb anders fassen wird, weil irgendwelche Zweifel an der Richtigkeit der Abgrenzung zwischen harten und weichen Tabuzonen geltend gemacht werden. Das gilt umso mehr, als man Flächen, deren Einordnung als »hart gesperrt« wegen »Unsicherheiten in der tatsächlichen Würdigung« oder »Unwägbarkeiten in der rechtlichen Einordnung« unklar ist, hilfsweise auch als weich gesperrt einordnen darf.<sup>42</sup> Wenn das so ist, dann ist eine Fehleinschätzung über den Status einer Fläche als hart oder weich in aller Regel auf das Abwägungsergebnis nicht von Einfluss gewesen.

Die Rechtsprechung behauptet im Gegensatz dazu geradezu formelhaft, dass man die konkrete Möglichkeit nicht ausschließen könne, dass das Beschlussorgan bei richtiger Einordnung von Tabuflächen, die zu Unrecht als hart gesperrt eingestuft wurden, anders entschieden hätte, und kommt damit zur Beachtlichkeit des Fehlers. Das tückische an diesem Votum ist, dass es sich um eine nicht endgültig verifizierbare Annahme handelt – nämlich um eine »retrospektive Prognose«: Wäre die Entscheidung damals bei »richtiger« Tabuflächendarstellung anders ausgefallen? Diese Frage ist einer annähernden Aufklärung durchaus zugänglich – man muss dazu nur die Mitglieder des damaligen Abstimmungsorgans befragen.

### 3.3.3 Das Beweisermittlungsverbot

Das BVerwG und ihm folgend die Obergerichte halten einer (durchaus möglichen) Beweiserhebung durch Befragung der Mitglieder des Abstimmungsorgans ein sog. »Beweisermittlungsverbot« entgegen. Das BVerwG leitet dieses Verbot (erstmalig in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 2002) aus der Zielsetzung des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB ab. Der Gesetzgeber habe mit dem Merkmal der Offensichtlichkeit verhindern wollen, dass die nur »subjektive« Meinungsbildung des kollektiv beschließenden Entscheidungsgremiums im Nachhinein beweismäßig rekonstruiert werde.<sup>43</sup> Insoweit enthalte § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB der Sache nach ein Beweisermittlungsverbot. Dass der Gesetzgeber zu einer derartigen Regelung grundsätzlich befugt sei, sei nicht zweifelhaft. Das in § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB enthaltene Beweisermittlungsverbot würde umgangen, wenn man Gemeinderatsmitglieder dazu befragen würde, wie sie entschieden hätten, wenn sie bestimmte Tatsachen gewusst hätten. Vielmehr habe der Gesetzgeber »im Sinne der Planerhaltung« (!) dem Gericht aufgetragen, nur anhand objektiver Umstände festzustellen, ob eine Entscheidung über einen vorgelegten Satzungsentwurf bei Kenntnis bestimmter Umstände möglicherweise anders ausgefallen wäre.

Ist das schlüssig? Zutreffend ist, dass das Gericht bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Originalbeschlusses nicht in eine Motivforschung über bestimmte Abstimmungsergebnisse außerhalb der Akten eintauchen soll. Das ergibt sich aus der Forderung nach der »Offensichtlichkeit« eines Fehlers. Aber geht es denn bei der gestellten Frage um Motivforschung für den Originalbeschluss? Nein. Es geht um die nachträgliche Einschätzung, ob man bei Kenntnis bestimmter abweichender Umstände anders entschieden hätte. Das kann von den seinerzeit Abstimmenden ohne Motivforschung mit ja oder nein beantwortet werden, und zwar wesentlich besser und realitätsnäher, als das Gericht dies zu leisten vermag. Hier sollte der Gesetzgeber eingreifen. Wenn er ein Beweisermittlungsverbot anordnen konnte, kann er es auch aufheben.

<sup>42</sup> So das OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2019 – 12 KN 202/17.

<sup>43</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.1.1992 – 4 NB 22.90.

### 3.3.4 Der Gesetzgeber sollte den § 214 Abs. 3 BauGB neu fassen

Was könnte der Gesetzgeber tun? Er könnte den § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB neu fassen und einen weiteren Satz hinzufügen. Die Formulierung des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB ist anerkanntermaßen semantisch viel weiter als sie von den Gerichten angewendet wird. Aus der von § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB geforderten »Offensichtlichkeit« eines Fehlers ist »aus den Akten erkennbar« geworden; das ist gewiss etwas anderes als »offen sichtbar zutage liegend«. Die Entscheidung über die Frage, ob ein Fehler im Abwägungsvorgang »auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen« sein muss, haben die Gerichte unter Ausschaltung einer Beweiserhebung an sich gerissen.

Hier könnte der Gesetzgeber aktualisieren und nachbessern. Im ersten Schritt könnte der Gesetzestext seiner Auslegung durch das BVerwG angepasst werden. Im zweiten Schritt könnte das Beweisermittlungsverbot abgeschafft werden. Dann würde § 214 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB wie folgt lauten:

*»Fehler im Abwägungsvorgang sind nur dann beachtlich, wenn sie aus den Akten ersichtlich sind und wenn die Möglichkeit naheliegt, dass sie auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind. Der mögliche Einfluss von Fehlern im Abwägungsvorgang auf das Abwägungsergebnis ist vom Gericht anhand der Sitzungsprotokolle, der Stimmverhältnisse bei der Abstimmung und anderer Mittel der Erkenntnis – auch durch Anhörung der Mitglieder des Beschlussorgans – aufzuklären.«*

Damit wäre das für die Planerhaltung sehr schädliche Beweisermittlungsverbot aufgehoben. Die Wahrheit würde sich durchsetzen. Diese Wahrheit besteht darin, dass (angebliche) Fehler bei der Einordnung von Flächen in harte oder weiche Tabuzonen in aller Regel nicht geeignet sind, das abschließende Abstimmungsverhalten des Beschlussorgans – und damit das Abwägungsergebnis – zu ändern. Diese Fehler sind – eigentlich schon nach geltendem Recht – unbeachtlich. Die Unbeachtlichkeitsregelung des § 214 Abs. 3 BauGB würde nach Aufhebung des Beweisermittlungsverbots auch in anderen Fällen lässlicher Fehler erheblich an praktischer Bedeutung gewinnen.

---

# Impressum

© FA Wind, Februar 2020

## Herausgeber

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

[www.fachagentur-windenergie.de](http://www.fachagentur-windenergie.de)  
[post@fa-wind.de](mailto:post@fa-wind.de)

V.i. S. d.P.: Dr. Antje Wagenknecht, MBA

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. Marike Endell (Kap. 1 und 2)

Helmuth von Nicolai (Kap. 3.1)

Prof. Dr. Wilhelm Söfker (Kap. 3.2)

Prof. Dr. Gerd Schmidt-Eichstaedt (Kap. 3.3)

## Redaktion

Dr. Marike Endell

## Zitiervorschlag

FA Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung – Drei Vorschläge zur Diskussion, Berlin 2020

## Gestaltung

DreiDreizehn Werbeagentur GmbH, [www.313.de](http://www.313.de)

## Haftungsausschluss

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

Bei Fragen und Anregungen wenden Sie sich bitte an die Redaktion unter [endell@fa-wind.de](mailto:endell@fa-wind.de).

## Druck

1. Auflage (250 Exemplare), Februar 2020

Gedruckt auf 100 % Recycling-Papier, ausgezeichnet mit dem Umweltzeichen Blauer Engel.

**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)