

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An die Vorsitzende
des Innen- und Rechtsausschusses
Frau Barbara Ostmeier, MdL

- im Hause -

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:

Mein Zeichen: L 202 – 185/18
Meine Nachricht vom:

Bearbeiter/in:
Dr. Sonja Riedinger

Telefon (0431) 988-1104
Telefax (0431) 988-1250
sonja.riedinger@landtag.ltsh.de

30. Juli 2015

Ausweisung von Windeignungsflächen und Wirkung von Ablehnungsentscheidungen von Gemeinden

Sehr geehrte Frau Ostmeier,

in der 100. Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses am 10. Juni 2015 wurde der Wissenschaftliche Dienst gebeten zu prüfen, wie es rechtlich möglich ist, im Rahmen der Landesplanung Ablehnungsentscheidungen von Gemeinden (Gemeindevertretungsbeschluss, Bürgerentscheide) über die Ausweisung ihrer Flächen als Windeignungsfläche gesetzlich Vorrang vor anderen Belangen einzuräumen („hartes Ausschlusskriterium“), wenn an den Zielen der Landesplanung gemessen ausreichend andere Flächen für Windenergieanlagen zur Verfügung stehen. Gegebenenfalls wird um Vorlage eines entsprechenden Formulierungsvorschlags gebeten.

Dem kommen wir gerne nach und nehmen wie folgt Stellung:

1. § 35 BauGB als Ausgangspunkt

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich die Zulässigkeit des Baus von Windenergieanlagen im Außenbereich grundsätzlich nach § 35 des Baugesetzbuches (BauGB)¹ richtet.²

¹ Baugesetzbuch i. d. F. d. B. vom 23. September 2004, BGBl. I S. 2414, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 20. November 2014, BGBl. I S. 1748.

² Zu den Einzelheiten des Verwaltungsverfahrens und der Genehmigungserfordernisse für die Anlagenerrichtung und den Betrieb: *Ruppel*, in: Maslaton, Windenergieanlagen, Rechtshandbuch, 2015, Kap. 2; *Fest*, Die Errichtung

Bei dem Bau von Windenergieanlagen handelt es sich um sog. privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Danach sind der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dienende Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die ausreichende Erschließung gesichert ist.

Privilegierte Vorhaben sind also nicht bereits dann unzulässig, wenn öffentliche Belange beeinträchtigt werden, vielmehr müssen öffentliche Belange dem Vorhaben entgegenstehen. Daraus folgt, dass es in jedem Einzelfall einer *Abwägung* zwischen den betroffenen öffentlichen Belangen und dem Vorhaben bedarf (*Müller*, in: Maslaton, Windenergieanlagen, Rechtshandbuch, 2015, Kap. 1, RN 76; *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 35 RN 6, 68). Damit haben Windenergieanlagen aufgrund bundes-gesetzgeberischer Wertung eine erhöhte Durchsetzungskraft gegenüber öffentlichen Belangen (*Müller*, in: Maslaton, Windenergieanlagen, Rechtshandbuch, 2015, Kap. 1, RN 70).

Die zu berücksichtigenden öffentlichen Belange sind beispielhaft in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB aufgeführt. Danach liegt eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange u. a. dann vor, wenn das Vorhaben den Darstellungen des Flächennutzungsplans oder den Darstellungen eines Landschaftsplans oder sonstigen Plans, insbesondere des Wasser-, Abfall- oder Immissionsschutzrechts, widerspricht (vgl. § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB). Raumbedeutsame Vorhaben dürfen den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen; öffentliche Belange stehen raumbedeutsamen Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB nicht entgegen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind (§ 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB). Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 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 (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB).³

von Windenergieanlagen in Deutschland und seiner Ausschließlichen Wirtschaftszone, 2010, S. 70 ff. Von einer Darstellung der Erfordernisse insbesondere des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung wird im Rahmen dieses Gutachtens abgesehen, da es hierauf im Rahmen der Fragestellung nicht ankommt.

³ Nach Maßgabe des Raumordnungsgesetzes und des Landesplanungsgesetzes können in den Raumordnungsplänen Eignungsgebiete nach § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 ROG oder Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten nach § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. Satz 2 ROG für Windenergieanlagen festgelegt werden (vgl. hierzu *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 35 RN 120). Vorranggebiete sind solche Gebiete, die für bestimmte raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen vorgesehen sind und andere raumbedeutsame Nutzungen in diesem Gebiet ausschließen, soweit diese mit den vorrangigen Funktionen oder Nutzungen nicht vereinbar sind (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 ROG). Bei Vorranggebieten für raumbedeutsame Nutzungen kann festgelegt werden, dass sie zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten für raumbedeutsame Maßnahmen oder Nutzungen haben (§ 8 Abs. 7 Satz 2 ROG). Eignungsgebiete sind solche Gebiete, in denen bestimmten raumbe-

Damit kommt den Zielen der Raumordnung für die Zulässigkeit von Windenergieanlagen besondere Bedeutung zu. Der Begriff der Ziele der Raumordnung ist in § 3 Abs. 1 Nr. 2 des Raumordnungsgesetzes (ROG)⁴ definiert. Auf diese Definition ist zurückzugreifen, weil § 3 Abs. 2 ROG bestimmt, dass, wenn Begriffe nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ROG in anderen Bundesgesetzen verwandt werden, diese, soweit sich aus diesen Bundesgesetzen nicht etwas anderes ergibt, im Sinne von § 3 Abs. 1 ROG auszulegen sind. Danach handelt es sich bei Zielen der Raumordnung um verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen (§ 7 Abs. 2 ROG) textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums. Nach § 7 Abs. 2 ROG sind bei der Aufstellung der Raumordnungspläne die öffentlichen und privaten Belange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen; bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung ist abschließend abzuwägen.

Die Ziele der Raumordnung müssen wirksam festgelegt sein, um die Rechtsfolgen des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB auszulösen (*Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, § 35 RN 116; *Falke*, in: Maslaton, Windenergieanlagen, Rechtshandbuch, 2015, Kap. 1, RN 254). Eine fehlerhafte Planung liegt insbesondere vor, wenn die nach dem Gesetz vorgesehene Abwägung unterbleibt (*Falke*, in: in: Maslaton, Windenergieanlagen, Rechtshandbuch, 2015, Kap. 1, RN 259 ff.). Denn da über § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB eine Bindung Privater an die Zielaussagen von Regionalplänen erreicht werden soll, „kann diese Zielsetzung durch entsprechende Planungen verfassungskonform nur dergestalt planerisch umgesetzt werden, dass die entsprechende Abwägung privater Belange bereits auf der jeweiligen Stufe der Planung erfolgt“ (*OVG Rheinland-Pfalz*, Urteil vom 20. Februar 2003 – Az.: 1 A 11406/01, RN 38 – zit. nach juris).

deutsamen Maßnahmen oder Nutzungen, die städtebaulich nach § 35 BauGB zu beurteilen sind, andere raumbedeutsame Belange nicht entgegenstehen, wobei diese Maßnahmen oder Nutzungen an anderer Stelle im Planungsraum ausgeschlossen sind (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 ROG).

⁴ Raumordnungsgesetz vom 22. Dezember 2008, BGBl. I S. 2986, zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585.

2. Exkurs: Das rechtsstaatliche Abwägungsgebot

Das Abwägungsgebot wird als „ein dem Wesen rechtsstaatlicher Planung innewohnender Grundsatz“ (*BVerwGE* 34, 301, 307) und sogar als „das zentrale Gebot rechtsstaatlicher Planung“ bezeichnet (*Battis*, in: ders./Krautzberger/Löhr, *BauGB*, 12. Aufl. 2014, § 1 RN 87). Angesichts der Auswirkungen, die planerische Maßnahmen auf die grundrechtlich geschützten Positionen der Bürgerinnen und Bürger, insbesondere die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, haben, sind hierdurch der planerischen Gestaltungsfreiheit rechtliche Grenzen gesetzt. Aufgrund der Herleitung aus dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 GG steht das Abwägungsgebot auch **grundsätzlich nicht zur Disposition des Gesetzgebers** (*Koch/Hendler*, *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*, 5. Aufl. 2009, § 17 RN 1; *BVerwGE* 34, 301, 307; 45, 309, 324). Von staatlicher Planung ausgehende Eigentumsbeschränkungen sind rechtfertigungsbedürftig (*BVerwGE* 45, 309, 312; vgl. hierzu *Berkemann*, in: *Erbguth/Kluth*, *Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle*, 2012, S. 11, 16 ff.).

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist das Gebot gerechter Abwägung verletzt, wenn eine (sachgerechte) Abwägung überhaupt nicht stattfindet, wenn in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss, wenn die Bedeutung der betroffenen privaten Belange verkannt oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung betroffenen öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (grundlegend: *BVerwGE* 34, 301, 309).

3. Abweichungskompetenz des Landes?

Das OVG Schleswig hat in seinen Urteilen zur Teilfortschreibung des Regionalplans 2012 vom 20. Januar 2015 ausgeführt:

„Die Landesplanungsbehörde hat während des gesamten Planungsverfahrens zum Ausdruck gebracht, dass gegen den Gemeindewillen keine Windeignungsflächen ausgewiesen werden. Bereits im Rahmen der Erstellung der Kreiskonzepte wurde deutlich gemacht, dass die Kreise keine Windeignungsflächen aus Gemeinden aufnehmen sollten, die damit nicht einverstanden seien. Danach wurde während der gesamten Planung strikt verfahren. So wurden im Abwägungsverfahren Flächen nachträglich gestrichen, wenn Gemeinden erstmals auf Grund nachträglicher Meinungsänderung ihre ablehnende Haltung im Beteili-

gungsverfahren kundgetan hatten. Dieses Prinzip wurde nach Inkrafttreten der Teilfortschreibung von der Landesplanung als gelungener Prozess der Bürgerbeteiligung bezeichnet. Gemeinden, die mit einer Windkraftnutzung nicht einverstanden waren, wurden wie Tabuzonen behandelt. Eine Abwägung von Belangen im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG blieb somit vollständig aus.“ (Vgl. nur Az.: 1 KN 6/13, RN 69 – zit. nach juris).

Auftragsgemäß soll geprüft werden, ob eine landesrechtliche Abweichung vom Raumordnungsgesetz des Bundes möglich ist, die den Ausschluss von Gebieten allein aufgrund des Gemeindewillens gleichwohl ermöglichen würde.

Insofern ist festzustellen, dass der Kompetenztitel der Raumordnung in den Bereich der Abweichungsgesetzgebung fällt (Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GG). Danach können Länder durch Gesetz abweichende Regelungen treffen, wenn der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Der Bund hat von seiner Gesetzgebungszuständigkeit aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG („Raumordnung“)⁵ durch den Erlass des Raumordnungsgesetzes Gebrauch gemacht. Grundsätzlich kann das Land also im Landesplanungsgesetz (LaPlaG)⁶ hiervon abweichende Regelungen treffen.

Für die Zwecke der vorliegenden Fragestellung darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass – wie dargelegt – die Prüfung der Zulässigkeit von Windenergieanlagen grundsätzlich (auch) nach den Vorschriften des Baugesetzbuches zu erfolgen hat. Die Kompetenz des Bundes für den Erlass des Baugesetzbuches folgt aus dem Kompetenztitel „Bodenrecht“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG).⁷ Durch Erlass des Baugesetzbuches hat der Bund von diesem Kompetenztitel auch umfassenden Gebrauch gemacht, so dass die Länder für eine eigene Gesetzgebung durch Art. 72 Abs. 1 GG gesperrt sind (*Battis*, in: ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, Einl RN 10). Für das Bodenrecht gelten weder die Regelungen über die Abweichungsgesetzgebung aus Art. 72 Abs. 3 GG, noch ist eine Erforderlichkeitsprüfung nach Art. 72 Abs. 2 GG notwendig. Es ist auch keine Öffnungsklausel zugunsten der Länder ersichtlich, durch die von den durch § 35 Abs. 3 BauGB vorgegebenen Abwägungskriterien abgewichen

⁵ „Raumordnung“ im Sinne des Grundgesetzes ist überörtliche Planung und zusammenfassende, übergeordnete Planung und Ordnung des Raums, *BVerfGE* 3, 407, 425.

⁶ Gesetz über die Landesplanung i. d. F. d. B. vom 10. Februar 1996, GVOBl. S. 232, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Mai 2015, GVOBl. S. 132.

⁷ Indem städtebauliche Planung bestimmt, in welcher Weise ein Grundstückseigentümer sein Grundstück nutzen darf, wird auch die rechtliche Qualität des Bodens determiniert. Das Recht, das diese Planung vorsieht und ordnet, gehört daher zum „Bodenrecht“, *BVerfGE* 3, 407, 424.

werden könnte. Eine Öffnungsklausel zu § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB findet sich zwar in § 249 Abs. 3 BauGB. Diese sieht jedoch lediglich vor, dass die Länder durch bis zum 31. Dezember 2015 zu verkündende Landesgesetze bestimmen können, dass § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten.

Wenn nun das Land den Begriff der Ziele der Raumordnung im Landesplanungsgesetz mit einer von § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG abweichenden Legaldefinition versehen würde, so könnte sich die Reichweite einer solchen Abweichung nur auf das Landesrecht, nicht aber auf das Bundesrecht erstrecken. Dem in § 35 Abs. 3 BauGB verwendeten Begriff der Ziele der Raumordnung liegt aber – wie bereits ausgeführt – die Legaldefinition des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG zugrunde. Selbst wenn die Legaldefinition dieses Begriffs im Landesrecht eine andere wäre, kann dadurch der materielle Gehalt des übrigen Bundesrechts (hier: des Baugesetzbuches) nicht geändert werden (*Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 2010, § 1 RN 32).⁸ Eine entsprechende Abweichung im Landesplanungsgesetz hätte also keine Auswirkungen auf die Beurteilung der Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach den Vorschriften des Baugesetzbuches. Wenn aber die Ziele der Raumordnung nach den Maßstäben des Baugesetzbuches i. V. m. dem Raumordnungsgesetz nicht wirksam festgelegt worden sind, können sie auch nicht die Rechtsfolgen des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB auslösen.⁹ Eine Durchsetzung dieser nach abweichendem Landesrecht festgelegten Ziele gegenüber der vom Bundesgesetzgeber im Baugesetzbuch vorgenommenen Privilegierung der Windenergieanlagen wäre ausgeschlossen.

⁸ Vgl. auch *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 2010, § 3 RN 132: „Wenn nun aber ein Land nach Art. 72 Abs. 3 GG von diesen Begriffsbestimmungen abweichen sollte, stellt sich die Frage, ob dadurch indirekt auch der Inhalt der Raumordnungsklauseln im Bundesrecht verändert wird. Der Gesetzgeber des ROG hat dem – unabhängig von der Frage, ob eine solche Abweichung zulässig wäre – insoweit einen Riegel vorgescho- ben, als er für *Raumordnungsklauseln im Bundesrecht die Begriffsbestimmungen des [Anm. der Verf'in: § 3] Abs. 1 Nr. 1 bis 4 zur Auslegungsmaxime* gemacht hat. Abweichungen im Landesrecht haben damit nur Auswirkungen im jeweiligen Landesfachrecht.“

⁹ Dies könnte auch gerichtlich im Rahmen einer **Inzidentkontrolle** überprüft werden. Im Zusammenhang mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann dies im Rahmen einer Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO des Antragsstellers geschehen, wenn die Bauaufsichtsbehörde den Antrag wegen einer landesplanerischen Ziel-Ausweisung an anderer Stelle abgelehnt hat. Das Gericht kann dann die Ziel-Ausweisung inzident prüfen. Im Zusammenhang mit § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB gilt Entsprechendes, wenn die Genehmigungsbehörde von einem Widerspruch zu Zielen der Raumordnung ausgeht. Auch bei § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB ist eine Anfechtungsklage mit Inzidentprüfung nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO denkbar, wenn eine Genehmigungsbehörde von einer abschließenden landesplanerischen Abwägung ausgeht, und ein Dritter dies anders sieht (*Goppel/Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 2010, § 4 RN 97; vgl. auch *Mitschang/Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 35 RN 124; *Koch/Hendler*, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Aufl. 2009, § 9 RN 8).

Es bleibt somit dabei, dass im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB der Begriff der Ziele der Raumordnung zu definieren ist als verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung **abschließend abgewogenen** (§ 7 Abs. 2 ROG) textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums. Erforderlich ist für eine wirksame Festlegung der Ziele der Raumordnung also insbesondere, dass eine Abwägung der öffentlichen und privaten Belange stattgefunden hat. Der Ausschluss der Abwägung bei der weiteren Planung lässt sich nur dadurch rechtfertigen, dass sie auf Ebene der Zielfestsetzung bereits erfolgt ist (*Kirschte*, in: DVBl. 2005, S. 993, 1000 m. w. N.). Eine Abweichung des Landesgesetzgebers kommt insoweit nicht in Betracht.

Zu prüfen ist daher weiter, ob eine landesgesetzliche Regelung möglich ist, die Ablehnungsentscheidungen von Gemeinden über die Ausweisung ihrer Flächen als Windenergieförderungsfläche gesetzlich Vorrang vor anderen Belangen einräumt („hartes Ausschlusskriterium“), ohne dabei gegen das Gebot der Abwägung der öffentlichen und privaten Belange zu verstoßen.

4. Abwägung und Gemeinde-/Bürgerwille

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bedarf eine planerische Entscheidung zur Herbeiführung der Rechtsfolgen des § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB zu ihrer Wirksamkeit eines schlüssigen gesamtträumlichen Planungskonzepts. Dieses muss den allgemeinen Anforderungen des planungsrechtlichen Abwägungsgebots gerecht werden (*BVerwG, NVwZ 2003, S. 1261*).

Um den Anforderungen gerecht zu werden, die an den Abwägungsvorgang zu stellen seien, müsse das Konzept nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen werde, sondern auch die Gründe für die beabsichtigte Freihaltung des übrigen Planungsraums von Windenergieanlagen aufzeigen. In einem ersten Arbeitsschritt seien diejenigen Bereiche als „Tabuzonen“ zu ermitteln, die für die Nutzung der Windenergie nicht zur Verfügung stünden. Die Tabuzonen ließen sich in „harte“ und „weiche“ untergliedern. Der Begriff der harten Tabuzonen diene der Kennzeichnung von Teilen des Planungsraums, die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen immer, nicht in Betracht kämen, mithin für eine Windenergienutzung „schlechthin“ ungeeignet seien, mit dem Begriff der weichen Tabuzonen würden Bereiche des Gemeindegebiets erfasst, in denen nach dem Willen

des Plangebers aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen „von vornherein“ ausgeschlossen werden „solle“. Die Potenzialflächen, die nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen übrig blieben, seien in einem weiteren Arbeitsschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d. h. die öffentlichen Belange, die gegen die Ausweisung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone sprächen, seien mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht werde (*BVerwG*, Urteil vom 11. April 2013, Az.: 4 CN 2/12, RN 5 m. w. N. – zit. nach juris). Zur Vermeidung eines Fehlers im Abwägungsvorgang müsse sich der Plangeber den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst machen und ihn dokumentieren. Das sei dem Umstand geschuldet, dass die beiden Arten der Tabuzonen nicht demselben rechtlichen Regime unterliegen. Bei den harten Tabuzonen handele es sich um Flächen, auf denen die Windenergienutzung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ausgeschlossen sei. Sie seien einer Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Belangen entzogen. Demgegenüber seien weiche Tabuzonen zu den Flächen zu rechnen, die einer Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung zugänglich sind. Zwar dürften sie anhand einheitlicher Kriterien ermittelt und vorab ausgeschieden werden, bevor diejenigen Belange abgewogen würden, die im Einzelfall für und gegen die Nutzung einer Fläche für die Windenergie sprächen. Das ändere aber nichts daran, dass sie der Ebene der Abwägung zuzuordnen seien. Sie seien disponibel, was sich daran zeige, dass raumplanerische Gesichtspunkte hier nicht von vornherein vorrangig seien und der Plangeber die weichen Tabuzonen einer erneuten Betrachtung und Bewertung unterziehen müsse, wenn er als Ergebnis seiner Untersuchung erkenne, dass er für die Windenergienutzung nicht substantiell Raum schafft. Seine Entscheidung für weiche Tabuzonen müsse der Plangeber rechtfertigen. Dazu müsse er aufzeigen, wie er die eigenen Ausschlussgründe bewerte, d. h. kenntlich machen, dass er – anders als bei harten Tabukriterien – einen Bewertungsspielraum hat, und die Gründe für seine Wertung offen legen (*BVerwG*, aaO., RN 6; vgl. hierzu auch *Falke*, in: Maslaton, Windenergieanlagen, Rechtshandbuch, 2015, Kap. 1, RN 261 ff.).

Eine nach diesen Maßgaben unzutreffende Klassifizierung einer Fläche als „harte“ Tabuzone stellt also einen Fehler im Abwägungsvorgang dar (vgl. *Niedzwicki*, Windenergie und Planungsrecht, 2014, S. 17). „Harte“ Tabuzonen sind nach der dargestellten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur solche Flächen, auf denen

die Windenergienutzung aus zwingenden tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist. Dies trifft aber auf einfache Entscheidungen von Gemeinden – ob nun in Form eines Beschlusses der Gemeindevertretung oder eines Bürgerentscheids – gegen die Ausweisung ihrer Flächen als Windeignungsflächen nicht zu.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass bei der Zugrundelegung solcher Entscheidungen noch nicht einmal sichergestellt wäre, dass diese überhaupt auf eine wirksame Abwägung der betroffenen öffentlichen und privaten Belange zurückgehen. Dies mag zwar im jeweiligen konkreten Einzelfall durchaus zutreffen; es ist jedoch nicht klar, wie dies von Seiten der Landesplanung ohne Vornahme einer eigenen Abwägung zu beurteilen sein sollte (vgl. auch *OVG Lüneburg*, Urteil vom 31. März 2011, Az.: 12 KN 187/08, RN 23; Urteil vom 28. Januar 2010, Az.: 12 KN 65/07, RN 43 – zit. nach juris; vgl. auch *OVG Rheinland-Pfalz*, Urteil vom 20. Februar 2003, Az.: 1 A 11406/01, RN 105 – zit. nach juris: „(...) können allenfalls auf sachlichen Gründen beruhende Planungsentscheidungen in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen“). Dies gilt insbesondere für Bürgerentscheide, in denen die Motivation für das Abstimmungsverhalten der Bürgerinnen und Bürger letztlich einer Aufklärung nicht zugänglich ist, so dass auch das Überwiegen sachfremder Erwägungen oder Willkür nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden kann. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass komplexe Abwägungsprozesse einer einfachen Ja/Nein-Entscheidung nicht zugänglich sind.¹⁰

Das OVG Schleswig (Urteil vom 20. Januar 2015, Az.: 1 KN 6/13, RN 70 m. w. N. – zit. nach juris) hat insoweit betreffend die Teilfortschreibung des Regionalplans 2012 zur Klarstellung darauf hingewiesen,

„dass die Ergebnisse von schlichten Mehrheitsentscheidungen einer Gemeindevertretung oder eines Bürgerentscheids keine maßgeblichen Belange für eine durch Abwägung gesteuerte Planung sind. Das Abwägungserfordernis ist Aus-

¹⁰ Daher ist auch das bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot eine zwingende Grenze für Bürgerbegehren und -entscheide (*Durinke/Fiedler*, in: ZfBR 2012, S. 531, 532). Denn während die planerische Abwägung nicht in einer einmaligen Entscheidung, sondern in einem dynamischen Prozess mit einer Kette gestufter Präferenzentscheidungen unter Absichtung von Alternativen erfolgt, zielt der Bürgerentscheid mit seiner geschlossenen, nur mit „ja“ oder „nein“ beantwortbaren Fragestellung auf eine Einzelentscheidung (*VGH München*, Urteil vom 28. Mai 2008, Az.: 4 BV 07.1981, RN 32 – zit. nach juris). In die Bauleitplanung eingreifende Bürgerbegehren, die ein positives Planungsziel verfolgen, sind daher beispielsweise auch in Bayern, das dies in seiner Gemeindeordnung nicht grundsätzlich ausgeschlossen hat, nur dann zulässig, wenn dem planenden kommunalen Gremium noch ein Planungsspielraum und damit Abwägungsspielraum von substantiellem Gewicht verbleibt und genügend Alternativen zur Abwägung in der konkreten Planung offen gehalten werden (*VGH München*, Beschluss vom 16. April 2012, Az.: 4 CE 12.517, RN 28 m. w. N. –zit. nach juris).

fluss des Rechtsstaatsgebots gemäß Art. 20 Abs. 3 GG (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.12.1969 - IV C 105.66 - BVerwGE 34, 301; Ernst-Zinkahn-Bielenberg-Krautzberger, aaO, § 1 Rn. 179 mit zahlreichen Nachweisen). Deshalb müssen alle planerischen Festsetzungen auf nachvollziehbaren sachlichen Gründen beruhen. Erst Recht darf der bloße Gemeindewille nicht das allein maßgebliche Kriterium einer Abwägungsentscheidung über einen Regionalplan mit der Wirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB sein, denn die damit verbundene Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bedarf ebenfalls zwingend einer sachlichen Rechtfertigung. Abwägungserhebliche Belange können deshalb nur nachvollziehbare private oder öffentliche Interessen sein, wie sie zum Beispiel in § 2 Abs. 2 ROG als Grundsätze der Raumordnung oder in § 1 Abs. 6 BauGB als Planungsleitsätze für eine Bauleitplanung dargestellt sind. Nach § 7 Abs. 1 S. 3 LaPlaG in der bei Erlass des Regionalplans noch geltenden Fassung vom 10. Februar 1996 hätten die Gemeinden derartige Belange in die Planung einbringen können, die dann gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 ROG von der für die Abwägung allein zuständigen Landesplanungsbehörde mit allen anderen Belangen in die Abwägung einzustellen gewesen wären. So ist sie aber nicht verfahren. Sie hat lediglich auf das von den Gemeinden mitgeteilte Ergebnis abgestellt, ohne auch nur ansatzweise zu erforschen, ob es von raumordnungsrechtlich erheblichen Belangen getragen wird. Dadurch wurden alle für und gegen die Windenergienutzung sprechenden Belange vollständig ignoriert (vgl. zur Unzulässigkeit dieser Verfahrensweise: OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.12.2001 - 1 MA 3579/01 - Juris Rn 5; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 20.02.2003 - 1 A 11406/01 - Juris Rn. 105 ff; Thüringer OVG, Urt. v. 19.03.2008 - 1 KO 304/06 - Juris Rn. 95; OVG Lüneburg, Urt. v. 28.01.2010 - 12 KN 65/07, Rn. 43; sinngemäß auch BVerwG, Urteil vom 13.03.2003 - 4 C 4/02 - Juris Rn. 38 f).“

Eine Berücksichtigung des Gemeindewillens als „hartes“ Tabukriterium ist im Rahmen einer wirksamen Abwägung danach also nicht möglich. Da aber auch für eine wirksame Festlegung der Ziele der Raumordnung erforderlich ist, dass eine Abwägung der öffentlichen und privaten Belange stattgefunden hat, und eine gegenüber dem Baugesetzbuch abweichende Landesgesetzgebung nicht in Betracht kommt, ist nicht ersichtlich, wie im Rahmen der Landesplanung Ablehnungsentscheidungen von Gemeinden über die Ausweisung ihrer Flächen als Windeignungsflächen gesetzlich wirksam Vorrang vor anderen Belangen eingeräumt werden könnte.

4. Fazit

Es wird keine rechtssichere Möglichkeit gesehen, im Rahmen der Landesplanung Ablehnungsentscheidungen von Gemeinden (Gemeindevertretungsbeschluss, Bürgerentscheide) über die Ausweisung ihrer Flächen als Windeignungsfläche gesetzlich Vorrang vor anderen Belangen im Sinne eines „harten“ Ausschlusskriteriums einzuräumen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Dr. Sonja Riedinger