

§ 1 Abs. 7, § 3 Abs. 2, § 4a Abs. 3 Satz 1, § 6 Abs. 5, § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

**1. Möglicher Gegenstand einer statthaften prinzipalen Normenkontrolle gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog ist auch (dann allerdings allein) die in den Darstellungen des Flächennutzungsplans zum Ausdruck kommende planerische Entscheidung der Gemeinde, mit der Ausweisung von Flächen für privilegierte Nutzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis Nr. 6 BauGB die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB an Standorten außerhalb der ausgewiesenen Flächen eintreten zu lassen (BVerwG, Urteile vom 31.01.2013 - 4 CN 1.12 – BVerwGE 146, 40 = BauR 2013, 1255, Rn. 10 ff., und vom 26.04.2007 - 4 CN 3.06 - BRS 71 Nr. 33.**

**2. Eine frühere Fassung des Flächennutzungsplans lässt ein Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin nicht entfallen, wenn die Gemeinde ausweislich der Begründung der Flächennutzungsplan-Änderung selbst von einem Anpassungsbedarf des bestehenden Flächennutzungsplans an geänderte Anforderungen der Rechtsprechung ausgeht.**

**3. Aus rechtsstaatlichen Gründen ist es erforderlich, dass den Adressaten der Bekanntmachung der räumliche Geltungsbereich der Darstellungen, die Rechtsnormqualität haben, hinreichend deutlich gemacht wird. Werden Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie dargestellt, gehört wegen der Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB grundsätzlich der gesamte Außenbereich der Gemeinde zum räumlichen Geltungsbereich. Eine in die Bekanntmachung aufgenommene Formulierung, die Flächennutzungsplanänderung gelte für das gesamte Gemeindegebiet, reicht hierfür nicht aus. Auch ein Hinweis auf im Plan ausgewiesene Konzentrationszonen reicht nicht aus, wenn deren Lage nicht dargestellt ist und auch der Begriff der Konzentrationszone nicht erläutert worden ist. Hierzu ist zumindest eine (zeichnerische) Darstellung der Vorrangzonen erforderlich.**

**4. Die öffentliche Bekanntmachung darf keine Zusätze oder Einschränkungen enthalten, die geeignet sein könnten, auch nur einzelne an der Bauleitplanung interessierte Bürger von Stellungnahmen zu der Planung abzuhalten (BVerwG, Beschluss vom 27.05.2013 – 4 BN 28.13 – ZfBR 2013, 580, Rn. 7). Stellungnahmen per E-Mail dürfen nicht ausgeschlossen werden.**

**5. Wird der Planinhalt nach der Offenlage geändert, so muss der Plangrundsätzlich neu ausgelegt werden. Das gilt auch bei deutlichen Änderungen der Plangrundlagen bei Änderungen des Planungskonzepts.**

**6. Bei der Entwicklung des Planungskonzepts ist den Gemeinden kein Beurteilungsspielraum im Sinne eines der gerichtlichen Prüfung entzogenen Exekutivvorbehalts bei Auswahl und Bewertung der von ihr herangezogenen harten Tabukriterien zuzubilligen.**

Leitsätze der Schriftleitung

OVG NRW, Urt. v. 14.03.2019 - 2 D 71/17.NE – Stewede

#### Zum Sachverhalt:

Die Antragstellerin wendet sich gegen die 53. Änderung des Flächennutzungsplanes der Antragsgegnerin zur Darstellung von Vorrangflächen für die Nutzung der Windenergie (53.

Änderung). Sie plant die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen außerhalb solcher Bereiche.

Die 53. Änderung stellt insgesamt 2 Konzentrationszonen für die Windenergie mit einer Gesamtfläche von 306,8 ha dar und erweitert damit die aufgrund früherer Planungen (17. Änderung des Flächennutzungsplans) dargestellten Konzentrationszonen um ca. 90 ha.

#### Aus den Gründen:

**A. Der Antrag ist zulässig.**

Er ist analog § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO statthaft.

Möglicher Gegenstand einer statthaften prinzipalen Normenkontrolle gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog ist auch (dann allerdings allein) die in den Darstellungen des Flächennutzungsplans zum Ausdruck kommende planerische Entscheidung der Gemeinde, mit der Ausweisung von Flächen für privilegierte Nutzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis Nr. 6 BauGB die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB an Standorten außerhalb der ausgewiesenen Flächen eintreten zu lassen (BVerwG, Urteile vom 31.01.2013 - 4 CN 1.12 – BVerwGE 146, 40 = BauR 2013, 1011, Rn. 10 ff., und vom 26.04.2007 - 4 CN 3.06 - BRS 71 Nr. 33, Rn. 13 ff.).

Das trifft auf die streitgegenständliche 53. Änderung zu. Nach dem Inhalt der Planurkunde zielt die Antragsgegnerin mit der Darstellung von Vorrangflächen/Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie für ihr gesamtes Gemeindegebiet auf die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Die Antragstellerin hat im Hinblick auf den damit von vornherein nur beschränkt zulässigen Verfahrensgegenstand auch einen auf diese Rechtsfolge beschränkten Sachantrag gestellt.

Schließlich fehlt der Antragstellerin auch nicht deshalb das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, weil die von ihr (derzeit) geplanten Nutzungen für Windenergieanlagen auch bei Feststellung der Unwirksamkeit der 53. Änderung jedenfalls nicht ohne Weiteres für diese Nutzung zur Verfügung stünden, weil auch die dann formal Geltung beanspruchende 17. Änderung des Flächennutzungsplanes in diesem Bereich keine Vorrangzone darstellt, die (planungs-)rechtliche Situation also insoweit unverändert bliebe. Dies lässt ein Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin im gegebenen Zusammenhang schon deshalb nicht entfallen, weil die Antragsgegnerin ausweislich der Begründung der 53. Änderung selbst von einem Anpassungsbedarf des bestehenden Flächennutzungsplans an geänderte Anforderungen der Rechtsprechung ausgeht.

Unbeschadet dessen ist auch nicht auszuschließen, dass eine nach Maßgabe nachfolgender Ausführungen erfolgende erneute Planung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB andere oder größere oder auch nur für die Antragstellerin konkret geeignetere Vorrangzonen darstellen wird (allgemein dazu auch BVerwG, Urteil vom 13.12.2018 - 4 CN 3.18 – NVwZ 2019, 491, Rn. 14 ff.)

**B. Der Normenkontrollantrag ist auch begründet.**

Die 53. Änderung des Flächennutzungsplans der Antragsgegnerin zur Darstellung von Vorrangflächen für die Nutzung der Windenergie ist unwirksam.

**I. Die 53. Änderung des Flächennutzungsplanes leidet bereits an einem durchgreifenden Bekanntmachungsfehler. Rechtsnormen sind in einer Weise der Öffentlichkeit bekanntzumachen, dass sich die Betroffenen in zumutbarer Weise von**

ihrem Inhalt verlässlich Kenntnis verschaffen können (OVG NRW, Urteile vom 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE – BauR 2018, 468, Rn. 35 ff. m. w. N., und vom 21.01.2019 – 10 A 23/17 – ).

Für Flächennutzungspläne sieht § 6 Abs. 5 BauGB die ortsübliche Bekanntmachung ihrer Genehmigung durch die höhere Verwaltungsbehörde vor. Aus rechtsstaatlichen Gründen ist es erforderlich, dass den Adressaten der Bekanntmachung der räumliche Geltungsbereich der Darstellungen, die Rechtsnormqualität haben, hinreichend deutlich gemacht wird. Werden Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie dargestellt, gehört wegen der Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB grundsätzlich der gesamte Außenbereich der Gemeinde zum räumlichen Geltungsbereich. An einem diesen räumlichen Geltungsbereich verdeutlichenden Hinweis fehlt es in der Bekanntmachung der 53. Änderung. Die in die Bekanntmachung aufgenommene Formulierung, die 53. Änderung gelte für das gesamte Gemeindegebiet, reicht hierfür nicht aus. In der Bekanntmachung ist zwar von Konzentrationszonen die Rede, doch ist ihr weder deren Lage zu entnehmen noch ist der Begriff der Konzentrationszone durch einen Hinweis auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB oder auf andere Weise erläutert.

Damit ist der Bekanntmachung insbesondere nicht zu entnehmen, auf welche konkreten Bereiche des Gemeindegebiets sich die Ausschlusswirkung und damit der unmittelbare Normcharakter beziehen. Hierzu wäre zumindest eine (zeichnerische) Darstellung der Vorrangzonen letztlich zwingend gewesen.

Im Übrigen ist auch der Begriff der Konzentrationszone nicht ohne Weiteres verständlich, zumal er im Gesetz nicht verwendet wird und sich lediglich zur verkürzenden Darstellung des Regelungssystems des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in der Rechts- und Planungspraxis etabliert hat. Er ist daher nicht geeignet, aus sich heraus eine hinreichende Information der Normadressaten über den Rechtscharakter und den Geltungsbereich der fraglichen Darstellung des 53. Änderung des Flächennutzungsplans sicherzustellen (OVG NRW, Urteile vom 21.01.2019 - 10 D 23/17.NE - und vom 06.12.2017 - 7 D 100/15.NE – BauR 2018, 468, Rn. 43 (insoweit noch offengelassen)).

Vor diesem Hintergrund mag offenbleiben, ob auch der in der Bekanntmachung fehlende Hinweis, dass mit ihr die 53. Änderung in Kraft treten soll, zu einem (weiteren) durchgreifenden Bekanntmachungsmangel führt. Die Antragstellerin hat aber mit Recht insoweit Bedenken erhoben, weil sich diese Rechtsfolge wegen der von § 6 Abs. 5 BauGB angeordneten Bekanntmachung nur der Genehmigung des Flächennutzungsplanes - und nicht des Planes selbst - nicht ohne weiteres für potenziell Betroffene ergeben könnte.

2. Die 53. Änderung ist zudem, worauf hier mit Blick auf ein etwaiges ergänzendes Verfahren ergänzend hingewiesen sei, unter Verstoß gegen § 3 Abs. 2 BauGB zustande gekommen. Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 BauGB sind die Entwürfe der Bauleitpläne mit der Begründung und den nach Einschätzung der Gemeinde wesentlichen, bereits vorliegenden umweltbezogenen Stellungnahmen für die Dauer eines Monats auszulegen. Die öffentliche Auslegung des Planentwurfs ist öffentlich bekannt zu machen.

Die öffentliche Bekanntmachung darf keine Zusätze oder Einschränkungen enthalten, die geeignet sein könnten, auch nur einzelne an der Bauleitplanung interessierte Bürger von Stellungnahmen zu der Planung abzuhalten (BVerwG, Beschluss vom 27.05.2013 – 4 BN 28.13 – ZfBR 2013, 580, Rn. 7).

So war es aber hier. Die Bekanntmachung enthielt mit dem Zusatz, dass Stellungnahmen bei der Antragsgegnerin schriftlich oder zur Niederschrift vorgebracht werden könnten, eine Formulierung, die geeignet war, einzelne Bürger von einer Beteiligung im Aufstellungsverfahren abzuhalten. § 3 Abs. 2 BauGB schreibt diese Form nicht vor, sodass zum Beispiel auch eine Stellungnahme per E-Mail zulässig ist. Die ältere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluss vom 28.01.1997 – 4 NB 39.96 – BauR 1997, 596, Rn. 9), wonach die Formulierung, Bedenken und Anregungen könnten „schriftlich oder zur Niederschrift“ vorgetragen werden, nicht dem Gesetz widerspreche, weil es notwendig sei, dass die Argumente, die für oder gegen eine Überarbeitung der Bauleitplanung sprächen, schriftlich niedergelegt würden, dürfte die Abgrenzung zu lediglich mündlich vorgetragenen Argumenten im Blick gehabt haben und ist angesichts der inzwischen weit verbreiteten elektronischen Übertragungswege überholt (OVG NRW, Urteil vom 21.01.2019 - 10 D 23/17.NE -).

3. Darüber hinaus hätte die Antragsgegnerin nach den - offenbar - im Anschluss an die förmliche Öffentlichkeitsbeteiligung erfolgten Änderungen den Flächennutzungsplan nach § 4a Abs. 3 Satz 1 BauGB erneut auslegen müssen. Dies gilt schon deshalb, weil sie ausweislich der Abwägungsmatrix den Flächenzuschnitt der Vorranggebiete - wenn auch nur in geringem Umfang - verändert hat. Auf entsprechenden Einwand aus der Öffentlichkeit hat sie die Vorrangzone verkleinert, um einen zusätzlichen Abstand von 25 m zu einem geplanten und genehmigten Altenteiler zu schaffen. Eine solche Änderung der Darstellungen des Flächennutzungsplanes, die sich im Umkehrschluss auch auf die Größe des ausgeschlossenen Gemeindegebiets auswirkt, löst aber grundsätzlich die Pflicht zur erneuten Offenlage aus (für Bebauungspläne BVerwG, Beschluss vom 18.04.2016 - 4 BN 9.16 – BauR 2016, 1269, Rn. 4; OVG NRW, Beschluss vom 26.04.2018 - 2 B 1625/17.NE - BauR 2018, 1821; Gatz, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand März 2018, § 4a Rn. 5).

Eine in der Rechtsprechung erwogene Ausnahme (OVG NRW, Beschluss vom 26.04.2018 - 2 B 1625/17.NE - BauR 2018, 1821, m.w.N.) lag hier schon deshalb nicht vor, weil im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung verschiedentlich ähnliche Wünsche geäußert und abschlägig beschieden worden waren.

Unbeschadet dessen ist es vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der Öffentlichkeitsbeteiligung jedenfalls nicht unproblematisch, dass die Antragsgegnerin nach Durchführung des Verfahrens des § 3 Abs. 2 BauGB umfangreiche und grundlegende Änderungen an ihrem öffentlich gemachten Gesamtplanungskonzept vorgenommen hat. Auch wenn sich dies nicht auf die eigentlichen Darstellungen der 53. Änderung ausgewirkt hat, hat der Plangeber gleichwohl das dahinterstehende Plankonzept durch die Neuordnung harter und weicher Tabus mit einem Anstieg des Anteils harter Tabuflächen von 21 % auf 77 % bzw. 81 % durchaus fundamental geändert. Angesichts der Bedeutung, die die höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung diesem Gesamtkonzept für die Rechtmäßigkeit der Planung beimisst, spricht aus Sicht des Senats alles dafür, dass jedenfalls solch grundlegende

Neuorientierungen Gegenstand einer (erneuten) Offenlage sein müssen. Dies gilt jedenfalls mit Blick auf die abschließend zu beantwortende und beteiligungsrelevante Frage, ob mit der Planung der Windenergienutzung substantiell Raum verschafft wird. Das hierfür aus Sicht des Plangebers vorrangig zu betrachtende Flächenverhältnis zu den nach Abzug der harten Kriterien verbleibenden Teilen des Gemeindegebietes veränderte sich hier von max. 2,3 % auf bis zu 9,7 %. Hinzu kommt, dass sich zumindest die Antragstellerin mit der Frage des ausreichenden Flächenanteils auf der Basis des Plankonzepts der förmlichen Öffentlichkeitsbeteiligung intensiv auseinandergesetzt hatte.

C. Mit Blick auf ein möglicherweise beabsichtigtes Heilungsverfahren ist darüber hinaus festzustellen, dass die 53. Änderung in der vorliegenden Form auch durchgreifende materielle Fehler enthält, die für sich genommen zu ihrer Gesamtnichtigkeit führen. Sie weist Abwägungsmängel auf, die gemäß § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Abs. 3 Satz 2 BauGB beachtlich sind.

Die verfahrensrechtlichen Anforderungen an den Abwägungsvorgang ergeben sich aus den Vorgaben des § 2 Abs. 3 BauGB, wonach bei der Aufstellung der Bauleitpläne die Belange, die für die Abwägung von Bedeutung sind (Abwägungsmaterial), ermittelt und bewertet werden müssen. Sie decken sich mit denen, die die Rechtsprechung bezogen auf die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials aus dem Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB entwickelt hat (BVerwG, Urteil vom 09.04.2008 - 4 CN 1.07 - BRS 73 Nr. 31, Rn. 18).

Diesen Anforderungen genügt die der Planung der 53. Änderung zugrunde liegende Abwägung des Rates nicht.

Bei der Planung von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung verlangt das Abwägungsgebot nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Entwicklung eines schlüssigen Gesamtkonzepts, das sich auf den gesamten Außenbereich des Gemeindegebietes erstreckt. Die planerische Entscheidung muss nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen wird, sondern auch deutlich machen, welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten (BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507 = BauR 2013, 722, Rn. 9).

Die Ausarbeitung eines Planungskonzepts ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts insgesamt auf der Ebene des Abwägungsvorgangs angesiedelt. Sie vollzieht sich abschnittsweise. Im ersten Abschnitt sind diejenigen Bereiche als Tabuzonen zu ermitteln, die sich für die Nutzung der Windenergie nicht eignen. Die Tabuzonen lassen sich in zwei Kategorien einteilen, nämlich in Zonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen sind (harte Tabuzonen), und in Zonen, in denen Windenergieanlagen zwar tatsächlich und rechtlich möglich sind, in denen sie aber nach den städtebaulichen Vorstellungen, die die Gemeinde anhand eigener Kriterien entwickeln darf, nicht aufgestellt werden sollen (weiche Tabuzonen).

Auf der ersten Stufe des Planungsprozesses muss sich die Gemeinde zunächst den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst machen und ihn dokumentieren. Bei den harten Tabuzonen handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts um Flächen, deren

Bereitstellung für die Windenergienutzung an § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB scheitern würde. Danach haben die Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Nicht erforderlich ist ein Bauleitplan, wenn seiner Verwirklichung auf unabsehbare Zeit rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Wege stehen. Harte Tabuzonen scheiden kraft Gesetzes als Konzentrationszonen für die Windenergienutzung aus und sind so einer Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Belangen (§ 1 Abs. 7 BauGB) von vornherein entzogen.

Schon diese rechtliche Einbettung schließt es aus, den Gemeinden hierbei einen Beurteilungsspielraum im Sinne eines der gerichtlichen Prüfung entzogenen Exekutivvorbehalts bei Auswahl und Bewertung der von ihr herangezogenen harten Tabukriterien zuzubilligen. Dass die rechtliche Unmöglichkeit, an bestimmten Stellen des Gemeindegebiets Windenergieanlagen zu errichten, einem - möglicherweise einem Beurteilungsspielraum ähnlichen - planerischen Ermessen unterliegen könnte, ist ebenso wenig zu erkennen wie eine praktische Notwendigkeit hierfür. Der planenden Gemeinde bleibt es unbenommen, ganz, weitestgehend oder jedenfalls in Zweifelsfällen auf diese Kategorie zu verzichten und erst auf der zweiten oder dritten Planungsebene als ein der Abwägung unterliegendes Ausschlusskriterium zu berücksichtigen (a.A. aber wohl OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 05.07.2018 - 2 A 2/16 - ZNER 2018, 550, Rn. 94 ff.; wie hier OVG NRW, Urteil vom 06.03.2018 - 2 D 95/15.NE - DVBl 2018, 950, Rn. 173 ff., m. w. N.).

Andererseits ist es ihr (auch) durch diese Vorgabe aber grundsätzlich nicht verwehrt, ihrer Planung realistische, stringente und hinreichend zurückhaltende Szenarien hinsichtlich der in ihrem Gemeindegebiet zu erwartenden Art und dem Umfang der Nutzung der Windenergie zugrunde zu legen und hierauf aufbauend etwa Schutzabstände zu definieren. Der Einräumung eines - der gerichtlichen Nachprüfung auch auf Plausibilität und Folgerichtigkeit von vornherein entzogenen - Beurteilungsspielraums bedarf sie hierbei bei einer sachgerechten Handhabung ebenfalls nicht (in diesem Sinne ist wohl auch die Begrifflichkeit in OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 05.07.2018 - 2 A 2/16 - ZNER 2018, 550, Rn. 94, der Sache nach zu verstehen).

Demgegenüber sind weiche Tabuzonen zu den Flächen zu rechnen, die einer Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung zugänglich sind. Zwar dürfen sie anhand einheitlicher Kriterien ermittelt und vorab ausgeschieden werden, bevor diejenigen Belange abgewogen werden, die im Einzelfall für und gegen die Nutzung einer Fläche für die Windenergie sprechen. Ihre Ermittlung und ihre Bewertung sind aber gleichwohl der Ebene der Abwägung zuzuordnen. Weiche Tabuzonen sind disponibel, was sich daran zeigt, dass städtebauliche Gesichtspunkte hier nicht von vornherein vorrangig sind und der Plangeber die weichen Tabuzonen einer erneuten Betrachtung und Bewertung unterziehen muss, wenn er als Ergebnis seiner Untersuchung erkennt, dass er für die Windenergienutzung nicht substantiell Raum schafft. Der Rat muss die Entscheidung, eine Fläche als weiche Tabuzone zu bewerten, nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass damit eine gesetzliche Privilegierung und damit den Eigentümern eine an sich gesicherte Nutzungsoption ohne Einzelfallprüfung entzogen wird, rechtfertigen. Dazu muss er aufzeigen, wie er die eigenen Ausschlussgründe bewertet, d. h. kenntlich machen, dass er -

anders als bei harten Tabukriterien - einen Bewertungsspielraum hat, und die Gründe für seine Wertung offen legen. Diese Forderung ist mit dem abschließenden Abwägungsparameter rückgekoppelt, dass, je kleiner die für die Windenergienutzung verbleibenden Flächen am Ende ausfallen, umso mehr das gewählte methodische Vorgehen zu hinterfragen ist (BVerwG, Urteile vom 11.04.2013 - 4 CN 2.12 - BauR 2013, 1396, Rn. 6, vom 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507 = BauR 2013, 722, Rn. 11 ff., vom 20.05.2010 - 4 C 7.09 - BVerwGE 137, 74 = DVBl 2010, 1235, Rn. 45, und vom 24.01.2008 - 4 CN 2.07 - BRS 73 Nr. 94, Rn. 15, sowie Beschluss vom 15.09.2009 - 4 BN 25.09 - BRS 74 Nr. 112, Rn. 7; OVG NRW, Urteil vom 20.11.2012 - 8 A 252/10 - NuR 2013, 146, Rn. 52).

Dies bedeutet allerdings nicht, dass sich eine weitergehende gerichtliche Prüfung des Planungsprozesses erübrigen würde, wenn und soweit die Flächennutzungsplanung der Windenergie im Ergebnis substanziellen Raum einräumt. Damit würde die grundlegende, vom Gesetzgeber ausweislich der §§ 214, 215 BauGB anerkannte Unterscheidung zwischen Mängeln des Abwägungsvorgangs und Mängeln des Abwägungsergebnisses aufgehoben. Aus dem vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Prüfungsraster ergibt sich vielmehr, dass die (erst) auf der 4. Stufe erfolgende Überprüfung, ob für die Nutzung der Windenergie substantiell Raum geschaffen wurde, einem ordnungsgemäßen Abwägungsprozess nachzufolgen hat, ihn aber nicht ersetzt (in diesem Sinne bereits BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507 = BauR 2013, 722, Rn. 17; OVG NRW, Urteil vom 06.03.2018 - 2 D 95/15.NE - DVBl. 2018, 950, Rn. 62; Thür. OVG, Urteil vom 08.04.2014 - 1 N 676/12 - ThürVBl 2015, 111, Rn. 109).

Der Rat muss demgemäß unabhängig von der Bewertung des Ergebnisses seiner Rechtfertigungspflicht bezüglich der Wahl der weichen Tabus im oben genannten Umfang nachkommen. Andernfalls scheitert seine Planung unabhängig davon, welche Maßstäbe an die Kontrolle des Abwägungsergebnisses anzulegen sind, schon an dem fehlenden Nachweis, dass er die weichen Tabuzonen auf der Stufe der Abwägung (tatsächlich) in die Planung eingestellt hat (BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507 = BauR 2013, 722, Rn. 14.).

Dies ist im Übrigen schon deshalb geboten, weil unabhängig von dem Endergebnis jede Bestimmung von Tabukriterien, wie bereits angesprochen, durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB konkret eröffnete und ihre Antragsbefugnis begründende Nutzungsoptionen für einzelne Eigentümer ausschließt. Dies lässt sich im Regelfall aber nicht allein damit rechtfertigen, dass einer ausreichend großen Zahl anderer Eigentümer diese Nutzungsoption erhalten bleibt.

Nach Abzug der harten und der weichen Tabuzonen bleiben nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts so genannte Potenzialflächen übrig, die für die Darstellung von Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan in Betracht kommen. Sie sind in einem weiteren Arbeitsschritt zu konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, das heißt, die öffentlichen Belange, die gegen die Darstellung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone für die Windenergienutzung sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, ihr an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht wird (BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 =

DVBl 2013, 507 = BauR 2013, 722, Rn. 10, und Beschluss vom 15.09.2009 - 4 BN 25.09 - BauR 2010, 82, Rn. 8.).

Das Abwägungsergebnis ist schließlich darauf zu prüfen, ob mit der Planung der Windenergienutzung substantiell Raum gegeben wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Entscheidung, anhand welcher Kriterien sich diese Frage beantworten lässt, den Tatsachengerichten vorbehalten und verschiedene Modelle gebilligt (BVerwG, Beschluss vom 22.04.2010 - 4 B 68.09 - BRS 76 Nr. 57 (2010), Rn. 6 f., sowie Urteile vom 20.05.2010 - 4 C 7.09 - NVwZ 2010, 1561, und vom 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507 = BauR 2013, 722, Rn. 18), dabei jedoch eine gewisse Priorität für einen Flächenvergleich dergestalt erkennen lassen, dass der prozentuale Anteil der ausgewiesenen Vorrangflächen zu der nach Abzug der harten Tabukriterien verbleibenden Außenbereichsfläche als aussagekräftiger Ansatzpunkt gewertet werden kann (BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507 = BauR 2013, 722; dazu auch Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013 (Windenergieanlagen), Rn. 93 ff., 100 ff.; vgl. auch OVG NRW, Urteil vom 22.09.2015 - 10 D 82/13.NE - ZfBR 2016, 52, Rn. 79, bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 12.05.2016 - 4 BN 49.15 - BauR 2016, 1445, Rn. 4 ff.; OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 24.02.2011 - 2 A 2/09 - NuR 2011, 794, Rn. 60).

Für die Rechtmäßigkeit der Flächenauswahl unter Abwägungsgesichtspunkten sind die Erwägungen maßgeblich, die tatsächlich Grundlage der Abwägungsentscheidung des Plangebers waren. Entscheidend für die gerichtliche Überprüfung der Abwägungsentscheidung sind damit in erster Linie die Verlautbarungen in der Begründung, die dem Flächennutzungsplan nach § 5 Abs. 5 BauGB beizufügen ist, ergänzt durch die Erwägungen, denen der Plangeber bei seiner abschließenden Beschlussfassung gefolgt ist (OVG NRW, Urteile vom 19.05.2004 - 7 A 3368/02 - NuR 2004, 690, vom 20.11.2012 - 8 A 252/10 - NuR 2013, 146, Rn. 56, vom 05.07.2017 - 7 D 105/14.NE - BauR 2017, 1653, Rn. 39 f., vom 01.07.2013 - 2 D 46/12.NE - BRS 81 Nr. 46, Rn. 39 ff., und vom 22.09.2015 - 10 D 82/13.NE - ZfBR 2016, 52, Rn. 45).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die angegriffene 53. Änderung des Flächennutzungsplans der Antragsgegnerin wegen Abwägungsmängeln unwirksam. Ihr liegt kein im vorgeannten Sinne schlüssiges, auf die Nutzung der Windenergie bezogenes gesamträumliches Planungskonzept zugrunde, weil der Rat der Antragsgegnerin Teile des Außenbereichs zu Unrecht den harten Tabukriterien zugeordnet hat, die Wahl der weichen Tabus zumindest teilweise nicht hinreichend begründet hat und ihm auch auf der dritten Stufe eine fehlerfreie Bewertung und Gewichtung der im jeweiligen Einzelfall zu berücksichtigenden Belange nicht gelungen ist. Ausgehend hiervon spricht schließlich Überwiegendes dafür, dass die Planung im Ergebnis der Windenergienutzung nicht den erforderlichen substanziellen Raum verschafft, jedenfalls ist aber die Auseinandersetzung der Antragsgegnerin mit dieser Frage defizitär.

**I.** Die vom Plangeber vorgenommene Auswahl der harten Tabukriterien weist in Teilen beachtliche Mängel auf.

**1.** Fehlerhaft hat der Rat der Antragsgegnerin zunächst die Waldflächen im Stadtgebiet weiterhin grundsätzlich als harte Tabuzonen angesehen.

Dass es sich bei Waldflächen weder aus tatsächlichen noch aus rechtlichen Gründen - etwa wegen beachtlicher Ziele der Raumordnung und/oder der Landesplanung - um der Windenergienutzung von vornherein nicht offenstehende Teile des Außenbereichs handelt, ist inzwischen nicht nur gefestigte Rechtsprechung aller drei Bausenate und auch des für das Immissionsschutzrecht zuständigen 8. Senats des erkennenden Gerichts, sondern wird in der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung soweit ersichtlich einheitlich so vertreten (OVG NRW, Urteile vom 22.09.2015 - 10 D 82/13.NE - ZfBR 2016, 52, Rn. 53, vom 06.12.2017 - 7 D 100/15.NE - BauR 2018, 468, Rn. 52 ff., und vom 06.03.2018 - 2 D 95/15.NE - DVBl. 2018, 950, Rn. 98; sowie (der Sache nach) Beschluss vom 09.06.2017 - 8 B 1264/16 - NWVBl. 2017, 473, 475; Thür. OVG, Urteil vom 08.04.2014 - 1 N 676/12 - ThürVBl 2015, 111, Rn. 93; OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 24.02.2011 - 2 A 2.09 - NuR 2011, 794, Rn. 69; Nds. OVG, Urteile vom 23.01.2014 - 12 KN 285/12 - BauR 2014, 838, Rn. 19, vom 14.05.2014 - 12 KN 29/13 - NuR 2014, 654, vom 03.12.2015 - 12 KN 216/13 - BauR 2016, 470, 473, und vom 13.07.2017 - 12 KN 206/15 - DVBl. 2017, 1302, 1305 f.; Gatz, Windenergieanlagen, Rn. 76; Tyczewski, BauR 2014, 934, 944; a. A. noch Hess. VGH, Urteil vom 17.03.2011 - 4 C 883/10.N - BauR 2012, 459, Rn. 41 m. w. N.).

Zur Vermeidung überflüssiger Wiederholungen kann insoweit auf die Entscheidungsgründe insbesondere der rechtskräftigen Urteile des erkennenden Gerichts vom 22.09.2015 - 10 D 82/13.NE - und vom 06.03.2018 - 2 D 95/15.NE - Bezug genommen werden im Übrigen auch OVG NRW, Urteil vom 17.01.2019 - 2 D 63/17.NE -).

**a)** Lediglich ergänzend sei darauf hingewiesen, dass nach Auskunft der Landesregierung allein in NRW inzwischen knapp 100 Windenergieanlagen in Waldbereichen errichtet oder genehmigt wurden, also auch in tatsächlicher Hinsicht keine grundsätzlichen Hinderungsgründe mehr angenommen werden. Dass dadurch mit insgesamt 5,5 ha (entspricht etwa 600 m<sup>2</sup> pro Anlage) zugleich nur ein relativ geringer Anteil von Waldflächen in Anspruch genommen worden ist, ist ein weiteres Indiz gegen harte Ausschlüsse zum Waldschutz und dürfte im Gegenteil eine pauschale Anwendung auch auf der zweiten Abwägungsebene grundsätzlich problematisch erscheinen lassen (OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 05.07.2018 - 2 A 2/16 - ZNER 2018, 550, Rn. 91 ff.).

**b)** Allerdings hat die Antragsgegnerin hier in grundsätzlich vertretbarer Weise im Sinne einer echten Alternativprüfung die - geringen - Waldflächen zulässigerweise als weiches Tabukriterium gewertet (aa). Die konkrete Umsetzung erweist sich aber als nicht hinreichend nachvollziehbar und ausreichend abgewogen (bb).

**aa)** Die Antragsgegnerin kann sich in diesem Kontext zwar nicht auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts berufen, wonach - um der planenden Gemeinde nichts Unmögliches abzuverlangen - nichts dagegen spricht, den Schwierigkeiten bei der juristisch zutreffenden Verortung von Planungsleitlinien als harte oder weiche Tabukriterien dadurch zu begegnen, diese im Zweifel als weiche zu behandeln und erst in der zweiten Planungsphase abwägend zu berücksichtigen. Ein Abwägungsfehler resultiert daraus regelmäßig nicht (BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507 = BauR 2013, 722, Rn. 14 unter Bezugnahme auf OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 24.02.2011 - 2 A 2/09 -; Nds. OVG, Urteil vom 03.12.2015 -

12 KN 216/13 - BauR 2016, 470, 471 f.; dies betonend auch Gatz, Windenergieanlagen, 82 f., 682; ders. jM 2015, 465, 467; a. A. aber offenbar OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 05.07.2018 - 2 A 2/16 - ZNER 2018, 550, Rn. 94 ff.).

Denn diesen Weg ist die Antragsgegnerin hier nicht gegangen, sondern hat sich vielmehr „im Zweifel“ dafür entschieden, diese Kriterien als grundsätzlich der Abwägung entzogen zu bewerten, also auf der höheren, ihrem Einflussbereich a priori nicht zugänglichen Ebene zu belassen und dies mit der noch im Fluss befindlichen und ihrer Ansicht nach uneinheitlichen Rechtsprechung begründet. Dies überzeugt zwar angesichts der vorstehend angesprochenen einschlägigen Rechtsprechung in der Sache nicht. Allerdings dürfte es mit der vorgenannten Rechtsprechung vereinbar, wenn auch angesichts der aufgezeigten Alternative nicht zwingend, sein, eine echte Wahlfeststellung zu treffen, d. h. die Planung tatsächlich parallel bzw. doppelt unter der Prämisse harter oder weicher Kriterien vollständig durchzuführen (dagegen aber wohl Gatz, DVBl. 2017, 461, 462: „Soweit es um die Trennung von harten und weichen Tabukriterien geht, ist die Anwendung der „Ausschlussmethode“ alternativlos“; in diese Richtung auch OVG Berlin-Bbg., Urteil vom 05.07.2018 - 2 A 2/16 - ZNER 2018, 550, Rn. 94 ff.).

Dabei ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass die entscheidende Trennlinie im Planungsprozess entgegen der insoweit „suboptimalen“ (so Gatz, DVBl. 2017, 461) Begriffsbildung nicht zwischen harten und weichen Tabukriterien verläuft, sondern zwischen harten Kriterien einerseits und solchen, die im Rahmen der Abwägung die Auswahl der Potenzialflächen steuert, d. h. auf der 2. und 3. Stufe, angesiedelt sind (näher Gatz, jM 465, 468, und DVBl. 2017, 461 f.).

Insofern muss sich den Aufstellungsvorgängen bei einem Vorgehen, wie es die Antragsgegnerin hier gewählt hat, hinreichend eindeutig entnehmen lassen, dass sie zumindest gesehen und gewürdigt hat, dass sie mit dem Wechsel von einem harten zu einem weichen Tabu einen fundamentalen Perspektivwechsel vollzieht und nicht mehr nur von außen Vorgegebenes umsetzt, sondern eigene (freie) planerische Entscheidungen trifft, die insbesondere nicht unbedingt dem einem harten Tabukriterium eigenen Alles-oder-Nichts-Prinzip folgen, sondern Differenzierungen ermöglichen, mit denen sie sich infolge dessen zumindest auseinanderzusetzen hat; gefordert ist mit anderen Worten die umfassende Neubetrachtung der gesamten Planung unter einem anderen Blickwinkel.

Eine solche echte zweigleisige Prüfung hat die Antragsgegnerin hier vorgenommen und dabei den an sie zu stellenden Anforderungen grundsätzlich genügt.

**bb)** Diese grundsätzlich zulässige Vorgehensweise hat die Antragsgegnerin jedoch im Einzelnen nicht stringent umgesetzt und vor allem für die Vorrangzone, für die die nachfolgenden Erwägungen exemplarisch stehen, nicht bzw. nicht hinreichend mit Blick auf ins Auge springende Probleme abgewogen.

**2.** Darüber hinaus stellt sich die Behandlung der Naturschutzgebiete in der vorliegenden Form als nicht ausreichend dokumentiert bzw. begründet dar, die die Antragsgegnerin als harte Tabubereiche eingestuft hat. Eine konkrete Betrachtung hat hier nach Aktenlage überhaupt nicht stattgefunden.

Insbesondere hat keine, und schon gar keine konkrete Überprüfung einer potenziellen Befreiungslage für jedes

Naturschutzgebiet i. S. d. § 67 BNatSchG stattgefunden. Anders als etwa für die landschaftsschutz- oder hochwasserschutzrechtlichen Fragen hat es insbesondere offenbar keine konkrete Beteiligung der zuständigen Fachbehörde zur Klärung dieser Fragestellung gegeben. Diese wäre indes wegen § 67 BNatSchG in gleicher Weise veranlasst und auch keine Überforderung der planenden Gemeinde gewesen.

Entgegen der in der Antragsrwiderrung vertretenen Auffassung lässt sich diese Unterlassung auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, die Antragstellerin habe die Möglichkeit einer solchen Befreiungslage weder nachgewiesen noch (zumindest) aufgezeigt. Die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmtes Gebiet von vornherein aus rechtlichen Gründen nicht für die Ausweisung von Vorrangzonen in Betracht kommt, ist originäre Aufgabe der planenden Stelle und obliegt nicht von der Planung betroffenen Bürgern. Auch die in der Antragsrwiderrung erwähnte Tatsache, dass in Nordrhein-Westfalen kein Fall bekannt sei, in dem eine Befreiung nach § 67 BNatSchG erteilt worden sei, ersetzt eine solche konkrete Auseinandersetzung mit der Fragestellung durch den Rat der Antragsgegnerin nicht, zumal hier nicht ersichtlich ist, dass dieser über entsprechende Informationen verfügt hätte.

**3.** Eine konkrete Betrachtung der Biotopflächen hat im Planungsverfahren aktenkundig ebenfalls nicht stattgefunden. Insoweit spricht nach Auffassung des Senats aber einiges dafür, dass eine solche angesichts der typischerweise kleinteiligen Struktur, wie sie hier auch konkret anhand der in der Potenzialstudie enthaltenen Übersichtskarten nachvollziehbar ist, jedenfalls im Hinblick auf den harten Ausschluss dieser Biotopflächen selbst entbehrlich war (dazu bereits OVG NRW, Urteil vom 17.01.2019 - 2 D 63/17.NE -).

**4.** Nach vorstehenden Maßstäben hat der Plangeber eine Pufferzone von 300 m zu allen (auch noch nicht ausgenutzten) innerörtlichen Siedlungsgebieten und ASB-Bereichen sowie zu allen Wohnnutzungen im Außenbereich in dieser Form ebenfalls zu Unrecht den harten Tabukriterien zugeordnet.

Dieses Vorgehen wirft bereits als solches Fragen auf. So ist nach den Planunterlagen schon nicht nachvollziehbar, ob bzw. wie und nach welchen Maßstäben der Plangeber hier allen betroffenen Siedlungsbereichen einen Wohngebietscharakter zugewiesen hat. Soweit ersichtlich, ist ursprünglich nur zwischen besiedelten Flächen (ohne Gewerbegebiete) als solchen und dem Außenbereich differenziert worden. Dies begegnet für die ursprüngliche Überlegung, dieses Schutzkonzept den (vorsorgenden) weichen Tabukriterien zuzuordnen, auch keinen grundsätzlichen Bedenken. Eine pauschale Gleichbehandlung der unterschiedlichen Gebietskategorien ist jedenfalls auf der Ebene der harten Tabukriterien an sich unzulässig, weil sich die Frage, ob aus Immissionsschutzgründen eine Genehmigung für eine Windenergieanlage schlechthin ausgeschlossen ist, nicht zuletzt vom Schutzanspruch des Siedlungsgebiets abhängt (zum Problem OVG NRW, Urteil vom 06.03.2018 - 2 D 95/15.NE - DVBl. 2018, 950, Rn. 170 ff.).

Im Ergebnis unschädlich könnte das nur sein, wenn die Antragsgegnerin diesen Schutzabstand von vornherein nur nach Maßgabe der niedrigsten Schutzkategorie bestimmt hätte. Dafür geben die Aufstellungsvorgänge indes nichts Belastbares her.

Fragen wirft in diesem Zusammenhang zudem der Umstand auf, dass sich den Berechnungen und den Darlegungen in der Planbegründung nicht entnehmen lässt, ob die

Antragsgegnerin hinsichtlich der vorhandenen Bebauung von einem uneingeschränkten Schutzanspruch eines allgemeinen Wohngebiets ausgegangen ist oder einen aus Rechtsgründen - und damit im Rahmen der harten Tabukriterien zu beachtenden - im Übergang zum Außenbereich regelmäßig erforderlichen Zwischenwert zugrunde gelegt hat. Ebenso bleibt offen, ob die Antragsgegnerin praxisgerecht einen schallreduzierten Nachtbetrieb eingestellt oder zumindest erwogen hat.

Diese Problematik stellt sich erst recht im Hinblick auf die Gleichsetzung von innerörtlichen Siedlungsbereichen und isolierten Wohngebäuden im Außenbereich. Insoweit hat die Antragsgegnerin jedenfalls in der Abwägung zur frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung zu Recht darauf abgestellt, dass hier nur ein Schutzanspruch für Mischgebiete angesetzt werden kann und dementsprechend geringere Schutzabstände - wenn auch konkret unter den damals allein zu betrachtenden Vorsorgegesichtspunkten - vorzusehen sind. Dass gleichwohl hier eine einheitliche Betrachtung unter dem strengeren Maßstab der harten Tabukriterien möglich sein könnte, erschließt sich nicht. Im Gegenteil ist der ursprünglichen Abwägung zugrunde gelegt worden, dass unter dem Blickwinkel des Immissionsschutzes ein Abstand zu den Außengrenzen der Vorrangzonen von (nur) 250 m zur Außenbereichsbauung erforderlich und ausreichend ist.

Eine einschlägige weitergehende und nachvollziehbare Begründung des konkret und einheitlich gewählten harten Kriteriums von 300 m findet sich demgegenüber nicht. Die hierauf bezogenen Ausführungen der Planbegründung berufen sich vielmehr pauschal auf eine „Kommentierung von Gatz, Richter im mit Verfahren zur Windenergie befassten Senat des Bundesverwaltungsgerichts, juris 12/2015, S. 465 - 470“. In diesem Aufsatz finden sich indes keine Festlegungen dergestalt, dass ein Abstand von 300 m immer als hartes Kriterium zu werten wäre - zu gemischten Bauflächen des Innenbereichs verhalten sich die Ausführungen ebenso wenig wie zu Einzelbauungen im Außenbereich. Ebenso wenig lässt sich aus der minimalen Abstandsempfehlung von 340 m zu allgemeinen Wohngebieten schließen, 300 m zu Mischgebieten seien immer zulässig.

Offen bleiben konnte deshalb, ob solche Abstände wegen der noch nicht feststehenden konkreten Standorte von - in ihrer Bauart und damit in ihrem Emissionsverhalten ebenfalls noch nicht konkret bekannten - Windenergieanlagen, die im Übrigen jedenfalls nicht an der Grenze der Vorrangzone errichtet werden könnten, weil - wie schon gesagt - nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung auch die Rotorblattspitzen innerhalb dieser Zonen liegen müssen, überhaupt als hart bewertet werden können, wozu der Senat weiterhin grundsätzlich neigt (bejahend etwa BVerwG, Urteil vom 11.04.2013 - 4 CN 2.12 - BauR 2013, 1396; OVG NRW, Urteil vom 05.07.2017 - 7 D 105/14.NE - BauR 2017, 1653, Rn. 42, m. w. N.; Nds. OVG, Urteil vom 03.12.2015 - 12 KN 216/13 - BauR 2016, 470, 472; enger OVG NRW, Urteil vom 01.07.2013 - 2 D 46/12.NE - BRS 81 Nr. 46, Rn. 56; grundsätzlich ablehnend etwa Tyczewski, BauR 2014, 934, 940 ff.; vgl. zu den einschlägigen Parametern im Detail Gatz, DVBl. 2017, 461, 463).

Angesichts der enormen Flächenausmaße dieses harten Tabukriteriums, dessen Anwendung zu ungefähr einer Vervierfachung des Anteils der harten Tabuflächen am Gemeindegebiet führt, liegt auch auf der Hand, dass eine Reduktion des angesetzten Abstands um 50 m ohne weiteres relevant ist

und zudem konkrete Auswirkungen auf die Frage, ob hier der Windenergienutzung substantieller Raum gegeben wurde, hat.

Unabhängig davon lässt sich den Aufstellungsvorgängen auch die doch massive Auswirkung dieses Perspektivenwechsels nicht nachvollziehbar entnehmen. Dies wäre angesichts der Tatsache, dass nur durch dieses Kriterium der Anteil der harten Tabubereiche am Gemeindegebiet von 21 % auf 81 % bzw. 17 % auf 77 % (ohne Wald) gestiegen ist, jedoch erforderlich gewesen.

**II.** Unabhängig davon sind der Antragsgegnerin auch bei Auswahl und Anwendung der (genuin) weichen Tabukriterien Abwägungsfehler unterlaufen. Zwar hat sie - anders als bei harten Tabukriterien - hier einen Bewertungsspielraum. Dessen Umfang ist aber mit dem abschließenden Abwägungsparameter dergestalt rückgekoppelt, dass je kleiner die für die Windenergienutzung verbleibenden Flächen am Ende ausfallen, desto mehr das gewählte methodische Vorgehen zu hinterfragen ist. Angesichts der Größe der dargestellten Vorrangflächen ist der Spielraum hier schon mit Blick auf das Ergebnis der Planung insgesamt relativ klein; der von der Antragsgegnerin selbst als „auf der sicheren Seite liegend“ herangezogene Anteil von 10 % der nach Abzug der harten Tabukriterien verbleibenden Flächen wird bei zutreffender Bewertung des Waldes als (allenfalls) weiches Kriterien mit 7,9 % bereits um mehr als 20 % unterschritten. Selbst wenn sich die Planung insoweit noch im Rahmen des Vertretbaren bewegen sollte, entbände dieser Befund die Antragsgegnerin aber jedenfalls nicht von ihrer allgemeinen planungsrechtlichen Pflicht einer stimmigen und nachvollziehbaren Maßstababildung.

**1.** Zumindest Fragen wirft insoweit der gewählte Abstand von (zusätzlichen) 1.200 m zu den Vogelschutzgebieten auf. Zur Begründung wird in diesem Zusammenhang in der Potenzialstudie ausdrücklich vermerkt, dass es weder rechtliche noch tatsächliche Gründe für eine solche Pufferzone gibt. Dies steht dann aber im Grunde einer rechtlichen Berücksichtigung an dieser Stelle von vornherein entgegen.

Ob dieser sehr großzügig gewählte Schutzabstand - selbst zu Brutplätzen windkraftsensibler (Greif-)Vogelarten wird in der Praxis ein Abstand von max. 1.000 m angesetzt - vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Senats (OVG NRW, Urteil vom 17.01.2019 - 2 D 63/17.NE -) hiermit ausreichend gerechtfertigt ist, erscheint zumindest fraglich. Die angeführten Abstandsempfehlungen finden sich in den Aufstellungsvorgängen im Übrigen nicht, ebenso wenig das ihnen zugrunde liegende sog. Helgoländer Papier der Vogelschutzwärte.

**2.** Einer nachvollziehbaren Rechtfertigung entbehrt aber jedenfalls der um den historischen Ortskern gezogene pauschale Schutzkreis mit einem Radius von 2250 m. Damit wird eine Fläche von mehr als 1500 ha, die jedenfalls ganz überwiegend im Gemeindegebiet liegt, für eine Windenergienutzung gesperrt, ohne dass dies in der Planbegründung oder den Aufstellungsvorgängen im Einzelnen begründet worden wäre. Dieser großzügige Vorsorgepuffer ist aber selbst dann nicht selbsterklärend, wenn man von einer besonderen Bedeutung des historischen Ortskerns als Sitz eines ehemaligen Klosters mit noch vorhandener Fachwerkssubstanz, einer Mühle und einer Stiftskirche ausgeht. Warum hierfür etwa aufgrund bestimmter Höhenlagen und Sichtachsen ein weitgehender „Ensembleschutz“ aus städtebaulichen Gründen angemessen erschiene, ergibt sich daraus nicht unmittelbar. Eine genauere Betrachtung oder Begründung findet sich in der

Planbegründung und in den sonstigen Aufstellungsvorgängen nicht, was möglicherweise der Ortskenntnis des Rates geschuldet sein mag. Gleichwohl fehlen etwa Sichtbarkeitsanalysen oder sonstige Ausführungen zum Denkmalwert und einem Umgebungsschutz (zur Erforderlichkeit OVG NRW, Urteil vom 21.01.2019 - 10 D 23/17.NE - zur „Umzingelungswirkung“).

Unabhängig davon ist in der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts anerkannt, dass jedenfalls keine pauschalen Abstandsregelungen zu Kulturdenkmälern definiert werden können, weil der Umfang des Umgebungsschutzes vom jeweiligen Einzelfall und seinen Besonderheiten abhängt (OVG NRW, Urteil vom 28.08.2008 - 8 A 2138/06 - ZUR 2009, 33, Rn. 125 ff.; Scheidler, in: Schrödter, BauGB-Kommentar, 9. Aufl. 2019, § 5 Rn. 124).

**3.** Ebenfalls unklar bleiben nach den Aufstellungsvorgängen die genauen Kriterien und die Grenzen derjenigen Bereiche, die die Antragsgegnerin aus Gründen des „Orts- und Landschaftsschutzes“ im Übrigen auf dieser Ebene ausgeschlossen hat.

**4.** Schließlich fällt auf, dass ausweislich der Anlage 1 zur Potenzialanalyse und zur Planbegründung die Bereiche zum Schutz der Natur mit der Begründung den weichen Tabukriterien zugeordnet werden, dass die Ausweisung von Flächen für die Nutzung der Windenergie in Bereichen für den Schutz der Natur wegen Ziel 5 des GEP nicht in Betracht komme.

Das widerspricht zumindest im Ansatz der von der Planbegründung übernommenen, in der Sache zutreffenden (OVG NRW, Urteil vom 17.01.2019 - 2 D 63/17.NE -) Darstellung in der Potenzialanalyse, wonach aufgrund des Ziels 4 des GEP ein striktes Verbot aus raumordnungsrechtlichen Gründen hier gerade nicht besteht.

**III.** Schließlich stellt sich auch die auf der dritten Stufe vorgenommene Einzelabwägung jedenfalls mit Blick auf die Fragen des Hochwasserschutzes (dazu 1.) als fehlerhaft dar. Den sich aus dem Umgang mit den militärischen Belangen hinsichtlich der Tiefflugübungsstrecke für Kampfhubschrauber musste der Senat daher nicht mehr abschließend nachgehen (dazu 2.).

**1.** Bei der Einzelfallbetrachtung der (ursprünglich) vier verbleibenden Eignungsgebiete hat die Antragsgegnerin die Fragen des Hochwasserschutzes fehlerhaft abgewogen, weil sie auf der Grundlage einer Stellungnahme des Kreises davon ausgegangen ist, dort komme eine Errichtung von Windenergieanlagen aufgrund des festgesetzten Überschwemmungsgebietes nicht in Betracht, nachdem der Kreis eine Ausnahme ausgeschlossen habe.

Die Antragsgegnerin hat angenommen, so lange an eine fachbehördliche Einschätzung gebunden zu sein, wie diese nicht offensichtlich fehlerhaft ist. Ein solcher Fall war hier jedoch entgegen ihrer Annahme gegeben. Denn die (einzige) Stellungnahme des Kreises erwähnt die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Befreiung, die für Windenergieanlagen grundsätzlich in Betracht kommt und von der Landesplanung sowie der Regionalplanung entsprechend vorgesehen ist, nicht einmal. Statt dessen wird allein auf das Kriterium einer (vermeintlich) ausreichenden anderweitigen Ausweisungsmöglichkeit abgestellt. Diese Einschränkung ist in der maßgeblichen Vorschrift des § 78 Abs. 3 (jetzt Abs. 5) WHG jedoch nicht vorgesehen. Eine normative Anknüpfung erfolgt ebenso nicht. In Betracht käme allein § 78 Abs. 2 WHG, der für die



Neuweisung von Baugebieten diese Einschränkung tatsächlich enthält. Darum geht es bei einer Flächennutzungsplanung wie hier jedoch gerade nicht; ihre unmittelbaren Rechtswirkungen beschränken sich im Gegenteil auf den Ausschluss grundsätzlich bereits bestehender Baurechte.

Angesichts dessen kann hier auch dahingestellt bleiben, ob die von der Antragsgegnerin angenommene Bindung an oder das von ihr in Anspruch genommene Vertrauen auf die Fachkunde der zuständigen Behörde grundsätzlich die Abwägung tragen könnte. Das erscheint hier aber als ausgeschlossen. Nicht zuletzt angesichts des Umstandes, dass sie im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung mehrfach auf dieses Problem aufmerksam gemacht worden ist, hätte nämlich ein einfacher Blick in das Gesetz ausgereicht, um die Problematik der Stellungnahme handgreiflich werden zu lassen. Stattdessen wird sie aber der Sache nach ohne Weiteres als hartes (= von außen bindendes) Argument herangezogen.

Unbeschadet dessen ergibt sich die von der Antragsgegnerin grundsätzlich angenommene Bindung aber jedenfalls nicht aus der von der Antragsgegnerin herangezogenen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287. Diese stellt vielmehr ausdrücklich darauf ab, ob eine Befreiungslage objektiv gegeben ist (Rn. 20 f.).

2. Vor diesem Hintergrund bedurfte es hier keiner abschließender Entscheidung, ob die Antragsgegnerin die zu berücksichtigenden militärischen Belange – konkret die Interessen der Hubschrauberflugschule der Bundeswehr – ordnungsge­mäß abgewogen hat.

Es lässt sich aber nach derzeitigem Erkenntnisstand zumindest nicht hinreichend sicher feststellen, dass diese Interessen für sich genommen den Ausschluss der gesamten Potenzialfläche allgemein und auch aus Sicht des Plangebers gerechtfertigt bzw. erfordert hätten. Eine Konfliktverlagerung in dieses nachfolgende Genehmigungsverfahren hätte deshalb zumindest eine gewisse Plausibilität (dazu auch Nds. OVG, Urteil vom 23.06.2016 - 12 KN 64/14 - BauR 2016, 1866, Rn. 87 ff.).

3. Schließlich spricht jedenfalls Überwiegendes dafür, dass der Rat nach den oben dargelegten Grundsätzen aufgrund des Abwägungsergebnisses sein Plankonzept einer erneuten Betrachtung und Bewertung hätte unterziehen müssen, weil er mit seiner Planung der Windenergienutzung nicht substanz­iell Raum geschaffen hat.

Auch wenn es insofern in der Rechtsprechung an abschließend geklärten Aussagen hinsichtlich der Vergleichsparameter und der zu erreichenden Verhältniszahl fehlt, ist zumindest in der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts geklärt, dass grundsätzlich der Anteil der ausgewiesenen Vorrangzonen am nach Abzug der harten Tabukriterien verbleibenden Gemeindegebiet hierüber am besten Auskunft geben kann. Jedenfalls dann, wenn der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationszonen 10 % der Vergleichsfläche ausmacht, wird regelmäßig davon auszugehen sein, dass der Windenergienutzung substanz­iell Raum geschaffen wurde. Umgekehrt gilt, dass die Planung umso problematischer erscheint, je weiter sie sich von dieser Marke entfernt. Dies hat auch die Antragsgegnerin ihrer Planung in erster Linie zugrunde gelegt (Tyczewski, BauR 2014, 934, 947; tendenziell auch Gatz, jM 2015, 465, 468 f.).

Die insoweit angestellten Erwägungen der Antragsgegnerin sind jedoch zumindest abwägungsfehlerhaft, weil der Rat nach vorstehenden Ausführungen von einem so nicht zutreffenden Flächenverhältnis ausgegangen ist. Denn er hat jedenfalls Teile des Außenbereichs zu Unrecht den harten Tabukriterien zugeordnet. Damit ist die für die Windkraftnutzung potenziell zur Verfügung stehende Gemeindefläche nicht unerheblich höher, als er sie seinem Flächenvergleich zugrunde gelegt hat.

#### **Anmerkung zu OVG NRW, Urt. v. 14.03.2019 - 2 D 71/17.NE – Stemwede**

**(Das Problem).** Es gibt Entscheidungen, die hinterlassen offenbar bei vielen Beteiligten und Beobachtern der Szene eine gewisse Nachdenklichkeit, die erhebliche Dimensionen erreichen kann. Das gilt auch für von Gerichten für unwirksam erklärte Planungen. Und schnell werden Schuldige gesucht. Sind es die Gemeindevertreter, die Verwaltung, die beratenden Fachplaner und Verwaltungsjuristen? Oder sind es am Ende der Gesetzgeber und die Gerichte, die mit zu hohen Anforderungen das Planungsgeschäft hyperkomplex und selbst für Eingeweihte nicht mehr durchsaubar machen? Von einem solchen Fall und solchen Fragen ist hier zu berichten.

Die im Normenkontrollverfahren zur Prüfung gestellte Flächennutzungsplanänderung weist nach Einschätzung des OVG NRW zahlreiche Fehler auf, die jeder für sich zur Unwirksamkeit der Planung führen: Für die Bekanntmachung der Flächennutzungsplanänderung soll es nicht ausreichen, dass deren Genehmigung bekannt gemacht wird, wie es § 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB vorschreibt. Auch soll ein Zusatz, dass sich die Änderung auf das gesamte Gemeindegebiet bezieht, nicht ausreichen. Die bisherige Rechtsprechung des BVerwG verlangte lediglich eine Bezeichnung des Plangebietes, nicht aber eine Angabe des Planinhalts (BVerwG, Urt. v. 26.05.1978 – IV C 9.77 – BVerwGE 55, 369 = DVBl 1978, 815 – Harmonieurteil). Auch europarechtlich wird hinsichtlich der Arten verfügbarer umweltbezogener Informationen nicht mehr verlangt (BVerwG, Urt. v. 18.07.2013 - 4 CN 3.12 - BVerwGE 147, 206 = DVBl 2013, 1321 = BauR 2013, 1803 - Stür/Stür DVBl 2013, 1324).

**(Konzentrationszonen).** Es liegt wohl an dem etwa 75 Jahre zurückliegenden Ende des Zweiten Weltkriegs, dass der Begriff der Konzentrationszonen heute vielfach leicht über die juristischen Lippen kommt. Ganz unbeschwert dürfte das allerdings nicht sein, denn die rund 1.000 Konzentrationslager mit ihren sieben Vernichtungslagern haben für viele Millionen im Dritten Reich in der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft Tod, Vernichtung und unbeschreibliches Leid gebracht. Damit haben die Konzentrationszonen natürlich nichts zu tun. Der Gesetzgeber benutzt diese Bezeichnung allerdings nicht. Vielleicht sollte man die für die Windkraft ausgewiesenen Bereiche besser als „privilegierte Gebiete“ bezeichnen.

**(E-Mail-Stellungnahme).** Im Hinblick auf die modernen Kommunikationsmittel darf eine Einschränkung der Offenlegungsbekanntmachung auf eine schriftliche oder zur Niederschrift zu bringende Stellungnahme nicht mehr erfolgen. Eine Stellungnahmemöglichkeit durch E-Mail darf nicht ausgeschlossen werden. § 3 Abs. 2 Satz 2 BauGB verhält sich dazu nicht. Allein diese beiden Anforderungen können erhebliche Auswirkungen auf das Planungsgeschehen haben.



**(Erneute Offenlage bei Planänderungen im Verfahren).** Nicht nur nachträgliche Änderungen des Planinhalts, sondern auch des dem Plan zugrunde liegenden Konzepts sollen danach eine erneute Offenlage erforderlich machen. Damit behandelt das Urteil das Planungskonzept wie Gutachten oder andere Dokumente, die neue Erkenntnisse vermitteln können. Das dürfte aus der bisherigen Rechtsprechung entwickelt werden können (BVerwG, Urt. v. 05.12.1986 - 4 C 13.85 - BVerwGE 75, 214 = DVBl 1987, 573 = BauR 1987, 412 - Flughafen München II - Erdinger Moos).

**(Freiräume bei der Gestaltung des Planungskonzepts).** Bei der Entwicklung des Planungskonzepts soll der Planungsträger keinen Einschätzungsspielraum hinsichtlich der für die Windenergie ungeeigneten Flächen haben. Erweist sich diese Einordnung als unzutreffend, ist die Planung in aller Regel fehlerhaft. Dem Planungsträger wird daher eine Darlegungs- und Beweislast für die Richtigkeit dieser Einschätzung zugeschoben. Das gilt wohl auch für Zweifelsfälle. Selbst eine hilfsweise Prüfung als „weiches“ Kriterium ist problematisch, wie der Fall zeigt. In dieser vollen gerichtlichen Kontrolle der auf das gesamte Planungsgebiet bezogenen Abgrenzung zwischen „harten“ (strikt ausgeschlossenen Flächen) und „weichen“ aufgrund einer Abwägung ausgeschiedenen Flächen liegt eines der Hauptprobleme. Denn die Abgrenzung ist im Einzelfall kaum und vor allem auch nicht überall sicher vorzunehmen. Vielfach wird es unterschiedliche fachliche Einschätzungen darüber geben. Auch erweist sich als besonders fehleranfällig, dass die Stellungnahmen der Fachbehörden ebenfalls nicht binden sind, sondern von dem Planungsträger erneut überprüft werden müssen. Eine so zugespitzte Lage kann zu einer für den Planungsträger geradezu ausgeweglosen Situation führen. Bezieht er etwa einen nach der Stellungnahme der Fachverwaltung aususchließenden Bereich mit ein, stehen die Chancen für die nach § 6 Abs. 1 BauGB erforderliche Genehmigung des Flächennutzungsplans durch die Aufsichtsbehörde schlecht. Schließt er ihn aus, scheidet die Planung vor Gericht. Das gilt etwa auch für die raumordnerischen Vorgaben, die in vergleichbare ausgeweglose Lagen führen können. Ein Blick ins Gesetz hilft da auch nicht immer weiter. Denn wo zwei Juristen versammelt sind, gibt nicht selten drei Meinungen über die Rechtslage. Da könnte man dann wohl besser auf das Würfeln setzen. Denn dort – wie auch beim Maria-Theresien-Taler, der hoch in die Luft geworfen wird (Sendler, DöV 1991, 524), oder beim Setzen auf einfache Chancen im Roulette – besteht immerhin noch eine Chance von (mindestens knapp) 50 %. Wenn nicht schon genug Hindernisse aufgebaut wären, so folgt am Ende des Parcours noch der Wassergraben. Hier gehen Ross und Reiter auf Nimmerwiedersehen unter, wenn das Gesamtergebnis nicht eine substantielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gewährleistet. Sicher kann man auch hier nicht sein, weil die durch das Verhältnis der nach Abzug der aufgrund der harten Kriterien verbleibenden Fläche und der für privilegierte Vorhaben ausgewiesenen Fläche von den jeweiligen Einzelfallumständen abhängig ist. In diesen ganzen Prüfbereichen bedarf es eines größeren Freiraums der Planungsträger. Auch müssen sich dieselbe grundsätzlich auf die Aussagen der Fachverwaltung verlassen können, wie sich das in der gerichtlichen Kontrolle etwa der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung (BVerwG, Urt. v. 17.1.2007 – 9 C 1.06 – BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641), des Artenschutzes (BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199) oder der Habitatschutzprüfung (BVerwG, Urt. v. 17.1.2007 – 9 A 20.05

– BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706, Stürer DVBl 2007, 1147 - Halle-Westumfahrung) eingebürgert hat. Die Planungsträger können sich nicht für klüger halten als die für die jeweiligen Bereiche zuständige Fachverwaltung. Die Gerichte sind dies übrigens in aller Regel auch nicht und behaupten dies wohl auch nicht.

**(Ausgangslage).** Welche Lösungswege zeichnen sich ab? Die juristische Ausgangslage zum Darstellungsprivileg bei privilegierten Vorhaben ist eigentlich überschaubar: Mit der Einführung der Privilegierung der Windenergie im Außenbereich im Jahre 1996 wollte der Gesetzgeber einen Kompromiss in goldene Lettern gießen. Die Windenergie sollte im Gegensatz zur früheren Rechtslage (BVerwG, Urt. v. 16.06.1994 - 4 C 20.93 - BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141) privilegiert werden. Zugleich sollten die Gemeinden und regionalen Planungsträger die Möglichkeit erhalten, durch das Darstellungsprivileg in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die privilegierten Vorhaben auf bestimmte Bereiche des Plangebietes zu konzentrieren. Das System war im Grundsatz her bereits von der Kölner Abgrabungsentscheidung (BVerwG, Urt. v. 22.05.1987 - 4 C 57.84 - BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008 = BauR 1987, 651) bekannt. Die Planungsträger sollten Steuerungsmöglichkeiten erhalten, die den privilegierten Vorhaben einen vom Gesetzgeber gewollten Raum geben, zugleich aber einem ungeordneten Wildwuchs entgegenwirken. Damals wurde als Vorbote der Verhandlungen zum BauROG in der 19. Etage des „Langen Eugen“ unweit des Bonner Bundestages auch mit Hinweis auf den drohenden Konkurs eines größeren Windmühlenherstellers ein Kompromiss zwischen der sich bereits abzeichnenden Energiewende und den berechtigten Planungsinteressen der Städte, Gemeinden und regionalen Planungsträger gefunden worden. Kraftvolle Steuerungsmöglichkeiten bleiben ihnen erhalten, wurde ihnen in Aussicht gestellt.

**(Keine Feigenblattplanung).** In der Folgezeit haben beide Seiten jedoch etwas zugelegt. Die kommunalen und regionalen Planungsträger haben gelegentlich durch eine Verhinderungsplanung die Windenergie zu sehr eingeeengt und wie eine Feigenblattplanung behandelt (BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733). Das hat die Rechtsprechung auf den Plan gerufen, die mit einem ausgeklügelten System von Ausschluss- und Abwägungskriterien sowie der abschließenden Frage, ob der substanziellen Nutzung der Windenergie noch genügend Raum gewährt werde, die Hürden recht hoch geschraubt hat. Ein winziger Fehler bei der Einordnung in die „harten“ (strikt bindenden) und der „weichen“ (abwägungszugänglichen) Kriterien an irgendeiner Stelle im Plangebiet führt danach schon zur Unwirksamkeit des Flächennutzungsplans. Und auch ist nach wie vor ungeklärt, welche Anforderungen die Gemeinde erfüllen muss, um eine substantielle Nutzung der Windenergie zu gewährleisten. Teilweise wurde als Zielmarke 20 % der verfügbaren Flächen eines Gemeindegebietes genannt. Teilweise liegt diese Marke allerdings deutlich unter 10 %.

**(Vereinfachung des Planungsprozesses).** Parallel zu dieser Entwicklung ist das Steuerungsinstrument offenbar irgendwie aus dem Ruder gelaufen. Denn die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen sind inzwischen so hochgeschraubt, dass sie selbst von mit derartigen Fragen vertrauten Planen, Rechtsberatern und sonstigen eingeweihten Zirkeln kaum noch belastbar beantwortet und in verlässliches praktisches Handeln umgesetzt werden können. Eigentlich sollten die Bemühungen im Anschluss an die damalige gesetzliche

Neuregelung darauf gerichtet sein, den Planungsträgern ein einfaches und leicht handhabbares Planungsinstrument an die Hand zu geben, einen sachgerechten Ausgleich zwischen vom Ansatz her berechtigten energiewirtschaftlichen Interessen einerseits sowie ordnenden städtebaulichen und raumordnerischen Belangen zu finden.

**(Maßstäbe der Rechtsprechung).** Das liegt allerdings nicht am Gesetzgeber. Denn dieser hat auf der Grundlage der damaligen BVerwG-Rechtsprechung in § 35 BauGB ein Modell in einen Gesetzesparagrafen gegossen, das diesen Ausgleich durchaus ermöglichte. Allerdings hat die Rechtsprechung vielleicht in Reaktion auf die Verhinderungsplanung in einigen Gemeinden durch ständig steigenden juristische Anforderungen dazu geführt, dass das labile Gleichgewicht dieses Interessenwiderstreits zu Lasten der Planungsträger aber auch zu Lasten von städtebaulichen, raumordnerischen und von Umweltbelangen in eine nicht mehr zu übersehende Unwucht geraten ist.

**(Planung zerplatzt wie ein Luftballon).** Die Planungsträger stehen zudem vor einem besonderen Problem: Ist die Planung fehlerhaft, fehlt in aller Regel die Grundlage für ein Vorhaben mit der Folge, dass es dann nicht verwirklicht werden kann. Beim Darstellungsprivileg nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist es genau umgekehrt: Ist die Planung aufgrund eines Verfahrens- oder Formfehlers oder auch eines inhaltlichen Fehlers unwirksam, greift die gesetzliche Privilegierung, wonach das Außenbereichsvorhaben bei nicht entgegenstehenden anderen Belangen zulässig ist. Die Planung ist wegen eines einzigen Fehlers sozusagen wie ein Luftballon zerplatzt (BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 – Luftballon). Die Fehleranfälligkeit der Planung spielt also bei Windenergieanlagen im Außenbereich den Vorhabenträgern sozusagen in die Hände. Das mag man begrüßen oder bedauern. Den damaligen gesetzgeberischen Vorstellungen nach einem sachgerechten und ausgewogenen Ausgleich zwischen energiewirtschaftlichen Interessen und städtebaulichen, regionalplanerischen und Umweltbelangen entsprach es wohl nicht so richtig.

**(Lösungswege).** Wer die Probleme des Streits erkannt hat, der hat wohl auch eine mögliche Lösung auf dem Schirm:

Die rechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit eines Darstellungsprivilegs sollten auf ein vernünftiges Maß zurückgeschraubt und die Planungshoheit der kommunalen und regionalen Planungsträger nicht durch juristische Fallstricke lahmgelegt werden. Hierfür trägt die Rechtsprechung eine entscheidende Verantwortung.

Allerdings werden die Planungskonzepte der Kommunen nur anerkannt, wenn sie dem gesetzlichen Konzept, der Windkraft als wichtigen Teil der Energiewende einen ausreichenden Raum zu belassen, Rechnung trägt und sie nicht im Gewand einer Feigenblattplanung erscheint.

Die politisch Verantwortlichen sollten sich daher von dem Gedanken einer Verhinderungsplanung verabschieden und der Windenergie deutlich mehr Raum als bisher belassen. Nur wenn sich die Gemeinde der Windenergie mehr als bisher öffnet und nicht nur am Existenzminimum für die Windenergie laboriert, wird sie reelle Chancen haben, ein Reparaturverfahren erfolgreich zu überstehen. Ansonsten ist die Windenergie auch in Zukunft uneingeschränkt von dem Planungswillen der Gemeinde und regionalen Planungsträger frei und das Interessenausgleichskonzept des Gesetzgebers gescheitert. Die

Rechtsprechung sollten sich vor allem auf die Kontrolle beschränken, ob der Windkraft ein substantieller Raum gewährt ist und den kommunalen und regionalen Planungsträgern innerhalb dieses Rahmens erhebliche Entscheidungsspielräume belassen.

**(Gesetzgebungsvorschlag).** Wenn sich eine solche „Selbstkorrektur der Rechtsprechung“ (Schlichter, ZfBR 1985, 107) nicht abzeichnet, müsste wohl der Gesetzgeber bei der nächsten BauGB-Novelle erneut in das Räderwerk eingreifen und § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vielleicht mit folgenden Ergänzungen versehen: „Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 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 und dies nach Einschätzung des Planungsträgers eine substantielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gewährleistet. Eine flächendeckende Untersuchung des gesamten Planungsraums ist nicht erforderlich.“ Komplizierte Zwischenschritte mit einer von der Rechtsprechung freischwebend entwickelten detaillierten Dokumentation aller Begründungselemente einer sich immer weiter steigernden Abwägungsspirale, die sich auch heute nicht aus dem Gesetzeswortlaut ergeben, wären dann nicht erforderlich. Der Gesetzgeber darf der Verwaltung einen entsprechenden Spielraum einräumen, muss ihn allerdings, wenn er nicht aus der Sache heraus unumgänglich ist, selbst umschreiben (BVerfG, Beschl. v. 23.11.2018 – 1 BvR 2523/13 Harzer Windmüller und 95/14 – e.n.o. energie – DVBl 2019, 42 m. Anm. Stürer).

RA FAVwR Prof. Dr. Bernhard Stürer (Münster/Osnabrück)