

Windenergieplanung ohne Chancen?

Anmerkung zu OVG NRW BauR 2019, 1418

Die gemeindliche und regionale Windenergieplanung steht zunehmend vor erheblichen Problemen. Während der Gesetzgeber bei der Einführung der privilegierten Windenergienutzung von einem ausgewogenen Verhältnis der Privilegierung einerseits und den Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinden im Flächennutzungsplan und den regionalen Planungsträgern in der Regionalplanung ausging, hat sich dieses Gleichgewicht offenbar zugunsten der privilegierten Windenergie und zu Lasten der gemeindlichen und regionalen Steuerungsmöglichkeiten verschoben. Den Planungsträgern werden diese Planungsinstrumente durch zu hohe Anforderungen der Rechtsprechung mehr und mehr aus der Hand genommen, sodass eine Kurskorrektur geboten ist.

1. Das Problem

Es gibt Entscheidungen, die hinterlassen offenbar bei allen 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 durchschaubar machen? Von einem solchen Fall und solchen Fragen ist hier zu berichten.

2. Das OVG-Urteil

Der 2. Senat des OVG NRW hat in dem hier zu besprechenden Urteil eine recht klare Kante gezeigt und seiner Entscheidung folgende Leitsätze vorangestellt¹:

„Möglicher Gegenstand einer statthaften prinzipialen 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 lassen².

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.

Aus rechtsstaatlichen Gründen ist es erforderlich, dass den Adressaten der Bekanntmachung der räumliche Geltungsbereich

reich 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.

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 abzuhalten³. Stellungnahmen per E-Mail dürfen nicht ausgeschlossen werden.

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

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.“

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 Planinhalts⁴. Auch europarechtlich wird hinsichtlich der Arten verfügbarer umweltbezogener Informationen nicht mehr verlangt⁵.

3. Privilegierte Vorranggebiete

Es liegt wohl an dem bereits 75 Jahre zurückliegenden Ende des Zweiten Weltkriegs, dass der Begriff der Konzentrationszonen heute vielfach vergleichsweise 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 nicht nur fünf Mio. Juden und vielen anderen Gruppen

¹ OVG Münster, Urt. v. 14.03.2019 - 2 D 71/17.NE - BauR 2019, 1418 - Stemwede.

² 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.

³ BVerwG, Beschluss vom 27.05.2013 - 4 BN 28.13 - ZfBR 2013, 580, Rn. 7.

⁴ BVerwG, Urt. v. 26.05.1978 - IV C 9.77 - BVerwGE 55, 369 = DVBl 1978, 815 - Harmonieurteil.

⁵ BVerwG, Urt. v. 18.07.2013 - 4 CN 3.12 - BVerwGE 147, 206 = DVBl 2013, 1321 = BauR 2013, 1803 - Stür/Stür DVBl 2013, 1324.

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 Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung“ bezeichnen. Denn auch Bezeichnungen wie „Nickneger“, „Negerkuss“, „Mohrenkopf“ oder „Zigeunerschnitzel“ werden heute gelegentlich mindestens als unpassend empfunden.

4. E-Mail-Stellungnahmen

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.

5. 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 können⁶.

6. Freiräume bei der Gestaltung des Planungskonzepts

Die vom BVerwG aufgestellten Gebote⁷, zunächst den gesamten Planungsraum auf seine Eignung der privilegierten Anlagen zu untersuchen (Schritt 1), ihn nach den „harten“, generell nicht Kriterien einzuschränken (Schritt 2) mit der Möglichkeit, nach einheitlichen Abwägungsgrundsätzen durch „weiche“ Kriterien weiter zu begrenzen (Schritt 3), dann unter den verbleibenden Flächen durch eine weitere Abwägungsentscheidung auszuwählen (Schritt 4) und schließlich zu prüfen, ob eine substanzielle Nutzung der privilegierten Anlagen gesichert ist (Schritt 5) haben zu großen Schwierigkeiten und für die kommunale Planungspraxis kaum überwindbaren Hindernissen geführt. Kaum eine Windenergieplanung hält diesen hohen Anforderungen noch stand. Hinzu kommt, dass die vom BVerwG entwickelten Kriterien sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben.⁸

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 Darlegungs- und

Beweislast für die Richtigkeit dieser Einschätzung zugesprochen. Das gilt wohl selbst für Zweifelsfälle. Selbst eine hilfsweise Prüfung als „weiches“ Kriterium ist problematisch, wie der Fall zeigt. In dieser vollen gerichtlichen Kontrolle der Abgrenzung zwischen „harten“ (strikt ausgeschlossenen Flächen) und „weichen“ aufgrund einer Abwägung ausgeschiedenen Flächen liegt eines der Hauptprobleme. Denn die Abgrenzung ist im Einzelfall kaum sicher vorzunehmen. Vielfach wird es unterschiedliche fachliche Einschätzungen darüber geben. Auch erweist sich als besonders fehleranfällig, dass die Stellungnahmen der Fachbehörden ebenfalls nicht bindend sind, sondern von dem Planungsträger erneut überprüft werden müssen. Eine so zugespitzte Lage kann zu einer für den Planungsträger geradezu ausweglosen Situation führen. Bezieht er etwa einen nach der Stellungnahme der Fachverwaltung auszuschließenden Bereich mit ein, stehen die Chancen für die 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 ausweglose Lagen führen können.

Ein Blick ins Gesetz hilft da auch nicht immer weiter. Denn wo zwei Juristen versammelt sind, gibt es nicht selten drei Meinungen. 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, 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 Nimmerwiederschen unter, wenn das Gesamtergebnis nicht eine substanzielle 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 auf die Aussagen der Fachverwaltung verlassen können, wie sich das in der gerichtlichen Kontrolle etwa der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung⁹, des Artenschutzes¹⁰ oder der Habitatschutzprüfung¹¹ 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.

7. 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

⁶ BVerwG, Urt. v. 05.12.1986 - 4 C 13.85 - BVerwGE 75, 214 = DVBl 1987, 573 = BauR 1987, 412 - Flughafen München II - Erdinger Moos.

⁷ 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.

⁸ Krautzberger/Stür, BauR 2019, Heft 11.

⁹ BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 - 9 C 1.06 - BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641 - Bad Laer.

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 - 9 A 3.06 - BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 - Hessisch Lichtenau.

¹¹ BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 - 9 A 20.05 - BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 - Halle-Westumfahrung.

wollte der Gesetzgeber einen Kompromiss in goldene Lettern gießen. Die Windenergie sollte im Gegensatz zur früheren Rechtslage¹² 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 Nassauskiesungsentscheidung¹³ 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 Windmühlenherstellers in Rheine ein Kompromiss zwischen der sich bereits abzeichnenden Energiewende und den berechtigten Planungsinteressen der Städte, Gemeinden und regionalen Planungsträger gefunden. Kraftvolle Steuerungsmöglichkeiten bleiben ihnen erhalten, wurde ihnen in Aussicht gestellt.

8. Keine Feigenblattplanung

In der Folgezeit haben beide Seiten jedoch etwas zugelegt. Die kommunalen und regionalen Planungsträger haben vielfach durch eine Verhinderungsplanung die Windenergie zu sehr eingeeengt und wie eine Feigenblattplanung behandelt¹⁴. 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 führte danach schon zur Unwirksamkeit des Flächennutzungsplans. Und auch ist nach wie vor ungeklärt, welche Anforderungen die Gemeinde erfüllen muss, um eine substanzielle Nutzung der Windenergie zu gewährleisten. Teilweise wurde als Zielmarke 20 % der verfügbaren Flächen eines Gemeindegebietes genannt. Teilweise liegt diese Marke allerdings deutlich unter 10 %.

9. 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 Planern, 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.

10. 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 steigende 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.

11. 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 zerplatzt¹⁵. 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.

12. 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 auf der Orts- und Regionalebene politisch Verantwortlichen sollten sich daher von dem Gedanken einer Verhinderungsplanung verabschieden und der Windenergie einen ausreichenden Raum belassen. Nur wenn sich die Gemeinde der Windenergie mehr als bisher öffnet und nicht nur wie bisher am Existenzminimum für die Windenergie laboriert, wird sie reelle Chancen haben, ein Reparaturverfahren erfolgreich zu

¹² BVerwG, Urt. v. 16.06.1994 - 4 C 20.93 - BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141.

¹³ BVerwG, Urt. v. 22.05.1987 - 4 C 57.84 - BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008 = BauR 1987, 651.

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733.

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 - 4 C 4.02 - BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 - Luftballon.

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

13. Gesetzgebungsvorschlag

Wenn sich eine solche „Selbstkorrektur der Rechtsprechung“¹⁶ nicht abzeichnet, müsste wohl der Gesetzgeber bei der nächsten BauGB-Novelle erneut in das gesetzliche Räderwerk eingreifen und § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vielleicht mit folgendem Zusatz versehen¹⁷: „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 substanzielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gewährleistet.*“ 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 Gesetz ergeben, wären dann von Gesetzes wegen untersagt. Der Gesetzgeber darf der Verwaltung einen entsprechenden Spielraum einräumen, muss ihn, wenn er nicht aus der Sache heraus unumgänglich ist, allerdings selbst umschreiben¹⁸.

Gelingt eine solche Reform nicht, könnte man an eine Streichung der Privilegierung denken und die Zulässigkeit der Anlagen der Bauleitplanung anvertrauen, zu der man ggf. mit finanziellen Anreizen motivieren kann, wobei man über § 12 BauGB auch eine Finanzierung über die Vorhabenträger absichern könnte.

¹⁶ Schlichter, ZfBR 1985, 107.

¹⁷ Zum Folgenden Krautzberger/Stüer, BauR 2019, Heft 11.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 23.11.2018 – 1 BvR 2523/13 Harzer Windmüller und 95/14 – e.n.o. energie – DVBl 2019, 42 m. Anm. Stüer.