

C-283/81, Cilfit – Slg. 1982, 3415 Rdnr. 16 und 21). Die davon zu unterscheidende Frage, ob die nationale Vorschrift des § 5 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 BAföG und ihre Anwendungspraxis tatsächlich den Zielen, die sie rechtfertigen könnten, entspricht und ob die damit verbundene Beschränkung der unionsrechtlichen Freizügigkeit nicht im Hinblick auf diese Ziele unverhältnismäßig sind, ist vom nationalen Gericht zu beantworten (st.Rspr. des EuGH, vgl. z.B. Urteil vom 03.06.2010 – C-258/08, Ladbroke – Slg. 2010, I-4757 Rdnr. 22 m.w.N.; s.a. BVerwG, Urteile vom 24.11.2010 – BVerwG 8 C 15.09 – NWVBl 2011, 307 und vom 26.10.1995 – BVerwG 2 C 18.94 – Buchholz 232 § 80b BBG Nr. 2 = DVBl 1996, 513).

[29] 4. Die Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit Art. 20 Abs. 2 Buchst. a, Art. 21 Abs. 1 AEUV führt mangels einer möglichen unionsrechtskonformen Auslegung zu einem Anwendungsverbot des § 5 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 BAföG.

[30] Eine unionsrechtskonforme Auslegung findet ihre Grenze in dem Wortlaut der jeweiligen Vorschrift und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers (vgl. Urteil vom 25.11.2004 – BVerwG 2 C 49.03 – BVerwGE 122, 244 [249] = Buchholz 239.1 § 4 BeamtVG Nr. 2 S. 5). Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 5 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 BAföG setzt die Bewilligung von Ausbildungsförderung voraus, dass nach dem Unterrichtsplan der Berufsfachschule die Durchführung des Praktikums zwingend im Ausland vorgeschrieben ist. Dieser Wortlaut und der klar erkennbare Wille des Gesetzgebers schließen es aus, Ausbildungsförderung für die Teilnahme an einem Praktikum im Ausland auch bei freiwilligen Auslandspraktika zu leisten.

[31] Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, gehalten, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewandt lässt (vgl. EuGH, Urteil vom 26.02.2013 – C-617/10, Aklagaren/Fransson – NVwZ 2013, 561 m.w.N.).

Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe

Politische Fragen entziehen sich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle

Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 25 Satz 2, Art. 26 GG; § 124 Abs. 2 Nr. 1, § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO

1. Den Abzug möglicherweise in Deutschland im Rahmen der »nuklearen Teilhabe« gelagerter Atombomben kann der Einzelne nicht unter Berufung auf Art. 25, 26 GG verlangen. Insoweit fehlt es an einer subjektiven Rechtsposition.

2. Eine allgemeine Regel des Völkerrechts, wonach Atomwaffen per se verboten sind, existiert nicht. Ungeachtet dessen spricht vieles dafür, dass die Vorhaltung von Atomwaffen nur für Fälle einer extremen Notwehrsituation völkerrechtskonform ist. Ob eine solche Konstellation für die Bundesrepublik Deutschland in Betracht kommen kann, ist eine politische Frage, die sich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle regelmäßig entzieht.

3. Aus der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates für Leib und Leben lässt sich ein Anspruch auf Abzug von Atomwaffen ebenfalls nicht herleiten. Es ist im Übrigen nicht ersichtlich, dass der deutsche Staat gänzlich unzureichende Schutzvorkehrungen gegen Gefahren, die mit der Lagerung von Atomwaffen verbunden sind, getroffen hätte.

OVG NRW, Beschluss vom 07.05.2013 – 4 A 1913/11 – (VG Köln – 26 K 3869/10 –)

Die in der Nähe des NATO-Fliegerhorstes Büchel lebende Kl. hatte gegen die Bundesrepublik Deutschland mit dem Ziel geklagt, in Büchel gelagerte amerikanische Atomwaffen aus dem Bundesgebiet zu entfernen und der Bundeswehr jede Beteiligung am Umgang mit nuklearen Waffen (sog. »nukleare Teilhabe«) zu untersagen. [. . .]

Das VG wies die Klage als unzulässig ab. Die Verletzung eigener Rechte der Kl. sei nicht ersichtlich; Interessen der Allgemeinheit könne sie nicht vertreten. Der Antrag auf Zulassung der Berufung blieb ohne Erfolg.

Bei der Windkonzentrationsplanung sind »harte Tabukriterien« eher selten

§ 1 Abs. 3 und 7, § 2 Abs. 3, § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 Satz 3, § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 BauGB

1. Bei der Windkonzentrationsplanung muss die Gemeinde zwischen harten (strikt zu beachtenden) und weichen (der Abwägung zugänglichen) Kriterien unterscheiden und dies in der Begründung im Einzelnen nachvollziehbar dokumentieren (wie BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – DVBl 2013, 507).

2. Bei der Annahme harter Tabuzonen ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten. Insbesondere die Suchkriterien »Siedlungsraum«, »Natur und Landschaft« und »Artenschutz« können in der konkreten Planungssituation nicht durchgängig zur Annahme harter Tabuzonen führen. Dasselbe gilt für eine angenommene Mindestgröße von 30 ha für mindestens drei Anlagen.

3. Die Ausschlusswirkung ist schon allgemein in der Bauleitplanung tendenziell selten. Speziell bei der Flächennutzungsplanung ist sie aber im Ausgangspunkt auch aus weitergehenden Gründen die – wenn auch durch die unmittelbar wirkende positive wie negative Standortzuweisungsentscheidung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB relativierte – Ausnahme.

4. Zu den harten Tabuzonen eines Gemeindegebiets werden regelmäßig nur Flächen mit offensichtlich zu geringer Windhöflichkeit, besiedelte Splittersiedlungen im Außenbereich als solche, zusammenhängende Waldflächen, Verkehrswege und andere Infrastrukturanlagen selbst, strikte militärische Schutzbereiche, Naturschutzgebiete (§ 23 BNatSchG), Nationalparke und Nationale Naturmonumente (§ 24 BNatSchG), Biosphärenreservate (§ 25 BNatSchG) und gesetzlich geschützte Biotope (§ 32 BNatSchG) zählen können. Darüber hinaus können unter Umständen je nach Planungssituation sowohl Landschaftsschutzgebiete (§ 26 BNatSchG) sowie Natura 2000-Gebiete (§ 31 ff. BNatSchG; FFH-Gebiete) als harte Tabuzonen behandelt werden.

5. Die Frage, ob die Konzentrationsplanung der substanziierten Nutzung der Windenergie genügend Raum gibt, darf nicht ausschließlich nach dem Verhältnis der gesamten Potentialflächen zu den ausgewiesenen Flächen entschieden werden (nicht amtliche Leitsätze).

OVG NRW, Urteil vom 01.07.2013 – 2 D 46/12.NE – Vorrangflächen Windenergie Büren –

[2] Die Ast. wendet sich gegen die 77. Änderung des Flächennutzungsplans der Ag. Der Plan stellt zwei Konzentrationszonen für die Windenergie dar, mit denen zugleich die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzielt werden soll.

Gründe: [26] Der zulässige Antrag ist begründet. Die 77. Änderung des Flächennutzungsplans der Ag. zur Darstellung von Vorrangflächen für die Nutzung der Windenergie ist unwirksam. Sie verstößt gegen das Gebot gerechter Abwägung aus § 1 Abs. 7 BauGB, weil sie in zweifacher Hinsicht an einem beachtlichen Abwägungsfehler leidet.

[33] Soll eine planerische Entscheidung die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auslösen – hiernach stehen öffentliche Belange einem Vorhaben zur Nutzung der Windenergie in der Regel entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist –, verlangt das Abwägungsgebot die Entwicklung eines schlüssigen Gesamtkonzepts, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt. Die gemeindliche 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 (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – DVBl. 2013, 507, Rdnr. 9; Urteil vom 13.03.2003 – 4 C 3.02 – BRS 66 Nr. 11, Rdnr. 30; Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = BRS 65, Nr. 95, Rdnr. 28).

[40] Dieses Ziel hat die Ag. bei der Entscheidung über die 77. Änderung unter zweierlei Aspekten verfehlt. Zum einen hat die Ag. in beachtlicher Weise abwägungsfehlerhaft nicht zwischen harten und weichen Tabuzonen unterschieden, die für die Windenergienutzung nicht zur Verfügung stehen. So konnte sie nicht angemessen abwägend entscheiden, ob sie der Windenergienutzung im Rahmen eines schlüssigen Gesamtkonzepts für den Außenbereich des Stadtgebiets substanziiell Raum gibt (dazu 1.). Zum anderen hat die Ag. auch aus von 1. unabhängigen Gründen nicht fehlerfrei abgewogen, ob die 77. Änderung der Windenergie substanziiell Raum verschafft, weil der von ihr dazu ausschließlich angelegte Flächenvergleichsmaßstab »dargestellte Vorrangfläche versus gesamte Potentialfläche« zu einseitig ist (dazu 2.).

[41] **1. a)** Es ist ein Fehler im Abwägungsvorgang, dass die Ag. bei der Ausarbeitung der Standortzuweisung nicht zwischen harten und weichen Tabuzonen differenziert hat.

[42] **aa)** Die Ausarbeitung des Planungskonzepts für die Darstellung von Konzentrationszonen vollzieht sich abschnittsweise. In einem ersten Arbeitsschritt sind diejenigen Bereiche als Tabuzonen zu ermitteln, die für die Nutzung der Windenergie nicht zur Verfügung stehen. Die Tabuzonen lassen sich in harte und weiche untergliedern. Der Begriff der harten Tabuzonen dient der Kennzeichnung von Gemeindegebietsteilen, die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen auch immer, nicht in Betracht kommen, mithin für

eine Windenergienutzung schlechthin ungeeignet sind. Mit dem Begriff der weichen Tabuzonen werden dagegen Bereiche des Gemeindegebiets erfasst, in denen nach dem Willen der Gemeinde aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen von vornherein ausgeschlossen werden soll. Die Potentialflächen, die nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen übrig bleiben, sind dann 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 sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht wird (vgl. BVerwG, Urteile vom 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – Rdnr. 5 ff.; Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – DVBl. 2013, 507, Rdnr. 10; Beschluss vom 15.09.2009 – 4 BN 25.09 – BRS 74 Nr. 112, Rdnr. 7).

[44] 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 um Flächen, deren Bereitstellung für die Windenergienutzung an § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB scheitert.

Für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung nicht erforderlich ist ein Bauleitplan auch etwa dann, wenn seiner Verwirklichung auf unabsehbare Zeit rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Wege stehen. Harte Tabuflächen sind demnach einer Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Belangen im Rahmen des § 1 Abs. 7 BauGB entzogen. Demgegenüber sind weiche Tabuzonen zu den Flächen zu rechnen, die einer Berücksichtigung im Zuge 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. Dies ändert aber nichts daran, dass sie keine eigenständige Kategorie im System des Rechts der Bauleitplanung bilden, sondern der Ebene der Abwägung zuzuordnen sind. Sie 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 substanziiell Raum schafft. Seine Entscheidung für weiche Tabuzonen muss der Plangeber rechtfertigen.

[45] 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 schlussendlichen Abwägungsparameter rückgekoppelt, dass, je kleiner die für die Windenergienutzung verbleibenden Flächen am Ende ausfallen, umso mehr das gewählte methodische Vorgehen zu hinterfragen ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 11.04.2013 – 4 CN 2.12 – Rdnr. 6; Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – DVBl. 2013, 507, Rdnr. 11 ff.; Urteil vom 20.05.2010 – 4 C 7.09 – BVerwGE 137, 74 = BRS 76 Nr. 103, Rdnr. 45; Beschluss vom 15.09.2009 – 4 BN 25.09 – BRS 74 Nr. 112, Rdnr. 7; Urteil

vom 24.01.2008 – 4 CN 2,07 – BRS 73 Nr. 94, Rdnr. 15; OVG NRW, Urteil vom 20.11.2012 – 8 A 252/10 – NuR 2013, 146, Rdnr. 52).

[47] Diese Maßgaben hat die Ag. bei der Darstellung der Konzentrationszonen durch die 77. Änderung nicht beachtet.

[48] Es ist schon aus sich heraus abwägungsfehlerhaft, dass die Ag. entgegen der sie insofern treffenden Dokumentationspflicht keine Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen dokumentiert hat, obwohl diese in der spezifischen vorliegenden Planungssituation materiell-rechtlich geboten ist (vgl. zur rechtserheblichen Selbständigkeit der Dokumentationspflicht der Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen auch BVerwG, Urteil vom 11.04.2013 – 4 CN 2.12 –, Rdnr. 5 f.; Nds OVG, Beschluss vom 16.05.2013 – 12 LA 49/12 – Rdnr. 41; in Nds OVG, Urteil vom 22.11.2012 – 12 LB 64/11 – NuR 2013, 196, Rdnr. 86, war dies noch nicht so erkannt worden).

[53] **bb)** Vor dem Hintergrund dieses selbständig tragenden Abwägungsfehlers kommt es nicht mehr entscheidungserheblich darauf an, ob die Ag. die »Themenkomplexe zur Suchraumfindung« der Sache nach sämtlich als harte Suchkriterien behandeln durfte.

[55] Die Sichtweise der Ag., sie habe lediglich »harte« Flächenfindungsleitlinien herangezogen und heranziehen dürfen, ist in der Sache in wesentlicher Hinsicht unzutreffend, was wiederum selbständig tragend in einen Abwägungsfehler mündet. Insbesondere die Suchkriterien »Siedlungsraum«, »Natur und Landschaft« und »Artenschutz« können in der konkreten Planungssituation nicht von vornherein und ohne Weiteres durchgängig zur Annahme harter Tabuzonen führen, in denen eine Windenergienutzung nach Maßgabe des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB schlechterdings nicht stattfinden kann bzw. darf.

Dasselbe gilt für die darüber hinaus aus der Flächenfindung als prinzipiell ungeeignet ausgeklammerten isolierten, d.h. nicht arrondierungsfähigen Suchbereiche unterhalb einer Mindestgröße von 30 ha. Auch in Bezug auf diese Mindestgröße deutet die Planbegründung eher darauf, dass die Ag. dieses Kriterium als hartes Tabukriterium und nicht als der Abwägung zugängliches weiches aufgefasst hat.

[56] Bei der Annahme harter Tabuzonen ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten. Die Gemeinde muss im Blick behalten, dass eine von § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB sanktionierte Vollzugsunfähigkeit der Konzentrationszonenplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB – in harten Tabuzonen – nur dann gerechtfertigt ist, wenn das angenommene – zur harten Tabuzone leitende – tatsächliche oder rechtliche Hindernis für die Realisierung der Planung nicht noch absehbar auf einer nachfolgenden Zulassungsebene überwunden werden kann, es also zwangsläufig und auf Dauer eintreten wird (vgl. dazu etwa BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = BRS 65 Nr. 95, Rdnr. 17 und Rdnr. 20 – speziell im Hinblick auf die Berücksichtigung naturschutzrechtlicher Befreiungsmöglichkeiten bei der Darstellung von Vorrangzonen für Windkraftanlagen; dies betont auch OVG RP, Urteil vom 06.05.2013 – 1 C 11003/12 – Rdnr. 43 ff. mit dem Hinweis auf die Abweichungsmöglichkeit des § 34 Abs. 3 BNatSchG; ähnlich im Ansatz OVG BBg, Urteil vom 24.02.2011 – OVG 2 A 2.09 – NuR 2011,

794, Rdnr. 62 und Rdnr. 64, Vorinstanz zu BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – DVBI. 2013, 507).

[58] Diese Rechtsfolge ist schon allgemein in der Bauleitplanung tendenziell selten. Speziell bei der Flächennutzungsplanung ist sie aber im Ausgangspunkt auch aus weitergehenden Gründen die – wenn auch durch die unmittelbar wirkende positive wie negative Standortzuweisungsentscheidung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB relativierte – Ausnahme. Denn der Flächennutzungsplan weist grundsätzlich ebenenspezifisch ein grobmaschiges Raster auf, das noch auf Verfeinerung auf nachgelagerter Planungs- und Einzelzulassungsebene angelegt ist (vgl. allgemein zum Charakter von Flächennutzungsplänen BVerwG, Urteil vom 18.08.2005 – 4 C 13.04 – BVerwGE 124, 132 = BRS 69 Nr. 32, Rdnr. 31 ff.; Beschluss vom 12.02.2003 – 4 BN 9.03 – BRS 66 Nr. 43, Rdnr. 4; Urteil vom 11.03.1988 – 4 C 56.84 – BRS 48 Nr. 8, Rdnr. 19).

Mit dieser generellen Charakteristik von Flächennutzungsplänen lassen sich auch Vorrangflächen/Konzentrationszonen für die Windenergie beschreiben, deren Ausnutzung erst durch Bebauungspläne und/oder Genehmigungen im Einzelnen weiter ausgestaltet wird. Auf diesen konkreteren Zulassungsebenen können eventuelle Verwirklichungshindernisse meistens durch die dort zur Verfügung stehenden rechtlichen (Fein-)Steuerungsinstrumente ausgeräumt werden.

[61] Aufbauend auf diesem Gedanken werden zu den harten Tabuzonen eines Gemeindegebiets regelmäßig nur Flächen mit offensichtlich zu geringer Windhöflichkeit, besiedelte Splittersiedlungen im Außenbereich als solche, zusammenhängende Waldflächen, Verkehrswege und andere Infrastrukturanlagen selbst, strikte militärische Schutzbereiche, Naturschutzgebiete (§ 23 BNatSchG), Nationalparke und Nationale Naturmonumente (§ 24 BNatSchG), Biosphärenreservate (§ 25 BNatSchG) und gesetzlich geschützte Biotope (§ 32 BNatSchG) zählen können. Darüber hinaus können unter Umständen je nach Planungssituation wohl Landschaftsschutzgebiete (§ 26 BNatSchG) sowie Natura 2000-Gebiete (§ 31 ff. BNatSchG; FFH-Gebiete) als harte Tabuzonen behandelt werden (vgl. zum Ganzen OVG NRW, Urteil vom 20.11.2012 – 8 A 252/10 – NuR 2013, 146, Rdnr. 54; OVG BBg, Urteil vom 24.02.2011 – OVG 2 A 2.09 – NuR 2011, 794, Rdnr. 62 f.; mit etwas anderem Akzent bei den FFH-Gebieten auch OVG RP Urteil vom 16.05.2013 – 1 C 11003/12, Rdnr. 43 ff).

[63] Von dieser (restriktiven) rechtlichen Basis aus kann die Ag. sich nicht darauf zurückziehen, sie habe bei der Bestimmung der Restriktionsflächen gezielt exklusiv mit harten Tabuzonen gearbeitet und ihre Suchkriterien dabei auch rechtlich korrekt als harte, indisponible eingeordnet.

[64] **(1)** Dies gilt zuerst für die immissionsschutzrechtlich motivierten Mindestabstände zu Siedlungsbereichen, welche die Ag. als Ausschluss- und Restriktionsflächen in ihre Flächenauswahl aufgenommen hat. Immissionsschutzrechtlich begründete Mindestabstände zu Siedlungsbereichen sind in der Regel dem Spektrum weicher Tabuzonen zuzurechnen, jedenfalls wenn sie zumindest auch der Verwirklichung des Vorsorgegrundsatzes des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BImSchG dienen. Immissionsschutzrechtlich bedingte harte Tabuzonen können nur ausnahmsweise solche Flächen sein, in denen der Betrieb von Windkraftanlagen absehbar unüberwindbar

– zwangsläufig und auf Dauer – zum Nachteil der Nachbarschaft gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG – oder gegen das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme – verstoßen wird. Um dies festzustellen, kann die Gemeinde nicht regelhaft pauschal auf Mindestabstände zu Siedlungsflächen zurückgreifen und diese als harte Tabuzonen klassifizieren. Mindestabstände als solche sagen über die konkrete immissionsschutzrechtliche Realisierbarkeit einer Windenergienutzung in der Regel nichts Entscheidendes aus (vgl. insoweit OVG RP, Urteil vom 16.05.2013 – 1 C 11003/12 – Rdnr. 38; Bay VGH, Beschluss vom 21.01.2013 – 22 CS 12.2297 –, Rdnr. 24; OVG BBG, Urteil vom 24.02.2011 – OVG 2 A 2.09 – NuR 2011, 794, Rdnr. 65).

[67] Die Ag. ist jedoch von dem Gegenteil ausgegangen. Wie aus der Planbegründung hervorgeht, hat die Ag. Siedlungsflächen als Ausschlussflächen definiert und um diese in Anlehnung an den Windenergie-Erlass Mindestabstände als (harte) Restriktionsflächen gelegt. Namentlich zu den Abständen von 700 m in Hauptwindrichtung und 400 m in Nebenwindrichtung um Wohnbauflächen, Mischbauflächen und »Siedlungsstrukturen« hat die Ag. dargelegt, diese würden für alle der genannten Siedlungsbereiche angesetzt, weil die Empfindlichkeit gegenüber windkraftanlagenspezifischen Immissionen in allen diesen Kategorien ähnlich sei. Damit bewegt sich die Ag. im Bereich der Immissionsvorsorge zur – ausdrücklich angestrebten – vorfeldartigen Konfliktvermeidung und zum Erhalt gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse. Dass in den angelegten Restriktionsflächen eine Windenergienutzung jedoch absehbar zwingend auf Dauer nicht nachbarrechtskonform gelingen kann, folgt daraus nicht. Entsprechendes greift Platz für die generalisierten Restriktionsflächenabstände um die Ausschlussflächen Sonderbauflächen, gewerbliche Bauflächen und Außenbereichsbebauung/Einzelgehöfte/Einzelhäuser (vgl. im Übrigen zur Kritik an schematisch auf die konkrete Planungssituation übertragenen Mindestabständen BVerwG, Urteil vom 24.01.2008 – 4 CN 2.07 – BRS 73 Nr. 94, Rdnr. 16).

[69] (2) Parallel zum Vorstehenden durfte die Ag. die Ausschluss- und Restriktionsflächen in den »Themenkomplexen Natur und Landschaft« sowie »Artenschutz/planungsrelevante Arten« nicht unterschiedslos als harte Tabuzonen handhaben. Genauso wenig wie immissionsschutzrechtlich generierte Mindestabstände um Siedlungsgebiete kann die planende Gemeinde Sicherheitsabstände etwa um FFH-Gebiete oder Vogelschutzgebiete pauschal – aus Vorsorgegründen – als harte Tabuzone qualifizieren (vgl. OVG RP, Urteil vom 16.05.2013 – 1 C 11003/12 – Rdnr. 48 f.; Nds OVG, Urteil vom 22.11.2012 – 12 LB 64/11 – NuR 2013, 196, Rdnr. 42 – zum »zweispurigen« Vorgehen bei der Einordnung von Vogelschutzgebieten).

[72] Des Weiteren muss die Darstellung von Konzentrationszonen für die Windkraft nicht notwendigerweise auf Dauer an rechtlichen Hindernissen scheitern, wenn sie planungsrelevante geschützte Tierarten berührt. Weder ist der Flächennutzungsplan für sich genommen eine Tathandlung im Sinne des Verbotstatbestands des § 44 Abs. 1 BNatSchG, was mit seiner oben angesprochenen grobmaschigen rechtlichen Struktur zusammenhängt (vgl. insofern auch OVG NRW, Urteil vom 04.07.2012 – 10 D 47/1 O.NE – BauR 2012, 1898, Rdnr. 60), noch begründen die Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG losgelöst davon ohne weitere Zwischenschritte die Vollzugs-

unfähigkeit des Flächennutzungsplans. Die Gemeinde kann – wie auch sonst in der Bauleitplanung – auch bei der Darstellung von Vorrangflächen für die Windenergie in eine natur- und artenschutzrechtliche Ausnahme- oder Befreiungslage hineinplanen. § 45 Abs. 7 BNatSchG bietet dafür eine Ausnahmemöglichkeit, § 67 Abs. 2 BNatSchG eine Befreiungsmöglichkeit (vgl. in diesem Zusammenhang nochmals BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = BRS 65 Nr. 95, Rdnr. 20; OVG NRW, Urteil vom 04.07.2012 – 10 D 47/10.NE – BauR 2012, 1898, Rdnr. 60). All dies steht der Behandlung der »Themenkomplexen Natur und Landschaft« und »Artenschutz/planungsrelevante Arten« als harte Tabuzonen entgegen.

[77] Ist bereits die allgemeine, vorbehaltlose Festlegung von Vogelschutzgebieten, Naturschutzgebieten, Landschaftsschutzgebieten, FFH-Gebieten und von Biotopen als strikte Ausschlussflächen problematisch, wenn man – wie die Ag. – nicht die jeweiligen potentiellen Ausnahme- und Befreiungsinstrumente (auch etwa gemäß § 62 Abs. 2 LG NRW hinsichtlich Biotopen) mitbedenkt, so funktioniert jedenfalls die pauschale Inrechnungstellung verschiedener Mindestabstände als Restriktionsflächen nicht als harte, nicht wegzbare Orientierungshilfe für eine Tabuzone. Die Ag. bewegt sich auch hier rein im Feld der Konfliktvorsorge, das bei § 1 Abs. 7 BauGB zum Tragen kommt, nicht bei § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB.

[78] Im Hinblick auf die planungsrelevanten Arten hat die Ag. weder dargelegt noch ist anderweit ersichtlich, inwiefern bereits durch die Darstellung von Konzentrationszonen der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG absehbar zwangsläufig verwirklicht würde bzw. ob für alle oder einzelne der zugrunde gelegten Ausschluss- und Restriktionsflächen eine Ausnahme- oder Befreiungslage gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG/§ 67 Abs. 2 BNatSchG bestehen kann. Stattdessen hat die Ag. sich »zur Vermeidung von artenschutzrechtlichen Konfliktpotentialen« im Wesentlichen an den fachlichen Empfehlungen der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten aus dem Jahr 2007 ausgerichtet, die das LANUV NRW als »Stand der Technik« akzeptiert habe. Auch wenn dieser Ansatz für sich genommen als Eingabedatum für die Abwägung methodisch korrekt sein kann, berechtigt er nicht dazu, diese Empfehlungen als unabdingbare Ausschlussparameter für die Skizzierung von Vorrangflächen für die Windkraft zu implementieren. In gewisser Weise betreibt die Ag. auch hier Konfliktvorsorge, was sie aber zur Feststellung § 1 Abs. 3 BauGB zuzuordnender artenschutzrechtlicher Unvereinbarkeiten auf der Ebene des Flächennutzungsplans nicht befugt. Vielmehr sind diese artenschutzrechtlichen Belange (nur) Teil der Abwägung der Flächenfindung.

[79] (3) Schließlich durfte die Ag. nicht die von ihr ermittelten nicht arrondierungsfähigen »konfliktarmen Bereiche« unterhalb einer Mindestgröße von 30 ha als harte Tabuzonen klassifizieren. Dass die Ag. das Mindestgrößenkriterium als weiches angesehen hat, lässt sich der Planbegründung nicht entnehmen. Auch wenn in die Bestimmung der 30 ha-Grenze möglicherweise auch im Vorfeld abwägende Überlegungen eingeflossen sind wie die Erwägungen zum Flächenbedarf einer wirtschaftlich zu betreibenden Windkraftanlage, scheidet die Planbegründung aus ihrer Sicht zu kleine und isolierte Standorte andererseits von vornherein und ausnahmslos als

»ungeeignet« aus der Flächensuche aus. Dies ist das Kennzeichen einer harten Tabuzone.

[81] Zwar können Mindestgrößen in die Flächensuche für Konzentrationszonen grundsätzlich eingestellt werden, weil die Windenergienutzung unterhalb einer bestimmten Mindestgröße ineffizient sein kann (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 20.05.2010 – 4 C 7.09 – BVerwGE 137, 74 = BRS 76 Nr. 103, Rdnr. 28; Sächs OVG, Urteil vom 10.11.2011 – 1 C 17/09 – Rdnr. 56; Nds OVG, Urteil vom 09.10.2008 – 12 KN 35/07 – ZfBR 2009, 150, Rdnr. 22).

[83] Allerdings durfte die Ag. die von ihr angesetzte Mindestgröße in der gegebenen Planungssituation nicht wie ein hartes Ausschlusskriterium in Rechnung stellen. Es mag sein, dass ein Windkraftanlagenstandort – wie die Ag. annimmt – bei einem mittleren Rotordurchmesser von 70 m und bei bestimmten Mindestabständen der Windkraftanlagen voneinander regelmäßig einen Flächenbedarf von 10 ha hat (vgl. dazu auch OVG LSA, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09 – NuR 2012, 196, Rdnr. 41). Dies allein trägt aber noch nicht die Entscheidung, verbliebene nicht integrierte Suchbereiche von vornherein – als abwägungsfest, d.h. einer Abwägung nicht zugänglich – auszuschließen, die nach dieser Rechnung höchstens drei Windkraftanlagen Platz bieten würden.

[85] Die Ag. nimmt damit in der Gestalt harter Tabuzonen eine verkappte Abwägungsentscheidung vorweg, weil die Ausklammerung dieser Bereiche nach der Planbegründung von der – abwägenden – Erwägung ausgeht, auf der vorbereitenden Bauleitplanungsebene solle einerseits der Flächenverbrauch so gering wie möglich gehalten und andererseits einer übermäßigen Standortverdichtung einzelner Windkraftanlagen innerhalb einer Konzentrationszone vorgebeugt werden. Auf diese Weise verschließt die Ag. sich weiteren abwägungsrelevanten Gesichtspunkten, die sie wägen müsste, um angemessen entscheiden zu können, ob sie der Windenergienutzung in ihrem Gemeindegebiet substantiell Raum offenhält. Dazu zählt die Frage, ob es angesichts der verbleibenden (wenigen) Suchbereiche in ihrem Stadtgebiet notwendig sein könnte, auch kleinere isolierte Flächen als Vorrangflächen bereitzuhalten, in denen gegebenenfalls mehr als drei Windkraftanlagen unterhalb einer festzulegenden Maximalhöhe gebaut und wirtschaftlich betrieben werden könnten. Diesen Schritt zurück in die Abwägung geht die Ag. mit den »konfliktarmen Bereichen«, die kleiner als 30 ha sind, nicht und zieht ihn auch nicht in Betracht.

[86] **b)** Der Fehler im Abwägungsvorgang ist gemäß § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BauGB beachtlich. Gemäß § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB ist eine Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften des Baugesetzbuchs für die Rechtswirksamkeit eines Bebauungsplans nur beachtlich, wenn entgegen § 2 Abs. 3 BauGB die von der Planung berührten Belange, die der Gemeinde bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in wesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt oder bewertet worden sind und wenn der Mangel offensichtlich und auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen ist. § 214 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BauGB sieht vor, dass Fehler im Abwägungsvorgang nur erheblich sind, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – DVBI 2013, 507, Rdnr. 16, m.w.N.).

[90] Beides ist der Fall. Dass die Ag. die Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen nicht dokumentiert hat, ist – wie gezeigt – objektiv unter Auswertung der Aufstellungsvorgänge feststellbar. Ebenso ist objektiv feststellbar, dass die von der Ag. verwendeten Suchkriterien im Wesentlichen die Annahme harter Tabuzonen der Sache nach nicht tragen. Diese Fehler sind auf das Abwägungsergebnis offensichtlich von Einfluss gewesen, weil die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Ag. mehr oder größere Vorrangflächen für die Windenergienutzung dargestellt hätte, wenn sie sich die Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen vor Augen geführt hätte. Sie wäre dann womöglich zu dem Resultat gelangt, dass der Windenergie in ihrem Gemeindegebiet mehr Platz eingeräumt werden muss, damit die Forderung der substantiellen Raumverschaffung erfüllt wird.

[91] **c)** Die Ast. hat den Fehler im Abwägungsvorgang innerhalb der – hier entsprechend § 31 Abs. 3 VwVfG NRW zu berechnenden – Jahresfrist des § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB hinreichend substantiiert gegenüber der Ag. geltend gemacht. Der Rügende genügt den Substantiierungsanforderungen des § 215 Abs. 1 BauGB, wenn er den gerügten Mangel konkret und substantiiert darlegt. Die Darstellung des maßgebenden Sachverhalts durch ihn soll der Gemeinde begründeten Anlass geben, auf der Grundlage der Geltendmachung des Fehlers zu prüfen, ob sie in eine Fehlerbehebung in einem ergänzenden Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB eintreten soll. Das schließt eine nur pauschale Rüge aus (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 19.01.2012 – 4 BN 35.11 – BauR 2013, 55, Rdnr. 4; Urteil vom 08.05.1995 – 4 NB 16.95 – BRS 57 Nr. 51, Rdnr. 9; OVG NRW, Urteil vom 07.07.2011 – 2 D 137/09.NE – Rdnr. 56).

[95] 2. a) Des Weiteren ist ein beachtlicher Fehler im Abwägungsvorgang darin zu sehen, dass die Ag. die Frage, ob die 77. Änderung der Windenergie in ihrem Gemeindegebiet substantiell Raum gibt, zuletzt allein anhand eines Vergleichs der von ihr ermittelten Potentialfläche von 524 ha mit der Größe der letztlich von ihr dargestellten Konzentrationszonen von insgesamt 269 ha beantwortet hat.

[96] Zum einen ist dies – folgerichtig – abwägungsfehlerhaft, weil schon die Flächenfindung fehlerhaft war. Wegen der unterbliebenen bzw. im Kern rechtlich nicht haltbaren Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen konnte die Ag. nicht angemessen entscheiden, ob sie der Windkraft genug Raum zur Verfügung stellt. Daran zeigt sich auch nochmals die Offensichtlichkeit dieses Fehlers und seine Beachtlichkeit gemäß § 214 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BauGB.

[97] Zum anderen führt das von der Ag. für die Letztbewertung der »substantiellen Chance für die Windenergie« zugrunde gelegte Kriterium eines Flächenvergleichs der potentiell für die Windenergie geeigneten Flächen auch isoliert betrachtet auf einen Abwägungsfehler.

[98] Ein allgemein verbindliches Modell für die Frage, anhand welcher Kriterien sich beantworten lässt, ob eine Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für die Nutzung der Windenergie in substantieller Weise Raum schafft, gibt es nicht. Vielmehr ist diese Entscheidung den Tatsachengerichten nach den Umständen des Einzelfalls und örtlichen Gegebenheiten vorbehalten, die in eine Gesamtbetrachtung eingehen müssen. Verschiedene Herangehensweisen

kommen dafür in Betracht (z.B. Betrachtung der Zahl und der Größe der Fläche, der Anzahl und der Energiemenge der Windkraftanlagen). Fest steht aber, dass sich diese Frage nicht ausschließlich nach dem Verhältnis zwischen der Größe der im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationsfläche und der Größe derjenigen Potentialflächen beantworten lässt, die sich nach Abzug der harten Tabuzonen von der Gesamtheit der gemeindlichen Außenbereichsflächen ergibt. Größenangaben sind isoliert betrachtet als Kriterium ungeeignet (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – DVBl 2013, 507, Rdnr. 18 f.; siehe im Übrigen zu den in Frage kommenden Entscheidungskriterien im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung: BVerwG, Urteil vom 20.05.2010 – 4 C 7.09 – BVerwGE 137, 74 = BRS 76 Nr. 103, Rdnr. 28, Beschlüsse vom 22.04.2010 – 4 B 68.09 – Rdnr. 6 f., und vom 29.03.2010 – 4 BN 65.09 – BRS 76 Nr. 104, Rdnr. 5 ff.)

[100] So (einseitig) ist die Ag. indessen verfahren, wie sich aus dem Resümee in der Planbegründung ergibt. Die Ag. setzt sich damit dem Verdikt eines zusätzlichen selbständig tragenden Abwägungsfehlers aus. Die abwägende Auseinandersetzung der Ag. mit den Suchbereichen ersetzt die zu absolvierende Gesamtbetrachtung nach den Umständen des Einzelfalls und den örtlichen Gegebenheiten nicht. Das Für und Wider in Bezug auf die von der Ag. in die engere Wahl genommenen Suchbereiche, in das neben artenschutzrechtlichen Belangen Belange des Luftverkehrs, Belange des Landschaftsschutzes sowie Belange der Förderung der Windkraft eingeflossen sind, hat nur interne Wirkung für diese Suchbereiche selbst. Ob die Gesamtheit der von der Ag. abschließend positiv dargestellten Konzentrationszonen eine substantielle Raumverschaffung für die Windkraft ist, kann auf diese Weise nicht beurteilt werden.

[102] **b)** Auch der letztgenannte Fehler ist, soweit man ihn noch dem Abwägungsvorgang zurechnet, gemäß § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 BauGB beachtlich. Die Ast. hat ihn innerhalb der Frist des § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB gerügt.

Anmerkung zu OVG NRW, Urteil vom 01.07.2013 – 2 D 46/12.NE – Vorrangflächen Windenergie Büren

Windenergieplanung ist wohl immer noch ein **Buch mit sieben Siegeln**, das der Praxis viele Rätsel aufgibt. Wenn es noch eines Beleges für diese Erfahrung bedurfte, dann hat ihn das OVG NRW geliefert. Mit der im Jahre 1996 eingeführten Privilegierung (Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. Rdnr. 65, 2671) wurde zunächst der Eindruck vermittelt, die zuvor nicht privilegierte Windenergieanlage (BVerwG, Urteil vom 16.06.1994 – 4 C 20.93 – BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141) habe zwar den Sprung in den Club der im Außenbereich bevorrechtigten Nutzungen geschafft. Das sei aber nur die halbe Wahrheit. Denn über das Darstellungsprivileg seien die Gemeinden ebenso wie die Träger der Regionalplanung in der Lage, durch ein einfach zu handhabendes Steuerungssystem Konzentrationszonen auszuweisen und hierdurch die Windkraft auf einige Flächen im Plangebiet zu begrenzen und so in ihre natürlichen Schranken zu verweisen. Wer damals glaubte, eine solche Konzentrationsplanung lasse sich mit leichter Hand wirklichen, sieht sich gegenwärtig in einer völlig anderen Welt.

Das **Verfahren** ist mehrstufig. Die planungsrelevanten Faktoren sind eingehend zu ermitteln und zu bewerten. Die harten

(strikt bindenden) Kriterien sind von den weichen (der Abwägung zugänglichen) Kriterien zu unterscheiden und die Gründe für den in diesen beiden Stufen stattfindenden Auswahlprozess nachvollziehbar zu dokumentieren. Auch die Gründe für die schließlich ausgewiesenen Vorrangflächen müssen nachvollziehbar dargelegt werden. Und auch die Prüfung, ob die substantielle Nutzung der privilegierten Anlagen gewährleistet ist, muss in einer Abwägungsentscheidung erfolgen, die von den Gerichten genau unter die Lupe genommen wird. So jedenfalls das OVG NRW, das zudem die Auffassung verbreitet, dass nur wenige Kriterien eine strikt zu beachtende Ausschlussfunktion haben, während alle anderen Kriterien der Abwägung zugänglich und damit variabel sind. Wohnsiedlungen oder Einzelhäuser etwa, FFH- oder Vogelenschutzgebiete – sie alle können nicht generalisierend einen festen Schutzabstand für sich in Anspruch nehmen.

Aber auch der Artenschutz, der aus der Sicht der Gemeinden und der Zulassungsbehörden erhebliche Stolpersteine bereithält, hat bei der Windenergieplanung nach Auffassung des OVG NRW offenbar seinen Schrecken verloren und erweist sich auf der Ebene der Regional- und Flächennutzungsplanung kaum noch als Hindernis. Denn selbst wenn artenschutzrechtliche Verbotstatbestände des § 45 Abs. 1, 5 BNatSchG erfüllt sein sollten, könne ja über Ausnahmen (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) oder Befreiungen (§ 67 BNatSchG) der Weg für die Windenergie freigemacht werden. Auch das Hineinplanen in eine Ausnahme- und Befreiungslage ist da kein Problem mehr.

Das hatte das OVG Bbg noch – unbeanstandet vom BVerwG anders gesehen. Danach können Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung oder Landschaftsschutzgebiete insgesamt zu den »harten« Tabuzonen gerechnet werden, obwohl auch in diesen Gebieten durch entsprechende Abweichungsprüfungen (Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, § 34 BNatSchG) oder Befreiungen (§ 26 Abs. 2 BNatSchG) eine planungsrechtliche Zulässigkeit solcher Vorhaben erreicht werden kann. Auch tierökologische Abstandskriterien für die Errichtung von Windkraftanlagen in Brandenburg (TAK) beispielsweise können dabei nach Auffassung des OVG Bbg Indizwirkungen für »harte Tabukriterien« entfalten. Das Gericht hatte dabei fachliche Beurteilungsspielräume und Einschätzungsspielräume in dem Sinne eröffnet, dass die Wertungen des Planungsträgers nur auf Nachvollziehbarkeit sowie auf eindeutige Fehlsamkeit und Willkürfreiheit überprüft werden können und dazu ausgeführt:

»Auch wenn die Stellungnahmen der Naturschutzbehörden nicht bindend sind, sondern der Abwägung unterliegen, ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die planende Gemeinde die in den Tierökologischen Abstandskriterien definierten »Tabu-« bzw. »Schutzbereiche« im vorliegenden Zusammenhang den Flächen zuordnet, auf denen die Windenergienutzung tatsächlich oder rechtlich ausgeschlossen ist. . . . Denn eine trennscharfe Abgrenzung ist auf der Ebene der Flächennutzungsplanung schon deshalb nicht möglich, weil der immissionsschutzrechtlich zwingend erforderliche Abstand nicht abstrakt bestimmt werden kann, sondern von der regelmäßig noch nicht bekannten Leistung, Konstruktion und Anzahl der Windkraftanlagen abhängig ist, die auf die jeweiligen Immissionsorte einwirken. Abgesehen davon, dass eine prognostische Einschätzung zukünftiger tatsächlicher Entwicklungen selbst im Fachplanungsrecht nur dann fehler-

haft ist, wenn sie auf willkürlichen Annahmen oder offensichtlichen Unsicherheiten beruht, in sich widersprüchlich oder aus sonstigen Gründen nicht nachvollziehbar ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.03.2006 – BVerwG 4 A 1075.04 – BVerwGE 125, 116, 191, Rdnr. 243), wird es im vorliegenden Zusammenhang ausreichen, wenn die Prognose der Gemeinde, welche Mindestabstände zur Einhaltung der Grenzwertregelungen der TA Lärm erforderlich sind, unter Rückgriff auf Erfahrungswerte vertretbar erscheint und jedenfalls derjenige Teil der Abstandszone, der ausschließlich auf Vorsorgeerwägungen im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG beruht, nicht mehr der »harten« Tabuzone zugeordnet wird.«

Das alles will das OVG NRW nicht mehr gelten lassen, obwohl diese Einschätzungsspielräume vom BVerwG im Revisionsurteil zu dieser Entscheidung ausdrücklich abgesegnet worden sind.

Auch bei der Schlusssentscheidung, ob eine substanzielle Nutzung der Windenergie gewährleistet ist, muss der Planungsträger in der Abwägung eingehend nachdenken, wenn nicht die Konzentrationsplanung noch auf den letzten Metern des juristischen Hindernislaufes scheitern soll.

Das alles hat natürlich seine **Gründe**: Die Windenergie soll vor allem nach der Atomkatastrophe von Fukushima und der dadurch bewirkten **politischen Energiewende** einen wichtigen Platz unter den regenerativen Energien einnehmen. Das kann die Rechtsprechung natürlich unterstützen. Denn der Buchstabe des Gesetzes lässt unterschiedliche Auslegungen zu und gewährt den Gerichten Interpretationsspielräume, die sie im Zusammenwirken mit dem (politischen) Gesetzgeber aber auch der Gesellschaft nutzen können. Rechtsprechungsverbund nennen das die Staatsrechtslehrer (Stüer, Bericht über die 71. Tagung der Deutschen Staatsrechtler, DVBl 2011, 1530). Das alles ist legitim und durchaus ein Kerngeschäft der Gerichtsbarkeit, von dem nicht selten Gebrauch gemacht wird.

Für die Gemeinden und die Träger der Regionalplanung hat das allerdings eine beachtliche Folge: Sie müssen ihre bisherige **Planungspraxis umstellen** und die Konzentrationsplanung nach den jetzt deutlich höheren Anforderungen neu justieren. Das wird einige Zeit in Anspruch nehmen und ist auch nicht ganz frei von Risiken. Aus der Praxis wird da schon hinter vorgehaltener Hand die Empfehlung gegeben, auf eine weitere Windkraftplanung lieber ganz zu verzichten, wenn bereits eine Ausweisung im Flächennutzungs- oder Regionalplan erfolgt ist. Denn auch die Änderung einer Planung sei mit so vielen Fallstricken bestückt, dass es äußerst gefährlich sei, sich – selbst außerhalb der Winterzeit – auf ein solches Glatteis zu begeben.

Ganz unproblematisch ist dieser Ratschlag allerdings nicht, denn auch wenn die Jahresfrist für eine **Normenkontrolle** gegen den Plan abgelaufen ist und selbst wenn ein Normenkontrollgericht bisher keinen Fehler in dem Plan gefunden hat, ist der Plangeber nicht davor gefeit, dass die **gerichtliche Fehlersuche** (zu deren Grenzen BVerwG, Urteil vom 07.09.1979 – IV C 7.77 – BauR 1980, 40 = DVBl 1980, 230) auf der Grundlage der aktuellen Rechtsprechung wieder ganz von vorn beginnt. Am Ende könnte dies sogar zu einer Art juristischer »Dauerschleife« in der gerichtlichen Planprüfung führen. Auch die mit der Energiewende 2011 eingeführte »Wundervorschrift« des § 249 Abs. 1 BauGB hilft da wohl nicht wirklich

weiter. Werden in einem Flächennutzungsplan zusätzliche Flächen für die Nutzung von Windenergie dargestellt, folgt daraus nicht, dass die vorhandenen Darstellungen des Flächennutzungsplans zur Erzielung der Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht ausreichend sind, wird dort zwar wohl unwiderleglich vermutet. Ist eine Windenergieplanung allerdings aufgrund von Abwägungsfehlern unwirksam, greifen die Wohltaten dieser Vorschrift aber nicht ein.

Für andere Bundesländer ist zudem nicht ausgemacht, ob sich die Gerichte dort den Prüfungsmaßstäben des OVG NRW anschließen oder mit eigener Phantasie zu ganz anderen Ergebnissen kommen. Alles in allem kein leichtes Geschäft für die gemeindlichen und regionalen Planungsträger und ein breites Aufgabenfeld für Planungsbüros und beratende Juristen auf allen Seiten – nicht zuletzt auch für die Anwälte.

Die **Gemeinden** und **Träger der Regionalplanung** stehen vor einer **Herkulesaufgabe** und brauchen dafür fachkundige Unterstützung, die **Bürgerinitiativen** gegen Windräder sehen sich fast schon auf verlorenem Posten. Denn wenn die vor ihrer Haustür ausgewiesene Vorrangfläche aufgrund eines Abwägungsfehlers einkassiert ist, dann sind die Windräder wegen der Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gar nicht mehr zu stoppen. Und die **Investoren** haben alle Hände voll zu tun, auf breiter Front Anträge zu stellen, selbst für Flächen, auf denen sie bereits zuvor gescheitert sind. »Es wechselt die Hand. Ich bitte das Spiel neu zu machen«, würde der Croupier am Roulette-Tisch sagen. »Ein Stück für die Angestellten«, würden jene antworten, wenn die unerwarteten Gewinne aus den Millioneninvestitionen eingestrichen werden.

Nur die **Bürgerwindparks** könnten vielleicht das Nachsehen haben, weil nach dem Urteil des EuGH zum flämischen Dekret Einheimische nicht gegenüber Unionsbürgern bevorzugt werden dürfen (EuGH I. Kammer, Urteil vom 08.05.2013 – C-197/11 und C-203/11 – DVBl 2013, 1041, m. Anm. Stüer/Garbrock, 1044). Aber vielleicht lässt sich auch diese Klippe mit einer geschickten Argumentation ja noch irgendwie umschiffen. Eine einseitige Bevorzugung von Einheimischen hat der EuGH jedenfalls dann verboten, wenn sie zu Lasten von Unionsbürgern erfolgt, die über vergleichbare Voraussetzungen verfügen. Eine Differenzierung etwa nach sozialen Gesichtspunkten ist demgegenüber auch nach der Rechtsprechung der Luxemburger Richter nicht ausgeschlossen. Wenn daher die Nähe zu den mit der Windkraft verbundenen Nachteilen als entscheidendes Kriterium für die Bevorzugung von Bürgerwindparks bestimmt werden sollte, dann könnten solche Modelle gerade noch mit den europäischen Vorgaben des Gleichbehandlungsgebotes der Unionsbürger vereinbar sein. Ob das allerdings wirklich so ist, kann gegenwärtig angesichts einer dazu noch nicht vorliegenden EuGH-Entscheidung keinesfalls als gesichert gelten.

Harte Tabukriterien sind selten, lautet die Botschaft aus Münster. Und das hat natürlich auch seinen Grund. Je weniger Fläche aufgrund harter Tabukriterien für die Windenergie ungeeignet ist, desto größer ist die Fläche, die sich vor der Restriktion durch weiche (abwägungsbestimmte) Tabukriterien für Windkraftanlagen eignet. In dem zur gerichtlichen Prüfung gestellten Flächennutzungsplan waren harte und weiche Tabukriterien gleich zusammengefasst worden mit der Folge, dass die verbleibenden »weißen Flächen« deutlich geringer ausgefallen waren als wenn nur die an harten Restriktionen

tionskriterien scheidenden Flächen ausgeschieden worden wären. Auf immerhin 50 % der verbleibenden Weißflächen hatte es die Gemeinde mit dieser Methode gebracht.

Das BVerwG hatte die strenge Linie des OVG NRW in der Beurteilung der harten und weichen Tabukriterien allerdings so nicht vorgegeben. Es war in Leipzig noch keine Rede davon, dass harte Tabukriterien äußerst selten seien. Vielmehr wurde dort zur Beruhigung der Planungsträger auf entsprechende Beurteilungsspielräume hingewiesen, die eigenverantwortlich ausgefüllt werden könnten. Dort konnte man noch lesen: »Dem Plangeber wird mit der Unterteilung in harte und weiche Tabuzonen nichts Unmögliches abverlangt. An der Vereinbarkeit mit § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB und § 1 Abs. 7 BauGB muss sich jede Planung messen lassen. Der Senat verkennt ebenso wenig wie die Vorinstanz, dass die Abgrenzung zwischen harten und weichen Tabuzonen in der Planungspraxis mit Schwierigkeiten verbunden sein kann. Dem kann jedoch dadurch Rechnung getragen werden, dass vom Plangeber nicht mehr gefordert wird, als was er »angemessenerweise« leisten kann (UA S. 30). Die Grenzen des ihm Möglichen hat das OVG anschaulich aufgezeigt (UA S. 31 ff.)«.

Von diesen überzeugenden Ausführungen ist beim OVG NRW keine Rede mehr. Es schiebt vielmehr dem jeweiligen Planungsträger bei harten Tabukriterien die **Darlegungs- und Beweislast** zu, wie wir sie sonst nur aus dem europäischen Gebietsschutz vor allem im BVerwG-Urteil zur Halle Westumfahrung kennen (BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 – 9 C 20.05 – BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706; Stür, DVBl 2007, 416; ders., NVwZ 2007, 1147; Vallendar EurUP 2007, 275). Bleiben vernünftige Zweifel, so handelt es sich nicht um harte Tabukriterien, könnte man in Anlehnung an diesen damaligen Paukenschlag am Vortag des Kyrill-Unwetters die Szene auch bei der Windkraftplanung beschreiben. Die Planungsträger werden sich zumindest in NRW wohl an diese Vorgaben halten müssen, denn der Weg nach Leipzig zur revisionsrechtlichen Überprüfung einer Windkraftplanung ist erst dann wieder eröffnet, wenn der Planungsträger eine Windkraftplanung vorgelegt hat, die sauber zwischen harten und weichen Tabukriterien unterscheidet. Das ist zwar durchaus aussichtsreich, kann aber dauern.

Im vorliegenden Fall ist dieser Weg wohl recht steinig, weil eine erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde bereits an der revisionsrechtlich bindenden Tatsache scheitern könnte, dass harte und weiche Kriterien nicht kantenscharf getrennt worden sind, wie es von Leipzig mahndend empfohlen worden ist (BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11 – DVBl 2013, 507 m. Anm. Stür, DVBl 2013, 509). Alle anderen Begründungsteile stehen bei der revisionsrechtlichen Beurteilung dann nicht mehr zur Debatte, weil sie wegen eines selbständig tragenden Urteilsgrundes nicht entscheidungserheblich sind. Wenn es gelingt, im Windschatten eines tragenden Urteilsgrundes noch weitere Rechtsgrundsätze aufzustellen, die sich einer revisionsrechtlichen Überprüfung allerdings entziehen, dann kommt bei den Richtern der Instanzgerichte nicht ohne Grund schon gelegentlich große Freude auf.

Und auch bei den weichen, der Abwägung zugänglichen Tabukriterien und bei der Abwägung der verbleibenden »Weißflächen« mahnt das OVG NRW zur Zurückhaltung – dies vor allem deshalb, weil ja noch der wichtige Schritt der abschließenden Abwägungsentscheidung folgt, ob die ausgewiesenen Flä-

chen am Ende eine substanzielle Nutzung der privilegierten Anlagen rechtfertigen. Hatte das BVerwG hierzu noch keine festen Prozentzahlen zwischen den nach Abzug der harten Restriktionskriterien verbleibenden Flächen oder den nach Abzug der weichen, einer Abwägung unterliegenden Flächen (»Weißflächen«) und den am Ende ausgewiesenen Konzentrationsflächen aufgestellt, sondern dies durchaus überzeugend einer Einzelfallprüfung der Instanzgerichte überlassen, so wird die Bestimmung dieses Verhältnisses vom OVG NRW formal zwar den Planungsträgern überlassen. Sie müssen allerdings ein eigenes Abwägungskonzept dafür aufstellen, das über die Sicht auf das prozentuale Verhältnis zwischen »Weißflächen« und ausgewiesenen Konzentrationsflächen hinaus ein deutlich breiteres Abwägungsmodell in den Blick nimmt. Auch dies ist für die gemeindlichen und regionalen Planungsträger erst einmal gewöhnungsbedürftig und bietet neue Fallstricke.

Viel Arbeit also für die Planungsträger, die sich durch den Richterspruch aus Münster vor zusätzliche Aufgaben gestellt sehen. So sind die Gemeinden und Träger der Regionalplanung in NRW gut beraten, sich bis auf weiteres erst einmal nach den Vorgaben des OVG NRW zu richten. Allerdings wissen wir aus dem BVerwG-Urteil zur Halle-Westumfahrung, dass die geräuschvoll aufbrandende Sturmwelle nach einiger Zeit wieder an Kraft verliert und andere planungsrechtliche Themen an deren Stelle treten. So gesehen hat das Urteil aus Münster zunächst einmal einen Sturm losgetreten, mit dem sich die Praxis zu befassen hat. Und die Zeichen, dass diese Rechtsprechung eines Tages vom BVerwG korrigiert wird, stehen eigentlich gar nicht so schlecht.

Nach den bisherigen Erfahrungen auch im Bereich des Gebiets- und Artenschutzes dauert es allerdings etwa fünf Jahre, bis dieses von anderen für mindestens ebenso wichtig gehaltenen Themen wieder abgelöst wird, hatte schon der unvergessene Frido Wager vor vielen Jahren vermutet. »Was wären wir ohne den Gesetzgeber«, fragen sich kundige Literaten bei Neuauflagen ihrer dickleibigen Kommentare. Sollte der Gesetzgeber – wie jetzt nach der Städtebaurechtsnovelle 2013 (Krautzberger/Stür, DVBl 2013, 805; Berkemann, DVBl 2013, 815) – wegen der zu Ende gehenden Legislaturperiode eine Zwangspause einlegen müssen, dann gibt es noch eine – solche Durststrecken nachhaltig überdauernde – Hoffnung: »Auf die Rechtsprechung ist immer Verlass, vor allem wenn sie im Gewande ihrer eigenen Fortentwicklung in Wahrheit mit deutlichen Kurskorrekturen daherkommt«, wissen Beobachter der juristischen Szene erfreut zu berichten.

Es ist ein besonderes Verdienst der Windenergierechtsprechung von Münster, dass sie diesen Erwartungen vollauf entsprochen und bei allen Beteiligten große Aufmerksamkeit für die aktuelle Judikatur hervorgerufen hat. Und das versprengte Häuflein der gemeindlichen und regionalen Planungsträger wird sich mit dem Mut der Verzweiflung um die Lösung versammeln: »Windenergieplanung nach den neuen hohen rechtlichen Standards des OVG NRW – das hat bisher wohl noch keiner geschafft«. Auch gibt es dazu keinen vorzeigbaren Faulenzer. Gleichwohl gilt voller Selbstvertrauen und Zuversicht in die eigene Überzeugungskraft: »Wagen wir das Unmögliche und packen wir's einfach an«.

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stür, Richter am BGH-Senat für Anwaltssachen, Münster/Osnabrück, und Dr. Bernhard Garbrock, Steinfurt