

## Bundesverwaltungsgericht

### Windkonzentrationsplanung muss »harte« und »weiche« Tabuzonen unterscheiden

§ 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. Scheidet eine Gemeinde bei der Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen »harte« und »weiche« Tabuzonen aus dem Kreis der für die Windenergienutzung in Betracht kommenden Flächen (Potenzialflächen) aus, muss sie sich zur Vermeidung eines Fehlers im Abwägungsvorgang den Unterschied zwischen den beiden Arten der Tabuzonen bewusst machen und ihn dokumentieren.**

**2. Die Frage, ob die Planung im Ergebnis der Windenergie substanziell Raum verschafft (vgl. hierzu nur Urteil vom 17.12.2002 – BVerwG 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 [295] = DVBl 2003, 797), lässt sich nicht ausschließlich nach dem Verhältnis zwischen der Größe der im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationsfläche und der Größe derjenigen Potenzialflächen beantworten, die sich nach Abzug der »harten« Tabuzonen von der Gesamtheit der gemeindlichen Außenbereichsflächen ergibt.**

BVerwG, Urteil vom 13.12.2013 – 4 CN 1.11, 2.11 –

Die Beteiligten streiten um die Wirksamkeit des sachlichen Teilflächennutzungsplans »Windenergienutzung« der Gemeinde Wustermark – Windpark Wernitz. Auf den Normenkontrollantrag der Ast. hat das OVG Brandenburg den sachlichen Teilflächennutzungsplan »Windenergienutzung« der Ag. für unwirksam erklärt (OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.02.2011 – OVG 2 A 2.09 – NuR 2011, 794 = LKV 2011, 422). Der Plan beruhe auf einem Verstoß gegen das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB.

**Gründe:** [8] Die Revision ist unbegründet, weil das angef. Urteil mit Bundesrecht im Einklang steht. Das OVG hat zutreffend entschieden, dass der sachliche Teilflächennutzungsplan »Windenergienutzung« der Ag. an einem beachtlichen Mangel im Abwägungsvorgang leidet und deshalb unwirksam ist.

[9] **1.** Die Anforderungen an den Abwägungsvorgang ergeben sich aus den verfahrensrechtlichen Vorgaben des § 2 Abs. 3 BauGB, die sich mit den Anforderungen decken, die die Rechtsprechung aus dem Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB entwickelt hat (Urteil vom 09.04.2008 – BVerwG 4 CN 1.07 – BVerwGE 131, 100 Rdnr. 20 = DVBl 2008, 859). 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. Urteile vom 17.12.2002 – BVerwG 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 [298] = DVBl 2003, 797 und vom 13.03.2003 – BVerwG 4 C 3.02 – NVwZ 2003, 1261).

[10] Nach der Rechtsprechung des Senats vollzieht sich die Ausarbeitung des Planungskonzepts abschnittsweise (vgl. Beschluss vom 15.09.2009 – BVerwG 4 BN 25.09 – BRS 74 Nr. 112 = BauR 2010, 82). 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 (Beschluss vom 15.09.2009 a.a.O.). Der Begriff der harten Tabuzonen dient der Kennzeichnung von Gemeindegebietsteilen, die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen immer, nicht in Betracht kommen, mithin für eine Windenergienutzung »schlechthin« ungeeignet sind (vgl. Urteil vom 17.12.2002 a.a.O. S. 295, 299), mit dem Begriff der weichen Tabuzonen werden Bereiche des Gemeindegebiets erfasst, in denen nach dem Willen der Gemeinde aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen »von vornherein« ausgeschlossen werden »soll« (vgl. Urteil vom 21.10.2004 – BVerwG 4 C 2.04 – BVerwGE 122, 109 [112] = DVBl 2005, 379). Die Potenzialflächen, die nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen übrig bleiben, sind 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. auch OVG Koblenz, Urteil vom 26.11.2003 – 8 A 10814/03 – ZNER 2004, 82 [83] = UPR 2004, 198).

[11] Das OVG ist zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Gemeinde – auf der ersten Stufe des Planungsprozesses – den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst machen und ihn dokumentieren muss. Das stimmt mit Bundesrecht überein und ist dem Umstand geschuldet, dass die beiden Arten der Tabuzonen nicht demselben rechtlichen Regime unterliegen.

[12] Bei den harten Tabuzonen handelt es sich um Flächen, deren Bereitstellung für die Windenergienutzung an § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB scheitert. 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 (vgl. Urteil vom 18.03.2004 – BVerwG 4 CN 4.03 – BVerwGE 120, 239 [240 f.] DVBl 2004, 957). Harte Tabuflächen sind einer Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Belangen (§ 1 Abs. 7 BauGB) entzogen. 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. Das 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 – anders als die Ag. meint – 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 substanziell Raum schafft (vgl. Urteil vom 24.01.2008 – BVerwG 4 CN 2.07 – DVBl 2008, 664 = NVwZ 2008, 559 [560]).

[13] Während harte Tabuzonen kraft Gesetzes als Konzentrationsflächen für die Windenergienutzung ausscheiden, muss der Plangeber eine Entscheidung für weiche Tabuzonen 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. Andernfalls scheidet seine Planung unabhängig davon, welche Maßstäbe an die Kontrolle des Abwägungsergebnisses anzulegen sind, schon an dem fehlenden Nachweis, dass er die weichen Tabukriterien auf der Stufe der Abwägung in die Planung eingestellt hat.

[14] 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.).

[15] Das OVG hat unter Auswertung der Planbegründung (§ 5 Abs. 5 BauGB) und der zusammenfassenden Erklärung (§ 6 Abs. 5 Satz 2 BauGB) festgestellt, dass die Ag. zwischen harten und weichen Tabuzonen nicht differenziert hat (UA S. 34). An die getroffenen Feststellungen ist der Senat nach § 137 Abs. 2 VwGO gebunden, weil die Ag. in Bezug auf sie keine zulässigen und begründeten Revisionsgründe vorbringt, sondern sich darauf beschränkt, der trichterlichen Würdigung des Sachverhalts durch die Vorinstanz ihre eigene, davon abweichende Würdigung entgegenzusetzen. Der Verzicht auf die Unterscheidung zwischen beiden Arten der Tabuzonen wäre allerdings unbeachtlich, wenn feststünde, dass die Ag. nur harte Tabuzonen zu den Ausschlussgebieten gezählt hätte. Das ist jedoch nicht der Fall. Das OVG hat mit bindender Wirkung für den Senat festgestellt, dass die Ag. auch solche Landschaftsteile in den Umgriff der Ausschlussgebiete einbezogen hat, in denen nach ihren eigenen Kriterien keine Windenergieanlagen aufgestellt werden sollen (UA S. 35 ff.).

[16] 2. Ebenfalls ohne Verstoß gegen Bundesrecht hat das OVG entschieden, dass der Mangel im Abwägungsvorgang nicht gemäß § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BauGB unbeachtlich ist (UA S. 37 f.). Es ist zutreffend davon ausgegangen, dass ein Mangel offensichtlich ist, wenn er auf objektiv feststellbaren Umständen beruht und ohne Ausforschung der Mitglieder des Rates über deren Planungsvorstellungen für den Rechtsanwender erkennbar ist (Urteil vom 21.08.1981 – BVerwG 4 C 57.80 – BVerwGE 64, 33 [38] = DVBl 1982, 354), und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen ist, wenn nach den Umständen des jeweiligen Falles die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Mangel die Planung anders ausgefallen wäre (Beschluss vom 09.10.2003 – BVerwG 4 BN 47.03 – BauR 2004, 1130 = BRS 66 Nr. 65). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat es, für den Senat bindend, bejaht.

[17] Der Senat hat die Anforderungen an die Voraussetzungen des § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 BauGB im Urteil vom 22.09.2010 – BVerwG 4 CN 2.10 – (BVerwGE 138, 12 Rdnr. 21 f. = DVBl 2011, 105) entgegen der in der mündlichen Verhandlung vertretenen Ansicht der Ag. nicht dahingehend geändert, dass ein Fehler im Abwägungsvorgang erst dann erheblich ist, wenn eine Fehlerkorrektur schlechterdings nicht zum selben Abwägungsergebnis führen könnte. Das Urteil hält daran fest, dass der Abwägungsvorgang fehlerhaft ist, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Planung ohne den Fehler anders ausgefallen wäre, und trifft die Aussage, dass das Abwägungsergebnis nicht unter denselben Voraussetzungen, sondern erst dann zu beanstanden ist, wenn eine fehlerfreie Nachholung der Abwägung schlechterdings nicht dasselbe Ergebnis haben dürfte (a.a.O. Rdnr. 22). Das Abwägungsergebnis, das im angefochtenen Teilflächennutzungsplan seinen Niederschlag gefunden hat, ist vorliegend aber nicht Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle.

[18] 3. Nicht entscheidungserheblich ist die Frage, nach welchem Vergleichsmaßstab zu beurteilen ist, ob das Planungsergebnis der Windenergie substanziell Raum verschafft (vgl. zu diesem Erfordernis als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Abwägungsergebnisses Urteile vom 17.12.2002 – BVerwG 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 [295] = DVBl 2003, 797, vom 13.03.2003 – BVerwG 4 C 3.02 – NVwZ 2003, 1261 und – BVerwG 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 = NVwZ 2003, 738 [739], vom 21.10.2004 – BVerwG 4 C 2.04 – BVerwGE 122, 109 [111] = DVBl 2005, 379 und vom 24.01.2008 – BVerwG 4 CN 2.07 – DVBl 2008, 664 = NVwZ 2008, 559 [560]). Im Interesse der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit der Rechtsprechung nimmt der Senat gleichwohl zu ihr Stellung. Entgegen der Ansicht des OVG lässt sie sich nicht ausschließlich nach dem Verhältnis zwischen der Größe der im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationsfläche und der Größe derjenigen Potenzialflächen beantworten, die sich nach Abzug der harten Tabuzonen von der Gesamtheit der gemeindlichen Außenbereichsflächen ergibt. Der von der Vorinstanz entwickelte Maßstab für die Kontrolle des Abwägungsergebnisses kann keine »Exklusivität« für sich beanspruchen. Der Senat hat die Entscheidung, anhand welcher Kriterien sich beantworten lässt, ob eine Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für die Nutzung der Windenergie in substanzieller Weise Raum schafft, den Tatsachengerichten vorbehalten (Beschluss vom 29.03.2010 – BVerwG 4 BN 65.09 – BauR 2010, 2074) und verschiedene Modelle gebilligt (vgl. Beschluss vom 22.04.2010 – BVerwG 4 B 68.09 – BRS 79 Nr. 57 (2010) = juris Rdnr. 6 f. und Urteil vom 20.05.2010 – BVerwG 4 C 7.09 – BVerwGE 137, 74 Rdnr. 28 = DVBl 2010, 1235). Daran hält er mit dem Zusatz fest, dass die von den Tatsachengerichten entwickelten Kriterien revisionsrechtlich hinzunehmen sind, wenn sie nicht von einem Rechtsirrtum infiziert sind, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder ansonsten für die Beurteilung des Sachverhalts schlechthin ungeeignet sind (vgl. auch Urteil vom 11.10.2007 – BVerwG 4 C 7.07 – BVerwGE 129, 307 Rdnr. 22 = DVBl 2008, 255).

[19] Der Senat sieht keinen Anlass, den vom OVG gewählten Ansatz zu beanstanden. Er selbst hat bereits im Urteil vom 17.12.2002 (a.a.O. S. 295) einem, wenn auch anders gearteten, Flächenvergleich das Wort geredet. Nicht zulässig wäre allerdings die Festlegung eines bestimmten (prozentualen)

Anteils, den die Konzentrationsflächen im Vergleich zu den Potenzialflächen erreichen müssen, damit die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eintritt. Dagegen darf dem Verhältnis dieser Flächen zueinander Indizwirkung beigemessen werden und ist nichts gegen einen Rechtssatz des Inhalts zu erinnern, dass, je geringer der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationsflächen ist, desto gewichtiger die gegen eine weitere Ausweisung von Vorranggebieten sprechenden Gesichtspunkte sein müssen, damit es sich nicht um eine unzulässige »Feigenblattplanung« handelt (so VG Hannover, Urteil vom 24.11.2011 – 4 A 4927/09 – juris Rdnr. 66).

#### **Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 13.12.2013 – BVerwG 4 CN 1.11, 2.11 –**

Seit der Grundsatzentscheidung des BVerwG (Urteil vom 22.05.1987 – BVerwG 4 C 57.84 – BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008) zur Kölner Nassauskiesung können die Städte und Gemeinden privilegierte Nutzungen durch entsprechende Darstellungen im Flächennutzungsplan steuern (zur Konzeption Bover/Kindler, DVBl 2013, 488 in diesem Heft; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 2733; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2009; ders., DVBl 2009, 737; Stüer/Vildomec, BauR 1998, 427; Stüer, ZfBR 2004, 338). Die nach § 35 Abs. 1 BauGB grundsätzlich privilegierten Nutzungen können von den Trägern der Bauleitplanung auf bestimmte Bereiche verwiesen und im übrigen Plangebiet für unzulässig erklärt werden. Diese Möglichkeit war damals neu – vor allem, weil der Flächennutzungsplan im Allgemeinen keine unmittelbaren Wirkungen und damit auch keine Ausschlusswirkungen gegenüber dem Bürger hatte und als vorbereitender Bauleitplan auf mittelbare Außenwirkungen begrenzt war. Die Wirkungen beschränkten sich auf die Vorgaben des Flächennutzungsplans für die Bebauungspläne, die gem. § 8 Abs. 2 BauGB aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln sind, und mittelbare Wirkungen für die Qualität des Bodens, die sich etwa aus der Darstellung einer Wohnbaufläche im Flächennutzungsplan ergeben konnten.

Die Konzentration von privilegierten Nutzungen durch Darstellungen im Flächennutzungsplan bot (erstmalig) die vom BVerwG anerkannte Möglichkeit, auch privilegierte Nutzungen zu steuern und auf bestimmte Bereiche des Plangebietes zu beschränken. Seit dieser Zeit haben sich die Darstellungen des Flächennutzungsplans mehr und mehr auf den Weg zu rechtsverbindlichen Regelungen begeben (Stüer/Stüer, NuR 2004, 341), gegenüber denen von den Planbetroffenen auch eine Normenkontrolle möglich ist (BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – BVerwG 4 CN 3.06 – BVerwGE 128, 382 = NVwZ 2007, 1081 – Teilplan Windenergienutzung; Stüer BauR 2007, 1495; ders., Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 4567). Allerdings konnte der Plangeber diese Steuerungsmöglichkeiten nur im Rahmen eines generellen Vorbehaltes nutzen, den das Gericht auch in anderen ebenfalls am 22.05.1987 verkündeten Urteilen ausgesprochen hatte. Wird eine Nutzung vom Gesetz- oder Ordnungsgeber nicht verboten oder sogar wie etwa der Einzelhandel (BVerwG, Urteil vom 22.05.1987 – BVerwG 4 C 77.84 – BVerwGE 77, 317 = DVBl 1987, 1004 – Verkaufsfläche; BVerwG 4 C 19.85 – DVBl 1987, 1006) oder die Vergnügungsstätten (BVerwG, Urteil vom 22.05.1987 – BVerwG 4 N 4.86 – BVerwGE 77, 308 = DVBl 1987, 1010) ausdrücklich zugelassen, so müssen diese

Nutzungen im Gebiet des Planungsträgers ermöglicht werden. Er kann derartige Nutzungen aus seinem Plangebiet nicht einfach verbannen, sondern ist auf die Steuerung dieser Nutzungen im Plangebiet im Sinne einer Konzentration auf bestimmte Bereiche verbunden mit dem Ausschluss in den übrigen Teilen des Plangebietes beschränkt. Und diese Steuerung bedarf einer entsprechenden Begründung. Zugleich muss eine substantielle Nutzung der nur eingeschränkt zugelassenen Vorhaben gewährleistet werden.

Dieses Steuerungskonzept hat der Gesetzgeber durch die Windenergienovelle 1996 (Gesetzes zur Änderung des BauGB v. 30.07.1996 – BGBl. I 1189) aufgegriffen, indem Vorhaben der Wind- und Wasserenergie, die bisher nicht privilegiert waren (BVerwG, Urteil vom 16.06.1994 – BVerwG 4 C 20.93 – BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141), einerseits in den Katalog der privilegierten Vorhaben aufgenommen wurden, andererseits aber einem in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB normierten Darstellungsprivileg zugunsten der Städte und Gemeinden und der Regionalen Planungsträger unterworfen wurden (Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 65). Öffentliche Belange stehen danach einem privilegierten Vorhaben in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Ausgenommen von diesem Darstellungsprivileg waren schon damals die land- und forstwirtschaftlichen Nutzungen (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB). Die Atomkraft (§ 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB) und die Solaranlagen (§ 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB) sind inzwischen als dem Darstellungsprivileg entzogene privilegierte Vorhaben hinzugetreten.

Das Steuerungssystem hat allerdings durchaus seine Tücken. Ist eine gemeindliche Bauleitplanung unwirksam, so hat dies traditionell die Folge, dass Vorhaben in aller Regel planungsrechtlich unzulässig sind, weil sie sich nicht auf eine entsprechende Plangrundlage stützen können. Beim Darstellungsprivileg nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist dies genau umgekehrt. Sind die Darstellungen des Flächennutzungsplans auch nur an einer Stelle des Plangebietes nicht richtig abgewogen, zerplatzt das gesamte Steuerungssystem wie ein mit einer feinen Nadel angestochener Luftballon (zu den Möglichkeiten, dies mit einem Teilflächennutzungsplan Windenergie abzumildern Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2009, Rdnr. 216, 345, 4569). Die durch den Flächennutzungsplan beabsichtigte Steuerungsfunktion und vor allem seine Ausschlussfunktion entfällt mit der Folge, dass privilegierte Vorhaben im gesamten Plangebiet zulässig sind, wenn sie nicht an zwingenden Ausschlussgründen scheitern (BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 – BVerwG 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 –). Luftballontheorie ist das an anderer Stelle bereits einmal genannt worden (Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 2756, 4912; Stüer/Stüer, NuR 2004, 341).

Das BVerwG hat für die planerische Steuerung am Beispiel der Windenergie ein aus vier Schritten bestehendes Stufensystem entwickelt, das es nochmals zusammenfasst (so auch das OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.02.2011 – OVG 2 A 2.09 – LKV 2011, 422 = NuR 2011, 794 mit Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 20.05.2010 – BVerwG 4 C 7.09 – NVwZ 2010, 1561; Beschluss vom 15.09.2009 – BVerwG 4 BN 25.09 – BauR 2010, 82; Urteil vom 24.01.2008 – BVerwG

4 CN 2.07 – NVwZ 2008, 559; Urteil vom 21.10.2004 – BVerwG 4 C 2.04 – BVerwGE 122, 109 = DVBl 2005, 379; Urteil vom 13.03.2003 – BVerwG 4 C 3.02 – NVwZ 2003, 1261; Urteil vom 13.03.2003 – BVerwG 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2007, 1064; Urteil vom 17.12.2002 – BVerwG 4 C 15.01 – BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797; zum Konzept auch Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2009; ders., DVBl 2009, 737; Bovet/Kindler, DVBl 2013, 488 in diesem Heft).

Die aufgrund zwingender Ausschlusskriterien ungeeigneten Flächen sind zunächst auszusondern (Schritt 1). Die verbleibenden Flächen können durch für das Plangebiet einheitlich angelegte Abwägungskriterien weiter eingeschränkt werden (Schritt 2). Zwischen den danach verbleibenden »Weißflächen« können durch Abwägung die ausgewiesenen »Konzentrationsflächen« festgelegt werden (Schritt 3). Sozusagen als bilanzierender »Schlussakkord« ist zu fragen, ob die ausgewiesenen Konzentrationsflächen eine substantielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gewährleisten (Schritt 4).

Die Urteile des BVerwG sind an zwei Schnittstellen bemerkenswert: Bei dem Erfordernis der Abgrenzung zwischen »harten« (nicht der Abwägung zugänglichen) und »weichen« (der Abwägung zugänglichen) Kriterien einerseits und bei der Frage, ob die substantielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gewährleistet ist, andererseits. Die Revisionszulassung war noch zur Frage erfolgt, ob die substantielle Nutzung der privilegierten Vorhaben die Abgrenzung von »harten« und »weichen« Kriterien erfordert. Das hat das BVerwG auch noch in der Terminankündigung so gesehen: »Streitig ist insbesondere, ob die Gemeinde bei der Ausarbeitung des Planungskonzepts im Rahmen der Abwägung zwischen den Flächen, auf denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen ist ([harte] Tabuzonen) und den Flächen, auf denen nach den städtebaulichen Vorstellungen der Gemeinde keine Windenergieanlagen aufgestellt werden sollen ([weiche] Tabuzonen), hätte differenzieren müssen. Zur Entscheidung dieser Streitfrage kommt es maßgeblich darauf an, ob die erforderliche Prüfung, ob der Plan der Windenergie »substantiell« Raum verschafft, die Ermittlung und Bewertung des Verhältnisses zwischen der Gesamtfläche der im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationszonen und derjenigen Potenzialflächen voraussetzt, die sich nach Abzug der »harten« Tabuzonen ergeben.«

Die Urteilsgründe schlagen demgegenüber einen anderen Weg ein. Die Abgrenzung von zwingenden Ausschlussgründen (»harten Kriterien«) und der Abwägung zugänglichen Gründen (»weichen Kriterien«) folge bereits aus dem Gebot der Erforderlichkeit einer Planung (§ 1 Abs. 3 BauGB) und dem Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 7 BauGB), während bei der Frage, ob die substantielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gesichert ist, größere Einschätzungsspielräume eröffnet werden. Zur Beurteilung dieser Frage sei die Abgrenzung zwischen »harten« und »weichen« Abgrenzungskriterien nicht zwingend erforderlich.

Die Verknüpfung der Abgrenzung von einerseits zwingenden und andererseits der Abwägung zugänglichen Gründen mit dem Abwägungsgebot wirft allerdings aus zwei Gründen Fragen auf: Zum einen ist die Abgrenzung dieser Kriterien nicht immer ganz einfach. Zum anderen muss bei einer Übertragung dieser Grundsätze auf alle anderen Bereiche der Planung

darauf geachtet werden, dass das Planungsgeschäft nicht zu kompliziert und nicht unzumutbar erschwert wird.

Denn die Abgrenzung von zwingenden Ausschlussgründen (§ 1 Abs. 3 BauGB) und der Abwägung zugänglichen Kriterien (§ 1 Abs. 7 BauGB) stößt nicht selten auf Schwierigkeiten (Bovet/Kindler, DVBl 2013, 488 in diesem Heft). Sind etwa erhebliche Einwirkungen auf ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung ein zwingender Ausschlussgrund oder führt die Erfüllung von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen zu einer generellen Unzulässigkeit eines privilegierten Außenbereichsvorhabens? In welchem Umfang muss der Planungsträger dies kantenschärf abgrenzen und welche Prüfungsintensität und welcher Detaillierungsgrad müssen dem entsprechen? Welche Abstände erfordern beispielweise Wohngebiete oder wohnlich genutzte Einzellagen im Außenbereich, welche Abstände sind zu Infrastruktureinrichtungen wie Autobahnen, Bundesstraßen oder anderen Straßen bis hin zu Feldwegen oder auch zu Energiefreileitungen erforderlich? Kann von dem Planungsträger verlangt werden, die Garantie für die richtige Abgrenzung zu übernehmen und muss er bei einer von den Gerichten nicht geteilten Einschätzung sogleich das Nachsehen haben? Ist die Abgrenzung von »harten« und »weichen« Kriterien eigentlich auch dann erforderlich, wenn die Fläche jedenfalls aufgrund von Abwägungsgesichtspunkten ausscheidet?

Das BVerwG hat hier mit Recht eine überschlägige und schematisierende Prüfung des Planungsträgers für ausreichend gehalten und der Einschätzung des OVG Berlin-Brandenburg nicht widersprochen, wonach 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 Windenergieanlagen in Brandenburg (TAK) beispielsweise können dabei nach Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg Indizwirkungen für »harte Tabukriterien« entfalten. Das Gericht eröffnet dabei fachliche Beurteilungsspielräume und Einschätzungsprärogativen in dem Sinne, dass die Wertungen des Planungsträgers nur auf Nachvollziehbarkeit sowie auf eindeutige Fehlsamkeit und Willkürfreiheit überprüft werden und führt dazu aus:

»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 fehlerhaft ist, wenn sie auf willkürlichen Annahmen oder offensicht-

lichen 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.«

Nur mit derartigen Beurteilungs- und Einschätzungsfreiheiten, denen das BVerwG nicht widersprochen hat, ist das Konzept der Abgrenzung von »harten« und »weichen« Tabukriterien in der Praxis handhabbar. Zudem dürfte es sich für den kommunalen oder regionalen Planungsträger in kritischen Fällen empfehlen, die Kriterien doppelt durch die Hand gehen zu lassen. Ist zweifelhaft, ob es sich um ein »hartes« oder um ein »weiches« Tabukriterium handelt, sollte dies vom Planungsträger dargestellt werden und der Bereich nicht nur auf der Ebene der »harten«, sondern ebenfalls auf der Ebene der »weichen« Tabukriterien ausgeschlossen werden. »Doppelt genäht hält eben besser«, wusste schon die umsichtige Hausfrau. Zusätzliche Entlastung kann die Öffentlichkeitsbeteiligung und insbesondere auch die Beteiligung der Träger öffentlicher Belange bringen. Werden von den zuständigen Behörden fachliche Einschätzungen vorgebracht, so kann der Planungsträger diese in aller Regel übernehmen, wenn sie sich nach einer Grobprüfung nicht als eindeutig fehlerhaft erweisen.

Wird dieses Modell der Absichtung von strikt zu beachtenden Ausschluss- und der Abwägung zugänglichen Berücksichtigungskriterien folgerichtig auf andere Bereiche der Bauleitplanung übertragen, müssen auch hier die dargestellten Wertungsspielräume bestehen. Die zwingenden Planungshindernisse sind auch dann nur insoweit abzuprüfen, als sie der Planung eindeutig entgegenstehen und sich aus ihnen (unüberwindbare) Planungshindernisse ergeben.

Die hinter der Revisionszulassung eigentlich stehende Frage, wie die Kriterien einer substanziellen Nutzung der privilegierten Vorhaben zu bestimmen sind, hat das BVerwG offen gelassen und die Beurteilung an die gerichtlichen Tatsacheninstanzen verwiesen. Das ist vom Ansatz her richtig. Denn die Frage, ob eine substanzielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gewährleistet ist, entzieht sich einer allgemeingültigen, revisionsrechtlichen Klärung.

Allerdings bleiben auch insoweit noch einige Fragen offen. Es könnte einiges dafür sprechen, dass der erste Zugriff bei der Beurteilung der Frage, ob die substanzielle Nutzung der privilegierten Vorhaben gesichert ist, bei den jeweiligen Planungsträgern liegt. Sie sind dazu aufgerufen, die Modelle und Kriterien zu entwickeln, nach denen sich diese Frage beurteilt. Die Tatsachengerichte sind daher nicht dazu aufgerufen, in diesem ebenfalls der Abwägung unterliegenden Bereich eigene Kriterien aufzustellen und den Trägern der Planungshoheit vorzugeben, sondern auf die Frage beschränkt, ob die von ihnen aufgestellten Kriterien nachvollziehbar und sachgerecht sind.

Dies muss vielmehr im Rahmen einer Plausibilitätskontrolle den Planungsträgern vorbehalten bleiben, sodass auch inner-

halb eines Gerichtsbezirks unterschiedliche Prüfmodelle zur substanziellen Nutzung der nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Vorhaben verwirklicht werden können. Dabei kann das Verhältnis zwischen den (nach Abzug der »harten« Tabukriterien – Stufe 1) an sich geeigneten Flächen zu den nach der (zweifachen Abwägung) ausgewiesenen Flächen (Stufe 3) ebenso herangezogen werden wie das Verhältnis der Weißflächen (Potenzialflächen nach Abzug der »harten« und »weichen« Tabukriterien – Stufe 2) zu den nach einer weiteren Abwägung ausgewiesenen Flächen (Stufe 3) (zu diesen Prüfungskriterien Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2009; ders., DVBl 2009, 737).

Es können aber nach Einschätzung des Planungsträgers auch andere Kriterien wie etwa die Kontingenzuteilungen in Regionalplänen oder der bereits vorhandene Besatz an privilegierten Vorhaben maßstabbildend sein. Nicht das Tatsachengericht im jeweiligen Bundesland, sondern der kommunale und regionale Planungsträger muss daher den ersten Zugriff auf die Auswahl der Prüfungskriterien auch bei der Frage einer gesicherten substanziellen Nutzung der privilegierten Vorhaben behalten. Den Tatsachengerichten kommt dann (lediglich) die Prüfung zu, ob die vom Planungsträger gewählten Methoden und Auswahlkriterien ebenso wie die Kriterien zur Prüfung der substanziellen Nutzung der privilegierten Vorhaben nachvollziehbar und willkürfrei sind.

Dies hätte mit dem Hinweis auf entsprechende Planungsfreiräume der kommunalen und regionalen Planungsträger in den beiden Urteilen des BVerwG vielleicht noch etwas stärker hervorgehoben werden können. Werden die vom BVerwG bestätigten Maßstäbe des stufenweisen Vorgehens von entsprechenden planerischen Einschätzungsspielräumen begleitet, die sich einer gerichtlichen Kontrolle ein Stück weit entziehen und nur auf ihre Nachvollziehbarkeit und Willkürfreiheit gerichtlich überprüft werden, dann kann die Praxis mit dem vierstufigen Prüfungssystem durchaus leben. Anderenfalls hätte die Gefahr bestanden, dass die Steuerung privilegierter Vorhaben mit den sich daraus ergebenden Abwägungsspielräumen letztlich von den Gerichten, statt von den kommunalen und regionalen Planungsträgern vorgenommen wird.

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

## Nachweis der Gewinnerzielungsabsicht eines privilegierten landwirtschaftlichen Nebenerwerbsbetriebes

§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB

**Der nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegierte landwirtschaftliche (Nebenerwerbs-)Betrieb muss nach Art und Umfang grundsätzlich geeignet sein, wirtschaftlich, d.h. mit Gewinnerzielungsabsicht geführt zu werden. Nachweise werden in Zweifelsfällen zu fordern sein, wenn nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dem Betrieb die Möglichkeit der Gewinnerzielung abzusprechen ist.**

BVerwG, Urteil vom 11.10.2012 – 4 C 9.11 –  
(VG Ansbach, Urteil vom 22.10.2008 – 9 K 08.1189 –  
Bay VGH, Urteil vom 14.07.2011 – 14 B 09.2291 –)