

EDMUND BRANDT (HRSG.)

JAHRBUCH WINDENERGIERECHT 2013

K:WER-Jahrbuch



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

 k:wer - Jahrbuch

Herausgegeben von
Prof. Dr. Edmund Brandt

Redaktion:
Prof. Dr. Bernd Günter

Koordinierungsstelle Windenergierecht (K:WER)



Edmund Brandt (Hrsg.)

Jahrbuch Windenergierecht 2013



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8305-2035-1

Editorial

Das Thema Windenergie hat verschiedene Dimensionen, der angemessene Umgang mit ihm erfordert die Einbringung des Know-how einer Reihe von Disziplinen. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht besteht die zentrale Aufgabe darin, auf der Makro- wie auf der Mikroebene zur Klärung der zahlreichen Fragen beizutragen, die normative Bezüge aufweisen. Die Summe der in diesem Zusammenhang gewonnenen Erkenntnisse bildet das Windenergierecht. Seine Konturierung ergibt sich derzeit ganz überwiegend nicht aus einer rechtsdogmatischen Durchdringung – eine solche ist allenfalls in Teilbereichen erkennbar –, sondern daraus, dass der Gegenstand – die Windenergie – zwar außerordentlich facettenreich immer neue Ausprägungen hervorbringt, als solcher aber doch bereits über klar erkennbare Ränder verfügt.

Auf dem so abgesteckten Terrain bewegt sich das Jahrbuch Windenergierecht. Jeweils im ersten Quartal erscheinend wird mit ihm eine Reihe von Zielen verfolgt:

- Es soll als Plattform für Fachbeiträge – vornehmlich mit rechtswissenschaftlichem Zuschnitt – dienen.
- In ihm sollen aktuelle rechtliche und rechtspolitische Entwicklungen auf dem Gebiet der Windenergie dargestellt und kommentiert werden.
- In Auseinandersetzung mit zentralen Rechtsfiguren soll nach und nach das Rechtsgebiet mit Haltepunkten versehen werden, die Weiterentwicklungen ermöglichen.
- Im Recht der Erneuerbaren Energien stellt das Windenergierecht eine wichtige Ausprägung dar, aber eben doch nur eine Ausprägung. Deshalb sind Querverbindungen zu anderen Ausprägungen zu beleuchten, Besonderheiten, aber auch Gemeinsamkeiten herauszuarbeiten.

Die im Jahrbuch 2013 versammelten Fachbeiträge setzen vornehmlich dort an, wo der unmittelbar bestehende Klärungsbedarf besonders groß ist: Auf der Planungsebene betrifft das vor allem die Regionalplanung, dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS (GEßNER, WERNER/WÜRFEL). Auf der Genehmigungsebene steht nach wie vor die höchst kontrovers diskutierte Rechtsfigur der Naturschutzfachlichen Einschätzungsprerogative (BRANDT). Zivilrechtliche Fragestellungen kommen in der Literatur bislang deutlich zu kurz. Mit dem Beitrag von BRÜNING-WILDHAGEN zu den Gewährleistungsregeln in Kaufverträgen von Windenergieanlagen wird dem entgegengewirkt. Wie weit entfernt von Rechtsfrieden und -klarheit man sich im Windenergierecht bewegt, zeigt die stetig ansteigende Flut von Gerichtsentscheidungen. Umso wichtiger ist es, die zentralen Entwicklungslinien herauszuarbeiten und zu benennen (WILLMANN).

Abgerundet wird das Jahrbuch durch eine Skizzierung der Rolle der Koordinierungsstelle Windenergierecht im und aus dem Kontext der rechtlichen Rahmenbedingungen (BRANDT) sowie durch eine Dokumentation mit Informationen insbesondere zu (rechts-)politischen Entwicklungen, Gerichtsentscheidungen und Literatur (GÜNTER).

Inhalt

Janko Geßner

Die regionalplanerische Steuerung von Windenergieanlagen 9

Kathrin Werner/Wolfgang Würfel

Die Prüfungstiefe für den Artenschutz in der Konzentrationsflächenplanung für Windkraftanlagen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB 31

Edmund Brandt

Die Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative im Kontext der Genehmigung von Windenergieanlagen 45

Ursel Brüning-Wildhagen

Gewährleistungsregeln in Kaufverträgen von Windenergieanlagen 61

Sebastian Willmann

Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Windenergierecht im Jahre 2013 79

Edmund Brandt

Anforderungen an das Windenergierecht und die Rolle der Koordinierungsstelle Windenergierecht 121

Bernd Günter

Dokumentation Windenergierecht 2013 133

Autorenverzeichnis 241

Abkürzungsverzeichnis 243

Janko Geßner

Die regionalplanerische Steuerung von Windenergieanlagen

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	13
B.	Konzentrationsflächenplanung	13
I.	Schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept	14
II.	Regionalplanerische Letztentscheidung	15
III.	Anforderungen an die Abwägung	15
C.	Rechtsschutz Privater gegen Regionalpläne	17
D.	Gestuftes Vorgehen in der Abwägung	18
I.	1. Stufe: Harte und weiche Tabuzonen	18
II.	2. Stufe: Potenzialflächenanalyse und -abwägung	20
III.	3. Stufe: „Gegencheck“	21
IV.	Landesplanerische Abstandsempfehlungen.	23
V.	Fehlerbehandlung	23
E.	Einzelne Kriterien, oder wann ist „hart“ „hart“ und wann ist „hart“ „weich“?	24
I.	Abstände zu Siedlungsbereichen.	25
II.	FFH-Gebiete bzw. Landschaftsschutzgebiete	26
III.	Weitere Beispiele.	26
IV.	Empfehlungen	27
F.	Fazit	28
	Literaturverzeichnis	29

A. Einleitung

Windenergieanlagen beschäftigen häufig die Gerichte. Mal wehren sich Anwohner gegen Anlagen in der Nachbarschaft, mal Landwirte gegen die Nutzungsentziehung ihrer Flächen¹ – und häufig auch die Investoren selbst: Geklagt wird dabei nicht nur gegen die Versagung von Genehmigungen, etwa aus artenschutzrechtlichen Gründen, sondern vor allem gegen überörtliche Planungen zur Steuerung von Windenergieanlagen. In der Regel werden für diese überörtliche Planung Regionalpläne verwendet, in denen die Gebiete festgelegt werden, innerhalb derer die Windenergieanlagen zulässig sind. Außerhalb dieser Gebiete sind sie in der Regel ausgeschlossen. Es liegt auf der Hand, dass Projektierer, deren Standorte nicht berücksichtigt wurden, dagegen auch gerichtlich angehen.

Die Anforderungen der Rechtsprechung an die regionalplanerische Steuerung haben sich in den letzten Jahren deutlich erhöht und nötigen zu gewisser Anteilnahme mit den handelnden Regionalplanern. Ob und wie diese Herausforderungen praktisch zu beherrschen sind, scheint oft unklar zu sein. Wenn das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT es für nötig hält, Plangeber mit dem Hinweis zu beruhigen, ihnen werde nichts „Unmögliches abverlangt“, sondern nur gefordert, was sie „angemessenerweise“ leisten könnten², scheint fast gewisse Sorge angebracht. Die Unsicherheit zeigt sich dabei nicht so sehr im grundsätzlichen Herangehen an die Windenergieplanung; hier dürfte nach den letzten Entscheidungen des BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS aus 2012 und 2013 mittlerweile überwiegend Klarheit bei den Planern herrschen. Vielmehr steckt, wie so oft, der Teufel im Detail oder, anders gesagt, hat sich die Planungspraxis auch an den Maßgaben der Rechtsprechung des jeweiligen Oberverwaltungsgerichtes auszurichten, die von Bundesland zu Bundesland durchaus unterschiedlich ist.

B. Konzentrationsflächenplanung

Windenergieanlagen sind bekanntlich „privilegierte Vorhaben“ im Außenbereich, § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber der Errichtung solcher Anlagen in der Landschaft ein erhöhtes öffentliches Gewicht zugemessen hat. Anders als etwa Wohngebäude, die im Außenbereich grundsätzlich unzulässig sind, sollen Windenergieanlagen naturgemäß gerade dort errichtet werden. Freilich hat der Gesetzgeber Windenergieanlagen im Außenbereich unter einen sogenannten „Planungsvorbehalt“ gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gestellt. Der Bau von Windenergieanlagen kann danach u. a. mit überörtlichen Raumordnungsplänen, in der Regel sogenannte Regionalpläne nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 Raumordnungsgesetz (ROG), durch die Ausweisung sogenannter Konzentrationszonen gesteuert werden. Macht ein Regionaler Planungsverband von dieser Steuerungsmöglichkeit Gebrauch, hat er allerdings die gesetzge-

1 BGH, Beschl. v. 15.05.2011 – BLw 12/10, juris.

2 BVERWG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris, Rn. 14.

berische Entscheidung, Windenergieanlagen zu privilegieren, zu beachten. Dies bedeutet vor allem, dass er der Windenergienutzung substanziell Gewicht verschaffen muss.

Mittel zur Steuerung sind Vorranggebiete und/oder Eignungsgebiete nach § 8 Abs. 7 Nr. 1 und 3 ROG. Auch insoweit bestehen Unterschiede in den Ländern. Während in einigen Bundesländern, z. B. Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern oder Brandenburg, Eignungsgebiete für die Windenergienutzung festgesetzt werden, setzen andere Bundesländer, z. B. Thüringen, Sachsen oder Sachsen-Anhalt, auf Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten. Der Grund dafür scheint vor allem darin zu liegen, dass in der Rechtsprechung „bloßen“ Eignungsgebieten teilweise die Zielqualität nach innen abgesprochen und sie in ihrer innergebietlichen Wirkung Grundsätzen der Raumordnung gleichgesetzt wurden.³ Eignungsgebiete werden dort mit Vorranggebieten kombiniert, um sowohl die verbindliche Wirkung nach außen durch Ausschluss im übrigen Planungsraum, als auch die verbindliche Wirkung nach innen durch die Festlegung als vorrangige Raumnutzung zu erreichen. Nach anderer Auffassung enthalten auch Eignungsgebiete die erforderliche regionalplanerische „Letztentscheidung“ bzw. „Letztabwägung“, wie sie § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG für ein Ziel der Raumordnung verlangt.⁴ Seit Kurzem wird zum Teil auf eine Steuerung durch Ausschlusswirkung gänzlich verzichtet, sondern man beschränkt sich auf eine Festlegung von Vorranggebieten, z. B. in Baden-Württemberg⁵ bzw. im Saarland.⁶

Für die Ausweisung von Konzentrationszonen für Windenergie mit Ausschluss der Anlagen an anderer Stelle in einem Regionalplan gelten dabei folgende Maßstäbe:

I. Schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept

Aufgrund der strikten Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfordert die Ausweisung von Konzentrationszonen für die Windkraftnutzung eine flächendeckende Überprüfung des gesamten Planungsgebietes und eine sachgerechte und fehlerfreie Abwägung bei der Festlegung von Konzentrationszonen sowie der Flächen, die für Windnutzung nicht in Betracht kommen. Dem Plan muss hierzu ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept zugrunde liegen, das den allgemeinen Anforderungen des planungsrechtlichen Abwägungsgebots gerecht wird.⁷ Die planerische Entscheidung muss Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen

3 OVG MAGDEBURG, Urt. v. 12.12.2002 – 2 L 456/00, juris, Rn. 69; Urt. v. 11.11.2004 – 2 K 144/01, juris, Rn. 56.

4 OVG MÜNSTER, Urt. v. 28.01.2005 – 7 D 35/03.NE, juris, Rn. 123; OVG BERLIN-BRANDENBURG, Urt. v. 27.03.2007 – OVG 10 A 3.05, n. v., S. 46 f. EA.

5 Vgl. § 11 Abs. 7 S. 1 HS 2 Landesplanungsgesetz Baden-Württemberg: „Der Regionalplan kann die Festlegungen nach ... in der Form von Vorranggebieten, Vorbehaltsgebieten sowie Ausschlussgebieten treffen; abweichend hiervon können Standorte für regional bedeutsame Windkraftanlagen ... nur als Vorranggebiete festgelegt werden.“

6 Vgl. kritisch dazu SPANNOWSKY, ZfBR 2012, 53; KRAPPEL/FREIHERR, ZfBR 2012, 65.

7 Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BVERWG, Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 3/02, juris, Rn. 19; OVG BERLIN-BRANDENBURG, Urt. v. 14.09.2010 – OVG 2 A 4.10, juris, Rn. 27; OVG LÜNE-

die positive Standortzuweisung getragen wird und deutlich machen, welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten.⁸

II. Regionalplanerische Letztentscheidung

Bedingung für die Rechtmäßigkeit der Planung ist zudem, dass sich die von der Ausschlusswirkung erfassten Windenergieanlagen innerhalb der Konzentrationszonen auch tatsächlich durchsetzen können. Als Raumordnungsziel muss es sich um eine vom Träger der Regionalplanung abschließend abgewogene textliche oder zeichnerische Festlegung handeln, § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG. Das Merkmal der abschließenden Abwägung und der damit einhergehende Letztentscheidungscharakter sind kennzeichnend für Raumordnungsziele.⁹ Bei der Festlegung der Konzentrationszonen für Windenergienutzung handelt es sich um eine regionalplanerische „Letztentscheidung“, die auf einem Ausgleich der Konflikte und auf einer Abwägung regionalplanerischer Gesichtspunkte beruht und Lösungen bietet, die auf regionalplanerischer Ebene keiner Ergänzung mehr bedürfen, auf der nachgeordneten Ebene der Bauleitplanung jedoch grundsätzlich – je nach dem jeweiligen Konkretisierungsgrad der Zielaussage – noch einer Verfeinerung und Ausdifferenzierung zugänglich sind.¹⁰ Dies bedeutet praktisch, dass „Öffnungsklauseln“ bzw. Vorbehaltsklauseln, wonach die Festsetzung der Vorrang- bzw. Eigenschaftsgebiete unter bestimmten Voraussetzungen erfolge, oder der Verweis auf eine Konkretisierung durch die nachfolgende Bauleitplanung, unzulässig sind. Wer Windenergieanlagen steuern möchte, muss sich daher auch abschließend festlegen.

III. Anforderungen an die Abwägung

Die rechtlichen Anforderungen an eine sachgerechte Abwägung sind in § 7 Abs. 2 ROG geregelt. Nach dieser Vorschrift sind bei der Aufstellung der Raumordnungspläne die öffentlichen und auch die privaten Belange, soweit sie in der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen. Diese gesetzlichen Anforderungen hat die bundes- und oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung weiter konkretisiert.

BURG, Urt. v. 31.03.2011 – 12 KN 187/08, juris, Rn. 17; OVG BAUTZEN, Urt. v. 19.07.2012 – 1 C 40/11, juris, Rn. 43; LAU, LKV 2012, 163; ROJAHN, NVwZ 2011, 654, 658 f.; SYDOW, NVwZ 2010, 1534, 1535 f., jeweils m. w. N.

8 VGH KASSEL, Urt. v. 17.06.2009 – 6 A 630/08, juris, Rn. 68; OVG BERLIN-BRANDENBURG, Urt. v. 24.02.2011 – OVG 2 A 2.09, juris, Rn. 40; OVG LÜNEBURG, Urt. v. 17.10.2013 – 12 KN 277/11, juris, Rn. 63.

9 KOCH/HENDLER, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, § 3 Rn. 15 m. w. N.

10 VGH KASSEL, Urt. v. 10.05.2012, DVBl. 2012, 981; OVG LÜNEBURG, Urt. v. 31.03.2011 – 12 KN 187/08, juris, Rn. 17; OVG BERLIN-BRANDENBURG, Urt. v. 27.03.2007 – OVG 10 A 3.05 –, a. a. O., S. 46 EA.

Angeknüpft wird zunächst an die bekannte Abwägungsformel. Danach ist das Abwägungsgebot (erst) dann verletzt, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattfindet, wenn in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss, wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt wird oder wenn der Ausgleich zwischen den durch die Planung berührten Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht.¹¹ Eine fehlerfreie Abwägung setzt hierbei voraus, dass die tatsächlichen Annahmen betreffend die eingestellten Belange zutreffend sind, die gewürdigten Belange sachgerecht und die der Nutzung der Flächen zur Windenergiegewinnung entgegengehaltenen Belange von einem solchen Gewicht sind, dass ihr Vorzug gegenüber dem Interesse an der Windkraftnutzung nicht außer Verhältnis steht.¹² Werden hierbei bestimmte Standorte von vornherein ausgeschlossen, obwohl sie geeignet sind, handelt es sich bereits im Ansatz um ein relevantes Abwägungsdefizit.¹³

Auch bei der Regionalplanung muss bei der Festsetzung von Konzentrationszonen den schutzwürdigen privaten Belangen derjenigen, die ein nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiertes Außenbereichsvorhaben verwirklichen wollen, sei es, dass sie etwa hierfür ihr Grundstück zur Verfügung stellen, sei es, dass sie Grundstücke Dritter mit Windenergieanlagen bebauen wollen, Rechnung getragen werden. Denn die mit der Festlegung von Konzentrationsflächen verbundene Kontingentierung der Anlagenstandorte berührt die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie. Zwar schützt Art. 14 Abs. 1 GG nicht die einträglichste Nutzung des Eigentums und muss es ein Eigentümer grundsätzlich hinnehmen, dass ihm eine möglicherweise rentablere Nutzung seines Grundstücks verwehrt wird. Bei der Kontingentierung der Anlagenstandorte durch die Festsetzung von Konzentrationszonen handelt es sich aber um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), bei der insbesondere auch das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) zu beachten ist.¹⁴

Daher sind die Interessen von Grundstückseigentümern und Vorhabenträgern, die vom Grundeigentümer mit Nutzungsrechten versehen wurden und ein besonderes Interesse an der Errichtung von WEA deutlich machen, im Rahmen der Abwägung in einem höheren Maße zu berücksichtigen, als dies üblicherweise im Rahmen der Raumordnungsplanung in Betracht kommt. Die ordnungsgemäße Abwägung der privaten Belange erhält nämlich dadurch besonderes Gewicht, dass die Ziele der Raumordnung durch die vom Gesetzgeber in § 35 Abs. 3 S. 3 getroffene Regelung den privaten Grundstückseigentümer unmittelbar binden, er seine privaten Belange also in keinem der Raumordnung nachfolgenden Planungsschritt mehr in

11 Vgl. OVG BERLIN-BRANDENBURG, Urt. v. 14.09.2010 – OVG 2 A 4.10, juris, Rn. 26 f.; v. 21.09.2007 – OVG 10 A 9.05, juris, Rn. 42 sowie v. 24.02.2011, – OVG 2 A 2.09, juris, Rn. 44 zum vergleichbaren Maßstab bei der Ausweisung von Teilflächennutzungsplänen; siehe auch OVG LÜNEBURG, Urt. v. 28.01.2010 – 12 KN 65/07, juris, 36; SÖFKER, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 1 Rn. 185.

12 OVG BAUTZEN, Urt. v. 07.04.2005, SächsVBI 2005, 225 ff.

13 OVG MAGDEBURG, Urt. v. 11.11.2004 – 2 K 144/01, juris, Ls. 5 und Rn. 61; OVG WEIMAR, Urt. v. 19.03.2008 – 1 KO 304/06, juris, Rn. 94.

14 OVG BERLIN-BRANDENBURG, Urt. v. 24.02.2011 – OVG 2 A 2.09, juris, Rn. 48, zur vergleichbaren Konstellation bei einer Flächennutzungsplanung.

eine Abwägung einbringen kann. Macht die Raumordnungsplanung von der positiven Standortzuweisung bei gleichzeitiger Ausschlusswirkung für die übrigen Flächen Gebrauch, so dienen entsprechende Zielfestlegungen nicht mehr nur der Steuerung nachfolgender Planungen, sondern erlangen über § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB unmittelbare Außenwirkungen.¹⁵ Daher muss bei der erforderlichen Abwägung zwischen dem beabsichtigten Vorhaben und den von ihm betroffenen öffentlichen Belangen das gesteigerte Durchsetzungsvermögen des privaten Interesses mit dem erheblichen Gewicht eingestellt werden, das ihm nach der in der Privilegierung zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Wertung gebührt. Freilich muss dies nicht in jedem Fall gesondert geschehen, sondern kann das Nutzungsinteresse typisierend und verallgemeinernd, wenn auch mit entsprechendem Gewicht, eingestellt werden.¹⁶

C. Rechtsschutz Privater gegen Regionalpläne

Regionalpläne sind, soweit in ihnen Ziele der Raumordnung zur Steuerung der Windenergie enthalten sind, in materiell-rechtlicher Hinsicht als Rechtsvorschriften zu qualifizieren. Sie sind damit auch in Bezug auf die formulierten Ziele zur Windenergienutzung in Form der Ausweisung von Vorrang- bzw. Eignungsgebieten und dem Ausschluss von Windenergie außerhalb dieser Gebiete als Rechtsvorschrift im Range unter dem Landesgesetz i. S. v. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO einzustufen. Die Regionalpläne enthalten damit abstrakt generelle Regelungen in Gestalt planerischer Zielvorgaben, die wegen der damit verbundenen Beachtens- und Anpassungspflicht die öffentlichen Planungsträger binden und sich im Einzelfall über Raumordnungsklauseln, wie sie in § 35 Abs. 3 Sätze 3 und 4 BauGB enthalten sind, auch auf das Verhältnis zwischen Bürger und öffentlicher Hand auswirken.¹⁷

Dies gilt auch dann, wenn der betreffende Plan nicht als Satzung oder als Rechtsvorschrift beschlossen wurde. Er ist in diesem Fall als eine hoheitliche Äußerung eigener Art zu verstehen, gegen den der Rechtsschutz in Form des Normenkontrollantrags eröffnet ist. Unschädlich ist, wenn der Gesetzgeber keine bestimmte Rechtsform für den Regionalplan vorsieht. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob die Zielfestlegungen im Regionalplan durch abstrakt-generelle Regelungen einen Außenwirkungsanspruch entfalten.¹⁸

In der Rechtsprechung ist daher seit Längerem geklärt, dass sich aus dem raumordnungsrechtlichen Abwägungsgebot eine Antragsbefugnis Privater, wie etwa von Windkraftprojektierern, nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO ergeben kann und hierfür im Grundsatz dieselben

15 OVG KOBLENZ, Urt. v. 20.02.2003 – 1 A 11406/01, juris, Rn. 32.

16 BVERWG, Urt. v. 17.12.2002, BVerwGE 117, 287, 292; Beschl. v. 06.10.1992, BauR 1993, 56; GELZER/BRACHER/REIDT, Bauplanungsrecht, Rn. 584, 609.

17 Vgl. VGH MÜNCHEN, Urt. v. 12.09.1990, NVwZ-RR 1991, 332; vgl. auch BVERWG, Urt. v. 25.11.1993, NVwZ 1994, 1213.

18 Vgl. BVERWG, Urt. v. 20.11.2003 – 4 CN 6/03, juris, Rn. 26 f.; BVERWG, Urt. v. 20.11.2003 – 4 CN 5/03, juris; PEINE, Öffentliches Baurecht, Rn. 286, 289.

Anforderungen gelten wie etwa im Falle eines Normenkontrollantrags gegen einen Bebauungsplan¹⁹. Mithin muss der Antragsteller hinreichend substanziiert Tatsachen vortragen, die es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass er durch bestimmte Regelungen des raumordnungsrechtlichen Plans oder deren Anwendung in seinem Recht auf ordnungsgemäße Abwägung seiner Belange verletzt wird. Das wiederum setzt voraus, dass er einen eigenen Belang als verletzt benennt, der für die Abwägung überhaupt zu beachten war. Für die Antragsbefugnis reicht es hierbei nach gefestigter Rechtsprechung aus, wenn der Antragsteller die ernsthafte Absicht darlegt, aufgrund bereits eingegangener privatrechtlicher Verträge zu Grundstückseigentümern in dem von der Zielfestlegung (Ausschlusswirkung) betroffenen Gebiet eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Windenergieanlagen beantragen zu wollen.²⁰

D. Gestuftes Vorgehen in der Abwägung

Allerdings ist bei der Festsetzung von Konzentrationsflächen mit Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Prüfungsmaßstab für Abwägungsentscheidungen zu ergänzen, weil für die Errichtung von Windenergieanlagen im Plangebiet in „substanziieller Weise“ Raum verbleiben muss; die negative und die positive Komponente der festgelegten Konzentrationszonen bedingen einander.²¹ Für die Konzentrationsflächenplanung von Windenergieanlagen ergibt sich deswegen nach der gefestigten Rechtsprechung des BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS eine gestufte Prüfungsabfolge, die vom Plangeber zwingend einzuhalten ist.²²

I. 1. Stufe: Harte und weiche Tabuzonen

Zunächst hat der Plangeber „harte“ und „weiche“ Tabuzonen zu ermitteln, die sich aus rechtlichen, tatsächlichen, aber auch aus planerischen (insbesondere regionalplanerischen bzw. städtebaulichen) Gründen nicht für eine Windenergienutzung eignen.

19 Vgl. BVERWG, Beschl. v. 13.11.2006 – 4 BN 18/06, juris, Rn. 6; OVG KOBLENZ, Urt. v. 17.03.2011 – 4 C 883/10.NE, juris, Rn. 26.

20 Vgl. OVG BAUTZEN, Urt.v. 01.07.2011 – 1 C 25/08, juris, Rn. 31; OVG LÜNEBURG, Urt. v. 31.03.2011 – KN 187/08, juris, Rn. 13; OVG KOBLENZ, Urt. v. 16.05.2013 – 1 C 11003/12, juris, Rn. 22 f.

21 BVERWG, Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 3/02, juris, Rn. 20; VGH MANNHEIM, Urt. v. 09.06.2005 – 3 S 1545/04, juris, Rn. 46.

22 BVERWG, Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 3/02, juris, Rn. 20; Beschl. v. 15.09.2009 – 4 BN 25/09, juris, Rn. 8; Beschl. v. 18.01.2011 – 7 B 19.10, juris, Rn. 35; Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11; juris, Rn. 10, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 5; vgl. auch OVG BERLIN-BRANDENBURG, Urt. v. 24.02.2011 – OVG 2 A 2.09, juris, Rn. 43; OVG LÜNEBURG, Urt. v. 28.08.2013 – 12 KN 146/12, juris, Rn. 26.

Der Begriff der „harten“ Tabuzone dient dabei der Kennzeichnung von Teilen des Planungsraums, die für die Windenergienutzung, aus welchen Gründen auch immer, nicht in Betracht kommen, mithin für die Windenergienutzung „schlechthin“ ungeeignet sind.²³ Es handelt sich um Flächen, deren Bereitstellung für die Windenergienutzung am Grundsatz des Planerfordernis (für die Bauleitplanung in § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB geregelt) scheitert.²⁴ Ein Plan ist danach nicht erforderlich, wenn seiner Verwirklichung auf unabsehbare Zeit rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Wege stehen²⁵. Harte Tabuflächen sind daher einer Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Belangen (§ 1 Abs. 7 BauGB) entzogen. Regionalpläne, die der Windenergienutzung Flächen zuweisen, die von vornherein nicht für eine solche genutzt werden können, erweisen sich nämlich als nicht vollzugsfähig und damit als nicht erforderlich.

„Weiche“ Tabuzonen sind Gebietsteile, in denen nach dem Willen des Planungsträgers aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen „von vornherein“ ausgeschlossen werden „soll“.²⁶ Zwar dürfen, besser gesagt müssen 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. Sie bilden jedoch keine eigenständige Kategorie im System der Planung, sondern sind der Ebene der Abwägung zuzuordnen. Weiche Tabuzonen sind also disponibel, regionalplanerische Gesichtspunkte hier nicht von vornherein vorrangig.

Der Plangeber hat daher seine Entscheidung für weiche Tabuzonen zu 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 scheitert 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.²⁷

Der Plangeber muss zudem die weichen Tabuzonen einer erneuten Betrachtung und Bewertung unterziehen, wenn er als Ergebnis seiner Untersuchung erkennt, dass er für die Windenergienutzung nicht substantziell Raum schafft.²⁸

Diese Unterscheidung in harte und weiche Tabuzonen darf nicht unterschätzt werden. Eine solche Aufschlüsselung ist bundesrechtlich zwingend. Zur Begründung verweist die Rechtsprechung darauf, dass die beiden Arten der Tabuzonen nicht demselben rechtlichen

23 BVERWG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2/12, juris, Rn. 5; Beschl. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, juris, Rn. 10; OVG GREIFSWALD, Urt. v. 03.04.2013 – 4 K 24/11, juris, Rn. 74.

24 BVERWG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2/12, juris, Rn. 6; OVG MÜNSTER, Urt. v. 01.07.2013 – 2 D 46/12.NE, juris, Rn. 36.

25 BVERWG, Urt. v. 18.03.2004 – 4 CN 4.03; BVerwGE 120, 239 <240 f.>.

26 OVG GREIFSWALD, Urt. v. 03.04.2013 – 4 K 24/11, juris, Rn. 72.

27 BVERWG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris, Rn. 13.

28 BVERWG, Urt. v. 24.01.2008 – 4 CN 2.07 – NVwZ 2008, 559 <560>; Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris, Rn. 12.

Regime unterliegen. Während harte Tabuzonen einer Abwägung entzogen sind, nehmen weiche Tabuzonen gerade an ihr teil.²⁹ Unterscheidet der Plangeber daher nicht zwischen harten und weichen Tabuzonen, sondern fasst sie als Bereiche zusammen, die für eine Windenergienutzung aus tatsächlichen, rechtlichen oder planerischen Gründen ausscheiden, erweist sich die Abwägung als fehlerhaft.³⁰

Zwar muss der Plangeber die Begriffe „harte und weiche Tabuzonen“ nicht wörtlich verwenden; maßgeblich sind weder die gewählte Form der Ausarbeitung des Planungskonzepts noch die dabei verwendeten Begriffe. Entscheidend ist vielmehr, ob der Plangeber der Sache nach zwischen beiden unterschiedlichen Flächentypen unterschieden hat.³¹ Andererseits wird in der Rechtsprechung betont, die Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen sei „zwingend“ und „alternativlos“³². Die Empfehlung für jeden befassten Planer liegt daher nahe, auch durch die wörtliche Verwendung der Begriffe „harte und weiche Tabuzonen“ zu dokumentieren, dass er die gestufte Prüfungsreihenfolge bei der Aufstellung seines Plans nicht nur verstanden, sondern auch angewendet hat.

Freilich: Nicht auf den Aufstellungsvorgang als solchen kommt es an, sondern die Differenzierung zwischen den Tabubereichen im Abwägungsvorgang hat sich in der „letzten“ Abwägungsentscheidung zu zeigen. Dieser Abwägungsvorgang darf daher nicht verwechselt werden mit dem Planaufstellungsvorgang. Der Planaufstellungsvorgang mit seinen verschiedenen Stadien der Öffentlichkeitsbeteiligung bzw. Beteiligung Träger öffentlicher Belange dient der Ermittlung bzw. Zusammenstellung des Abwägungsmaterials. Das gestufte Plankonzept – oder mit der Planungspraxis gesagt: der sogenannte Kriterienkatalog – muss daher nicht bereits zu Beginn dieses Vorgangs in Stein gemeißelt sein, sondern kann Veränderungen erfahren. Im eigentlichen Abwägungsvorgang muss dann zwischen harten und weichen Tabuzonen unterschieden und dies entsprechend dokumentiert werden.

II. 2. Stufe: Potenzialflächenanalyse und -abwägung

Auf den nach Abzug der „harten“ und „weichen“ Tabuzonen verbleibenden Potenzialflächen, die für die Festsetzung von Konzentrationsflächen in Betracht kommen, hat der Plangeber konkurrierende Nutzungen zur Windenergienutzung in Beziehung zu setzen, d. h. öffentliche Belange, die gegen eine Windenergienutzung sprechen, 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.³³

29 BVERWG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2/12, juris, Rn. 6.

30 BVERWG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2/12, juris, Rn. 7 ff.

31 OVG GREIFSWALD, Urt. v. 03.04.2013 – 4 K 24/11, juris, Rn. 81; OVG KOBLENZ, Urt. v. 16.05.2013 – 1 C 11003/12, juris, Rn. 32; OVG LÜNEBURG, Urt. v. 28.08.2013 – 12 KN 146/12, juris, Rn. 27.

32 OVG BERLIN-BRANDENBURG, Urt. v. 24.02.2011 – OVG 2 A 2.09, juris, Rn. 47.

33 BVERWG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2/12, juris, Rn. 5.

In der Planungspraxis werden hierzu sogenannte Restriktionskriterien verwandt. Diese Kriterien sprechen zwar grundsätzlich gegen die Festlegung einer Konzentrationszone für Windenergieanlagen. Im Einzelfall können die die Windenergie begünstigenden Belange jedoch überwiegen. Innerhalb der Restriktionsgebiete kann und muss damit eine Einzelfallabwägung erfolgen. So können örtliche Aspekte in besonderer Weise berücksichtigt werden. Dazu gehört etwa die Vorbelastung durch vorhandene Windenergieanlagen oder die Umfassung von Ortschaften bei mehreren räumlich benachbarten Konzentrationszonen.³⁴

Die Schwierigkeit bei den oft größeren Planungsräumen liegt darin, dass auf dieser Stufe tatsächlich eine flächenbezogene Einzelfallabwägung stattzufinden hat, die gleichermaßen zu dokumentieren ist. Restriktionskriterium bedeutet Einzelfallabwägung. Daran scheint es, prüft man Abwägungskataloge, in einigen Fällen zu fehlen.

III. 3. Stufe: „Gegencheck“

Bei dem beschriebenen Vorgehen ist der Plangeber allerdings nicht verpflichtet, der Windenergie „bestmöglich“ Rechnung zu tragen; er muss jedoch der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers Rechnung tragen. In einem weiteren Schritt hat der Planungsträger daher zu überprüfen, ob für die Windenergienutzung in substantieller Weise Raum geschaffen wurde. Erforderlichenfalls muss er sein Auswahlkonzept überprüfen und ändern.³⁵

Diese vom BUNDESVERWALTUNGSGERICHT scheinbar klar definierte Anforderung erweist sich in der Planungspraxis als echte Herausforderung. Wann der Plangeber nämlich substantiell Gewicht verschafft hat, bleibt offen. Zwar führt das Gericht in seiner Entscheidung vom 13.12.2012 aus, zu dieser an sich nicht entscheidungserheblichen Frage „im Interesse der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit der Rechtsprechung“ gleichwohl Stellung nehmen zu wollen.³⁶ Ob die Entscheidung dem suchenden Rechtsanwender allerdings weiterhilft?

Der erkennende Senat verweist zunächst darauf, dass das vor allem vom OVG BERLIN-BRANDENBURG für maßgeblich erklärte Modell keine „Exklusivität“ besitze. Nach diesem Modell ist die Frage, ob der Plan ein hinreichendes Flächenpotenzial für die Windenergienutzung gewährleistet, letztlich vom Verhältnis zwischen der Größe der im Plan dargestellten Konzentrationsflächen und der Größe derjenigen Potenzialflächen abhängig, die sich nach Abzug der harten Tabuzonen, d. h. derjenigen Flächen ergeben, auf denen die Windenergienutzung tatsächlich oder rechtlich ausgeschlossen ist.³⁷ Freilich bleibt auch das Oberverwaltungsgericht die Antwort „schuldig“, welches konkrete Verhältnis die Größe der Konzentrationsflächen im Vergleich zu den nach Abzug der harten Tabuzonen verbleibenden Potenzialflächen

34 Siehe dazu das Gutachten „Umfassung von Ortschaften durch Windenergieanlagen“ für das Ministerium für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung Mecklenburg-Vorpommern, an dem der Verfasser mitgewirkt hat.

35 BVERWG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2/12, juris, Rn. 5.

36 BVERWG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris, Rn. 18.

37 OVG BERLIN-BRANDENBURG, Urt. v. 24.02.2011 – OVG 2 A 2.09, juris, Rn. 60; GATZ, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009 S. 737 ff.

erreichen muss. Eine solche Quote lässt sich nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichtes nicht abstrakt bestimmen, auch wenn ihre Kenntnis – so das Gericht – für eine willkürfreie und nachvollziehbare Entscheidung des Plangebers, ob er substanziell Gewicht verschafft hat, unerlässlich sei. Was nützt einem jedoch die Kenntnis der konkreten Quote, wenn man nicht weiß, welche Schlüsse daraus zu ziehen sind – die Frage stellt sich. In der Fachliteratur wird daher erwogen, dass ein substanzielles Gewicht nur bei einem Verhältnis von mindestens 1/5 erreicht werden dürfte.³⁸ Mindestens 20 % der Potenzialflächen (nach Berücksichtigung der harten Tabuzonen) müsste danach für die Windenergienutzung vorgehalten werden. Dieser Wert scheint in der Planungspraxis mittlerweile auch häufiger angewandt zu werden.

Das BUNDESVERWALTUNGSGERICHT hat allerdings in der zitierten Entscheidung betont, auch andere Modelle für die Bestimmung des substanziellen Gewichtes zu billigen, so sie denn nicht von einem Rechtsirrtum infiziert sind, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder ansonsten für die Beurteilung des Sachverhalts schlechthin ungeeignet sind.³⁹

Tatsächlich lässt sich in der einschlägigen Rechtsprechung für nahezu „jeden Argumentationsansatz“ pro und contra Verhinderungsplanung das Richtige finden. Nur einige Beispiele: So genügen in Niedersachsen Konzentrationsflächenanteile von 0,51 bzw. 0,61 % Anteil am gesamten Planungsgebiet, um ausreichend Gewicht zu verschaffen.⁴⁰ In Sachsen wiederum ist ein Regionalplan, der 0,26 % der Regionsfläche für die Windenergie zur Verfügung stellt, nicht zu beanstanden.⁴¹ In Bayern bekommt ein Plangeber bei einem Plan, bei dem „weniger als 1 % der überplanten Fläche für die Nutzung der Windenergie zur Verfügung steht“, Probleme.⁴² Freilich: Im Jahre 2005 kam man mit 0,15 % noch durch.⁴³

Darüber hinaus gilt, dass bei „geringfügig bemessenen Konzentrationszonen für die Windenergienutzung“ in demselben Maß, in dem sich im Laufe der Planung das Verhältnis zwischen den bei der Anwendung harter Tabubereiche verfügbaren Potenzialflächen und den nach dem Planungskonzept ermittelten Konzentrationsflächen zu deren Ungunsten verschiebt, sich die Planung eine immer kritischere Prüfung ihrer Rechtfertigung gefallen lassen muss. Je geringer der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationsflächen ist, desto gewichtiger müssen daher die gegen die Ausweisung von weiteren Vorranggebieten sprechenden Gesichtspunkte sein.⁴⁴

Auch andere Umstände können Planer berücksichtigen. Das OVG MAGDEBURG hält eine Gesamtbetrachtung für angemessen, wonach der Nutzung der Windenergie in substanzieller Weise Raum verschafft ist, wenn die ausgewiesenen Konzentrationsflächen nach

38 Vgl. GATZ, Windenergielagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Rn. 666.

39 BVERWG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris, Rn. 18.

40 OVG LÜNEBURG, Urt. v. 28.08.2013 – 12 KN 146/12 –, juris, Rn. 40.

41 BVERWG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2/12 –, juris, Rn. 16.

42 VGH MÜNCHEN, Beschl. v. 21.01.2013 – 22 Cs 12.2297 –, juris, Rn. 23.

43 VGH MÜNCHEN, Urt. v. 30.06.2005 – 26 B 01.2833, juris, Rn. 52; nachfolgend BVERWG, Beschl. v. 28.11.2005 – 4 B 66/05; juris, Rn. 3.

44 VG HANNOVER, Urt. v. 24.11.2011 – 4 A 4927/09, juris, Rn. 66.

ihrer Zahl und Größe einen beachtlichen Teil der potenziell für die Windkraftnutzung in Betracht kommenden Fläche ausmachen und mit hinreichender Sicherheit zur Errichtung von Windenergieanlagen führen, die nach ihrer Anzahl und Energiemenge auch mit Blick auf den Bundesdurchschnitt geeignet sind, einen gewichtigen und den allgemein anerkannten energiepolitischen Zielsetzungen nicht offensichtlich widersprechenden Beitrag zur Erhöhung des Anteils regenerativer Energien an der Gesamtenergieerzeugung zu leisten.⁴⁵

All dies zeigt, dass es tatsächlich auf Flächenverhältnisse oder Größenvergleiche nicht ankommt. Gefragt ist eine nachvollziehbare Begründung, bei der der Plangeber zwar gut beraten ist, den Flächenverhältnissen Indizwirkung zuzumessen, allerdings auch andere Umstände, die sein Plangebiet kennzeichnen, heranziehen kann.

IV. Landesplanerische Abstandsempfehlungen

In einigen Bundesländern existieren in Form von Windenergieerlassen oder Handlungsempfehlungen für die Regionalplanung⁴⁶ landesplanerische Abstandsempfehlungen bzw. landeseinheitliche Kriterienkataloge für die Regional- bzw. Bauleitplanung. Die grundsätzliche Orientierung an derartigen landesweit einheitlichen Kriterien zur Festlegung von Konzentrationsräumen für Windenergieanlagen ist sicherlich sinnvoll und in der Rechtsprechung auch nicht beanstandet worden.⁴⁷ Jeder Plangeber ist freilich gut beraten, diese Empfehlungen tatsächlich als Hinweise zu verstehen und nicht als zwingende, nicht mehr zu hinterfragende Vorgabe. Dafür sprechen schon praktische Erwägungen. Die Aufstellung solcher Kriterienkataloge erfordert – nicht anders als der eigentliche Plan – Zeit; sie sind zudem oft Ergebnis politischer Abstimmungsprozesse. Ob sie daher in jedem Fall – gerade in letzter Zeit – den nahezu tagesaktuellen Anforderungen der Rechtsprechung genügen, mag bezweifelt werden. Ihre Anwendung enthebt den Planer nicht jeglicher eigenverantwortlichen Entscheidung⁴⁸, er trägt letztendlich die Verantwortung für den aufzustellenden Plan. Eine differenzierte Nutzung eingeräumter Spielräume und Überprüfung der Abstandsempfehlungen ist daher unerlässlich.

V. Fehlerbehandlung

Fehlt es an der erforderlichen Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen, stellt sich dies als Fehler im Abwägungsvorgang dar. Die Ausarbeitung des Planungskonzepts für die Festlegung von Konzentrationszonen ist auf der Ebene des Abwägungsvorgangs angesie-

45 OVG MAGDEBURG, Urt. v. 14.05.2009 – 2 L 255/06, juris, Rn. 47.

46 Vgl. z. B. Richtlinie zum Zwecke der Neuaufstellung, Änderung und Ergänzung Regionaler Raumentwicklungsprogramme in Mecklenburg-Vorpommern; siehe auch den „Überblick zu den landesplanerischen Abstandsempfehlungen für die Regionalplanung zur Ausweisung von Windenergiegebieten“ (Bund-Länder Initiative Windenergie, Stand Mai 2013).

47 OVG GREIFSWALD, Urt. v. 03.04.2013 – 4 K 24/11, juris, Rn. 82, 88 ff.

48 OVG GREIFSWALD, Urt. v. 03.04.2013 – 4 K 24/11, juris, Rn. 90.

delt.⁴⁹ Die Entscheidung, welche Potenzialflächen nach der Einzelfallabwägung auf der zweiten Stufe als Konzentrationsflächen für die Windenergienutzung ausgewiesen werden, stellt das Abwägungsergebnis dar.

Von Bedeutung ist die Unterscheidung vor allem im Hinblick auf die Planerhaltungsvorschriften nach § 12 ROG. Mängel im Abwägungsvorgang sind nach § 12 Abs. 3 S. 2 ROG nur erheblich, wenn sie offensichtlich und von Einfluss auf das Abwägungsergebnis gewesen sind. Offensichtlich ist ein Mangel, wenn er auf objektiv feststellbaren Umständen beruht und ohne Ausforschung der Entscheidungsträger über deren Planungsvorstellungen für den Rechtsanwender erkennbar ist.⁵⁰ Die fehlende Differenzierung zwischen harten und weichen Tabubereichen wird sich insoweit regelmäßig den Aufstellungsvorgängen entnehmen lassen.

Auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen ist der Mangel, wenn nach den Umständen des jeweiligen Falles die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne ihn die Planung anders ausgefallen, d. h. mehr oder größere Konzentrationsflächen für die Windenergienutzung ausgewiesen worden wären.⁵¹

Zudem muss ein hiernach beachtlicher Mangel innerhalb eines Jahres seit Bekanntmachung des Raumordnungsplans beim Plangeber gerügt werden, § 12 Abs. 5 ROG. Dies verlangt eine substantiierte und konkretisierte Rüge; ein pauschaler Vortrag reicht nicht.⁵² Erfolgt die Rüge nicht, kann bereits daran der Normenkontrollantrag scheitern.⁵³

E. Einzelne Kriterien, oder wann ist „hart“ „hart“ und wann ist „hart“ „weich“?

Auf die beruhigenden Worte des BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS an die Plangeber, ihnen werde mit der Differenzierung zwischen harten und weichen Tabubereichen nichts „Unmögliches abverlangt“, wurde bereits hingewiesen. Auch dem OVG BERLIN-BRANDENBURG war anscheinend nicht ganz wohl bei seiner Urteilsfindung. So teilte es zwar die Befürchtung der betroffenen planaufstellenden Gemeinde, dass die Ermittlung und Quantifizierung der harten Tabubereiche unmöglich sei, nicht, sah aber dennoch Anlass für gewisses Mitgefühl: Der Senat verkenne nicht, dass die Abgrenzung zwischen harten und weichen Ta-

49 BVERWG, Beschl. v. 15.09.2009 – 4 BN 25.09, juris, Rn. 8; OVG LÜNEBURG, Urt. v. 17.06.2013 – 12 KN 80/12, juris, Rn. 34.

50 BVERWG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2/12, juris, Rn. 9; BVERWG, Urt. v. 21.08.1981 – 4 C 57.80; BVerwGE 64, 33 <38>.

51 BVERWG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2/12, juris, Rn. 9; strenger insoweit: OVG LÜNEBURG, Urt. v. 17.06.2013 – 12 KN 80/12, juris, Rn. 42: konkrete Möglichkeit reicht nicht, sondern Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit müssen überschritten sein.

52 OVG LÜNEBURG, Urt. v. 17.06.2013 – 12 KN 80/12, juris, Rn. 35.

53 OVG LÜNEBURG, Urt. v. 17.06.2013 – 12 KN 80/12, juris, Rn. 35.