



---

**REGIONALER PLANUNGSVERBAND  
WESTMECKLENBURG**

**Prüfung des rechtssicheren Umgangs mit gemeindlichen  
Planungen und der Eröffnung von kommunalen  
Gestaltungsspielräumen im Rahmen der Teilfortschreibung  
des regionalen Raumentwicklungsprogramms  
Westmecklenburg (RREP WM) Kapitel 6.5 Energie**

**29. Dezember 2017**

---

Dr. Christoph Riese

Ulrich Killius

Julia Helm

**GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB  
Kantstraße 164  
10623 Berlin  
[www.goerg.de](http://www.goerg.de)**

## INHALT

A.	Prüfungsauftrag.....	4
B.	Ergebnis .....	5
I.	Rechtlicher Handlungsrahmen.....	5
II.	Auswirkungen ohne planerische Öffnungsklausel .....	7
III.	Auswirkungen mit planerischer Öffnungsklausel .....	8
IV.	Stadt Parchim.....	9
V.	Handlungsempfehlung .....	10
C.	Rechtlicher Handlungsrahmen.....	11
I.	Rechtsgrundlagen, Planungsebenen.....	11
II.	Anpassungspflicht, Entschädigung .....	12
1.	Anpassungspflicht.....	12
a)	Handlungspflicht .....	12
b)	Erforderlichkeitsvorbehalt.....	13
c)	Umfang .....	14
d)	Zeitraum .....	15
e)	Durchsetzung .....	16
f)	Nicht-Anpassung .....	17
aa)	Streitstand .....	17
bb)	Genehmigungsverfahren.....	19
cc)	Bebauungsplan .....	19
dd)	Flächennutzungsplan .....	19
2.	Entschädigung .....	20
a)	Planungsschaden .....	20
aa)	§ 39 BauGB.....	20
bb)	§ 42 BauGB.....	22
cc)	Raumordnung und Bauleitplanung .....	24
b)	Ersatzleistung .....	27
III.	Gegenstromprinzip.....	29
1.	Einfügungsgebot.....	30
2.	Berücksichtigungsgebot.....	30
3.	Flächennutzungsplan.....	31
4.	Neuregelung .....	34
5.	Entwicklungsgebot.....	35
a)	Flächennutzungsplan und Bebauungsplan .....	35
b)	Landesweiter Raumordnungsplan und Regionalplan .....	36
c)	Raumordnungspläne und Bauleitpläne .....	37
d)	Zwischenergebnis.....	38

IV.	Gleichheitssatz, Eigentümer- und Betreiberinteressen .....	38
1.	Allgemeiner Gleichheitssatz .....	38
2.	Eigentümer- und Betreiberinteressen.....	40
V.	Planungskonzept, Schaffung substanziellen Raumes.....	42
1.	Schlüssiges gesamträumliches Konzept .....	42
2.	Tabuzonen.....	42
a)	Harte Tabuzonen.....	42
b)	Weiche Tabuzonen.....	43
3.	Potenzialflächen .....	43
4.	Ausschlussfreie Gebiete .....	44
5.	Schaffung substanziellen Raumes .....	48
D.	Auswirkungen ohne planerische Öffnungsklausel .....	49
I.	Gebietsübernahme .....	49
1.	Grundfall .....	49
2.	Variante.....	51
II.	Gebietsausschluss.....	52
III.	Ausschlussfreiheit .....	52
IV.	Zwischenergebnis .....	53
E.	Auswirkungen mit planerischer Öffnungsklausel .....	53
I.	Programmsatz 10.....	53
II.	Varianten.....	55
1.	Bebauungspläne.....	55
2.	Raumordnungsgrundsatz .....	56
3.	Übergangsregelung .....	57
4.	Altgebietsauflistung.....	57
F.	Stadt Parchim.....	59
I.	Parchim Ost .....	59
1.	Bauleitplanung .....	59
2.	Auswirkungen ohne planerische Öffnungsklausel.....	59
3.	Auswirkungen mit planerischer Öffnungsklausel.....	60
II.	Dargelütz I.....	61
1.	Bauleitplanung .....	61
2.	Auswirkungen ohne planerische Öffnungsklausel.....	61
3.	Auswirkungen mit planerischer Öffnungsklausel.....	61
III.	Illekrietweg .....	61

## A. PRÜFUNGS-AUFTRAG

Der Regionale Planungsverband Westmecklenburg (RPV WM) bittet um die Prüfung des rechtssicheren Umgangs mit gemeindlichen Planungen und der Eröffnung von kommunalen Gestaltungsspielräumen im Rahmen der Teilfortschreibung des Regionalen Raumentwicklungsprogramms Westmecklenburg (RREP WM) Kapitel 6.5 Energie.

Der Prüfungsumfang folgt im Einzelnen der Leistungsbeschreibung vom 17. Juli 2017. Die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit einer planerischen Öffnungsklausel ist nicht Gegenstand des Gutachtens und wird für die Betrachtung unterstellt. Diese Frage wurde in der Vergangenheit im Rahmen einer gutachterlichen Stellungnahme durch Dombert Rechtsanwälte für den Regionalen Planungsverband Vorpommern vor dem Hintergrund des § 6 Abs. 1 ROG geprüft.

Dem Prüfauftrag liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 20. März 2013 entschied die Verbandsversammlung des RPV WM über die Teilfortschreibung des RREP WM. Nach einem Beschluss vom 24. Februar 2015 sollen bestehende Eignungsgebiete unter Anlegung neuer Kriterien geprüft und gegebenenfalls auf den Bestandsschutz reduziert werden. Zur Flexibilisierung der gemeindlichen Planung und nach Vorschlag des Vorstands vom 21. Oktober 2015 nahm die Verbandsversammlung mit Beschluss vom 20. Januar 2016 eine „planerische Öffnungsklausel“ als Programmsatz 10 (PS10) in den Planentwurf auf:

*„Ausnahmsweise ist die Errichtung von Windenergieanlagen außerhalb der in der Gesamtkarte dargestellten Eignungsgebiete für Windenergieanlagen zulässig, wenn die Windenergieanlagen in einem der im Regionalen Raumentwicklungsprogramm Westmecklenburg gemäß Landesverordnung vom 31. August 2011 festgesetzten und dargestellten Eignungsgebiet für Windenergieanlagen (Altgebiete) errichtet werden sollen und wenn die Standortflächen der Windenergieanlagen durch Darstellung in einem Flächennutzungsplan der Gemeinde bauleitplanerisch gesichert sind. Zu diesem Zweck darf die Gemeinde für den auf ihr Gemeindegebiet entfallenden räumlichen Anteil eines Altgebietes auch einen Flächennutzungsplan aufstellen oder ändern. (Z)“<sup>1</sup>*

In der Folgezeit empfahl eine vom Vorstand am 20. April 2016 gegründete Arbeitsgruppe nach Tagungen am 18. Mai 2016 und 2. September 2016, die planerische Öffnungsklausel zu streichen. Der Vorstand schloss sich am 23. November 2016 dieser Empfehlung an. Die Verbandsversammlung entschied indes am 10. Mai 2017, eine Streichung der planerischen Öffnungsklausel zurückzustellen. Zunächst sollte eine rechtliche Prüfung zu den Auswirkungen einer Streichung der Klausel für bebauungsbeplante Gebiete in Auftrag gegeben werden.

---

<sup>1</sup> Eine Änderung des Programmsatzes ist in jedem Fall erforderlich, da die Landesverordnung vom 31. August 2011 nicht mehr wirksam ist.

## B. ERGEBNIS

### I. RECHTLICHER HANDLUNGSRAHMEN

1. Für die rechtliche Beurteilung sind die **Planungsebenen** zu unterscheiden. Das Raumordnungsrecht erfasst das landesweite Landesraumentwicklungsprogramm und die Regionalraumentwicklungsprogramme (RREP), das Bauleitplanungsrecht, den Flächennutzungsplan und den Bebauungsplan.
2. Die **Pflicht zur Anpassung** der Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung besteht mit Inkrafttreten des im RREP festgesetzten Ziels. Voraussetzung ist, dass das Ziel hinreichend konkretisiert ist und eine Anpassung der Bauleitpläne erforderlich ist. Letzteres ist der Fall, soweit ein Bauleitplan einem Ziel der Raumordnung widerspricht. Die Anpassung erfolgt durch Änderung oder Aufhebung des Bauleitplans.

Ziele der Raumordnung sind strikt zu beachten: Auch in räumlicher Hinsicht darf nicht über die Eignungsgebiete der Regionalplanung hinaus geplant werden. Die Bauleitplanung darf lediglich feinsteuern. Planänderungs- oder Aufhebungsverfahren auf Ebene der Bauleitplanung müssen nicht direkt im Anschluss an die Aufstellung des RREP eingeleitet werden: Der Gemeinde ist ein „angemessener Zeitraum“ zu gewährleisten. Soweit die Anpassung verweigert wird, kann diese beispielsweise durch Maßnahmen der Kommunalaufsicht durchgesetzt werden.

Das rechtliche Schicksal der Bauleitpläne, die entgegen der Anpassungspflicht nicht an nachträglich geänderte Ziele der Raumordnung angepasst werden, ist umstritten. Nach der wohl überwiegenden und auch durch die Obergerichte vertretenen Auffassung werden Bauleitpläne trotz Widerspruches zu einem nachträglich festgesetzten Ziel der Raumordnung nicht unwirksam; sie gelten fort und treten gerade nicht ipso iure außer Kraft. Für die Frage der bauplanungsrechtlichen Genehmigungsfähigkeit ist im Fall der Anpassungsverweigerung zwischen dem Bebauungs- und Flächennutzungsplan zu unterscheiden. Selbst, wenn sich das neue Ziel der Raumordnung auf den Geltungsbereich eines Bebauungsplans auswirkt, bleiben Vorhaben innerhalb dieses Bebauungsplanbereiches bauplanungsrechtlich weiterhin zulässig. Da sich die Zulässigkeit nach § 30 BauGB bestimmt, steht das Ziel dem Vorhaben nicht nach § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB entgegen, da dieses Gebiet nicht zum Außenbereich nach § 35 BauGB gehört. Für in Flächennutzungsplänen festgelegte Konzentrationszonen für Windenergie, die einem Ziel der Raumordnung widersprechen, ist die Beurteilung uneinheitlich, sodass die Beantwortung der Frage, ob eine Genehmigung erteilt wird, der jeweiligen Genehmigungsbehörde obliegt.

3. Im Einzelfall kann die Gemeinde eine Pflicht zur **Entschädigung** gemäß Eigentümer oder Nutzungsberechtigten nach §§ 39, 42 BauGB treffen, wenn sie bestehende Bebauungspläne ändert oder aufhebt, um eine Anpassung an neue Ziele der Raumordnung vorzunehmen. Entschädigungspflichten für die Änderung nur der Raumordnungsplanung oder der Flächennutzungsplanung sind nicht zu befürchten, weil sich aus diesen Plänen keine dem Nutzungsrecht eines Bebauungsplanes vergleichbar verfestigte Rechtsposition von Eigentümer oder Nutzungsberechtigtem ergibt.

Bestehen Entschädigungspflichten der Gemeinde, so kann im Einzelfall, nicht aber pauschal eine Ersatzleistungspflicht des Landes eintreten. Das Land schuldet der Gemeinde im Innenverhältnis Ersatz, dies insbesondere aber nur im Falle rechtzeitiger Unterrichtung erheblicher Planungen gemäß § 18 Abs. 2 LPIG. Die Gemeinde bleibt dem Eigentümer oder Nutzungsberechtigten im Außenverhältnis verpflichtet. Entschädigungsverpflichtungen lassen sich vermeiden, wenn rechtmäßig kommunale Gestaltungsspielräume eingeräumt und ausgenutzt werden oder abwägungsfehlerfrei bestehende Vorranggebiete aus Bebauungsplänen in die Regionalplanung übernommen werden.

4. Nach dem **Gegenstromprinzip** erfolgt die Raumordnungs- und Bauleitplanung nicht streng „von oben nach unten“. Zwar müssen sich untere Planungsstufen in obere einfügen, zugleich müssen aber obere Planungsstufen die unteren Planungsstufen berücksichtigen. Das Prinzip wird nach § 8 Abs. 2 Satz 2 ROG auf die Bauleitplanung erstreckt. Bei der raumordnerischen Abwägung sind daher Flächennutzungspläne und hinreichend verfestigte Kommunalplanungen entsprechend zu berücksichtigen: Der Raumordnungsplangeber muss sich mit der Kommunalplanung auseinandersetzen. Ein bestimmtes Ergebnis oder die Übernahme bestehender Planungen wird nicht vorgezeichnet. Bestehende Flächennutzungs- oder Bebauungspläne sind nicht generell höher zu bewerten als das regionalplanerische Interesse an einem schlüssigen gesamtträumlichen Konzept. Der Raumordnungsplangeber muss bestehende Kommunalplanungen daraufhin hinterfragen, ob sie von sachlichen Gründen getragen werden oder ob insbesondere eine Verhinderungsplanung vorliegt. An dieser Berücksichtigungspflicht ändert sich nichts durch die Neuregelung des § 13 Abs. 2 ROG n. F. Planerische Anforderungen werden insofern nicht durch die ROG-Novelle modifiziert. Eine Unwirksamkeit von Raumordnungsplänen führt nicht automatisch und ohne Weiteres zur Unwirksamkeit von Bauleitplänen.
5. Durch die planerische Öffnungsklausel nach Programmsatz 10 werden weder der **allgemeine Gleichheitssatz** gegenüber Anwohnern noch die **Berufs- und Eigentumsfreiheit** von Windenergieunternehmen verletzt.

Gegenüber Anwohnern im Umfeld von neuen Eignungsgebieten und solchen im Umfeld von Altgebieten kann sich zwar mit Blick auf den Mindestabstand zu Windenergieanlagen eine Ungleichbehandlung ergeben. Diese ist durch den sachlichen Grund gerechtfertigt, ein

Repowering in und die Fortentwicklung von Altgebieten zu ermöglichen. Zudem bindet der Gleichheitssatz nur den einzelnen Hoheitsträger im Rahmen seiner Zuständigkeit, nicht hingegen unterschiedliche Hoheitsträger zuständigkeitsübergreifend. Das Willkürverbot ist daher nicht verletzt. Der Programmsatz 10 greift nicht ungerechtfertigt in die Berufs- und Eigentumsfreiheiten von Windenergieunternehmen ein. Durch die planerische Öffnungsklausel ergibt sich keine Verkürzung der grundrechtlichen Betätigung. Eine solche folgt allein aus der Neuvaluierung der Eignungsgebiete.

6. Die **schrittweise Konzentrationsflächenplanung** verlangt ein schlüssiges gesamträumliches Konzept für das Plangebiet, die dokumentierte Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen sowie eine fehlerfreie Abwägung der verbleibenden Potenzialflächen, die der Windenergienutzung im Ergebnis substanziell Raum verschaffen muss.

## II. AUSWIRKUNGEN OHNE PLANERISCHE ÖFFNUNGSKLAUSEL

1. Wird die planerische Öffnungsklausel nicht in den Regionalen Raumentwicklungsplan übernommen, hängt das rechtliche Schicksal der Altgebiete von der Abwägungsentscheidung des Regionalplangebers ab. Es bestehen drei Entscheidungsvarianten, die abhängig von den Umständen des Einzelfalles abwägungsfehlerfrei getroffen werden müssen:
  - a) Werden die Altgebiete im Zuge der Abwägung als Vorranggebiete der Regionalplanung übernommen, scheidet eine Anpassungspflicht der Kommunen aus. Entschädigungspflichten drohen nicht. Ein Repowering ist möglich.

Eine Übernahme von Altgebieten wäre – im Sinne einer Untervariante – auf Grundlage speziell für Altgebiete erweiterter (weicher) Tabu-Kriterien im Grundsatz denkbar.

- b) Werden Altgebiete im Zuge der Abwägung als Ausschlussgebiete definiert, trifft die Gemeinden eine Anpassungspflicht. Sind Flächennutzungspläne aufzuheben oder zu ändern, droht keine Entschädigungspflicht, wohl aber, wenn Bebauungspläne aufgehoben oder geändert werden.
  - c) Werden Altgebiete im Zuge der Abwägung als ausschussfreie, unbeplante Gebiete definiert, trifft die Gemeinden keine Anpassungspflicht. Die Steuerungswirkung von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bleibt bei Erfüllung der Anforderungen an ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept erhalten. Entschädigungspflichten drohen nicht, solange der Tatbestand der §§ 39 bis 42 BauGB nicht erfüllt sind, was in dieser Konstellation die Kommunen selbst in der Hand haben. Ein Repowering ist möglich.

Die Ausweisung von ausschussfreien Flächen muss das Ergebnis einer planerischen Abwägung sein; insbesondere ist zu vermeiden, dass die Ausweisung von ausschussfreien Flächen das Ergebnis eines Abwägungsausfalls ist.<sup>2</sup>

Für die Festlegung ausschussfreier Flächen für Teile des Plangebietes ist erforderlich, dass

- alle Flächen des Plangebiets in die Prüfung und Abwägung einbezogen werden,<sup>3</sup>
- auf dieser Grundlage ein schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept erstellt wird,<sup>4</sup> also
- im Raumordnungsplan Gebiete ausgewiesen werden, die der Nutzung der Windenergie im Plangebiet substanziell Raum verschaffen.<sup>5</sup>

Sind die Voraussetzungen erfüllt, so stehen die ausschussfreien Flächen den Trägern der Flächennutzungsplanung zur Verfügung, um gegebenenfalls auf diesen Flächen weitere Standorte für Windenergieanlagen auszuweisen.<sup>6</sup>

2. Die Ersatzpflicht des Landes gegenüber der Gemeinde kommt ausschließlich in der Variante b) in Betracht. Diese Ersatzpflicht hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere von der rechtzeitigen Unterrichtung über die gemeindliche Planung durch die Gemeinde bei der zuständigen Landesbehörde gemäß § 18 Abs. 2 LPIG. Ein Repowering scheidet aus.

### III. AUSWIRKUNGEN MIT PLANERISCHER ÖFFNUNGSKLAUSEL

1. Wird eine planerische Öffnungsklausel in Gestalt des Programmsatzes 10 aufgenommen, so schließt dies nicht die positive Berücksichtigung von Altgebieten im Rahmen der raumordnerischen Abwägung aus.
  - a) Altgebiete können bei Aufnahme einer planerischen Öffnungsklausel als Eignungsgebiete übernommen werden, beispielsweise soweit Altgebiete modifizierte Tabu-Kriterien ganz oder teilweise erfüllen. Gleichfalls ist die Behandlung als ausschussfreies Gebiet denkbar, also als grundsätzlich geeignetes Gebiet, für das aber weder eine Eignungs- noch eine Ausschussfestsetzung getroffen wird. Anpassungs-, Entschädigungs- und Ersatzpflichten scheiden jeweils aus.

---

<sup>2</sup> Einschlägige Urteile für die Zulässigkeit der Kombination von ausschussfreien Flächen mit einer – hier landesrechtlich notwendigen – Festlegung von Eignungsgebieten finden sich in der Rechtsprechung nicht; sie behandelt Vorranggebiete mit Ausschusswirkung.

<sup>3</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 8 C 11412/06, juris Rn. 58.

<sup>4</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 8 C 11412/06, juris Rn. 58.

<sup>5</sup> BVerwG, Beschluss vom 28. November 2005 – 4 B 66/05, Leitsatz und juris Rn. 7.

<sup>6</sup> BVerwG, Beschluss vom 28. November 2005 – 4 B 66/05, Leitsatz.



- b) Werden Altgebiete nicht übernommen und als Ausschlussgebiete definiert, so trifft die Gemeinde keine Anpassungspflicht, soweit in Einklang mit Programmsatz 10 eine Flächennutzungsplanung besteht. Entschädigungsansprüche scheiden aus. Repowering ist möglich. Dies gilt grundsätzlich auch, wenn Altgebiete mit Bebauungsplänen festgesetzt sind. Voraussetzung ist stets, dass die Anwendbarkeit der planerischen Öffnungsklausel das Ergebnis einer ordnungsgemäßen Abwägung für jedes in die Privilegierung einbezogene Altgebiet ist.
2. Eine Gemeinde ist nicht verpflichtet, die im Flächennutzungsplan festgesetzten Altgebiete beizubehalten. Die konkreten, sachlichen Gründe für eine (teilweise) Aufhebung des Altgebiets sind im Rahmen der Bauleitplanung anzuführen. Im Übrigen kann sich die Gemeinde auf den Ausnahmecharakter des Programmsatzes 10 berufen. Der Rechtfertigungsdruck dürfte sich daher in einem aus regionalplanerischer Sicht vertretbaren Maße bewegen.
3. Die planerische Öffnungsklausel kann ein geeignetes planerisches Mittel sein. Eine Erweiterung auf Bebauungspläne ist nicht zwingend, weil Voraussetzung für eine wirksame Bebauungsplanung in der Regel ein wirksamer Flächennutzungsplan ist. Zudem bleibt auch in Fällen, in denen eine Gemeinde allein einen Bebauungsplan aufgestellt hat, der Gemeinde die Möglichkeit der Aufstellung eines Flächennutzungsplans zur Ausnutzung der Öffnungsklausel unbenommen.

Will der Plangeber die Öffnungsklausel anwenden, so hat er Folgendes zu beachten:

- Die Anwendbarkeit der Öffnungsklausel muss für jedes Altgebiet das Ergebnis der Abwägung, nicht deren Verlagerung auf die Bauleitplanungsebene darstellen.
- Dies kann im Ergebnis dazu führen, dass eine konkrete Liste mit den Altgebieten erstellt wird, für die die Öffnungsklausel Anwendung findet.
- Denkbar ist zudem eine Übergangsvorschrift, die die Öffnungsklausel für einen bestimmten Zeitraum von etwa drei bis fünf Jahren zulässt. Eine solche Übergangsfrist kann das Ergebnis einer ordnungsgemäßen Abwägung sein und reduziert das Risiko etwaiger Entschädigungsansprüche gegen die Kommunen.

#### IV. STADT PARCHIM

1. Wird keine planerische Öffnungsklausel aufgenommen und wird die bislang mit dem Entwurf des RREP WM verfolgte Planung wirksam – erfolgt in Parchim also keine Übernahme von Altgebieten –, so muss die Stadt Parchim ihre Bauleitplanung an die höherrangige Planung anpassen. Die Sondergebiete Windenergienutzung des Bebauungsplans Nr. 44 – Parchim Ost – müssen teils erweitert, teils beschränkt werden, sodass die Übereinstimmung mit dem Wind-

eignungsgebiet nach dem RREP WM erreicht wird. Soweit bisherige Flächen gestrichen werden, sind Entschädigungsansprüche gegen die Gemeinde denkbar.

Sie kann grundsätzlich Ersatz vom Land verlangen, sofern sie selbst auf Leistung von Schadenersatz in Anspruch genommen wird.

Hinsichtlich des Bebauungsplans Nr. 34 – Dargelütz I – müssen im Zuge der Anpassung die Sondergebiete Windenergie aufgehoben werden. Entschädigungsansprüche gegen die Gemeinde und eine Ersatzpflicht des Landes sind nicht auszuschließen.

2. Wird eine planerische Öffnungsklausel aufgenommen, trifft die Stadt Parchim eine Anpassungspflicht, gleichwohl in veränderter Form und begrenzt auf die Gebiete, welche nach dem RREP WM für die Windenergienutzung hinzukommen. Die Öffnungsklausel erlaubt die Beibehaltung von Altgebieten. Entschädigungsansprüche können daher unter Ausnutzung der Öffnungsklausel vermieden werden. Eine Ersatzpflicht des Landes scheidet aus.

## V. HANDLUNGSEMPFEHLUNG

1. Überwiegende Gründe sprechen für die Aufnahme einer planerischen Öffnungsklausel in die Regionalplanung. Mit einer solchen Klausel kann die Wahrscheinlichkeit von Anpassungs-, Entschädigungs- und Ersatzpflichten vermindert werden. Für jedes Altgebiet muss gleichwohl auf regionalplanerischer Ebene eine umfassende Abwägung stattgefunden haben, die sowohl die Ausnutzung als auch die Nicht-Ausnutzung der Öffnungsklausel durch die Gemeinde berücksichtigt. So wird die planerische Entscheidung auf Ebene der Regionalplanung getroffen und nicht auf die Ebene der Bauleitplanung verlagert. Eine mögliche Entschädigungspflicht aufgrund des Vorliegens von Bebauungsplänen kann als abwägungsrelevanter Umstand berücksichtigt werden. Die Öffnungsklausel sollte als Ergebnis der planerischen Abwägung einzeln die privilegierten Altgebiete bezeichnen. Die Befristung der Öffnungsklausel im Sinne einer Übergangsregelung ist sachgerecht.
2. Ein vergleichbares Ergebnis könnte durch die Festlegung von ausschussfreien Gebieten erreicht werden. Ausschussfreie Flächen sind auf regionalplanerischer Ebene zulässig und erlauben eine Überplanung durch die Kommunen. Aus ausschussfreien Flächen folgt weder eine Eignungs- noch eine Ausschlusswirkung. Dies ist im Textteil des Plans klarzustellen. Altgebiete müssen im Rahmen der raumordnerischen Abwägung berücksichtigt werden: Die Ausweisung von ausschussfreien Flächen durch den Plangeber muss das Ergebnis einer ordnungsgemäßen Abwägung sein.

Ausschlussfreie Flächen werden auch in anderen Bundesländern ausgewiesen. Es gibt allerdings keine einschlägige Rechtsprechung, die sich ausdrücklich mit der Zulässigkeit der Festlegung solcher ausschussfreier Flächen im Rahmen der Planaufstellung bei gleichzeitiger Festsetzung von Eignungsgebieten befasst.

Hieraus folgt ein Restrisiko bei der Festlegung von ausschussfreien Flächen. Die geprüfte Rechtsprechung behandelt Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung. Nach § 8 Abs. 2 Satz 1 LPIG müssen aber Eignungsgebiete für die Windenergienutzung festgesetzt werden. Allerdings können überzeugende Gründe für die Kombinationsfähigkeit von Eignungsgebieten mit ausschussfreien Flächen angeführt werden, weil auch Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten nach der Rechtsprechung mit ausschussfreien Flächen kombiniert werden können. Die Rechtswirkungen beider Gebietsarten gleichen sich daher insofern. Ein ausdrücklicher Beleg für die landesrechtlich notwendige Kombinationsfähigkeit gerade mit Eignungsgebieten findet sich für den Prozess der Planaufstellung zwar nicht. Allerdings legt die Rechtsprechung des OVG Mecklenburg-Vorpommern nahe, dass das Gericht von der Kombinationsfähigkeit von ausschussfreien Gebieten mit Eignungsgebieten auch bei der Planaufstellung ausgeht.

## **C. RECHTLICHER HANDLUNGSRAHMEN**

### **I. RECHTSGRUNDLAGEN, PLANUNGSEBENEN**

Die Raumordnung hat nach § 1 Abs. 1 ROG die Aufgabe, überörtlich eine zusammenfassende und fachübergreifende Ordnung des Raumes zu erreichen. Dabei soll sie insbesondere die örtliche Bauleitplanung und Fachplanung koordinieren und räumliche Entwicklungslinien vorgeben.<sup>7</sup> Der Regionalplan findet seine gesetzliche Grundlage insbesondere in § 8 Abs. 1 Nr. 2 ROG. Hiernach sind in den Ländern Raumordnungspläne für die Teilräume der Länder (Regionalpläne) aufzustellen. Das zugrundeliegende Regionale Raumentwicklungsprogramm ist der Regionalplan für die Planungsregion Westmecklenburg mit den Landkreisen Nordwestmecklenburg, Ludwigslust-Parchim sowie der Landeshauptstadt Schwerin, vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 1 LPIG-MV.

Die Regionalpläne sind aus dem Raumordnungsplan für das Landesgebiet zu entwickeln, vorliegend das Regionale Raumentwicklungsprogramm aus dem Landesraumentwicklungsprogramm, § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG und § 8 Abs. 1 LPIG-MV.

Maßgeblich für die sich anschließende Prüfung ist das Verhältnis zwischen Regionalplanung und Bauleitplanung. Nach § 1 Abs. 4 BauGB sind die Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen.

---

<sup>7</sup> *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Auflage – 2010, § 1 Rn. 47 ff.

Die Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB ist im Kontext mit der Generalnorm des § 4 Abs. 1 ROG und der dort angeordneten Beachtungspflicht von Zielen der Raumordnung zu sehen. Nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 ROG sind bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen öffentlicher Stellen Ziele der Raumordnung zu beachten; Grundsätze und sonstige Erfordernisse der Raumordnung sind in Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen.

Diese allgemeine Beachtungspflicht nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG ist für die kommunale Bauleitplanung in § 1 Abs. 4 BauGB zu einer konkreten Handlungspflicht im Sinne dieser Anpassungspflicht ausgeformt.<sup>8</sup>

Die Planungsebenen gliedern sich demnach wie folgt:<sup>9</sup>

- Raumordnungspläne für den Gesamttraum (§ 17 ROG)
- Landesraumentwicklungsprogramm (§ 4 Abs. 1 Alt. 1 LPlG) als landesweiter Raumordnungsplan (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG)
- Regionales Raumentwicklungsprogramm (§ 4 Abs. 1 Alt. 2 LPlG) als Regionalplan (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ROG)
- Flächennutzungsplan (§ 1 Abs. 2 Alt. 1 BauGB)
- Bebauungsplan (§ 1 Abs. 2 Alt. 2 BauGB)

Rechtsgrundlage für die Festsetzung einer planerischen Öffnungsklausel ist § 6 Abs. 1 ROG. Danach können im Raumordnungsplan Ausnahmen von Zielen der Raumordnung festgelegt werden.<sup>10</sup>

Die Zulässigkeit einer planerischen Öffnungsklausel ist nicht Gegenstand des Gutachtens und wird für die weitere Betrachtung unterstellt.

## II. ANPASSUNGSPFLICHT, ENTSCHÄDIGUNG

### 1. ANPASSUNGSPFLICHT

#### a) Handlungspflicht

Voraussetzung für die Anpassungspflicht ist, dass die Ziele der Raumordnung hinreichend konkretisiert und auch wirksam sind.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. EL – 2017, § 1 Rn. 63.

<sup>9</sup> Vgl. *Kümper*, LKV 2014, 542, 542.

<sup>10</sup> Die rechtliche Zulässigkeit einer planerischen Öffnungsklausel an sich ist nicht Gegenstand des Gutachtauftrags.

<sup>11</sup> BVerwG, Beschluss vom 7. Februar 2005 – 4 BN 1/05, juris Rn. 15.

Hinreichend konkretisierte Ziele im Hinblick auf Eignungsgebiete für Windenergie liegen vor, wenn aus der beschreibenden Darstellung des jeweiligen Regionalplans eindeutig hervorgeht, dass in einer zeichnerischen Darstellung diese Eignungsgebiete festgelegt sind, auf diese Darstellung verwiesen wird und die Gebiete dort konkret eingezeichnet sind.<sup>12</sup> Diese Voraussetzungen sind bei Regionalplänen regelmäßig erfüllt, sodass es an dem Zielcharakter nicht fehlt; dies insbesondere, weil die Festsetzung von Vorranggebieten in aller Regel das Vorliegen eines Ziels indiziert, da in raumordnerischer Hinsicht eine Letztentscheidung getroffen wurde.<sup>13</sup>

Mit Inkrafttreten des Ziels ist die für die umsetzende Planung zuständige Stelle dem Grunde nach verpflichtet, dem Ziel durch positive Umsetzung Geltung zu verschaffen. Voraussetzung der Anpassungspflicht ist, dass das Ziel der Raumordnung für das Gebiet des Bauleitplans festgelegt ist.<sup>14</sup> Bereits bestehende Pläne sind daraufhin zu ändern.<sup>15</sup> Bauleitpläne sind den gültigen Zielen der Raumordnung anzupassen, unabhängig davon, wann diese in Kraft getreten sind.<sup>16</sup> Bauleitpläne sind auch an zeitlich nachfolgende Ziele der Raumordnung anzupassen. Die Anpassungspflichtung ist auf die Herstellung umfassender Konkordanz zwischen der Bauleitplanung und den Zielen der Raumordnung gerichtet.<sup>17</sup> Sie zielt nicht nur auf "punktuelle Kooperation", sondern auf dauerhafte Übereinstimmung der beiden Planungsebenen ab.<sup>18</sup>

## b) Erforderlichkeitsvorbehalt

Die Gemeinde muss – unter dem Vorbehalt der materiell-rechtlichen und zeitlichen Erforderlichkeit im Einzelfall – planerisch aktiv werden, wenn geänderte oder neue Ziele der Raumordnung eine Anpassung der bestehenden Bauleitpläne erfordern.<sup>19</sup> Widersprechen die Festsetzungen eines Bauleitplans einem geltenden Ziel der Raumordnung, so sind diese zu ändern oder aufzuheben.<sup>20</sup>

Die Anpassungspflicht steht insbesondere im Hinblick auf die Planänderungspflicht unter dem materiellen Erforderlichkeitsvorbehalt.<sup>21</sup> Das bedeutet, dass nicht per se aufgrund einer bestimmten Zielfestlegung eine Planungspflicht – sei es durch Planaufhebung oder Planänderung – ausgelöst wird. Dies muss vielmehr zur Zielverwirklichung erforderlich sein. Nur im Falle eines echten Widerspruchs von Raumordnung und Bauleitplanung ist die Anpassung erforderlich. An der materiellen Erforderlichkeit

---

<sup>12</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 8. Dezember 2011 – 12 KN 208/09, juris Rn. 22.

<sup>13</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 8. Dezember 2011 – 12 KN 208/09, juris Rn. 23 m.w.N.

<sup>14</sup> OVG Greifswald, Urteil vom 21. Januar 2008 – 3 K 30/06, juris Rn. 30.

<sup>15</sup> *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. EL – 2017, § 1 Rn. 65 b.

<sup>16</sup> BVerwG, Beschluss vom 8. März 2006 – 4 BN 56/05, juris Rn. 7.

<sup>17</sup> *Spannowsky*, ZfBR 2015, 445 (448).

<sup>18</sup> BVerwG, Beschluss vom 14. Mai 2007 – 4 BN 8/07, juris Rn. 4; BVerwG, Urteil vom 17. September 2003 – 4 C 14/01, juris Rn. 33.

<sup>19</sup> BVerwG, Beschluss vom 8. März 2006 – 4 BN 56/05, juris Rn. 7; BVerwG, Urteil vom 17. September 2003 – 4 C 14/01, juris Rn. 33.

<sup>20</sup> Vgl. BVerwG, Beschluss vom 8. März 2006 – 4 BN 56/05, juris Rn. 7.

<sup>21</sup> Vgl. BVerwG, Beschluss vom 8. März 2006 – 4 BN 56/05, juris Rn. 7; *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. EL – 2017, § 1 Rn. 65 b.

kann es daher fehlen, wenn das Ziel auf Grund von fachgesetzlichen Raumordnungsklauseln auch ohne planerische Umsetzung vergleichbare Bindungswirkungen gegenüber raumbedeutsamen Maßnahmen Einzelner entfaltet.<sup>22</sup> Beispielsweise entfaltet ein Eignungsgebiet zur Windenergienutzung aufgrund der Raumordnungsklauseln des § 35 Abs. 3 Satz 2, 3 BauGB Bindungswirkungen gegenüber raumbedeutsamen Windenergieanlagen im Außenbereich, unabhängig davon, ob das Ziel durch den Flächennutzungsplan oder durch Bebauungspläne umgesetzt worden ist. Diese Bindungswirkungen werden durch die Umsetzung des Ziels als Darstellung in einem gemeindlichen Flächennutzungsplan nur insoweit gesteigert, als auch nicht raumbedeutsame Vorhaben erfasst würden; möglich bleibt gleichwohl die weitere räumliche und sachliche Konkretisierung.<sup>23</sup> In einer solchen Konstellation ergibt sich daher nicht bereits aufgrund des Fehlens einer gemeindlichen Bauleitplanung ein Widerspruch zum festgesetzten Raumordnungsziel.

Eine solche Raumordnungsklausel stellt § 35 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 BauGB dar. Hiernach dürfen raumbedeutsame Vorhaben den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen; öffentliche Belange stehen raumbedeutsamen Vorhaben nach Absatz 1 nicht entgegen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind. Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.

Hieraus folgt, dass ein Eignungsgebiet für die Nutzung von Windenergie gegenüber raumbedeutsamen Windenergieanlagen im Außenbereich über die vorbezeichnete Raumordnungsklausel auch Wirkung entfaltet, ohne dass es einer Verwirklichung dieses Ziels auf Bauleitplanungsebene bedarf.<sup>24</sup> Problematisch ist, wenn das Vorhabengebiet nach der Zielfestlegung im Ausschlussgebiet für Windenergie und zugleich in einer im Flächennutzungsplan ausgewiesenen Konzentrationszone oder einem Bebauungsplan für Windenergie liegt.<sup>25</sup>

### c) Umfang

Die aus § 1 Abs. 4 BauGB resultierende Anpassungspflicht bezieht sich auf den aufzustellenden Bauleitplan, seine Änderung, Ergänzung oder Aufhebung. Maßgeblich für den Umgang mit bestehenden Windeignungsgebieten ist die Änderung beziehungsweise Aufhebung dieser Bauleitpläne.

Die Ziele der Raumordnung sind von der planenden Gemeinde nach § 1 Abs. 4 BauGB strikt zu beachten. "Anpassen" im Sinne des § 1 Abs. 4 BauGB bedeutet, dass die Ziele der Raumordnung und

---

<sup>22</sup> *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. EL – 2017, § 1 Rn. 65 b.

<sup>23</sup> *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. EL – 2017, § 1 Rn. 65 b.

<sup>24</sup> *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. EL – 2017, § 1 Rn. 65 b.

<sup>25</sup> Vgl. C.II.2.a)cc), S. 20.

Landesplanung in der Bauleitplanung je nach dem Grad ihrer Aussageschärfe konkretisierungsfähig sind, nicht aber im Wege der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB überwunden werden können.<sup>26</sup>

Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, ob die Anpassungspflicht in räumlicher Hinsicht für die nachgeordnete Planungsbehörde Handlungsspielraum eröffnet.

Regelmäßig sind Ziele der Raumordnung so angelegt und formuliert, dass den nachgeordneten Planungen Konkretisierungsmöglichkeiten verbleiben. Diese Konkretisierung erfolgt nach Abwägungsgrundsätzen. Im Hinblick auf Eignungsgebiete für Windenergie bedeutet dies, dass die Bauleitplanung sich an die über die Regionalplanung vorgegebenen Eignungsgebiete halten muss, mithin keine davon abweichenden oder zusätzliche Eignungsgebiete ausweisen darf, sofern der Regionalplan keinen weiteren Handlungsspielraum eröffnet.<sup>27</sup> Die Ausweisung von Alternativstandorten ist ohne ausdrückliche Ermächtigung unzulässig. Legt ein Regionalplan als Ziel der Raumordnung fest, dass innerhalb eines bestimmten Gebiets eine bestimmte Art der Nutzung stattfinden soll, muss die Gemeinde bei der Überplanung des Gebiets diese beachten und darf den Verlauf der Gebietsgrenze nur innerhalb des durch den RROP nicht parzellenscharf vorgegebenen Bereichs näher festlegen.<sup>28</sup>

#### d) Zeitraum

Die Pflicht zur Anpassung greift nicht unmittelbar nach Inkrafttreten des neuen Ziels der Raumordnung. Planänderungs- oder Aufhebungsverfahren sind nicht direkt im Anschluss an die Aufstellung des Regionalplans einzuleiten. Der Gemeinde ist ein „angemessener Zeitraum“ zu gewähren, in dem sie beispielsweise das neue Ziel der Raumordnung auf seine Rechtmäßigkeit hin oder dessen Auswirkungen auf bestehende Baurechte überprüfen kann.<sup>29</sup>

Die Anpassung muss nicht unverzüglich erfolgen, wenngleich sich die Gemeinde bei der Anpassung nicht unbegrenzt Zeit lassen darf, sodass die Anpassung jedenfalls wenn möglich zeitnah erfolgen sollte.<sup>30</sup> Erst wenn dieser angemessene Zeitraum überschritten wird, werden die Pläne nichtig.<sup>31</sup>

Über die Gültigkeit von Bebauungsplänen entscheidet nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Oberverwaltungsgericht,<sup>32</sup> ebenso die Verwaltungsgerichte, beispielsweise inzident bei der Anfechtung von Baugenehmigungen.<sup>33</sup> Die Entscheidungswirken treten mit der Rechtskraft ein, wobei die Entscheidung

---

<sup>26</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 1. Dezember 2016 – OVG 10 A 15.12, juris Rn. 49 m.w.N.; OVG Greifswald, Urteil vom 9. April 2008 – 3 L 84/05, juris Rn. 45.

<sup>27</sup> *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. EL – 2017, § 1 Rn. 68.

<sup>28</sup> OVG Greifswald, Urteil vom 9. April 2008 – 3 L 84/05, juris Leitsatz 2.

<sup>29</sup> Vgl. VG Magdeburg, Urteil vom 30. Oktober 2012 – 2 A 140/12, juris Rn. 32; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter, BauGB, 8. Auflage – 2015, § 1 Rn. 138; *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. EL – 2017, § 1 Rn. 65 b.

<sup>30</sup> VG Magdeburg, Beschluss vom 25. September 2012 – 9 B 120/12, juris Rn. 40 f.

<sup>31</sup> *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Auflage – 2016, § 1 Rn. 39.

<sup>32</sup> *Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl. – 2016, § 47 Rn. 21.

<sup>33</sup> Vgl. etwa VG Ansbach, Beschluss vom 31. August 2017 – AN 9 S 17.00896, juris Rn. 27.

über die Gültigkeit eines Bebauungsplanes im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO deklaratorisch ergeht, sodass schon zuvor eine Berufung auf die Ungültigkeit möglich ist. Gleichwohl wird die Entscheidung im Normenkontrollverfahren erst mit ihrer Rechtskraft verbindlich.<sup>34</sup>

#### e) Durchsetzung

Grundsätzlich besteht für Gemeinden die Möglichkeit, die Anpassung zu verweigern. Dies ist aufgrund der Entschädigungsregelungen der §§ 39, 42 BauGB nicht fernliegend.<sup>35</sup>

Die Anpassung der Planungsgebote kann mittels Planungsgebot oder durch Maßnahmen der Kommunalaufsicht durchgesetzt werden. Einige Bundesländer, wie beispielsweise Rheinland-Pfalz, haben in ihren Landesplanungsgesetzen eine landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage in Form eines Planungs- oder Anpassungsgebotes erlassen, wonach (oberste) Landesplanungsbehörden von Gemeinden verlangen können, ihre Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen oder Bauleitpläne aufzustellen, wenn es zur Verwirklichung von Zielen der Raumordnung erforderlich ist.<sup>36</sup> In dem Landesplanungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern fehlt eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage,<sup>37</sup> sodass die Anpassungspflicht über die Kommunalaufsicht mithilfe einer Anordnung durchgesetzt werden könnte.<sup>38</sup>

Die Kommunalaufsicht ist detailliert in §§ 78 ff. KV M-V geregelt. Sie unterteilt sich in die Rechtsaufsicht für den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden sowie die Fachaufsicht für den übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinden.<sup>39</sup> Der Gesetzgeber hat den Gemeinden die Bauleitplanung als Selbstverwaltungsaufgabe<sup>40</sup> übertragen.<sup>41</sup> Rechtsaufsichtsbehörde für die kreisfreien und großen kreisangehörigen Städte sowie deren selbstständige Kommunalunternehmen ist das Innenministerium.<sup>42</sup> Rechtsaufsichtsbehörde für die kreisangehörigen Gemeinden im Übrigen und deren selbstständige Kommunalunternehmen ist der Landrat als untere staatliche Verwaltungsbehörde.<sup>43</sup> Oberste Rechtsaufsichtsbehörde ist das Innenministerium.<sup>44</sup>

Von den Möglichkeiten zur Durchsetzung der Anpassungspflicht wird in der Praxis oftmals kein Gebrauch gemacht, da die Kapazitäten bei den Planungsämtern der Kommunen oftmals nicht ausrei-

---

<sup>34</sup> Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl. – 2016, § 47 Rn. 141.

<sup>35</sup> Siehe unten zur Entschädigung C.II.2, S. 17.

<sup>36</sup> Bspw. § 23 Abs. 1 Landesplanungsgesetz Rheinland-Pfalz.

<sup>37</sup> a.A. wohl: Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, BauGB, 8. Auflage – 2015, § 1 Rn. 138.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu VG Magdeburg, Beschluss vom 25. September 2012 – 9 B 120/12, juris Rn. 33.

<sup>39</sup> Vgl. § 78 Abs. 2, 4 KV M-V.

<sup>40</sup> Schrödter, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. – 2015, § 6 BauGB Rn. 1; vgl. Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. – 2016, § 6 Rn. 3.

<sup>41</sup> Vgl. § 6 Abs. 2 BauGB.

<sup>42</sup> § 79 Abs. 1 KV M-V.

<sup>43</sup> § 79 Abs. 2 KV M-V.

<sup>44</sup> § 79 Abs. 3 KV M-V.



chen, anlasslos einer Anpassungspflicht nachzukommen. Zudem sind die Länder im Falle der Anpassung verpflichtet, bestimmte Entschädigungsleistungen zu übernehmen.

Im Übrigen besteht die Möglichkeit zur raumordnungsrechtlichen Untersagung nach § 14 Abs. 1 ROG. Hiernach kann die Raumordnungsbehörde raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen sowie die Entscheidung über deren Zulässigkeit gegenüber den in § 4 genannten öffentlichen Stellen unbefristet untersagen, wenn Ziele der Raumordnung entgegenstehen. Die unbefristete Untersagung kommt insbesondere in Betracht, wenn eine Gemeinde sich entgegen § 1 Abs. 4 BauGB weigert, einen Bauleitplan an ein Ziel der Raumordnung anzupassen.<sup>45</sup>

#### f) Nicht-Anpassung

Unabhängig von der Frage, ob die Anpassung der Bauleitplanung verweigert werden kann, wird nachfolgend knapp dargestellt, welche Konsequenzen für die Bauleitpläne damit einhergehen.

#### aa) Streitstand

Es ist umstritten, ob bestehende Bauleitpläne trotz Widerspruches zu nachträglich neu aufgestellten Zielen der Raumordnung wirksam bleiben.

Nach der wohl herrschenden Meinung werden Bauleitpläne trotz Widerspruches zu einem nachträglich festgesetzten Ziel der Raumordnung nicht unwirksam.<sup>46</sup> Der Bauleitplan gilt fort und tritt gerade nicht ipso iure außer Kraft, bis er durch die Gemeinde angepasst wurde.<sup>47</sup>

Diese Auffassung wird zum einen damit begründet, dass bereits der Wortlaut des § 1 Abs. 4 BauGB („sind ... anzupassen“) einen Handlungsbedarf für den Satzungsgeber voraussetzt, folglich dieser erst aktiv werden muss und den Plan an die aktuellen Ziele der Raumordnung anpassen muss. Zudem wird das Argument aufgeführt, dass der automatische Wegfall zu einem Planungsvakuum führe. Letztendlich wären auch die in den Landesplanungsgesetzen aufgenommenen Verfahren zur Erzwingung der Anpassung an die neuen Ziele der Raumordnung überflüssig, wenn der jeweilige Bauleitplan bereits automatisch unwirksam würde.<sup>48</sup> Insoweit führt das Inkrafttreten eines Regionalplans, der mit

---

<sup>45</sup> Schrödter, ZfBR 2013, 535 (544).

<sup>46</sup> Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Auflage – 2015, § 1 Rn. 145; Ferner, in: Ferner/Kröniger/Aschke, Baugesetzbuch, 3. Auflage – 2013, § 1 Rn. 30.

<sup>47</sup> OVG Greifswald, Urteil vom 5. November 2008 – 3 L 281/03, juris Rn. 133; VGH Kassel, Beschluss vom 10. September 2009 – 4 B 2068/09, juris Rn. 4; VGH München, Urteil vom 16. November 1993 – 8 B 92.3559, juris Rn. 16; Kümper, ZfBR 2012 631 (636).

<sup>48</sup> VGH München, Urteil vom 16. November 1993 – 8 B 92.3559, juris Rn. 17; Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Auflage – 2015, § 1 Rn. 127.

seinen Zielsetzungen einem Bauleitplan widerspricht und diesen somit anpassungsbedürftig macht, nicht dazu, dass dieser Bauleitplan ungültig oder funktionslos wird.<sup>49</sup>

Wenige Stimmen vertreten die Auffassung, der jeweilige Bauleitplan sei bereits kraft Gesetzes unwirksam, was insbesondere auf das Argument gestützt wird, dass Raumordnungspläne im Verhältnis zu Bauleitplänen höherrangiges Recht darstellen würden.<sup>50</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich zu dieser Frage noch nicht eindeutig positioniert. Es hat in diesem Zusammenhang ausgeführt:

*„Es ist daher unstreitig und zutreffend, dass die Gemeinde (unter dem Vorbehalt der materiellrechtlichen und zeitlichen Erforderlichkeit im Einzelfall) nicht nur zur Anpassung an die Ziele der Raumordnung verpflichtet ist, wenn sie Bauleitpläne aus eigenem Entschluss und allein aus städtebaulichen Gründen aufstellt oder ändert, sondern dass sie auch dann planerisch aktiv werden muss, wenn allein geänderte oder neue Ziele der Raumordnung eine Anpassung der Bauleitpläne erfordern.“<sup>51</sup>*

Dies könnte dafür sprechen, dass Bauleitpläne nicht automatisch unwirksam werden, sondern insofern ein Aktivwerden in Form der Anpassung an die Ziele erforderlich wird. Zudem macht diese Rechtsprechung deutlich, dass das Bundesverwaltungsgericht von den Kommunen eine Anpassung auch dann verlangt, wenn ein objektiver Anlass, Planungsänderungen vorzunehmen, nicht besteht.

Dennoch wird auch in der Literatur kritisch ausgeführt, dass dieses Urteil nicht dahingehend ausgelegt werden kann, dass Bauleitpläne uneingeschränkt bis zur jeweiligen Anpassung an das neue Ziel der Raumordnung wirksam bleiben.<sup>52</sup> Insbesondere hat das Bundesverwaltungsgericht auch ausgeführt:

*„Ein Flächennutzungsplan, der zunächst mit den Zielen der Raumordnung übereinstimmt, einem später geänderten landesplanerischen Ziel jedoch widerspricht, würde im Übrigen einem Bebauungsplan, der aus den Darstellungen des Flächennutzungsplans entwickelt worden ist, gegenüber der geänderten Landesplanung keinen bauleitplanerischen "Bestandsschutz" verleihen (vgl. BVerwGE 117, 351 <356>). Die landesplanerische Zielfestlegung setzt sich als Bestandteil der übergeordneten Planung gegenüber einem zielwidrig gewordenen Flächennutzungsplan durch.“<sup>53</sup>*

Unabhängig von der unkonkreten Positionierung des Bundesverwaltungsgerichts, ist jedenfalls wegen der obergerichtlichen Rechtsprechung im Ergebnis davon auszugehen, dass Bauleitpläne jedenfalls zunächst, trotz Widerspruchs zu einem neuen Ziel der Raumordnung, wirksam bleiben.

---

<sup>49</sup> VGH Kassel, Beschluss vom 10. September 2009 – 4 B 2068/09, juris Rn. 4 m.w.N.

<sup>50</sup> Waechter, VÖV 2010 493 (496).

<sup>51</sup> BVerwG, Urteil vom 17. September 2003 – 4 C 14/01, juris Rn. 33.

<sup>52</sup> Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Auflage – 2015, § 1 Rn. 129.

<sup>53</sup> BVerwG, Urteil vom 8. März 2006 – 4 B 75/05, juris Rn. 12; BVerwG, Urteil vom 17. September 2003 – 4 C 14/01, juris Rn. 19.

## bb) Genehmigungsverfahren

Trotz Wirksamkeit des Bauleitplans kann hieraus nicht geschlussfolgert werden, dass die neuen Ziele der Raumordnung bei einer Genehmigung unberücksichtigt bleiben können.

Auch diese Frage lässt sich unter Berücksichtigung der Stimmen in Rechtsprechung und Literatur nicht eindeutig beantworten. Jedenfalls gilt es hier, zwischen Flächennutzungs- und Bebauungsplan zu unterscheiden. Zu betrachten ist die Kollisionslage, dass Regionalplan und Bauleitplan unterschiedliche Vorrangzonen für Windenergie ausweisen, das neue Ziel der Errichtung von Windenergieanlagen entgegensteht, diese aber nach dem Bauleitplan zulässig wären.

Besonders auffällig wird der Konflikt zwischen zwei Plänen bei Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach §§ 5, 10 BImSchG. Gemäß §§ [...] BImSchG sind über die in § 5 BImSchG ausdrücklich genannten Tatbestandsvoraussetzungen auch alle anderen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zu beachten. Dazu zählt die Raumordnung.

## cc) Bebauungsplan

Soweit sich das neue Ziel der Raumordnung auf den Geltungsbereich eines Bebauungsplans auswirkt, bleiben Vorhaben innerhalb dieses Bebauungsplanbereiches bauplanungsrechtlich weiterhin zulässig. Das Ziel steht diesem Vorhaben nicht entgegen, da dieses Gebiet nicht zum Außenbereich nach § 35 BauGB gehört, sondern sich die Zulässigkeit nach § 30 BauGB bestimmt. In diesem Gebiet können Vorhaben auch nicht nach § 14 Abs. 1 ROG untersagt werden, da dem Vorhaben Ziel der Raumordnung gerade nicht nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegenstehen.<sup>54</sup>

## dd) Flächennutzungsplan

Für in Flächennutzungsplänen festgelegte Konzentrationszonen für Windenergie, die einem Ziel der Raumordnung widersprechen – weil die Konzentrationszone beispielsweise in dem Ausschlussgebiet für Windenergie nach dem Regionalplan liegt – stellt sich die Lage anders dar:

Teilweise wird vertreten, dass in Flächennutzungsplänen ausgewiesene Standorte bis zu ihrer Anpassung an die Ziele der Raumordnung weitergelten. Hiernach dürften die Ziele der Raumordnung für die Genehmigungsfrage nicht zu beachten sein.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Februar 1993 – 4 C 15/92, juris Rn. 24; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: *Schrödter, BauGB*, 8. Auflage – 2015, § 1 Rn. 146 f.; *Breuer*, in: *Schrödter, BauGB*, 8. Auflage – 2015, § 42 Rn. 29; *Goppel/Runkel*, in: *Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG*, 1. Auflage – 2010, § 4 Rn. 71.

<sup>55</sup> So wohl: *Schink*, *ZfBR* 2015, 232 (236); *Schrödter/Wahlhäuser*, in: *Schrödter, Baugesetzbuch*, 8. Auflage – 2015, § 1 Rn. 148, unter Verweis auf *Söfker*, in: *KommunalPraxis-spezial*, Heft 4/2010, 199, 202; derselbe, *Repowering von Windenergieanlagen – Zum Verhältnis von Regionalplanung zur Bauleitplanung*, in: *Repowering Info Börse*, Stand 03/2011, S. 8 f.

Andererseits wird vertreten, dass die Ziele der Raumordnung bei der Genehmigung des Vorhabens zu beachten sind.<sup>56</sup>

Eine höchstrichterliche Rechtsprechung existiert zu dieser Frage bislang noch nicht, sodass die Beantwortung der Frage, ob eine Genehmigung erteilt wird, der jeweiligen Genehmigungsbehörde obliegt.<sup>57</sup>

## 2. ENTSCHÄDIGUNG

### a) Planungsschaden

Entschädigungsverpflichtungen können sich aus §§ 39 ff. BauGB ergeben.<sup>58</sup> Das Planungsschadensrecht soll im Wesentlichen den Wertverlust ausgleichen, der in der Differenz zwischen dem Grundstückswert vor und nach einer Planung besteht.<sup>59</sup>

Die Nachteile einer Planung für Planunterworfenen sowie die Tatsache und der mögliche Umfang einer nach Planungsschadensrecht zu leistenden Entschädigung sind im Rahmen der raumordnerischen Abwägung zu berücksichtigen, insbesondere wenn Vorranggebiete aus einem früheren Regionalplan „weggeplant“ werden.<sup>60</sup> Nicht zu berücksichtigen sind Ansprüche wegen Amtspflichtverletzung oder enteignungsgleichem Eingriff; sie betreffen die Folgen einer fehlerhaften, rechtswidrigen Planung.<sup>61</sup>

Auch die Gemeinden müssen die Folgen der §§ 39 ff. BauGB bei der Bauleitplanung im Auge behalten. Die Planschadensregelungen dienen dem Schutz der betroffenen Grundstückseigentümer und Nutzungsberechtigten, nicht jedoch der Gemeinde.<sup>62</sup>

### aa) § 39 BauGB

§ 39 Satz 1 BauGB erfasst frustrierte Aufwendungen, die sich nicht in der Substanz eines Grundstücks niedergeschlagen haben.<sup>63</sup> Die Vorschrift lautet:

---

<sup>56</sup> So wohl: *Schrödter/Wahlhäuser*, in: *Schrödter, Baugesetzbuch*, 8. Auflage – 2015, § 1 Rn. 148 f.

<sup>57</sup> *Schrödter/Wahlhäuser*, in: *Schrödter, Baugesetzbuch*, 8. Auflage – 2015, § 1 Rn. 149.

<sup>58</sup> *Reidt/Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB*, 12. Aufl. – 2014, Vor § 39 Rn. 1. Zur Struktur des Planungsschadensrechts vgl. § 43 Abs. 3 Satz 1 BauGB; siehe *Hoffmann*, in: *Spannowsky/Uechtritz, BauGB*, 37. Ed. – 2017, § 39 Vor Rn. 1; *Uechtritz/Hartmannsberger*, in: *Johlen, MPF Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. – 2014, Nr. 14 Rn. 2; *Reidt/Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB*, 12. Aufl. – 2014, Vor § 39 Rn. 2. §§ 40, 41 BauGB sind vorliegend nicht einschlägig: § 40 BauGB betrifft allein die Festsetzung gemeinnütziger Nutzungen auf Flächen im Privateigentum; § 41 BauGB betrifft die Entschädigung des Eigentümers bei der Festsetzung von Geh-, Fahr- und Leitungsrechten sowie Bepflanzungen.

<sup>59</sup> *Reidt/Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB*, 12. Aufl. – 2014, Vor § 39 Rn. 1.

<sup>60</sup> BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 12.

<sup>61</sup> Unwirksam, gleichwohl hierzu OVG Lüneburg, Urteil vom 08. Mai 2012 – 12 LB 265/10, Leitsatz, juris Rn. 47; siehe nach vorheriger Zulassung der Revision BVerwG, Einstellungsbeschluss vom 23. Juni 2014 – 4 C 1/13, Tenor.

<sup>62</sup> VG Magdeburg, Beschluss vom 25. September 2012 – 9 B 120/12, juris Rn. 43.

*„Haben Eigentümer oder in Ausübung ihrer Nutzungsrechte sonstige Nutzungsberechtigte im berechtigten Vertrauen auf den Bestand eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans Vorbereitungen für die Verwirklichung von Nutzungsmöglichkeiten getroffen, die sich aus dem Bebauungsplan ergeben, können sie angemessene Entschädigung in Geld verlangen, soweit die Aufwendungen durch die Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Bebauungsplans an Wert verlieren.“*

Der Tatbestand von § 39 BauGB setzt voraus:<sup>64</sup>

- die Anspruchsberechtigung,
- einen rechtswirksamen Bebauungsplan,
- berechtigtes Vertrauen,
- Aufwendungen zur Vorbereitung von Nutzungsmöglichkeiten,
- einen Wertverlust durch die Änderung, Ergänzung oder Aufhebung.

Im Einzelnen:

Anspruchsberechtigt ist der Eigentümer des von der Veränderung des Bebauungsplans betroffenen Grundstücks oder ein sonstiger Nutzungsberechtigter.<sup>65</sup>

§ 39 BauGB verlangt als Vertrauenstatbestand einen rechtsverbindlichen Bebauungsplan.<sup>66</sup> Die Vorschrift findet nach dem eindeutigen Wortlaut keine direkte oder entsprechende Anwendung auf Aufwendungen, die im Vertrauen auf den Fortbestand einer nach §§ 34, 35 BauGB zulässigen Bodennutzung gemacht worden sind.<sup>67</sup> Mit anderen Worten setzt der Anspruch voraus, dass das mit den nutzungsvorbereitenden Aufwendungen betätigte Vertrauen auf den Bestand eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans gerichtet war.<sup>68</sup>

Der Anspruchsberechtigte muss in dem Zeitpunkt, in dem er Aufwendungen tätigt oder Verpflichtungen eingeht, im berechtigten Vertrauen auf den Bestand des rechtsverbindlichen Bebauungsplans handeln: Das Vertrauen in einen Bebauungsplan ist grundsätzlich berechtigt, bis der Anspruchsberechtigte eine bevorstehende Änderung oder Aufhebung kannte oder kennen musste.<sup>69</sup> Die Änderung eines Flächennutzungsplans ist grundsätzlich nicht geeignet, die Vertrauensgrundlage entfallen zu lassen, wenn nicht ausnahmsweise ausdrückliche Erklärungen der Gemeinde vorliegen, wonach alsbald auch eine verbindliche Bebauungsplanung für das betreffende Grundstück umgesetzt werden soll.<sup>70</sup> Gleichfalls lässt die Änderung überörtlicher Planungen den Vertrauensschutz in einen beste-

---

<sup>63</sup> Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. – 2014, § 39 Rn. 1.

<sup>64</sup> Siehe Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 39 Rn. 1 ff.

<sup>65</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 39 Rn. 5.

<sup>66</sup> BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2005 – 4 C 5/04 = NVwZ 2005, 578, 589.

<sup>67</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 39 Rn. 10.

<sup>68</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 1991 – III ZR 167/90, juris Rn. 20.

<sup>69</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 39 Rn. 11.

<sup>70</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 39 Rn. 14.

henden Bebauungsplan nicht entfallen.<sup>71</sup> Im Zusammenhang mit den Zielen der Raumordnung kann die durch einen Bebauungsplan geschaffene Vertrauensgrundlage mit Blick auf die Anpassungspflicht aus § 1 Abs. 4 BauGB nur und erst dann entfallen, wenn der Vollzug der Ziele der Raumordnung über die Bauleitplanung der Gemeinde zweifellos und unmittelbar bevorsteht.<sup>72</sup>

Entschädigungsfähig sind Aufwendungen zur Vorbereitung der Verwirklichung von plangemäßen, im Bebauungsplan für das betreffende Grundstück unmittelbar als zulässig festgesetzten Nutzungsmöglichkeiten. Dazu gehören beispielsweise Architekten- und Ingenieurhonorare für Planentwürfe, Bodenuntersuchungen, Wirtschaftlichkeitsberechnungen, Kosten für Grundstücksvermessungen, Bau- und Finanzierungskosten; ebenfalls die nach § 39 Satz 2 BauGB die Erschließungsabgaben, nicht jedoch die Kosten des Grundstückserwerbs oder der Einräumung von Nutzungsrechten.<sup>73</sup>

Die Aufwendungen müssen kausal durch die Veränderung des Bebauungsplans an Wert verlieren. Rechtliche Hindernisse außerhalb des Planungsrechts, etwa des Bauordnungs-, Denkmalschutz- oder Bodenschutzrechts, lassen die Kausalität entfallen. Auch eine nur teilweise Entwertung ist erfasst.<sup>74</sup>

Liegen alle Tatbestandsvoraussetzungen vor, schuldet ein Begünstigter oder subsidiär die Gemeinde (§ 44 Abs. 1, 2 BauGB) in der Rechtsfolge eine für den Wertverlust angemessene Entschädigung in Geld nach Antrag des Anspruchsberechtigten.<sup>75</sup> Im Streitfall liegt die Beweislast bei denjenigen, der den Anspruch geltend macht.

## bb) § 42 BauGB

§ 42 Abs. 1, 2 BauGB entschädigt für Wertminderungen eines Grundstücks.<sup>76</sup> Die Vorschrift lautet:

*„(1) Wird die zulässige Nutzung eines Grundstücks aufgehoben oder geändert und tritt dadurch eine nicht nur unwesentliche Wertminderung des Grundstücks ein, kann der Eigentümer nach Maßgabe der folgenden Absätze eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.*

*(2) Wird die zulässige Nutzung eines Grundstücks innerhalb einer Frist von sieben Jahren ab Zulässigkeit aufgehoben oder geändert, bemisst sich die Entschädigung nach dem Unterschied zwischen dem Wert des Grundstücks auf Grund der zulässigen Nutzung und seinem Wert, der sich infolge der Aufhebung oder Änderung ergibt.“*

---

<sup>71</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 39 Rn. 15.

<sup>72</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 39 Rn. 16.

<sup>73</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 39 Rn. 18-20.

<sup>74</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 39 Rn. 23 f, 26.

<sup>75</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 39 Rn. 27-30.

<sup>76</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 42 Vor Rn. 1.

Der Tatbestand von § 42 Abs. 1, 2 BauGB verlangt:

- eine zulässige Grundstücksnutzung,
- deren Aufhebung oder Änderung,
- innerhalb von sieben Jahren,
- eine kausale wesentliche Wertminderung,

Im Einzelnen:

Die Zulässigkeit der Nutzung eines Grundstücks ergibt sich aus den §§ 29 ff. BauGB.<sup>77</sup>

Diese zulässige Nutzung des Grundstücks muss aufgehoben oder geändert werden. Erforderlich ist ein planungsrechtlicher Eingriff in die Bodennutzbarkeit mit bodenrechtlichen Wirkungen oder eine entsprechende planersetzende Maßnahme, regelmäßig in Gestalt eines Bebauungsplans. Darstellungen in einem Flächennutzungsplan oder Ziel der Raumordnung sind kein Eingriff im vorgenannten Sinne.<sup>78</sup> Selbst ein „planreifer“ Bebauungsplan im Sinne von § 33 BauGB ist nicht ausreichend, da dieser noch keine normativen Wirkungen entfaltet.<sup>79</sup> Auch die Steuerung von Windkraftanlagen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB durch Darstellungen eines Flächennutzungsplans oder Ziele der Raumordnung ist nicht entschädigungspflichtig. Das Bundesverwaltungsgericht hat es zwar in einem Urteil vom aus dem Jahr 2002 zunächst grundsätzlich für möglich gehalten, dass § 42 BauGB ein weites Verständnis des Entzugs von Nutzungsmöglichkeiten zu Grunde liegt.<sup>80</sup> Diese Sichtweise hat sich der Bundestagsausschuss für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen im Rahmen der Erörterungen zum Entwurf des EAGBau unter Hinweis auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes<sup>81</sup> indes nicht zu Eigen gemacht.<sup>82</sup> Nach der Auffassung des Ausschusses haben die Nutzungsmöglichkeiten, die § 35 BauGB eröffnet, nicht die in § 42 BauGB vorausgesetzte Qualität einer eigentumsrechtlichen Rechtsposition. Vorhaben im Außenbereich seien nicht ohne Weiteres zulässig, denn sie stünden unter dem Vorbehalt der Nichtbeeinträchtigung beziehungsweise des Nichtentgegenstehens öffentlicher Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB. Windkraftanlagen wiesen überdies die Besonderheit auf, dass sie zwar seit dem 1. Januar 1997 privilegiert zulässig seien, seit diesem Zeitpunkt aber auch dem Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unterworfen seien.<sup>83</sup>

Verlangt ist eine nicht nur unwesentliche Wertminderung des Grundstücks. Die Wesentlichkeit der Wertminderung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Es muss sich um eine spürbare Beein-

---

<sup>77</sup> Vgl. *Hoffmann*, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 42 Rn. 1.

<sup>78</sup> *Hoffmann*, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 42 Rn. 7, 11.

<sup>79</sup> *Hoffmann*, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 42 Rn. 7.1.

<sup>80</sup> BVerwG, Urteil vom 19. September 2002 – 4 C 10/01, juris Rn. 22.

<sup>81</sup> BGH, Urteil vom 10. April 1997 – III ZR 104/96, juris Rn. 29.

<sup>82</sup> Speziell zu Windenergieanlagen BT-Drs. 15/2996, S. 61 f.

<sup>83</sup> Gegen die Entschädigungsfähigkeit *Hoffmann*, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 42 Rn. 11.1; im Ergebnis wohl ebenso *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. – 2016, § 42 Rn. 5.

trächtigung von Vermögenswerten handeln, die zumeist nicht bei einer Wertminderung von unter 3,6 %, jedenfalls aber bei einer Wertminderung von über 12 % gegeben sein wird. Die Wertminderung des Grundstücks muss kausal auf die planungsrechtliche Maßnahme zurückzuführen sein.<sup>84</sup>

Die Nutzungsbeschränkung muss innerhalb von sieben Jahren ab Zulässigkeit erfolgen, damit sich die Höhe der Entschädigung nach dem Unterschied zwischen dem Wert des Grundstücks aufgrund der zulässigen Nutzung und seinem Wert, der sich in Folge der Aufhebung oder Änderung ergibt, bemisst.<sup>85</sup> Nach Ablauf von sieben Jahren nach § 42 Abs. 3 Satz 1 BauGB ist die Entschädigung auf Eingriffe in eine ausgeübte Nutzung beschränkt.<sup>86</sup> Hieraus folgt, dass die Sieben-Jahres-Frist grundsätzlich allein für das „Wie“ einer Entschädigung, nicht aber für deren „Ob“ von Bedeutung ist. Ein kategorisches Ausscheiden jeder Entschädigung nach dem Ablauf von sieben Jahren ergibt sich nicht aus § 42 Abs. 3 Satz 1 BauGB.

Rechtsfolge ist der Anspruch auf angemessene Entschädigung in Geld in Höhe der Differenz zwischen dem Wert bei ursprünglicher Nutzung sowie dem Wert nach Modifikation.

#### cc) Raumordnung und Bauleitplanung

Abhängig von den Umständen des Einzelfalles kann eine Anpassung der gemeindlichen Bauleitplanung an die Raumordnungsplanung Entschädigungspflichten der Gemeinde auslösen. Dies kommt regelmäßig nur dann in Betracht, wenn wirksame und änderungsbedürftige Bebauungspläne bestehen.

Werden Vorranggebiete eines Raumordnungs- oder Flächennutzungsplanes modifiziert, ohne dass diese bebauungsplanerisch festgesetzt sind, bestehen – trotz des Fehlens höchstrichterlicher Rechtsprechung hierzu – nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur keine Entschädigungsrisiken:

---

<sup>84</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 42 Rn. 16, 18 f.

<sup>85</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 42 Rn. 21.

<sup>86</sup> Hoffmann, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 37. Ed. – 2017, § 42 Vor Rn. 1.



- **Erstplanung:**  
Die erstmalige Festsetzung von Ausschlusszonen in einem Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan ist nicht nach §§ 39, 42 BauGB entschädigungspflichtig.<sup>87</sup>
  
- **„Wegplanung“:**  
Die Aufgabe oder Umplanung eines in einem Regionalplan festgelegten Vorrangstandortes löst keine Entschädigungspflichten nach § 42 BauGB aus. Die Steuerung von Windkraftanlagen durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder Ziele der Raumordnung kann Entschädigungspflichten nach § 42 BauGB nicht auslösen, weil Nutzungsmöglichkeiten, die § 35 BauGB eröffnet, nicht auf einer in § 42 BauGB vorausgesetzten eigentumsrechtlichen Rechtsposition beruhen. Windenergieanlagen weisen zudem die Besonderheit auf, dass sie zwar privilegiert zulässig, gleichfalls aber dem Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unterworfen sind.<sup>88</sup>
  
- **Flächennutzungsplan:**  
Wenn kein Bebauungsplan existiert, sondern nur Darstellungen eines Flächennutzungsplans, werden diese durch abweichende, zeitlich nachfolgende Festlegungen eines Raumordnungsplans unbeachtlich. Die Verdrängung der Flächennutzungsplanung durch konträre Ziele der Raumordnung ist wegen des Planvorbehalts nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht gemäß §§ 39, 42 BauGB entschädigungspflichtig. Wenn – in umgekehrter Reihenfolge – zuerst ein Raumordnungsplan mit Vorranggebieten aufgestellt ist, sind abweichende Darstellungen eines zeitlich nachfolgenden Flächennutzungsplans – wie auch abweichende Festsetzungen eines Bebauungsplans – wegen eines Verstoßes gegen § 1 Abs. 4 BauGB rechtswidrig und unwirksam. Auch hier besteht kein Anspruch nach §§ 39, 42 BauGB.<sup>89</sup>

Demgegenüber können sich Entschädigungsansprüche ergeben, sofern Vorranggebiete in bestehenden Bebauungsplänen festgesetzt sind, die nunmehr nach der Regionalplanung anzupassen sind:

- **Aufwendungen:**  
Abhängig von den Umständen des Einzelfalles kann die Anpassung von Bebauungsplänen an die Raumordnungsplanung einen Entschädigungsanspruch nach § 39 BauGB begründen. Die Anpassungspflicht aus § 1 Abs. 4 BauGB gilt unbedingt und ungeachtet eventueller Entschädigungsansprüche nach §§ 39, 42 BauGB wegen der Aufhebung eines Bebauungsplans. Ein Planschaden soll nach dem Verwaltungsgericht Magdeburg im Einzelfall durch frühzeitige An-

<sup>87</sup> Breuer, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. – 2015, § 42 Rn. 28.

<sup>88</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 12; BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2005 – 4 C 5/04 = NVwZ 2005, 578, 589; unwirksam, gleichwohl hierzu OVG Lüneburg, Urteil vom 08. Mai 2012 – 12 LB 265/10, Leitsatz, juris Rn. 47; siehe nach vorheriger Zulassung der Revision BVerwG, Einstellungsbeschluss vom 23. Juni 2014 – 4 C 1/13, Tenor; Breuer, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. – 2015, § 42 Rn. 28.

<sup>89</sup> Breuer, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. – 2015, § 42 Rn. 29.

passung vermieden werden können.<sup>90</sup> Diesen Hinweis des Verwaltungsgerichts Magdeburg wird man so verstehen können, dass eine frühzeitige Information der Öffentlichkeit ein berechtigtes Vertrauen in die Bebauungsplanung begrenzen kann. Ein vollständiger Ausschluss von Entschädigungsansprüchen ist aber nicht ohne Weiteres ersichtlich.

- Wertverlust:

Entschädigungsansprüche können entstehen, wenn Raumordnungspläne und Bauleitpläne unterschiedliche Vorrangzonen für die Windkraftnutzung oder unterschiedliche Höchstzahlen, Höhenbegrenzungen oder Abstände für Windkraftanlagen festlegen. Die Aufhebung oder Änderung der nach dem ursprünglichen Bebauungsplan zulässigen Nutzung kann dann auch nach § 42 BauGB entschädigungspflichtig sein.<sup>91</sup>

Eine Vermeidung möglicher Entschädigungsverpflichtungen durch kommunale Gestaltungsspielräume oder die Übernahme bestehender Vorranggebiete aus Bebauungsplänen ist grundsätzlich möglich:

- Gestaltungsspielräume:

Werden den Gemeinden auf regionalplanerischer Ebene in zulässiger Weise Gestaltungsspielräume eröffnet, so können die Gemeinden im Zuge rechtmäßiger Ausnutzung der ihnen eingeräumten Gestaltungsspielräume verhindern, dass eine Nutzungsmöglichkeit oder ein Grundstück entwertet wird und die Voraussetzungen von §§ 39, 42 BauGB eintreten.

- Gebietsübernahme:

Werden Vorranggebiete aus bestehenden Bebauungsplänen im Rahmen der regionalen Konzentrationsflächenplanung übernommen, so müssen die Gemeinden bestehende Bebauungspläne nicht nach § 1 Abs. 4 BauGB anpassen. Die Vorranggebiete bleiben unberührt. Sofern sachliche Gründe für die Festsetzung der Vorranggebiete vorliegen, steht es dem Regionalplangeber frei, im Zuge einer eigenen und originären Abwägungsentscheidung bestehende Vorranggebiete aus der Bauleitplanung zu übernehmen. Allein eine ungeprüfte, nicht ordnungsgemäß abgewogene Übernahme verbietet sich.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> VG Magdeburg, Beschluss vom 25. September 2012 – 9 B 120/12, juris Rn. 42.

<sup>91</sup> Breuer, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. – 2015, § 42 Rn. 29; vgl. Schrödter, ZfBR 2013, 535, 543.

<sup>92</sup> Siehe unten C.III.2, S. 14.

## b) Ersatzleistung

§ 18 LPIG regelt die Ersatzleistung des Landes gegenüber der Gemeinde.<sup>93</sup> Die Vorschrift lautet:

„§ 18

*Ersatzleistung an die Gemeinden*

*(1) Muß eine Gemeinde einen Dritten nach den §§ 39 bis 44 und 246 a des Baugesetzbuches entschädigen, weil sie einen in Kraft getretenen Bebauungsplan zur Anpassung an die Ziele der Raumordnung und Landesplanung ändern oder aufheben mußte, so hat ihr das Land Ersatz zu leisten.*

*(2) Ein Anspruch auf Ersatzleistung ist ausgeschlossen, wenn die Gemeinde die untere Landesplanungsbehörde nicht rechtzeitig von der beabsichtigten Aufstellung oder Änderung des Bebauungsplanes unterrichtet hat oder soweit sie von einem durch die Maßnahme Begünstigten Ersatz verlangen kann.“*

Ausweislich des Wortlauts setzt der Tatbestand von § 18 LPIG voraus:

- einen in Kraft getretenen Bebauungsplan einer Gemeinde,
- dessen zweckgerichtete Änderung oder Aufhebung wegen Zielen der Raumordnung,
- eine kausale Entschädigungspflicht der Gemeinde gegenüber einem Dritten,
- die rechtzeitige Unterrichtung der unteren Landesplanungsbehörde durch die Gemeinde,
- das Fehlen eines Ersatzanspruchs gegenüber einem Begünstigten.

Rechtsfolge ist eine Ersatzpflicht des Landes gegenüber der Gemeinde.

Ersatzleistungsklauseln, wie § 18 LPIG, sehen die Landesplanungsgesetze mehrerer Länder vor. Die Ersatzleistung wird nach dem Landesrecht jeweils an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft.<sup>94</sup>

Nur bei Vorliegen der Voraussetzungen besteht eine Ersatzleistungspflicht des Landes gegenüber der Gemeinde. Insbesondere ist damit eine rechtzeitige Unterrichtung der unteren Landesbehörde verlangt. Anderenfalls greift die Ersatzpflicht nicht ein. Die Erstattungspflicht des Landes greift nicht generell, sondern ist im Einzelfall zu prüfen.

Entschädigungspflichten gehen nicht auf das Land über. Primär bleibt die Gemeinde entschädigungspflichtig; der Anspruch der Gemeinde gegen das Land kann nicht über die eigentliche Kompensation hinausgehen, die die Gemeinde gegenüber dem Entschädigungsberechtigten zu leisten hat.

Im Übrigen gilt, dass eine Ersatzpflicht des Landes nach § 18 LPIG im Falle einer planerischen Öffnungsklausel daran scheitern kann, dass eine Anpassungspflicht der Gemeinde nicht schlechthin zwingend besteht. Die Vorschrift fordert, dass die Gemeinde ihre Bebauungsplanung anpassen

---

<sup>93</sup> Vgl. LT-Drs. 1/602, dort § 19.

<sup>94</sup> Schrödter, ZfBR 2013, 535, 544.

„musste“. Dies ist jedoch nicht der Fall, soweit der Gemeinde eine abwägungsfehlerfreie Ausnutzung der planerischen Öffnungsklausel möglich ist. Die Ersatzleistungspflicht des Landes wird daher nur dann eintreten, wenn eine Aufhebung oder Änderung der bestehenden Bebauungsplanung die einzig rechtmäßige Vorgehensweise der Gemeinde darstellt. Das wird man nach den Umständen des Einzelfalls nur annehmen können, wenn jede andere Vorgehensweise abwägungsfehlerhaft wäre.

Die Aufnahme einer Öffnungsklausel senkt mithin in erheblichem Maße die Wahrscheinlichkeit einer Ersatzpflicht des Landes gegenüber der Gemeinde. Ein völliger, absolut ausnahmsloser Ausschluss dieser Ersatzpflicht lässt sich jedoch nicht aus dem Bestehen einer Öffnungsklausel ableiten. Eine Ersatzpflicht des Landes ergibt sich auch bei Aufnahme einer planerischen Öffnungsklausel ausnahmsweise dann, wenn das Raumordnungsziel in der konkreten Planungssituation der Gemeinde keine rechtmäßigen Bauleitplanungsmöglichkeiten belässt, die ohne Auslösung einer Entschädigungspflicht umgesetzt werden können. In diesem Sinne müsste die Gemeinde in der konkreten Planungssituation durch das bauleitplanerische Abwägungsgebot alternativlos zu einer Bauleitplanung gezwungen sein, welche eine Entschädigungspflicht auslöst. Die Wahrscheinlichkeit solcher Fälle wird durch die Aufnahme einer Öffnungsklausel freilich erheblich gesenkt. Völlig ausgeschlossen ist es aber nicht, dass die Gesamtumstände die Gemeinde vor dem Hintergrund des Abwägungsgebots im Einzelfall zu einer Vorgehensweise zwingen, die sie von einer umfassenden Ausnutzung der Öffnungsklausel abhalten muss. Dann drohen ausnahmsweise Entschädigungs- und Ersatzpflichten.

In der Literatur wird vor dem Hintergrund bestehender Rechtsunsicherheiten und dem Mangel an gefestigter Rechtsprechung vorgeschlagen, dass Gemeinden einen öffentlich-rechtlichen Vertrag über Ersatzregelungen mit dem Land schließen, bevor sie eine Anpassung ihrer Bauleitplanung an die Regionalplanung vornehmen. Dies soll erst recht gelten, wenn die Anpassung eines Flächennutzungsplans erfolgt, weil hier keine gesetzliche Ersatzregelung besteht.<sup>95</sup>

Der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags ist möglich, aber nicht notwendig. Ersatzregelungen ergeben sich bereits aus § 18 LPlG. Eine Ersatzregelung im Falle der Flächennutzungsplanung ist nicht notwendig, weil hier in aller Regel keine Entschädigungspflichten drohen.<sup>96</sup> Die Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB gilt demgegenüber unbedingt. Der Regionalplangeber kann die Gemeinden daher auf diese gesetzlichen Regelungen verweisen und den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ablehnen. Der Gesetzgeber hat durch § 18 LPlG ausdrücklich und abschließend geregelt, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen das Land eine Ersatzpflicht gegenüber der Gemeinde treffen soll.

---

<sup>95</sup> Schrödter, ZfBR 2013, 535, 544.

<sup>96</sup> Siehe oben C.II.2.a)cc), S. 9.

### III. GEGENSTROMPRINZIP

Das Gegenstromprinzip ist in § 1 Abs. 3 ROG verankert.<sup>97</sup> Die Vorschrift bestimmt:

*„Die Entwicklung, Ordnung und Sicherung der Teilräume soll sich in die Gegebenheiten und Erfordernisse des Gesamtraums einfügen; die Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Gesamtraums soll die Gegebenheiten und Erfordernisse seiner Teilräume berücksichtigen (Gegenstromprinzip).“*

Das Gegenstromprinzip gilt als grundlegendes Prinzip der Raumordnung.<sup>98</sup> Es behandelt die wechselseitigen Beziehungen der räumlichen Planung für den Gesamtraum und der räumlichen Planung für die Teilräume. Das Prinzip betrifft ausschließlich die Raumplanungen untereinander, nicht hingegen deren Verhältnis zu den Fachplanungen (sog. vertikale Dimension). Insofern unterscheidet sich das Gegenstromprinzip vom Abstimmungsgebot raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen, das auch die horizontale Abstimmung umfasst.<sup>99</sup>

Das Gegenstromprinzip stellt sicher, dass die Raumordnung nicht einem schlichten „Top-Down-Grundsatz“ folgt.<sup>100</sup> Es behandelt das Verhältnis von Gesamtraum zum Teilraum aus zwei Blickwinkeln: der erste Halbsatz von § 1 Abs. 3 ROG behandelt das Verhältnis der Teilräume zum Gesamtraum, der zweite Halbsatz das Verhältnis des Gesamtraums zu seinen Teilräumen. Das Gesetz enthält keine Aussage dazu, was unter Gesamtraum oder Teilraum zu verstehen ist. Die Zuordnung wechselt nach Planungsstufe: Bei einem Raumordnungsplan für das Landesgebiet ist das Land Teilraum gegenüber dem Gesamtraum der Bundesrepublik Deutschland, gleichzeitig aber Gesamtraum gegenüber den Teilräumen der Regionalplanung.<sup>101</sup>

Die Anwendung des Gegenstromprinzips ist nicht auf formelle Raumordnungspläne beschränkt. Es findet ebenso Anwendung im Rahmen der sonstigen Erfordernisse der Raumordnung, etwa bei Raumordnungsverfahren und raumordnerischen Stellungnahmen oder bei regionalen Entwicklungskonzepten (§ 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ROG), wenn Gestaltungs- oder Ermessensspielräume auszufüllen sind. Das Gegenstromprinzip hat eine verfahrensrechtliche und eine materiell-rechtliche Dimension. Verfahrensrechtlich ist sicherzustellen, dass die jeweils andere Seite im Rahmen des Aufstellungsverfahrens des Plans beteiligt wird, weil die Berücksichtigung von Gegebenheiten und Erfordernissen verfahrensrechtlich die Beteiligung der jeweiligen Sachwalter bedingt (vgl. § 10 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 ROG). Materiell-rechtlich ist das Gegenstromprinzip bei Raumordnungsplänen dem Abwägungsgebot zuzuordnen (§ 7 Abs. 2 ROG). Durch das Gegenstromprinzip wird das raumordnerische Abwägungsgebot auf die Berücksichtigung der Wechselbezüglichkeit von großräumigen und teilräumlichen

---

<sup>97</sup> Vgl. *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 1 Rn. 107.

<sup>98</sup> *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 1 Rn. 107.

<sup>99</sup> *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 1 Rn. 108.

<sup>100</sup> *Albrecht/Janssen et al.*, PdK – ROG, Stand: 2012, § 1 Nr. 4 Rn. 40.

<sup>101</sup> *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 1 Rn. 108.

Raumordnungsbelangen erstreckt. Außerhalb von Raumordnungsplanverfahren ist das Gegenstromprinzip bei Ermessensentscheidungen oder sonstigen Gestaltungsspielräumen zu verorten.<sup>102</sup>

## 1. EINFÜGUNGSGEBOT

Der Regelungsgehalt von § 1 Abs. 3 Hs. 1 ROG kann als Einfügungsgebot bezeichnet werden.

Die erste Aussage des Gegenstromprinzips geht dahin, dass sich die Entwicklung, Ordnung und Sicherung der Teilräume in die Gegebenheiten und Erfordernisse des Gesamtraumes einfügen sollen. Dies bezieht sich zunächst auf den landesweiten Raumordnungsplan (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG) gegenüber dem Gesamtraum der Bundesrepublik Deutschland (§ 1 Abs. 1 Satz 1 ROG). Da es keine Raumordnungsplanung für den Gesamtraum der Bundesrepublik Deutschland gibt, der über Festlegungen mit Ziel- oder Grundsatzqualität die Landesplanung bindet (vgl. § 17 ROG), kommt dem Gegenstromprinzip des § 1 Abs. 3 ROG bei der Aufgabe nach § 1 Abs. 1 Satz 1 ROG, den Gesamtraum der Bundesrepublik Deutschland mit Hilfe von Raumordnungsplänen zu entwickeln, zu ordnen und zu sichern, eine besondere Bedeutung zu. Die Landesplanung muss gewährleisten, dass sie ihre Aufgabenstellung gleichermaßen für die Gegebenheiten des Landes und des Gesamtraums der Bundesrepublik Deutschland erfüllt.<sup>103</sup>

Das Einfügungsgebot hat gleichfalls Bedeutung im Verhältnis von Regionalplan zum landesweiten Raumordnungsplan. Nach § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG sind die Regionalpläne aus dem Raumordnungsplan für das Landesgebiet zu entwickeln. Damit gelten im Verhältnis von Regionalplan zum landesweiten Raumordnungsplan die Bindungswirkungen des § 4 ROG, dann das Entwicklungsgebot des § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG und schließlich das allgemeine Gegenstromprinzip nach § 1 Abs. 3 Hs. 1 ROG. Eine eigenständige Bedeutung erlangt das Gegenstromprinzip beispielsweise, wenn die Erfordernisse des Gesamtraumes (noch nicht) Eingang in den landesweiten Raumordnungsplan gefunden haben, sondern Ergebnis eines Raumordnungsverfahrens sind.<sup>104</sup>

## 2. BERÜCKSICHTIGUNGSGEBOT

Der Regelungsgehalt von § 1 Abs. 3 Hs. 2 ROG kann als Berücksichtigungsgebot bezeichnet werden.

Das Berücksichtigungsgebot formt das Gegenstromprinzip aus dem Blickwinkel des Gesamtraumes bezogen auf seine Teilräume aus.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 1 Rn. 112.

<sup>103</sup> *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 1 Rn. 109.

<sup>104</sup> *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 1 Rn. 110.

<sup>105</sup> *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 1 Rn. 111.

Auf der Ebene des Gesamtgebietes der Bundesrepublik Deutschland besteht nur eine sehr gering ausgeformte Verwaltungskompetenz für die Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raumes mit den Instrumenten der Raumordnung (vgl. § 17 Abs. 1 ROG). Das Gegenstromprinzip geht hier ins Leere, weil es sich auf den vertikalen Verwaltungsstrang der Raumordnung beschränkt.<sup>106</sup>

Bedeutung erfährt das Gegenstromprinzip in seiner zweiten Ausformung demgegenüber im Verhältnis von Landesplanung und Regionalplanung. Danach erfolgt die Planung nicht „von oben nach unten“ im Sinne von „Befehl und Gehorsam“. Vielmehr ist den Bindungswirkungen des § 4 ROG eine Berücksichtigungspflicht der Gegebenheiten und Erfordernisse der Teilräume im Rahmen der Abwägung vorgelagert. Erst eine Landesplanung, die dieser Aufgabe nachgekommen ist, kann anschließend von der Regionalplanung verlangen, dass sie von ihr aufgestellte Ziele strikt beachtet, Grundsätze berücksichtigt und ihren Plan aus dem landesweiten Plan entwickelt.<sup>107</sup>

### 3. FLÄCHENNUTZUNGSPLAN

Die Flächennutzungsplanung der Gemeinden unterliegt an sich nicht dem Gegenstromprinzip: Nach § 1 Abs. 4 BauGB sind die Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen.<sup>108</sup> Allerdings wird das Gegenstromprinzip in § 8 Abs. 2 Satz 2 ROG erweitert:<sup>109</sup>

*„Die Flächennutzungspläne und die Ergebnisse der von Gemeinden beschlossenen sonstigen städtebaulichen Planungen sind entsprechend § 1 Abs. 3 in der Abwägung nach § 7 Abs. 2 zu berücksichtigen.“*

Die raumordnerische Abwägung vollzieht sich nach § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG wie folgt:

*„Bei der Aufstellung der Raumordnungspläne sind die öffentlichen und privaten Belange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen; bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung ist abschließend abzuwägen.“*

Sowohl förmliche Flächennutzungspläne als auch informelle städtebauliche Planungen sind demnach bei der Aufstellung des Regionalplans im Rahmen in die Abwägung einzustellen.<sup>110</sup> Die planerische Absicht der Kommune muss eine gewisse Verfestigung erfahren haben: Es darf sich nicht um bloße Vorstellungen oder Wünsche handeln.<sup>111</sup> Es muss sich um zulässige städtebauliche Planungen han-

---

<sup>106</sup> Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 1 Rn. 111.

<sup>107</sup> Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 1 Rn. 111.

<sup>108</sup> Albrecht/Janssen et al., PdK – ROG, Stand: 2012, § 1 Nr. 4 Rn. 44.

<sup>109</sup> Vgl. Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 1 Rn. 108.

<sup>110</sup> Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 7. Dezember 2009 – 3 S 1528/07, juris Rn. 45; Albrecht/Janssen et al., PdK – ROG, Stand: 2012, § 8 Nr. 7 Rn. 26; Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 8 Rn. 33; vgl. Spannowsky, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Stand: 2016, Bd. 2 K § 9 Rn. 25.

<sup>111</sup> Spannowsky, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Stand: 2016, Bd. 2 K § 9 Rn. 25; Albrecht/Janssen et al., PdK – ROG, Stand: 2012, § 8 Nr. 7 Rn. 27; Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 8 Rn. 34.

deln, sodass keine Planungen berücksichtigt werden, die mit den Zielen der Raumordnung im Übrigen in Widerspruch stehen.<sup>112</sup>

In Einklang mit dem allgemeinen Abwägungsgebot hat sich die Regionalplanung mit den städtebaulichen Planungen auseinander zu setzen. Die bestehenden Planungen müssen gewichtet und ins Verhältnis zu den übrigen Belangen gesetzt werden. Eine gleichsam „blinde“ Übernahme verbietet sich.<sup>113</sup>

Im Rahmen gerichtlicher Kontrolle ist die raumordnungsrechtliche Abwägung ungenügend, wenn

- eine sachgerechte Abwägung überhaupt nicht stattfindet (Abwägungsausfall),
- in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss (Abwägungsdefizit), oder
- die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt und dadurch die Gewichtung verschiedener Belange in ihrem Verhältnis zueinander in einer Weise vorgenommen wird, durch die die objektive Wichtigkeit eines dieser Belange völlig verfehlt wird (Abwägungsfehlschätzung).<sup>114</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Anforderungen ist es nach der Rechtsprechung zulässig, wenn im Rahmen der Auswahl geeigneter Potenzialflächen zur Ausweisung von Vorranggebieten schwerpunktmäßig kommunale Planungen berücksichtigt werden. Weil dem Träger der Raumordnungsplanung eine unkritische Übernahme der Kommunalplanung verwehrt ist, müssen sich die Vorstellungen der Kommune auf sachliche Gründe stützen. Diese müssen von der Planungsträgerin hinterfragt werden, insbesondere wenn es Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhinderungsplanung gibt. Kommunale Planungen über Konzentrationsflächen für die Windenergienutzung dürfen nicht unkritisch übernommen werden. Die kommunalen Konzentrationsflächenplanungen zur Windenergie sind grundsätzlich denselben Planungsanforderungen und Abwägungserfordernissen wie Raumordnungspläne unterworfen. Anregungen der Kommune über in ihrem Gebiet auszuweisende Vorranggebiete können daher zurückgewiesen werden. Gleichfalls können Vorranggebiete dort ausgewiesen werden, wo keine gemeindliche Planung bestand. Ergibt sich ein Konflikt mit gemeindlichen Planungen, so steht es dem Regionalplangeber schließlich frei, die betroffenen Gebiete als ausschussfreie Gebiete zu kennzeichnen, die nicht an der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB teilnehmen: Wurden alle Flächen in seiner Planung berücksichtigt, zwingt dies den Plangeber nicht, flächendeckend für das Plangebiet Ziele und Grundsätze der Raumordnung festzulegen. In jedem Fall muss der Regionalplan der

---

<sup>112</sup> Goppel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 8 Rn. 34.

<sup>113</sup> Albrecht/Janssen et al., PdK – ROG, Stand: 2012, § 8 Nr. 7 Rn. 28; Goppel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 8 Rn. 35.

<sup>114</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 8 C 11412/06, juris Rn. 38.



Windenergienutzung substanziellen Raum verschaffen. Der Regionalplangeber muss eine eigene, originäre Abwägungsentscheidung treffen.<sup>115</sup>

Wirksame oder in Kraft getretene gemeindliche Bauleitplanungen gehören bei der Aufstellung von Regionalen Raumordnungsprogrammen zwar zum abwägungsrelevanten Material, stellen aber keine unüberwindbaren Hindernisse dar.<sup>116</sup> Der früheren Einschränkung der Rechtsprechung, wonach für die Abwägung nur im Rahmen der Beteiligung von den Gemeinden vorgetragene Planungen zu berücksichtigen seien,<sup>117</sup> kann in Anbetracht des Wortlauts des heutigen § 8 Abs. 2 Satz 2 ROG grundsätzlich nicht gefolgt werden, der ausdrücklich die Berücksichtigung insbesondere der Flächennutzungspläne vorsieht („Die Flächennutzungspläne [...] sind [...] zu berücksichtigen.“).

Bei der Abwägung können vorhandene Windenergieanlagen als Tatsachenmaterial auch insofern berücksichtigt werden, als das mit solchen Bestandsanlagen verbundene Interesse an einem Repowering berücksichtigungsfähig ist: Der Planungsträger hat das Interesse der Betreiber, ältere Anlagen durch effizientere neue Anlagen zu ersetzen und diese gegebenenfalls neu anzuordnen, in der Abwägung zu berücksichtigen. Bei der Bewertung besteht ein weiter planerischer Gestaltungsspielraum. Der Plangeber ist nicht dazu verpflichtet, Standorte für die Windenergienutzung dort festzulegen, wo Windkraftanlagen bereits vorhanden sind. Die Abwägung kann, muss aber nicht von dem planerischen Willen geleitet sein, bereits vorhandene Windenergieanlagen einen gewissen Vorrang dergestalt einzuräumen, dass diese Flächen wegen ihres Repowering-Potentials nach Möglichkeit erneut als Konzentrationsflächen ausgewiesen werden. Ein gesteigertes Abwägungs- oder Begründungserfordernis löst das Repowering-Potential vorhandener Windenergieanlagen nicht aus. Entscheidend ist allein, dass der Planungsträger die Interessen der Betreiber vorhandener Windenergieanlagen erkennt und angemessen gewichtet.<sup>118</sup>

Schließlich muss einem Regionalplan, der Konzentrationszonen für die Windenergienutzung als Ziele der Raumordnung im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB festlegt, ein schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept zugrunde liegen.<sup>119</sup>

In Anbetracht dieser Maßstäbe ist das langjährige Bestehen von kommunalen Bauleitplänen in der Abwägung nicht schlechthin höher zu bewerten als das regionale Interesse an einem schlüssigen gesamtträumlichen Planungskonzept. Der Regionalplangeber trifft eine eigene planerische Entscheidung, die den Anforderungen des Abwägungsgebots genügen muss. Zwar hat er hierbei nach § 8 Abs. 2 ROG die Flächennutzungspläne sowie die von Gemeinden beschlossenen sonstigen städte-

---

<sup>115</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 8 C 11412/06, juris Rn. 51 ff.; vgl. VG Lüneburg, Urteil vom 3. Juni 2010 – 2 A 616/08, juris Rn. 35; siehe *Spannowsky*, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Stand: 2016, Bd. 2 K § 9 Rn. 25.

<sup>116</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 19. Januar 2001 – 4 K 9/99, juris Rn. 45.

<sup>117</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 19. Januar 2001 – 4 K 9/99, juris Rn. 46.

<sup>118</sup> BVerwG, Beschluss vom 29. März 2010 – 4 BN 65/09, juris Rn. 9.

<sup>119</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14. September 2010 – 2 A 3.10, Leitsatz Nr. 1; siehe unten C.V, S. 23.

baulichen Planungen entsprechend des Gegenstromprinzips zu berücksichtigen. Ein genereller Vorrang der gemeindlichen Interessen lässt sich hieraus aber nicht ableiten. Vielmehr kann der Regionalplangeber gemeindliche Planungen übernehmen oder verwerfen. Er hat dabei die Regeln über eine ordnungsgemäße Abwägung zu beachten. Der Regionalplangeber wird sich daher im Rahmen seiner Abwägung stets mit der Frage auseinandersetzen müssen, inwiefern der Kommunalplanung sachlich Gründe zur Seite stehen.

Für die Abwägung sind damit allein die Umstände des Einzelfalles maßgeblich. Eine Tendenz, dass bestehende Bauleitpläne ob ihres langjährigen Bestehens schlechthin höher zu bewerten wären als das raumplanerische Interesse an einem schlüssigen gesamtträumlichen Planungskonzept, lässt sich nicht erkennen. Vielmehr wäre ein derart pauschales Vorgehen abwägungsfehlerhaft.

Mit Blick auf die verfahrensrechtliche Komponente des Gegenstromprinzips gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 ROG liegt es im Interesse des Regionalen Planungsverbandes, eine hinreichende Beteiligung der betroffenen Gemeinden zu gewährleisten. Anderenfalls ist nicht sicherzustellen, dass der Regionale Planungsverband die für eine fehlerfreie Abwägung bedeutsamen Tatsachenkenntnisse zu kommunalen Planungen und den verbundenen örtlichen Gegebenheiten erhält. Dies ist jedoch notwendig, weil ein Mangel im Abwägungsvorgang bereits dann vorliegt, wenn es an einer Begründung für die Streichung eines Eignungsgebietes fehlt.<sup>120</sup>

#### 4. NEUREGELUNG

Am 29. November 2017 tritt die Neuregelung des § 13 Abs. 2 ROG n. F. in Kraft. Sie lautet:<sup>121</sup>

*„Die Regionalpläne sind aus dem Raumordnungsplan für das Landesgebiet zu entwickeln. Die Flächennutzungspläne und die Ergebnisse der von Gemeinden beschlossenen sonstigen städtebaulichen Planungen sind entsprechend § 1 Absatz 3 in der Abwägung nach § 7 Absatz 2 zu berücksichtigen.“*

Aus der Neuregelung ergeben sich keine planungsrechtlichen Neuerungen.

Die Neuregelung des § 13 Abs. 2 ROG n. F. wurde im Zuge der Umstrukturierung des Gesetzes wortgleich aus § 8 Abs. 2 ROG gegenwärtiger Fassung übernommen. Ein neuer Regelungsgehalt ist aus einem Vergleich des Wortlauts der Neu- und Altregelungen nicht ersichtlich. Auch die Gesetzgebungsmaterialien lassen nicht auf einen veränderten Regelungsgehalt schließen.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 19. Mai 2015 – 3 K 44/11, Leitsatz Nr. 2, juris Rn. 75 ff.

<sup>121</sup> BGBl. I 2017, S. 1245, 1248, 1252.

<sup>122</sup> Siehe BT-Drs 18/10883, S. 17, 50 f.

In Anbetracht des Gleichlaufs der Regelungen ist nicht ersichtlich, dass Eignungsgebiete aus dem RREP 2011 nach § 13 Abs. 2 ROG n. F. schlechter „wegzuplanen“ wären als nach § 8 Abs. 2 ROG gegenwärtiger Fassung.

## 5. ENTWICKLUNGSGEBOT

Vor dem Hintergrund der planungsrechtlichen Entwicklungsgebote der §§ 1 Abs. 4 BauGB, 8 Abs. 2 Satz 1 ROG fragt sich, wie sich die Unwirksamkeit eines höherrangigen Plans auf die Wirksamkeit des niederrangigen Plans auswirkt.

### a) Flächennutzungsplan und Bebauungsplan

Für den Bebauungsplan wird dies teils durch § 214 Abs. 2 Nr. 3 BauGB beantwortet. Nach der Vorschrift ist es für die Rechtswirksamkeit der Bauleitpläne unbeachtlich, wenn der Bebauungsplan aus einem Flächennutzungsplan entwickelt worden ist, dessen Unwirksamkeit sich wegen Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften einschließlich des § 6 BauGB nach Bekanntmachung des Bebauungsplans herausstellt. Nach der Vorschrift wirken sich mithin bestimmte formelle Fehler nicht auf die Wirksamkeit des Bebauungsplanes aus. Die Vorschrift erfasst indes nur Verfahrens- und Formfehler, hingegen kein materielles Recht. Dementsprechend verlangt § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB grundsätzlich, dass Bebauungspläne aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln sind. Diese rechtliche Abhängigkeit des Bebauungsplans vom Flächennutzungsplan wird teils unter dem Begriff der Wirksamkeitsakzessorietät beschrieben, die durch § 214 Abs. 2 Nr. 3 BauGB nur gelockert wird. Die Unwirksamkeit eines Flächennutzungsplanes steht hierbei dessen Fehlen gleich. Die Pflicht zur Flächennutzungsplanung ist daher vor diesem Hintergrund Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Bebauungsplanung, weil Bebauungspläne grundsätzlich nur aus einem wirksamen Flächennutzungsplan entwickelt werden können, vgl. § 8 Abs. 2 Satz 2 BauGB.<sup>123</sup>

Abgemildert wird dieser Befund durch den Umstand, dass nach § 8 Abs. 4 Satz 1 BauGB die Möglichkeit der Aufstellung eines vorzeitigen Bebauungsplanes verbleibt. Schließlich kann infolge eines Ablaufs der Jahresfrist aus § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB ein Flächennutzungsplanungsdefizit für die Wirksamkeit des Bebauungsplans generell irrelevant werden.<sup>124</sup> Nach einem allgemeinen Verständnis steht die Wirksamkeitsakzessorietät von Flächennutzungsplan und Bebauungsplan damit unter dem Vorbehalt von Planerhaltungsvorschriften.

---

<sup>123</sup> BVerwG, Urteil vom 29. April 2010 – 4 CN 3/08, juris Rn. 18; *Kümper*, LKV 2014, 542, 544; *Ingold*, NVwZ 2010, 1399, 1400.

<sup>124</sup> *Ingold*, NVwZ 2010, 1399, 1400.

## b) Landesweiter Raumordnungsplan und Regionalplan

Nach § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG sind die Regionalpläne aus dem Raumordnungsplan für das Landesgebiet zu entwickeln (§ 13 Abs. 2 Satz 1 ROG n. F.). Entsprechend sind gemäß § 8 Abs. 1 LPIG die Regionalen Raumentwicklungsprogramme aus dem Landesraumentwicklungsprogramm zu entwickeln. Dieses raumordnungsrechtliche Entwicklungsgebot ist grundsätzlich in gleicher Weise wie das bauplanungsrechtliche Entwicklungsgebot nach § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB auszulegen. Daher verlangt das raumordnungsrechtliche Entwicklungsgebot, dass dem Regionalplan ein wirksamer landesweiter Raumordnungsplan vorausgeht. Aus dem Entwicklungsgebot folgt mithin, dass die Unwirksamkeit eines landesweiten Raumordnungsplans grundsätzlich die Unwirksamkeit der Regionalpläne nach sich zieht.<sup>125</sup>

Etwas anderes gilt in begrenztem Umfang nach § 12 Abs. 2 ROG (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 ROG n. F.). Danach ist es für die Rechtswirksamkeit der Regionalpläne unbeachtlich, wenn § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG bei der Ableitung des Regionalplans aus dem Raumordnungsplan für das Landesgebiet verletzt worden ist, ohne dass hierbei die sich aus dem Raumordnungsplan für das Landesgebiet ergebende geordnete räumliche Entwicklung beeinträchtigt worden ist. Mit Blick auf die rein materiell-rechtliche Dimension dieser Planerhaltungsvorschrift soll indessen die Unwirksamkeit des landesweiten Raumordnungsplans – jedenfalls nach Stimmen in der Literatur – stets zur Unwirksamkeit des Regionalplans führen.<sup>126</sup>

§ 5 Abs. 3 Satz 1 LPIG regelt allerdings, dass Verfahrens- und Formfehler innerhalb eines Jahres zu rügen sind. Mängel im Abwägungsvorgang sind nach § 5 Abs. 5 Satz 1 LPIG nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind. Auch auf Raumordnungsebene bestehen demnach verschiedene Planerhaltungsvorschriften, die die grundsätzliche Wirksamkeitsakzessorietät lockern.

Nach den genannten Prämissen würde beispielsweise eine aus einer Klage folgende Unwirksamkeit des Landesraumentwicklungsprogramms Mecklenburg-Vorpommern grundsätzlich die Unwirksamkeit der hierauf aufsetzenden Regionalen Raumentwicklungsprogramme begründen. Dies gilt aber nicht, wenn die sich aus dem Landesplan ergebende geordnete räumliche Entwicklung nicht beeinträchtigt wird, vgl. § 12 Abs. 2 ROG (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 ROG n. F.). Überdies wurde die Planerhaltung für Regionalpläne nunmehr gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 2 ROG n. F. klarstellend auf Fälle erstreckt, in denen sich eine Unwirksamkeit des Landesplans allein aufgrund der Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften erst nach Bekanntmachung oder Verkündung des Regionalplans herausstellt.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Vgl. *Kümper*, LKV 2014, 542, 544; *Ingold*, NVwZ 2010, 1399, 1401.

<sup>126</sup> Zur Rechtslage vor der Novellierung des Raumordnungsgesetzes *Kümper*, LKV 2014, 542, 544.

<sup>127</sup> Vgl. BT-Drs. 18/10883, S. 49.

Damit ergeben sich Anknüpfungspunkte für die Planerhaltung von Regionalen Raumentwicklungsprogrammen ausnahmsweise auch dann, wenn das Landesraumentwicklungsprogramm unwirksam wird. Entscheidend für das rechtliche Schicksal Regionaler Raumentwicklungsprogramme sind stets die näheren Umstände der Unwirksamkeit des landesweiten Raumordnungsplans. Auch für die Fortschreibung Regionaler Raumentwicklungsprogramme ist dementsprechend maßgeblich, woraus eine eventuelle Unwirksamkeit des Landesplans folgt: Beispielsweise materiell bedeutsame Abwägungsfehler mit Relevanz auch für die regionalplanerische Ebene wären bei der Fortschreibung der Regionalplanung zu berücksichtigen.

### c) Raumordnungspläne und Bauleitpläne

Die Raumordnungsziele und die Bebauungspläne sind über die Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB verknüpft. Fehlt es an Raumordnungszielen oder werden diese unwirksam, so besteht die Anpassungspflicht nicht. Daher bleibt die Rechtmäßigkeit der gemeindlichen Bauleitplanung im Falle der Unwirksamkeit eines Raumordnungsziels vor dem Hintergrund von § 1 Abs. 4 BauGB grundsätzlich unberührt. Anders als im Falle der planungsrechtlichen Entwicklungsgebote, setzt § 1 Abs. 4 BauGB nicht das Vorliegen einer Raumordnungsplanung voraus. Daher kann sich die Unwirksamkeit eines landesweiten Raumordnungsplans oder die resultierende Unwirksamkeit der Regionalpläne grundsätzlich nicht auf die Wirksamkeit der Bauleitpläne auswirken. Im Verhältnis zwischen Raumordnung und Bauleitplanung besteht kein Entwicklungsgebot: Der Flächennutzungsplan einer Gemeinde wird durch das Fehlen oder die Unwirksamkeit eines landesweiten Raumordnungsplans nicht automatisch unwirksam. Bei der bauleitplanerischen Abwägung müssen aber die Grundsätze und sonstigen Erfordernisse der Raumordnung berücksichtigt werden; die Planung muss gegebenenfalls mit den betroffenen übergemeindlichen Planungen des Nachbarlandes abgestimmt werden.<sup>128</sup>

Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn sich materielle Abwägungsfehler auf der Ebene der Bauleitplanung nach dem Wegfall eines Raumordnungsplans ergeben. Werden aus einem abwägungsfehlerhaften Raumordnungsplan Vorranggebiete in einen Flächennutzungsplan übernommen, so können die Abwägungsfehler auf raumordnungsrechtlicher Ebene gleichsam den Flächennutzungsplan als dort eigenständig beachtliche Abwägungsfehler der Flächennutzungsplanung „infizieren“.<sup>129</sup> In einem solchen Fall folgt eine Rechtswidrigkeit des Flächennutzungsplans aber nicht allein aus der Unwirksamkeit des Raumordnungsplans, sondern es ergibt sich ein materieller Abwägungsfehler für den Flächennutzungsplan. Maßgeblich ist hier nicht allein die Unwirksamkeit des Raumordnungsplans an sich, sondern ein resultierender materieller Abwägungsfehler bei der Aufstellung des Flächennutzungsplans.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> BVerwG, Urteil vom 29. April 2010 – 4 CN 3/08, Leitsatz, juris Rn. 20, 24; *Kümper*, LKV 2014, 542, 545.

<sup>129</sup> OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 9. Dezember 2015 – 2 K 60/14, Leitsatz.

<sup>130</sup> Vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 9. Dezember 2015 – 2 K 60/14, juris Rn. 33-35.

Solche materiellen Fehler müssen sich für den Flächennutzungsplan aber nicht denkbildig und bei jedem Wegfall eines Raumordnungsplans ergeben, sodass es – aufgrund des fehlenden Entwicklungsgebots zwischen Raumordnung und Bauleitplanung – im Grundsatz dabei bleibt, dass der Wegfall eines Raumordnungsplans nicht automatisch zur Rechtswidrigkeit einer bestehenden Bauleitplanung führt. Vielmehr können Bauleitpläne auch bei Unwirksamkeit der Raumordnungsplanung wirksam bleiben, wenn beispielsweise der Raumordnungsplan nur formellen Fehlern unterliegt: Auch ein wegen formeller Fehler unwirksamer Raumordnungsplan ist als in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung von der planenden Kommune bei der Aufstellung eines Bauleitplans zu berücksichtigen, solange es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Planungsträger die gerichtliche Entscheidung zum Anlass nimmt, sich von den ursprünglich formulierten und fixierten Planvorstellungen zu distanzieren.<sup>131</sup> In einem solchen Fall ist also die ursprünglich von der Gemeinde angestellte Abwägung auch nach Unwirksamkeit des Raumordnungsplans nicht zu beanstanden. Die Unwirksamkeit eines Flächennutzungsplans aufgrund der Unwirksamkeit eines Raumordnungsplans stellt mithin keinen Automatismus dar, der ungeachtet der weiteren Umstände des Einzelfalles greift.

#### d) Zwischenergebnis

Während die Unwirksamkeit des Flächennutzungsplans vorbehaltlich etwaiger Planerhaltungsvorschriften grundsätzlich zur Unwirksamkeit des Bebauungsplans sowie die Unwirksamkeit des Landesraumordnungsplans vorbehaltlich etwaiger Planerhaltungsvorschriften grundsätzlich zur Unwirksamkeit des Regionalplans führt, lässt die Unwirksamkeit von Raumordnungsplänen die Wirksamkeit von Bauleitplänen unberührt.

### IV. GLEICHHEITSSATZ, EIGENTÜMER- UND BETREIBERINTERESSEN

#### 1. ALLGEMEINER GLEICHHEITSSATZ

Der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, gebietet nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.<sup>132</sup> Er gilt für ungleiche Belastungen wie auch für ungleiche Begünstigungen. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Grundsätzlich ist der Gesetzgeber frei, aus der Vielzahl der Lebenssachverhalte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Gleich- oder Ungleichbehandlung maßgebend sein sollen. Das Bundesverfassungsgericht kann

---

<sup>131</sup> Siehe OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 24. April 2009 – OVG 10 S 13.08, juris Rn. 43; BVerwG, Beschluss vom 17. September 2008 – 4 BN 22/08, juris Rn. 6.

<sup>132</sup> *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, GG, 33. Ed. – 2017, Art. 3 Rn. 14.

dabei nicht überprüfen, ob der Gesetzgeber die gerechteste, zweckmäßigste und vernünftigste Regelung getroffen hat.<sup>133</sup>

Der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG bindet stets nur den einzelnen Hoheitsträger. Eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung liegt allein dann vor, wenn sie von ein und demselben Hoheitsträger in seinem eigenen Kompetenzbereich ausgeht. Beispielsweise ist ein Landesgesetzgeber nicht gehindert, von der Gesetzgebung anderer Länder abzuweichen.<sup>134</sup>

Knüpft eine Ungleichbehandlung nicht an personenbezogene, sondern an situationsgebundene Kriterien an und enthält keine Differenzierungsmerkmale, die in der Nähe des Art. 3 Abs. 3 GG angesiedelt sind, steht dem Gesetzgeber ein größerer Regelungsspielraum offen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Betroffenen die Anwendung der eine Ungleichbehandlung auslösenden Regelung durch Gebrauchmachen von einer Wahlmöglichkeit beeinflussen oder ausschließen können. Für die Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für gesetzliche Differenzierungen kommt es wesentlich darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann. Genauere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber den Gleichheitssatz verletzt, lassen sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur in Bezug auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen.<sup>135</sup>

Es ist bei den Überlegungen zum Gleichgrundsatz zu fragen,

- ob überhaupt eine Ungleichbehandlung gegeben ist und
- wenn ja, ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist.

Wird eine planerische Öffnungsklausel in die Teilfortschreibung des Regionalen Raumentwicklungsprogramms aufgenommen, so ist eine Ungleichbehandlung betroffener Anwohner – im Grundsatz – dergestalt denkbar, dass Anwohner, die im Umfeld eines Altgebietes einer Gemeinde wohnen, die von der Öffnungsklausel Gebrauch macht, sich anderen Mindestabständen zu Windkraftanlagen ausgesetzt sehen, als Anwohner, die im Umfeld eines neuen Eignungsgebiets wohnen. Allerdings ist in dem Interesse, ein Repowering von Altgebieten zu ermöglichen sowie Altgebiete mit neuen Anlagen fortzuentwickeln, ein sachlicher Grund zu erblicken. Hinzu kommt der Umstand, dass die Anwohner im Umfeld eines Altgebietes an die Windkraftnutzung in gewisser Weise „gewohnt“ sind. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Unterschied der Abstandsregelungen zwischen Altgebieten und neuen Eignungsgebieten kein absoluter, sondern ein gradueller ist. Dabei ist der Gestaltungsspielraum des Regionalplangebers zu berücksichtigen. Zusammenfassend ist daher keine Verletzung des allgemeinen

---

<sup>133</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Mai 2017 – 2 BvL 10/11, juris Rn. 96.

<sup>134</sup> BVerfG, Beschluss vom 15. Oktober 2014 – 2 BvR 920/14, juris Rn. 22.

<sup>135</sup> BVerfG, Beschluss vom 23. Mai 2017 – 2 BvL 10/11, juris Rn. 97.

Gleichheitssatzes ersichtlich, die bereits durch den Programmsatz 10 zwingend und für jeden Einzelfall vorgegeben wäre.

Selbst wenn man den strengeren Verhältnismäßigkeitsmaßstab der sog. neuen Formel anlegen würde,<sup>136</sup> drängt sich eine Unverhältnismäßigkeit der Öffnungsklausel jedenfalls nicht auf. Der Erhalt von Altgebieten, deren Repowering und Weiterentwicklung stellen einen legitimen Zweck dar. Die Öffnungsklausel ist geeignet, diesen Zweck zu fördern. Ein milderes Mittel, welches weniger einschneidende Wirkungen hätte, ist vor dem Hintergrund der Abwägungsprärogative des Plangebers nicht ersichtlich, zumal jede unterschiedliche rechtstechnische Maßnahme im Ergebnis zur identischen materiellen Differenzierung beispielsweise hinsichtlich der Siedlungsabstände gelangen wird. Eine Öffnungsklausel steht auch in angemessenem Verhältnis zur Erhaltung von Altgebieten. Die betroffenen Anwohner werden in nur geringem Umfang ungleich behandelt. Die unterschiedlichen Abstände zwischen Alt- und Neugebieten unterscheiden sich nicht derart stark voneinander, dass eine kategorisch unterschiedliche Behandlung vorläge. Vielmehr stehen den geringeren Siedlungsabständen die ebenfalls grundrechtlich geschützten Erhaltungsinteressen der Windkraftunternehmer gegenüber. Damit wird im Zuge der planerischen Abwägungsentscheidung die praktische Konkordanz zwischen den betroffenen Grundrechtspositionen hergestellt.

Eine Ungleichbehandlung einzelner Eigentümer und Betreiber von Windenergieanlagen wird schließlich ausscheiden, weil ein Repowering aller Altflächen in Rede steht. Der Programmsatz 10 behandelt alle Altflächen gleich. Den Gemeinden wird durch den Regionalplangeber für alle Altflächen die Möglichkeit des Repowerings eröffnet. Damit ist der Gleichheitssatz auf regionalplanerischer Ebene gewahrt. Nehmen nur einzelne Gemeinden die Möglichkeit des Repowerings wahr oder tun sie dies nur für einzelne ihrer Flächen, so berührt dies nicht die regionalplanerische Ebene, weil der Gleichheitssatz nur im Rahmen der Zuständigkeiten bindet. Eine willkürliche Ausnutzung der Öffnungsklausel seitens der Gemeinden ist nicht durch den Programmsatz 10 vorgegeben oder zwingend angelegt.

## 2. EIGENTÜMER- UND BETREIBERINTERESSEN

Eigentümer- und Betreiberinteressen sind verfassungsrechtlich in den Grenzen von Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG durch die Berufs- und Eigentumsfreiheit grundrechtlich geschützt.<sup>137</sup>

Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet im Zuge eines umfassenden einheitlichen Schutzbereiches die Wahl und die Ausübung des Berufes durch natürliche und juristische Personen. Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage. Der Begriff wird weit ausgelegt und orientiert sich nicht an traditionellen Berufsbildern. Ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Berufsfreiheit ist jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutz-

---

<sup>136</sup> Zur Maßstabsentwicklung *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, GG, 33. Ed. – 2017, Art. 3 Rn. 28-29.1.

<sup>137</sup> Vgl. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 79. EL – 2016, Art. 12 Rn. 1; *Antoni*, in: Hömig/Wolff, GG, 11. Aufl. – 2016, Art. 14 Rn. 2.



bereich fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.<sup>138</sup> Windenergieunternehmen können sich auf die Berufsfreiheit berufen.<sup>139</sup>

Das Eigentum natürlicher und juristischer Personen ist grundrechtlich durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet. Das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum ist in seinem rechtlichen Gehalt durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet. Wesentliches Merkmal ist die ausschließliche Zuordnung des vermögenswerten Rechts zur Verfügungsbefugnis des Berechtigten. Nur bereits bestehende Rechtspositionen nehmen am Eigentumsbegriff teil; bloße Erwartungen scheiden aus. Eingriffe in das Eigentum im Sinne einer Beschränkung der Nutzung oder des Entzugs einer Eigentumsposition – als Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung – können durch eine Norm oder durch Einzelakt erfolgen.<sup>140</sup> Windenergieunternehmen können sich abhängig von den Umständen des Einzelfalles auf die Eigentumsfreiheit berufen.<sup>141</sup>

Vorliegend ist durch den Programmsatz 10 kein Eingriff ersichtlich, weder in die Berufs- noch in die Eigentumsfreiheit. Grundrechtlich geschützte Betätigungen werden durch den Programmsatz 10 nicht verkürzt. Dieser eröffnet den Gemeinden als Ausnahme die Möglichkeit zur flächennutzungsplanerischen Ausweisung von Gebieten zur Windenergienutzung. Die grundrechtliche Betätigung von Windenergieunternehmen wird hierdurch auf der Ebene der Regionalplanung allenfalls erweitert, nicht beschnitten. Für Gebiete, die sonst – nach Programmsatz 8 – aus der Planung fielen, ist eine ausnahmsweise Windenergienutzung möglich.

Nichts anderes folgt aus dem Aspekt, dass für die betroffenen Gebiete keine erneute Ausweisung als Eignungsgebiet erfolgt. Dieser Gesichtspunkt ergibt sich nicht als Folge des Programmsatzes 10. Daher kann sich insofern auch kein Eingriff aus dem Programmsatz 10 ergeben. Die Nicht-Aufnahme von Altgebieten in die neue Eignungsgebietskulisse bei der Teilfortschreibung des Regionalen Raumentwicklungsprogramms ergibt sich allein aus dem Programmsatz 8. Dieser beschreibt die Eignungsgebiete in Verbindung mit dem Kartenteil des Plans. Der Regelungsgehalt des Programmsatzes 10 berührt mithin den Bestand alter Eignungsgebiete nicht. Das bestätigt sich daran, dass auch bei Hinwegdenken des Programmsatzes 10 die Kulisse der Eignungsgebiete nach der Teilfortschreibung des Regionalen Raumentwicklungsprogramms unberührt bleibt. Die planerische Öffnungsklausel in Programmsatz 10 setzt demgegenüber den Bestand an Eignungsgebieten, wie er im Rahmen der Teilfortschreibung nach Programmsatz 8 definiert wird, als gegeben voraus.

Die Ausnahme in Programmsatz 10 hat mithin keinen Eingriffscharakter. Sie verkürzt nicht die grundrechtliche Betätigung, sondern erweitert diese jedenfalls potentiell.

---

<sup>138</sup> Ruffert, in: Epping/Hillgruber, GG, 33. Ed. – 2017, Art. 12 Rn. 33, 38, 40, 51.

<sup>139</sup> VG Düsseldorf, Urteil vom 7. September 2015 – 10 K 5701/13, juris Rn. 27.

<sup>140</sup> Axer, in: Epping/Hillgruber, GG, 33. Ed. – 2017, Art. 14 Rn. 37 f., 43, 69 f.

<sup>141</sup> VG Düsseldorf, Urteil vom 7. September 2015 – 10 K 5701/13, juris Rn. 27.

## V. PLANUNGSKONZEPT, SCHAFFUNG SUBSTANZIELLEN RAUMES

Die Konzentrationsflächenplanung verlangt ein schlüssiges gesamträumliches Konzept für das Plangebiet, die Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen sowie eine fehlerfreie Abwägung der verbleibenden Potenzialflächen, die der Windenergienutzung substanziiell Raum verschaffen muss.

### 1. SCHLÜSSIGES GESAMTRÄUMLICHES KONZEPT

Eine planerische Entscheidung zur Herbeiführung der Rechtsfolgen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bedarf zu ihrer Wirksamkeit eines schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzepts. Um den Anforderungen gerecht zu werden, die an den Abwägungsvorgang zu stellen sind, muss das Konzept Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen wird, und die Gründe für die beabsichtigte Freihaltung des übrigen Planungsraums von Windenergieanlagen aufzeigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vollzieht sich die Ausarbeitung des Planungskonzepts abschnittsweise.<sup>142</sup> Die Darstellung von Konzentrationszonen vermag die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur auszulösen, wenn ihr ein schlüssiges Plankonzept zugrunde liegt, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt.<sup>143</sup>

### 2. TABUZONEN

In einem ersten Arbeitsschritt sind diejenigen Bereiche als "Tabuzonen" zu ermitteln, die für die Nutzung der Windenergie nicht zur Verfügung stehen.<sup>144</sup> Die Tabuzonen sind in "harte" und "weiche" Tabuzonen zu untergliedern. Zur Vermeidung eines Fehlers im Abwägungsvorgang muss der Plangeber den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst machen und ihn dokumentieren. Das ist dem Umstand geschuldet, dass die beiden Arten der Tabuzonen nicht demselben rechtlichen Regime unterliegen.<sup>145</sup>

#### a) Harte Tabuzonen

Der Begriff der harten Tabuzonen dient der Kennzeichnung von Teilen des Planungsraums, die für eine Windenergienutzung nicht in Betracht kommen, weil sie für eine Windenergienutzung schlechthin ungeeignet sind.<sup>146</sup> Es handelt sich um Flächen, auf denen die Windenergienutzung aus tatsächlichen

---

<sup>142</sup> BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 5; BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 2/11, juris Rn. 10.

<sup>143</sup> BVerwG, Beschluss vom 15. September 2009 – 4 BN 25/09, juris Rn. 8.

<sup>144</sup> BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 5.

<sup>145</sup> BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 6; BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 2/11, juris Rn. 10.

<sup>146</sup> BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 5.

oder rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist. Sie sind daher einer Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Belangen bereits entzogen.<sup>147</sup>

## b) Weiche Tabuzonen

Mit dem Begriff der weichen Tabuzonen werden Bereiche erfasst, in denen nach dem Willen des Plangebers aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen "von vornherein" ausgeschlossen werden "soll".<sup>148</sup> Flächen der weichen Tabuzonen sind einer Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung zugänglich. 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 der Ebene der Abwägung zuzuordnen sind. Sie sind disponibel, was sich daran zeigt, dass raumplanerische Gesichtspunkte hier nicht von vornherein vorrangig sind und der Plangeber die weichen Tabuzonen einer erneuten Betrachtung und Bewertung unterziehen muss, wenn er als Ergebnis seiner Untersuchung erkennt, dass er für die Windenergienutzung nicht substantiell Raum schafft. Seine Entscheidung für weiche Tabuzonen muss der Plangeber rechtfertigen. Dazu muss er aufzeigen, wie er die eigenen Ausschlussgründe bewertet, mithin kenntlich machen, dass er – anders als bei harten Tabukriterien – einen Bewertungsspielraum hat, und die Gründe für seine Wertung offen legen.<sup>149</sup> Ein Verzicht auf die ganz grundsätzlich zwingende Unterscheidung zwischen beiden Arten von Tabuzonen ist nur dann ausnahmsweise unschädlich, wenn feststeht, dass der Plangeber nur harte Tabuzonen zu den Ausschlussgebieten gezählt hat.<sup>150</sup>

## 3. POTENZIALFLÄCHEN

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. In diesem Sinne sind die öffentlichen Belange, die gegen die Ausweisung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone sprechen, mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung gerecht wird.<sup>151</sup> Die Ausscheidung von Potenzialflächen im Wege der Abwägung muss auf nachvollziehbaren sachlichen Gründen fußen, beispielsweise des Schutzes von Landschaft und Natur.<sup>152</sup> Auch im Übrigen muss den Anforderungen

---

<sup>147</sup> BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 6.

<sup>148</sup> BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 5.

<sup>149</sup> BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 6; BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 2/11, juris Rn. 12, 13.

<sup>150</sup> BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 2/11, juris Rn. 15.

<sup>151</sup> BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 5.

<sup>152</sup> BVerwG, Beschluss vom 23. Juli 2008 – 4 B 20/08, juris Rn. 6 f.

des Abwägungsgebots genügt werden.<sup>153</sup> Insbesondere gilt der Grundsatz der Abwägungs- und Entscheidungsoffenheit.<sup>154</sup>

#### 4. AUSSCHLUSSFREIE GEBIETE

Im Rahmen der Abwägung kann der Plangeber sogenannte ausschussfreie Gebiete festsetzen.

Ausschlussfreie Gebiete zählen – als gesonderte Kategorie – weder zu den Eignungs-, Vorrang- noch zu den Vorbehaltsflächen, vgl. § 4 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1-3 LPlG:<sup>155</sup>

- Eignungsgebiete sind Gebiete, die für bestimmte, raumbedeutsame Maßnahmen geeignet sind, die städtebaulich nach § 35 BauGB zu beurteilen sind und an anderer Stelle im Planungsraum ausgeschlossen werden.
- Vorranggebiete sind Gebiete, die für bestimmte, raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen vorgesehen sind und andere raumbedeutsame Nutzungen in diesem Gebiet ausschließen, soweit diese mit den vorrangigen Funktionen, Nutzungen oder Zielen der Raumordnung nicht vereinbar sind. Bei Vorranggebieten für raumbedeutsame Nutzungen kann festgelegt werden, dass sie zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten für raumbedeutsame Maßnahmen oder Nutzungen haben, § 8 Abs. 7 Satz 2 ROG.
- Vorbehaltsgebiete sind Gebiete, in denen bestimmten, raumbedeutsamen Funktionen oder Nutzungen bei der Abwägung mit konkurrierenden raumbedeutsamen Nutzungen besonderes Gewicht beigemessen werden soll.

Die an sich zur Ausweisung als Vorranggebiete geeigneten Flächen, die in einem Konflikt zu kommunalen Planungen stehen, können in einem Raumordnungsplan demgegenüber als ausschussfreie Gebiete dargestellt werden. Diese Flächen werden nicht Gegenstand eines Ziels des Raumordnungsplans. Sie sind von der raumordnerischen Steuerung ausgenommen, denn die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erstreckt sich nicht auf sie, sondern nur auf die Flächen, die der Plan als Ausschlusszonen festschreibt. Die Darstellung ausschussfreier Flächen im Raumordnungsplan berührt nicht das Verhältnis der negativen und positiven Komponenten der festgelegten Konzentrationszonen zueinander. Die diesbezüglichen Zielfestsetzungen unterfallen dennoch dem Steuerungsmodell des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Die Darstellung ausschussfreier Gebiete schließt auch nicht das Vorliegen eines schlüssigen gesamtträumlichen Planungskonzepts aus, solange die Planung alle Flächen des Plangebiets in die Prüfung und Abwägung einbezieht. Diese umfassende Prüfung und Abwägung

---

<sup>153</sup> BVerwG, Beschluss vom 15. September 2009 – 4 BN 25/09, juris Rn. 8; BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15.01, juris Rn. 36; BVerwG, Beschluss vom 23. Juli 2008 – 4 B 20/08, juris Rn. 9; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 1/11, juris Rn. 9.

<sup>154</sup> Vgl. BVerwG, Beschluss vom 23. Juli 2008 – 4 B 20/08, juris Rn. 9; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 1/11, juris Rn. 9.

<sup>155</sup> Siehe zu diesen Gebietsarten *Goppel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 1. Aufl. – 2010, § 8 Rn. 68 ff.

zwingt den Planungsträger dennoch nicht, flächendeckend für das Plangebiet Ziele und Grundsätze der Raumordnung festzulegen.<sup>156</sup>

Ausschlussfreie Gebiete sind Bereiche, in denen weder für noch gegen die Windenergienutzung Stellung bezogen wird.<sup>157</sup> Solche Flächen können planerisch festgelegt werden. Weist der Raumordnungsplan Vorranggebiete aus, die der Nutzung der Windenergie im Plangebiet substantiell Raum schaffen, stehen Flächen, auf denen die Träger der Flächennutzungsplanung weitere Standorte für Windenergieanlagen ausweisen dürfen, der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entgegen. Die Ausschlusswirkung erstreckt sich dann nur auf die Gebiete, die der Plan als Ausschlusszone festschreibt. Die ausschussfreien Flächen erfasst sie nicht, weil es in Bezug auf diese Flächen an einer abschließenden raumordnerischen Entscheidung fehlt.<sup>158</sup>

Der wesentliche Charakter ausschussfreier Flächen wird hinsichtlich der Konsequenzen für die kommunale Bauleitplanung im bayerischen Windenergie-Erlass vom 19. Juli 2016 in Nr. 2.2 Satz 18-20 BayWEE, welche die Regionalplanung behandeln, wie folgt knapp zusammengefasst:

*„Ausschlussgebiete können entweder – bei Vorliegen entsprechender Gründe – alle Gebiete außerhalb der Vorrang- und Vorbehaltsgebiete für Windenergienutzung oder auch Teile davon umfassen. Im letzteren Fall verbleiben unbeplante Flächen, sogenannte weiße Flächen. Diese können von den Gemeinden überplant werden.“*

Die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entfällt im vorgenannten Sinne nicht durch die Planung von ausschussfreien Gebieten, obgleich die frühere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts einen solchen Eindruck erwecken könnte. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Leitsatz zu einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 festgehalten, dass die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entfalle, wenn in einem Standorte für Windenergieanlagen ausweisenden Raumordnungsplan für bestimmte Flächen noch keine abschließende raumordnerische Entscheidung getroffen sei und es daher an einem schlüssigen gesamtträumlichen Planungskonzept fehle.<sup>159</sup> Der Leitsatz ist insofern missverständlich, als er nahe legt, das gesamte Plangebiet müsse mit einer positiven sowie negativen Regelungswirkung belegt werden. Dem ist nicht so: Ausschlussfreie Flächen können festgelegt werden, ohne dass allein hieraus der Mangel der Ausschlusswirkung folgen würde. Der Leitsatz der Entscheidung ist vielmehr im Sinne eines redaktionellen Fehlers zu weit gefasst und wird durch die Entscheidungsgründe nicht gestützt.<sup>160</sup> Dass dem so ist, hat das Bundesverwaltungsgericht mit einer nachfolgenden Entscheidung aus dem Jahr 2005 demonstriert.<sup>161</sup>

---

<sup>156</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 8 C 11412/06, juris Rn. 58.

<sup>157</sup> Gatz, jurisPR-BVerwG 8/2006 Anm. 2.

<sup>158</sup> BVerwG, Beschluss vom 28. November 2005 – 4 B 66/05, Leitsatz, juris Rn. 7.

<sup>159</sup> BVerwG, Urteil vom 13. März 2003 – 4 C 3/02, Leitsatz.

<sup>160</sup> So ausdrücklich RiBVerwG Gatz, jurisPR-BVerwG 8/2006 Anm. 2.

<sup>161</sup> BVerwG, Beschluss vom 28. November 2005 – 4 B 66/05, Leitsatz.

Aus der Möglichkeit der Festlegung von ausschussfreien Flächen folgt, dass Regionalplaner nicht verpflichtet sind, großflächige Plangebiete vollständig in Vorrangflächen für die Windenergie und Ausschlusszonen aufzuteilen, um die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu erreichen. Für Teilflächen dürfen sie sich einer Äußerung zur Zulässigkeit von Windenergieanlagen enthalten. Vorhabenträgern, die im Bereich einer solchen ausschussfreien Fläche eine Windenergieanlage errichten wollen, kann die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht auf Grundlage des Raumordnungsplans entgegengehalten werden.<sup>162</sup>

Vor diesen Zusammenhängen ist für die Festlegung ausschussfreier Flächen für Teile des Plangebiets erforderlich, dass

- alle Flächen des Plangebiets in die Prüfung und Abwägung einbezogen werden,<sup>163</sup>
- auf dieser Grundlage ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept erstellt wird,<sup>164</sup> also
- im Raumordnungsplan Gebiete ausgewiesen werden, die der Nutzung der Windenergie im Plangebiet substanziell Raum verschaffen.<sup>165</sup>

Sind die Voraussetzungen erfüllt, so stehen die ausschussfreien Flächen den Trägern der Flächennutzungsplanung zur Verfügung, um gegebenenfalls auf diesen Flächen weitere Standorte für Windenergieanlagen auszuweisen.<sup>166</sup>

Es ist nicht ersichtlich, dass § 8 Abs. 2 Satz 1 LPIG der Ausweisung von ausschussfreien Gebieten zwingend entgegenstehe.<sup>167</sup> Nach der Vorschrift sind in den regionalen Raumentwicklungsprogrammen Eignungsgebiete für Windenergienutzung auszuweisen. Aus dieser gesetzlichen Anforderung ergibt sich indes nach dem Wortlaut der Vorschrift und mit Blick auf die oben zitierte Rechtsprechung nicht zwingend, dass für das gesamte Plangebiet erschöpfend Eignungs- und Ausschlussflächen festzusetzen wären. Die gesetzlich vorausgesetzte Ausweisung von Eignungsgebieten kann auch erfolgen, wenn einzelne Flächen als ausschussfreie Gebiete behandelt werden, die nicht Gegenstand des Raumordnungsziels sind. Ausschussfreie Gebiete stehen außerhalb der Regelungswirkung eines Ziels der Raumordnung. In teleologischer Hinsicht ist zudem anzumerken, dass eine Festlegung ausschussfreier Gebiete nicht dazu führen muss, dass im Ergebnis weniger Fläche für die Windkraftnutzung zur Verfügung stünde, als dies bei einer Alternativplanung ohne ausschussfreie Flächen der Fall wäre. Schließlich räumt § 4 Abs. 3 LPIG ausdrücklich die Möglichkeit nicht nur sachlicher, sondern auch räumlicher Teilprogramme ein. Dann aber kann sich die Anforderung von § 8 Abs. 2 Satz 1

---

<sup>162</sup> Gatz, jurisPR-BVerwG 8/2006 Anm. 2.

<sup>163</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 8 C 11412/06, juris Rn. 58.

<sup>164</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 8 C 11412/06, juris Rn. 58.

<sup>165</sup> BVerwG, Beschluss vom 28. November 2005 – 4 B 66/05, Leitsatz und juris Rn. 7.

<sup>166</sup> BVerwG, Beschluss vom 28. November 2005 – 4 B 66/05, Leitsatz.

<sup>167</sup> A. A. wohl Geßner/Thiele/Roß, Dombert Rechtsanwälte, Gutachterliche Stellungnahme zum Umgang mit den „Altgebieten“ und der Eröffnung von kommunalen Gestaltungsspielräumen bei der Zweiten Änderung des RREP Vorpommern, S. 4, 17 f.

LPIG, Eignungsgebiete auszuweisen, nur auf den tatsächlich beplanten Raum beziehen, weil bereits aus § 4 Abs. 3 LPIG folgt, dass nicht der maximal denkbare Raum zu beplanen ist.<sup>168</sup>

Gute Gründe sprechen überdies dafür, dass tatsächlich nicht nur Vorrang-, sondern auch Eignungsgebiete mit der Festlegung von ausschussfreien Flächen verbunden werden können. Die oben zitierte Rechtsprechung behandelt ausschussfreie Flächen jeweils im Zusammenhang mit der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und der Festlegung von Vorranggebieten. Diese Ausschlusswirkung wird erreicht, wenn Vorranggebiete als „Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten“ festgesetzt werden, vgl. § 8 Abs. 7 Satz 2 ROG.<sup>169</sup> Weil die Festsetzung von Vorranggebieten aber gerade mit der Wirkung von Eignungsgebieten – der Ausschlusswirkung – erforderlich ist, ist nicht ersichtlich, warum für „echte“ Eignungsgebiete im Hinblick auf die Festlegung von ausschussfreien Flächen etwas anderes gelten sollte, als dies für Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung der Fall ist: Beide Regelungstechniken begründen nach außen gemäß § 8 Abs. 7 Satz 2 ROG die gleiche „Wirkung von Eignungsgebieten“, also die Ausschlusswirkung; unterschiedliche Rechtswirkungen sind nicht ersichtlich. Beschränken also festgelegte ausschussfreie Flächen die Ausschlusswirkung bei „Vorranggebieten mit der Wirkung von Eignungsgebieten“, so liegt es nahe, dass für „echte“ Eignungsgebiete im Hinblick auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nichts anderes gilt. Dann aber müssen ausschussfreie Flächen sowohl mit Vorrang- als auch mit Eignungsgebieten kombinierbar sein, weil sich diese Gebietsarten im Übrigen nur noch in ihrer Wirkung „nach innen“ unterscheiden.

Allerdings ist ein Risiko bei der Kombination von ausschussfreien Flächen mit Eignungsgebieten nicht auszuschließen. Die Rechtsprechung merkt zwar an, dass die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht durch ausschussfreie Gebiete beseitigt werden. Gleichfalls wird betont, dass ausschussfreie Gebiete nicht an der Regelungswirkung eines Raumordnungsziels teilnehmen: sie „sind nicht Gegenstand eines Ziels des Raumordnungsplans geworden“; ihre Darstellung im Raumordnungsplan vermag nicht das Verhältnis der negativen und positiven Komponenten der festgelegten Konzentrationszonen zueinander zu berühren.<sup>170</sup>

Gleichwohl werden in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – im Zusammenhang mit der Festlegung von ausschussfreien Flächen nur Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung, nicht hingegen ausdrücklich Eignungsgebiete genannt.<sup>171</sup> Demgemäß ist nicht aus der Rechtsprechung ersichtlich, dass ausschussfreie Flächen tatsächlich mit Eignungsgebieten bei der Planaufstellung kombiniert werden. Auch der oben zitierte bayerische Windenergieerlass nennt nur Vorrang-, keine Eignungsgebiete. Vorliegend verlangt jedoch § 8 Abs. 2 Satz 1 LPIG die Festsetzung von Eignungsgebieten für die

---

<sup>168</sup> Vgl. OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 10. März 2015 – 3 K 25/11, juris Rn. 52.

<sup>169</sup> BVerwG, Urteil vom 1. Juli 2010 – 4 C 6/09, juris Rn. 16; Söfker, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 38. Ed. – 2017, § 35 Rn. 115 f.

<sup>170</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 8 C 11412/06, juris Rn. 58.

<sup>171</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 8 C 11412/06, juris Rn. 58.

Windenergienutzung. Die Festsetzung von Vorranggebieten anstelle von Eignungsgebieten ist vorliegend damit nicht opportun.

Allerdings geht das OVG Greifswald augenscheinlich von der Zulässigkeit einer Kombination von Eignungsgebieten mit ausschussfreien Flächen aus. Das OVG Greifswald hat die Zulässigkeit einer Teilunwirksamkeitserklärung von Regionalen Raumentwicklungsprogrammen im Rahmen des Normenkontrollverfahrens damit gestützt, dass ein Planungsverfahren zulässig sei, in dem der Plangeber Flächen bestimmt, für die es an einer abschließenden raumordnerischen Entscheidung fehlt. Hierzu wird die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu ausschussfreien Flächen sowie die Möglichkeit räumlicher und sachlicher Teilprogramme nach § 4 Abs. 3 LPlIG angeführt. Wenn der Plangeber ein Raumentwicklungsprogramm schaffen könne, in dem der Teilplan Windenergie für bestimmte Flächen keine Geltung beanspruche, so könne auch das Normenkontrollgericht durch eine teilweise Unwirksamkeitserklärung eine entsprechende Rechtslage schaffen. Das schlüssige gesamträumliche Konzept werde hierdurch nicht notwendig berührt.<sup>172</sup> Diese Rechtsprechung spricht dafür, dass das OVG Greifswald eine Kombination von ausschussfreien Flächen und Eignungsgebieten auch bereits bei der Planaufstellung für zulässig halten dürfte.

Vor diesem Hintergrund muss die Festsetzung von ausschussfreien Flächen in eindeutiger und unmissverständlicher Weise insbesondere im Rahmen der textlichen Festsetzungen geschehen. Für den Rechtsanwender darf kein Zweifel verbleiben, welche Flächen nicht an der Steuerungswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB teilnehmen.

Bei der Festlegung von ausschussfreien Flächen ist schließlich auf den sorgsam verfahrensrechtlichen Umgang zu achten. Das OVG Greifswald hat in der Vergangenheit – gleichwohl in anderem Zusammenhang – die Verletzung von Verfahrensrecht bei der Flächenfestlegung hinsichtlich einer unterbliebenen Öffentlichkeitsbeteiligung beanstandet.<sup>173</sup>

## 5. SCHAFFUNG SUBSTANZIELLEN RAUMES

Liegt das Ergebnis der Abwägung vor, muss der Windenergie durch die Planung substantiell Raum verschafft sein. Insbesondere eine „Verhinderungsplanung“ ist unzureichend.<sup>174</sup> Wurde dieser Anforderung

---

<sup>172</sup> Siehe OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 19. Mai 2015 – 3 K 44/11, juris Rn. 3, 88; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 10. März 2015 – 3 K 25/11, juris Rn. 12, 52.

<sup>173</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 19. Mai 2015 – 3 K 44/11, juris Rn. 86. Eine andere Form von Fläche meint das OVG hingegen, soweit es um die erstmalige Ermittlung tauglicher Flächen geht, siehe Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 19. Juni 2013 – 4 K 27/10, juris Rn. 100; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 3. April 2013 – 4 K 24/11, juris Rn. 87; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 19. Januar 2001 – 4 K 9/99, juris Rn. 22.

<sup>174</sup> BVerwG, Beschluss vom 15. September 2009 – 4 BN 25/09, juris Rn. 8; BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15.01, juris Rn. 29.



derung nicht genügt und der Windenergienutzung nicht in hinreichendem Maße – substanziell – Raum verschafft, so muss die Gemeinde ihr planerisches Konzept anpassen.<sup>175</sup>

Die Frage nach dem Maßstab für das substanzielle Raumgeben beantwortet sich nicht ausschließlich nach dem Verhältnis zwischen der Größe der dargestellten Konzentrationsflächen und der Größe der Potenzialflächen. Die Festlegung eines bestimmten prozentualen Anteils, den die Konzentrationsflächen im Vergleich zu den Potenzialflächen erreichen müssen, ist nicht zulässig. Dem Verhältnis dieser Flächen zueinander kommt gleichwohl Indizwirkung bei. Je geringer der Anteil der dargestellten Konzentrationsflächen ist, desto gewichtiger müssen die gegen die Darstellung weiterer Konzentrationsflächen sprechenden Gesichtspunkte sein, damit es sich nicht um eine unzulässige "Feigenblattplanung" handelt.<sup>176</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat verschiedene Modelle gebilligt, die von den Tatsachengerichten herangezogen werden, um das substanzielle Raumgeben festzustellen.<sup>177</sup>

## **D. AUSWIRKUNGEN OHNE PLANERISCHE ÖFFNUNGSKLAUSEL**

Wird die planerische Öffnungsklausel nach Programmsatz 10 nicht in die Regionalplanung aufgenommen, so ergeben sich die nachstehenden planungsrechtlichen Auswirkungen für Gemeinden, die Altgebiete mittels gemeindlicher Bauleitplanung festgesetzt haben:

### **I. GEBIETSÜBERNAHME**

#### **1. GRUNDFALL**

Unter dem Begriff der Gebietsübernahme wird die Konstellation verstanden, dass Altgebiete, die von einer Gemeinde mit Flächennutzungs- oder Bebauungsplan festgesetzt wurden, im Rahmen der raumordnerischen Abwägung im Raumordnungsplan als Vorranggebiet festgesetzt werden, insbesondere weil die (weichen) Tabu-Kriterien erfüllt werden, beispielsweise nach deren umfassender und einheitlicher Modifikation für Neu- und Altgebiete.

Insofern soll nochmals die Funktion weicher Tabu-Kriterien in der Abwägung verdeutlicht werden:<sup>178</sup>

„Weiche“ Tabuzonen umfassen Flächen, die einer Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung grundsätzlich zugänglich sind. Zwar dürfen sie anhand einheitlicher Kriterien ermittelt und vorab ausgediebt werden, bevor diejenigen Belange abgewogen werden, die im Einzelfall für und gegen die

---

<sup>175</sup> BVerwG, Beschluss vom 15. September 2009 – 4 BN 25/09, juris Rn. 8; BVerwG, Urteil vom 24. Januar 2008 – 4 CN 2.07, juris Rn. 15.

<sup>176</sup> BVerwG, Beschluss vom 12. Mai 2016 – 4 BN 49/15, juris Rn. 4.

<sup>177</sup> BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012 – 4 CN 2/11, juris Rn. 19.

<sup>178</sup> Siehe bereits oben C.V.2.b), S. 41.

Nutzung einer Fläche für die Windenergie sprechen. Das ändert aber nichts daran, dass sie keine eigenständige Kategorie im System des Rechts der Bauleit- bzw. Raumplanung 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 substantiell Raum schafft. Während „harte“ Tabuzonen kraft Gesetzes als Konzentrationsflächen für die Windenergienutzung ausscheiden, muss der Plangeber seine Entscheidung für „weiche“ Tabuzonen rechtfertigen. Dazu muss er aufzeigen, wie er die eigenen Ausschlussgründe bewertet, nämlich kenntlich machen, dass er – anders als bei „harten“ Tabukriterien – einen Bewertungsspielraum hat, und die Gründe für seine Wertung offenlegen. Andernfalls scheidet die Planung an dem fehlenden Nachweis, dass er die „weichen“ Tabukriterien auf der Stufe der Abwägung in die Planung eingestellt hat. Die Potentialflächen, 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, also 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.<sup>179</sup>

Vor diesem Hintergrund ergeben sich folgende Konsequenzen im Falle einer Gebietsübernahme:

Soweit Altgebiete im Wege der raumordnerischen Abwägung in das Regionale Raumentwicklungsprogramm übernommen werden, ergeben sich keine Konsequenzen für die Gemeinden. Dem Regionalplangeber ist eine solche Übernahme möglich, soweit die Umstände des Einzelfalles eine entsprechende abwägungsfehlerfreie Entscheidung des Regionalplangebers erlauben.<sup>180</sup>

Im Falle der Übernahme ergibt sich keine Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB. Eine Entschädigung nach §§ 39, 42 BauGB scheidet aus. Ein Repowering wird ermöglicht.

Anwohner- und Betreiberinteressen werden nicht verletzt. Die ungleiche Behandlung von verschiedenen Anwohnern durch verschiedene Mindestabstände ist sachlich gerechtfertigt und nicht willkürlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG, weil unterschiedliche Abstände nur zwischen Alt- und Neugebieten gegeben sind.

Werden Altgebiete im Regionalen Raumentwicklungsprogramm als Vorranggebiete aufgenommen und auf diese Weise die für die Windenergienutzung zur Verfügung stehenden Flächen vergrößert, so spricht dies im Zweifel für die Schaffung substanziellen Raumes für die Windenergienutzung, weil mehr Flächen zur Verfügung gestellt werden.

---

<sup>179</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 13. Juli 2017 – 12 KN 206/15, juris Rn. 28.

<sup>180</sup> Siehe oben C.III.2, S. 14.

## 2. VARIANTE

Eine vorstellbare Variante, auf die Aufnahme einer planerischen Öffnungsklausel in Gestalt eines eigenen Raumordnungsziels zu verzichten, gleichwohl im Ergebnis eine vergleichbare Rechtsfolge zu erzielen, ist eine Anpassung der raumordnungsplanerischen Kriterien speziell im Hinblick auf Altgebiete, und zwar im Zuge der Festlegung alternativ Kriterien für Neu- und Altgebiete.

Beispielsweise könnte der Mindestabstand von 1.000 m zu Siedlungsgebieten als Kriterium dergestalt erweitert werden, dass speziell für Altgebiete – und nur für diese – ein Mindestabstand von 800 m anzulegen ist. Dies kann in der Kriterientabelle des RREP WM für weiche Tabu-Kriterien ausdrücklich so dargestellt werden. Entsprechend können weitere Kriterien so modifiziert werden, dass Altgebiete jeweils ausdrücklich mit alternativen Werten berücksichtigt werden.

Ob ein solcher Kriterienkatalog insbesondere der weichen Tabu-Kriterien – mit alternativen Werten für Altgebiete – zulässig ist, ergibt sich nicht ohne Weiteres aus der Rechtsprechung. In der Praxis ist jedenfalls eine deutliche Zurückhaltung zu verzeichnen: Der Ministerpräsident des Landes Schleswig-Holstein nimmt hinsichtlich der Teilfortschreibung des dortigen Landesentwicklungsplans an, dass eine Ungleichbehandlung von Alt- und Neugebieten gegenüber der Bevölkerung und den Anlagenbetreibern rechtlich kaum zu rechtfertigen wäre; eine Ungleichbehandlung – im Sinne einer abstandsmäßigen Bevorzugung von Altgebieten – sei allenfalls kombiniert mit Höhenbeschränkungen in den entsprechend betroffenen Siedlungsbereichen denkbar.<sup>181</sup>

Diese Rechtsansicht unterstellt, dass unterschiedliche Siedlungsabstände für Alt- und Neugebiete nicht schlechthin ausgeschlossen sind, aber erheblichen rechtlichen Bedenken gegenüberstehen. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass im Falle eines modifizierten Kriterienkatalogs – anders als im Falle einer planerischen Öffnungsklausel – die Bindung des Art. 3 Abs. 1 GG nicht durch unterschiedliche Hoheitsträger gleichsam unterbrochen wird.<sup>182</sup> Die Erwägungen zum Einsatz einer planerischen Öffnungsklausel lassen sich daher nicht unterschiedslos übertragen. Vielmehr ist der Rechtfertigungsdruck im Falle eines modifizierten Kriterienkatalogs ungleich höher. Völlig ausgeschlossen wird eine Rechtfertigung alldieweil nicht.

Würde ein derartiger, gleichsam „alternativer“ Kriterienkatalog zulässig verfasst, der in nur einem Katalog getrennte Kriterien für Neu- und Altgebiete enthält, so könnte im Zuge der originären Abwägungsentscheidung des Raumordnungsplangebers eine Berücksichtigung von Altgebieten stattfinden,

---

<sup>181</sup> Ministerpräsident des Landes Schleswig-Holstein, Entwurf Teilaufstellung Regionalpläne I bis III sowie Teilfortschreibung LEP Sachthema Windenergie, Stand: 2016, abrufbar unter <https://bolapla-sh.de/file/7fe1b67e-f564-4424-a694-8fca91215bd>, abgerufen am 2. Oktober 2017.

<sup>182</sup> Siehe oben C.IV.1, S. 36.

die in ihrem Ergebnis der Wirkung einer planerischen Öffnungsklausel vergleichbar wäre, ohne die Entscheidung auf die Ebene der Bauleitplanung zu verlagern.

## II. GEBIETSAUSSCHLUSS

Unter dem Begriff des Gebietsausschlusses wird die Konstellation verstanden, dass Altgebiete, die von einer Gemeinde mit Flächennutzungs- oder Bebauungsplan festgesetzt wurden, im Rahmen der raumordnerischen Abwägung im Raumordnungsplan als Ausschlussgebiete festgesetzt werden.

Werden Altgebiete nicht in das Regionale Raumentwicklungsprogramm übernommen, trifft die Gemeinde nach Rechtsverbindlichkeit des Regionalen Raumentwicklungsprogramms eine Pflicht zur Anpassung ihrer Bauleitplanung nach § 1 Abs. 4 BauGB. Aus dieser Anpassungspflicht kann sich ergeben, dass die Gemeinde ihre Bauleitplanung aufheben oder ändern muss.

Nach Aufhebung oder Änderung bestehender Bebauungspläne kann die Gemeinde im Einzelfall eine Entschädigungspflicht nach §§ 39, 42 BauGB treffen. Ob die Gemeinde Ersatz nach § 19 LPIG beim Land erlangen kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

Liegt die Bauleitplanung in Form einer Flächennutzungsplanung vor, so sind keine Entschädigungsansprüche aus §§ 39, 42 BauGB zu besorgen.

In jedem Falle sind Altgebiete im Falle eines Gebietsausschlusses auf den Bestandsschutz beschränkt. Ein Repowering in Altgebieten, die nicht in die Regionalplanung übernommen werden, scheidet aus.

## III. AUSSCHLUSSFREIHEIT

Unter dem Begriff der Ausschlussfreiheit wird die Konstellation verstanden, dass Altgebiete, die von einer Gemeinde mit Flächennutzungs- oder Bebauungsplan festgesetzt wurden, im Rahmen der raumordnerischen Abwägung im Raumordnungsplan als ausschussfreie Gebiete behandelt werden.

Der Raumordnungsplangeber kann nach der Rechtsprechung Gebiete als ausschussfreie – unbeplante – Gebiete festlegen, die weder Vorrang- noch Ausschlussflächen bilden, vorausgesetzt, der Plangeber berücksichtigt den gesamten Außenbereich im Rahmen seiner Abwägungsentscheidung.<sup>183</sup>

Die Gemeinde trifft für unbeplante, ausschussfreie Flächen keine Anpassungspflicht. Eine Entschädigung bleibt außer Betracht. Der Gemeinde wird ein Repowering ermöglicht.

---

<sup>183</sup> Siehe oben C.V.3, S. 24.

#### **IV. ZWISCHENERGEBNIS**

Wird keine planerische Öffnungsklausel aufgenommen, so können Altgebiete auf der Ebene der Regionalplanung berücksichtigt werden, indem diese

- im Wege der Abwägung in die Regionalplanung übernommen werden, gegebenenfalls – auch als Variante – nach Modifikation des Katalogs (weicher) Tabu-Kriterien,
- im Wege der Abwägung als Ausschlussgebiete festgesetzt werden,
- im Wege der Abwägung als ausschussfreie Gebiete festgelegt werden.

#### **E. AUSWIRKUNGEN MIT PLANERISCHER ÖFFNUNGSKLAUSEL**

Wird eine planerische Öffnungsklausel in die Regionalplanung aufgenommen, so ergeben sich die nachstehenden planungsrechtlichen Auswirkungen für Gemeinden, die Altgebiete mittels gemeindlicher Bauleitplanung festgesetzt haben:

##### **I. PROGRAMMSATZ 10**

Vorzustellen ist, dass die Aufnahme des Programmsatzes 10 nicht zwingend ausschließt, dass Altgebiete im Rahmen der Abwägung als Vorranggebiete übernommen oder als ausschussfreie Gebiete behandelt werden, beispielsweise wenn Tabu-Kriterien modifiziert werden. Es gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

Werden Altgebiete im RREP WM jedoch als Ausschlussflächen definiert, und enthält der RREP WM eine planerische Öffnungsklausel in Gestalt des Programmsatzes 10, so gilt:

- Die Gemeinde trifft keine Anpassungspflicht, wenn die Voraussetzungen des Programmsatzes 10 vorliegen, also eine entsprechende Flächennutzungsplanung der Gemeinde vorliegt oder erfolgt. Eine Entschädigungspflicht der Gemeinde ist auszuschließen. Ein Repowering ist möglich.
- Sofern wirksame Bebauungspläne der Gemeinde bestehen, gelten diese Erwägungen entsprechend. Das Vorliegen wirksamer Bebauungspläne setzt nach dem Entwicklungsgebot grundsätzlich voraus, dass die Gemeinde gleichfalls eine wirksame Flächennutzungsplanung vorgenommen hat. Es ergeben sich in diesem Fall keine Unterschiede.

Will die Gemeinde nicht von der Regelung in Programmsatz 10 Gebrauch machen, ergibt sich Folgendes:

- Zunächst stellt sich die tatsächliche Frage, ob es wahrscheinlich ist, dass eine Gemeinde, die eine bestehende Altgebietsplanung in Gestalt eines Flächennutzungsplans unterhält, ausdrücklich eine Umplanung vornehmen will. Da die Gemeinde bereits ein Altgebiet ausgewiesen hat, besteht regelmäßig ein wirksamer Flächennutzungsplan. Die Nicht-Ausnutzung des Programmsatzes 10 bedeutet also, dass die Gemeinde aktiv von ihrer bisherigen Planung abrückt und ihre Flächennutzungsplanung ändert, ohne hierzu verpflichtet zu sein. Diese Konstellationen dürfte in der Mehrzahl der Fälle nicht überwiegend wahrscheinlich sein.
- Ändert eine Gemeinde ihre Flächennutzungsplanung für Altgebiete, sodass diese ganz oder teilweise aufgehoben werden, so steht ihr dies nach dem Programmsatz 10 frei. Die Gemeinden sind nicht verpflichtet, von der Ausnahmemöglichkeit Gebrauch zu machen.

Dieses Vorgehen wirft die Frage nach dem Rechtfertigungsdruck gegenüber der Gemeinde auf. Sie hat die Änderung der Flächennutzungsplanung zu begründen. Eine Berufung auf die Anpassungspflicht des § 1 Abs. 4 BauGB scheidet dabei aus, weil Programmsatz 10 eine Anpassungspflicht der Gemeinde verhindert.

Allerdings kann die Gemeinde sich auf den Ausnahmecharakter von Programmsatz 10 berufen, vgl. § 6 Abs. 1 ROG. Ohnehin besteht auch sonst die Möglichkeit der Abweichung nach § 6 Abs. 2 ROG, aus der gleichfalls kein genereller Rechtfertigungsdruck folgt, eine Nicht-Abweichung zu rechtfertigen. Der Unterschied zur Ausnahme nach § 6 Abs. 1 ROG bezüglich des Rechtfertigungsdrucks kann allenfalls graduell ausfallen.

Im Übrigen entspricht der Rechtfertigungsdruck der Konstellation, dass keine Raumordnungsplanung vorliegt. Auch in einem solchen Fall muss die Gemeinde eine Änderung ihrer Bauleitplanung begründen. Dabei gilt, dass der Gemeinde eine Änderung ihrer Bauleitplanung im Grundsatz und insbesondere im Falle veränderter Rahmenbedingungen grundsätzlich freisteht. Das gilt umso mehr, sofern die Ausweisung von Vorranggebieten allein mit Flächennutzungsplan erfolgt ist. Ändert die Gemeinde demgegenüber die Bebauungsplanung, so muss sie in ihre Abwägungsentscheidung einstellen, dass sie gegebenenfalls Entschädigungsansprüche treffen können.

Schließlich gilt, dass der Gemeinde der Wahrscheinlichkeit nach konkrete Gründe zur Seite stehen, sofern sie ihre bestehende Bauleitplanung aufheben will. Die Gemeinde hat ihre Bauleitpläne selbsttätig aufgestellt. Will sie diese Bauleitplanung nunmehr aufheben, so wird sie hierfür konkrete Beweggründe haben, die sich außerhalb des Umstandes bewegen werden,

dass eine Ausnahmemöglichkeit nach Programmsatz 10 besteht. Diese konkreten Gründe wird die Gemeinde daher auch für ihre Planungsentscheidung anführen können.

Vor diesen Zusammenhängen ist davon auszugehen, dass der Rechtfertigungsdruck gegenüber Gemeinden, die nicht von der Öffnungsklausel Gebrauch machen wollen, aus regionalplanerischer Sicht sich in einem vertretbaren Maße bewegt und allenfalls graduell gesteigert ist.

## II. VARIANTEN

Eine planerische Öffnungsklausel kann – ausgehend von Programmsatz 10 – insbesondere in folgenden Varianten erwogen werden:

- Erweiterung auf Bebauungspläne,
- Grundsatz statt Ziel,
- Übergangsregelung,
- veränderte Bezugnahme auf das Regionale Raumentwicklungsprogramm WM 2011.

### 1. BEBAUUNGSPLÄNE

Eine Erweiterung auf Bebauungspläne erübrigt sich, jedenfalls für den Großteil der Fälle. Bebauungspläne sind nach § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln. Die Konstellation, dass allein ein Bebauungsplan vorliegt, aber kein wirksamer Flächennutzungsplan, ist damit grundsätzlich rechtswidrig, es sei denn, ein Flächennutzungsplan ist ausnahmsweise nicht erforderlich, um die städtebauliche Entwicklung zu ordnen, vgl. § 8 Abs. 2 Satz 2 BauGB.<sup>184</sup> Da die Gemeinden daher grundsätzlich zur Aufstellung wirksamer Flächennutzungspläne verpflichtet sind, erübrigt sich auf raumordnungsplanerischer Ebene die ergänzende Bezugnahme auf Bebauungspläne. Etwas anderes gilt allenfalls in den Fällen, in denen betroffene kleinere Gemeinden allein Bebauungspläne aufgestellt haben. Die Zweckmäßigkeit einer Bezugnahme auf Bebauungspläne hängt davon ab, für wie viele Gemeinden diese Konstellation einschlägig ist. Auch in diesen Fällen bleibt aber den Gemeinden die Option, einen Flächennutzungsplan aufzustellen. Sie werden nicht der Möglichkeit beraubt, von der Öffnungsklausel Gebrauch zu machen. Überdies müsste es sich um Gemeinden handeln, für die tatsächlich die Anwendbarkeit der Öffnungsklausel für die einzelnen Altgebiete nach den Umständen des Einzelfalles in Betracht kommt. Damit besteht kein zwingendes Bedürfnis für eine Erweiterung der Öffnungsklausel auf Bebauungspläne.

---

<sup>184</sup> Da der Flächennutzungsplan für das ganze Gemeindegebiet aufzustellen ist, ist ein Flächennutzungsplan nur dann in seltenen Ausnahmefällen und ganz ausnahmsweise nicht erforderlich, wenn die Bebauungsplanung ausreicht, um die städtebauliche Entwicklung im ganzen Gemeindegebiet zu ordnen, siehe *Petz*, in: *Spannowsky/Uechtritz*, *BauGB*, 37. Ed. – 2015, § 8 Rn. 30, 33 ff.

Umgekehrt könnte eine Beschränkung der planerischen Öffnungsklausel nur auf Bebauungspläne erwogen werden. Für diese Beschränkung auf mit Bebauungsplänen beplante Altgebiete – im Gegensatz auf mit Flächennutzungsplänen beplante Altgebiete – könnte der sachliche Grund angeführt werden, dass nur hier – abhängig von den Umständen des Einzelfalles – Entschädigungsansprüche nach §§ 39, 42 BauGB zu befürchten sind.

## 2. RAUMORDNUNGSGRUNDSATZ

Die planerische Öffnungsklausel muss als raumordnerisches Ziel festgelegt werden. Ihre Normierung als Grundsatz der Raumordnung kommt nicht in Frage.

Ziele der Raumordnung sind verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums, § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG. Grundsätze der Raumordnung sind demgegenüber Aussagen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums als Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen; Grundsätze der Raumordnung können durch Gesetz oder als Festlegungen in einem Raumordnungsplan aufgestellt werden, § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG. Bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen öffentlicher Stellen sind Ziele der Raumordnung zu beachten sowie Grundsätze und sonstige Erfordernisse der Raumordnung in Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen, § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG.

Gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist mit der Konzentrationsflächenplanung eine Ausschlusswirkung verbunden. Nach der Vorschrift stehen öffentliche Belange einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2-6 BauGB in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.

Die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann nur erreicht werden, wenn die Konzentrationsflächenplanung mit Flächennutzungsplan oder raumordnerischen Zielen erfolgt. Gleichfalls können nach § 6 Abs. 1 ROG Ausnahmen nur von Zielen der Raumordnung im Raumordnungsplan festgelegt werden. Erfolgt die Konzentrationsflächenplanung als Raumordnungsziel, so wird man eine Ausnahme von diesem Ziel gleichfalls als Ziel qualifizieren und als solches normieren müssen.<sup>185</sup>

Die gesetzlichen Vorschriften erlauben damit eine Konzentrationsflächenplanung als auch eine Ausnahme hiervon nur für Ziele der Raumordnung. Weil eine planerische Öffnungsklausel materiell betrachtet eine Ausnahme von den als Ziel festgesetzten Eignungsgebieten für die Windenergienutzung darstellt, kann eine Ausnahme nach § 6 Abs. 1 ROG nicht als Grundsatz festgelegt werden.

---

<sup>185</sup> Vgl. *Schmitz*, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Stand: 2016, Bd. 2 L § 6 Rn. 74.



### 3. ÜBERGANGSREGELUNG

Eine Übergangsregelung kann dergestalt erwogen werden, dass die planerische Öffnungsklausel bis zu einem bestimmten Datum durch die privilegierten Gemeinden ausgenutzt werden muss. Eine solche Regelung kann man gleichsam als „Befristung“ der Öffnungsklausel bezeichnen. Die Gemeinden müssten innerhalb dieser Frist beispielsweise einen wirksamen Aufstellungsbeschluss gefasst haben, alternativ einen Bauleitplan wirksam erlassen haben. Denkbar wäre eine Klausel, die den Gemeinden einen Zeitraum von beispielsweise drei bis fünf Jahren ab Inkrafttreten der planerischen Öffnungsklausel für deren Ausnutzung einräumt.

Eine Übergangsregelung bietet den Vorteil, dass sie zu einer Beschleunigung führt, was die Verfestigung der Rechtslage für die von der Planung Betroffenen angeht. Sie kann gleichermaßen ein sachgerechtes Ergebnis der ordnungsgemäßen Abwägung sein, wenn der Plangeber zu dem Ergebnis kommt, gerade die Befristung der Öffnungsklausel sei das beste planerische Ergebnis. In diesem Sinne wird die Rechtssicherheit gefördert. Gleichfalls kann – je nach Ausgestaltung der Öffnungsklausel – Klarheit geschaffen werden, ob noch mit Entschädigungsforderungen gegenüber der Gemeinde – oder Ersatzforderungen der Gemeinde gegenüber dem Land – gerechnet werden muss.

### 4. ALTGEBIETSAUFLISTUNG

Es sollte ein ausdrücklicher, namentlicher Bezug zu den Altgebieten hergestellt werden, für welche eine Berufung auf die Öffnungsklausel eingeräumt wird. Es bestehen unterschiedliche mögliche Varianten.

Der RREP WM 2011 nennt 31 Eignungsgebiete mit einer Fläche von insgesamt 3.695 ha.<sup>186</sup> Nach dem gegenwärtigen Entwurf nimmt der Programmsatz 10 pauschal auf diese Eignungsgebiete Bezug:

*„im Regionalen Raumentwicklungsprogramm Westmecklenburg gemäß Landesverordnung vom 31. August 2011 festgesetzten und dargestellten Eignungsgebiet für Windenergieanlagen (Altgebiete)“*

Diese pauschale Bezugnahme auf alle Altgebiete könnte durch eine namentliche Bezugnahme in einer Anlage ersetzt werden, beispielsweise:

*„die in der Anlage genannten Altgebiete des Regionalen Raumentwicklungsprogramm Westmecklenburg gemäß Landesverordnung vom 31. August 2011“*

---

<sup>186</sup> RREP WM 2011, S. 153, abrufbar unter <https://www.westmecklenburg-schwerin.de/media//regionaler-planungsverband-westmecklenburg/absaetze/rrep-wm-2011.pdf>, abgerufen am 21. August 2017.

Diese Vorgehensweise hat den Vorteil, dass deutlich wird, dass der Plangeber eine eigene Abwägungsentscheidung trifft. Die Verwendung einer planerischen Öffnungsklausel muss das Ergebnis einer originären Abwägungsentscheidung des Raumordnungsplangebers sein. Der Plangeber muss selbst darüber befinden, welche Altgebiete von der Öffnungsklausel profitieren können sollen. In diesem Sinne darf die planerische Öffnungsklausel nicht zum Mittel gereichen, eine eigene Abwägungsentscheidung zu vermeiden, sondern sie muss vielmehr den Endpunkt der eigenen Abwägungsentscheidung bilden. Eine Berücksichtigung kommunaler Planungsinteressen darf nach der Rechtsprechung nicht dazu führen, dass der Planungsträger keine eigene Entscheidung trifft, sondern unkritisch die Wünsche der Kommunen übernimmt.<sup>187</sup>

Dies ist abwägungsfehlerfrei dergestalt vorstellbar, dass der Plangeber auf raumordnerischer Ebene im Zuge seiner Abwägung sicherstellt, dass beide mögliche Ergebnisalternativen – die Ausnutzung der Öffnungsklausel wie auch deren Nicht-Ausnutzung durch die Gemeinde – das Ergebnis einer fehlerfreien Abwägungsentscheidung auf Raumordnungsebene abbilden. Hierfür muss der Raumordnungsplangeber jedes Altgebiet prüfen; die Prüfung kann nicht der Bauleitplanung überlassen werden. Die Anwendung der Öffnungsklausel kommt in diesem Sinne in Betracht, wenn der Plangeber sich abwägungsfehlerfrei sowohl für die Beibehaltung als auch für die Aufgabe eines bestimmten Altgebiets hätte entscheiden können. Nur wenn sich der Plangeber über die Vereinbarkeit beider Alternativen mit dem Abwägungsgebot und der Raumordnungsplanung im Übrigen vergewissert hat,<sup>188</sup> kann er die Entscheidung über die Ausnutzung der Öffnungsklausel bezüglich des Altgebiets in die Hände der privilegierten Gemeinde legen. Dann nämlich ist sichergestellt, dass keine Sachlage entstehen kann, welche der Raumordnungsplangeber nicht bedacht hat. Notwendigenfalls muss der Plangeber auch eine Wechselwirkung zwischen unterschiedlichen alternativen Szenarien berücksichtigen, soweit sich die Beurteilung einzelner Altgebiete berühren kann.

Ist diesen Anforderungen genüge getan, so stellt sich die planerische Öffnungsklausel für die bezeichneten Gebiete, für die jeweils zuvor eine Prüfung und Abwägung für beide Alternativen stattgefunden hat, als das Ergebnis einer originären planerischen Entscheidung dar.

Weiterhin vorteilhaft ist, dass bei einer ausdrücklichen Aufzählung der Altgebiete kein Raum für Zweifel insbesondere von Gemeinden besteht, welche Gebiete unter die Öffnungsklausel fallen. Hinzu tritt der Vorteil, dass im Zuge der Abwägungsentscheidung nicht zwingend alle Altgebiete in den Anwendungsbereich der Öffnungsklausel und damit in die Fortschreibung des RREP WM aufgenommen werden müssen. Dem Plangeber steht es bei einer namentlichen Nennung der Altgebiete offen, nicht alle Altgebiete einzubeziehen. Freilich ist eine unterschiedliche Behandlung der Altgebiete rechtfertigungsbedürftig und muss sachliche Gründe für jeden Einzelfall liefern. Es bleibt die Möglichkeit, allein

---

<sup>187</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 8 C 11412/06, juris Rn. 55.

<sup>188</sup> Das Abwägungsgebot eröffnet – anders als gebundene Entscheidungen – regelmäßig eine Vielzahl an jeweils rechtmäßigen Entscheidungsvarianten für den Plangeber, zwischen denen er eine Planungsentscheidung treffen kann, siehe zur Bauleitplanung *Dirnberger*, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 38. Ed. – 2017, § 1 Rn. 132.

diejenigen Altgebiete einzubeziehen, für die wirksame Flächennutzungs- oder auch nur Bebauungspläne bestehen. Werden beispielsweise nur bebauungsbeplante Gebiete einbezogen, kann im Rahmen der Begründung mit allein für diese Fälle drohenden Entschädigungsansprüchen argumentiert werden.

Hinzu tritt, dass bei einer ausdrücklichen Nennung der Altgebiete in einer Anlage der Vorteil besteht, dass auf keinen nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Greifswald unwirksamen Regionalplan Bezug genommen werden muss.<sup>189</sup> Dies verstärkt den Eindruck einer neuen, originären und fehlerfreien Abwägungsentscheidung. Die Bezugnahme auf den unwirksamen Regionalplan kann sich sodann auf die Begründung der Fortschreibung des RREP WM beschränken.

Eine kartenmäßige Darstellung der von der Öffnungsklausel erfassten Altgebiete kann die Übersicht und Normenklarheit für die Rechtsanwender und Betroffenen erleichtern.

## **F. STADT PARCHIM**

### **I. PARCHIM OST**

#### **1. BAULEITPLANUNG**

Die planungsrechtliche Situation um den Bebauungsplan Nr. 44 der Stadt Parchim ergibt sich aus der Satzung der Stadt Parchim über den Bebauungsplan Nr. 44 (Teil A: Planzeichnung), der im Entwurf vorliegenden Teilfortschreibung des RREP WM<sup>190</sup> und der Übersichtskarte vom 23. Mai 2017. Die bestehende Bebauungsplanung ist weder vollständig deckungsgleich mit der Fläche aus dem RREP WM 2011 noch mit der Fläche eines zukünftigen RREP WM mit Stand vom 10. Mai 2017. Charakteristisch ist dabei, dass eine teilweise Überschneidung besteht:

- Teile der Fläche des Bebauungsplans decken sich mit einem zukünftigen Eignungsgebiet,
- Teile der Fläche des Bebauungsplans liegen außerhalb eines zukünftigen Eignungsgebiets,
- Teile der Fläche eines zukünftigen Eignungsgebiets gehen über den Bebauungsplan hinaus.

#### **2. AUSWIRKUNGEN OHNE PLANERISCHE ÖFFNUNGSKLAUSEL**

Würden die bestehenden Altgebiete in die Regionalplanung übernommen, so würden sich weder Anpassungs- noch Entschädigungspflichten ergeben.

---

<sup>189</sup> Zu der Entscheidung des OVG Greifswald vgl. Dombert Rechtsanwälte, Pressemitteilung vom 3. März 2017, abrufbar unter <http://www.dombert.de/ovg-greifswald-haelt-regionalplan-westmecklenburg-fuer-unwirksam/>, abgerufen am 21. August 2017.

<sup>190</sup> Siehe hier S. 55, Kartenblatt 17.

Es ist indessen zu unterstellen, dass die Abwägung im Rahmen der Teilfortschreibung des RREP WM dergestalt ausfällt, dass das Gebiet in der Übersichtskarte vom 23. Mai 2017, welches mit „WEG 10.05.2017“ gekennzeichnet ist, als Eignungsgebiet ausgewiesen wird.

Ohne eine planerische Öffnungsklausel ergibt sich eine Anpassungspflicht der Stadt Parchim. Sie muss den Bebauungsplan Nr. 44 so anpassen, dass die Darstellung nicht dem Eignungsgebiet des Regionalplans widerspricht. Das Sondergebiet für die Windenergienutzung, das im Bebauungsplan ausgewiesen ist, muss auf die Bereiche beschränkt werden, welche sich mit der neuen Darstellung des Regionalplans deckt. Auch soweit die Darstellung des Regionalplans räumlich hierüber hinausgeht, muss der Bebauungsplan ergänzt werden. Die übrigen Flächen, die der Bebauungsplan ausweist, sind zu streichen.

Für die letztgenannten, zu streichenden Flächen kommen Entschädigungspflichten der Stadt Parchim in Betracht. Die Stadt Parchim kann möglicherweise einen Ersatzanspruch gegenüber dem Land geltend machen, weil sie zur Anpassung ihrer Bauleitplanung wegen des raumordnerischen Ziels gezwungen ist.

### 3. AUSWIRKUNGEN MIT PLANERISCHER ÖFFNUNGSKLAUSEL

Im Falle einer Übernahme der Altgebiete in die Regionalplanung scheiden – auch bei Aufnahme einer Öffnungsklausel – Anpassungs- und Entschädigungspflichten aus. Indessen muss unterstellt werden, dass allein das Gebiet in der Übersichtskarte vom 23. Mai 2017, welches mit „WEG 10.05.2017“ gekennzeichnet ist, als Eignungsgebiet ausgewiesen wird

Wird unter diesen Umständen eine planerische Öffnungsklausel in den RREP WM aufgenommen, so trifft die Stadt Parchim eine Anpassungspflicht in veränderter Form. Bereiche, die sich mit dem neuen Eignungsgebiet decken, können unverändert belassen werden. Bereiche, die aus dem neuen Eignungsgebiet herausfallen, können unter Berufung auf die Ausnahmeklausel beibehalten werden, sofern diese in der Flächennutzungsplanung dargestellt werden. Eine Anpassungspflicht verbleibt für Bereiche des neuen Eignungsgebiets, die über die bisher im Bebauungsplan als Sondergebiet ausgewiesene Fläche hinausgehen; sie müssen gegebenenfalls ergänzt werden.

Eine mögliche Entschädigungspflicht kann die Stadt Parchim vermeiden, indem sie unter Ausnutzung der Öffnungsklausel die Altgebiete insofern beibehält, als sie aus dem neuen Eignungsgebiet des RREP WM herausfallen.

## II. DARGELÜTZ I

### 1. BAULEITPLANUNG

Zum Plangebiet Dargelütz I liegen die ursprüngliche Satzung der Stadt Parchim, der Vorentwurf einer 1. Änderung sowie die 2. Änderung mit Rechtskraft vom 16. Juli 2016 vor. Ausgewiesen werden Sondergebiete für Windenergieanlagen. Aus dem Entwurf der Teilfortschreibung des RREP WM in der Fassung von Februar 2016 ist ein deckungsgleiches Eignungsgebiet nicht ersichtlich. Laut der Drucksache DS-Nr. 201/16 der Stadt Parchim wurde das ehemalige Eignungsgebiet ersatzlos gestrichen.

### 2. AUSWIRKUNGEN OHNE PLANERISCHE ÖFFNUNGSKLAUSEL

Die Stadt Parchim muss im Zuge der Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB die Sondergebiete für Windenergienutzung aufheben. Entschädigungsansprüche nach §§ 39, 42 BauGB sind nicht auszuschließen. Eine Ersatzpflicht des Landes nach § 18 LPIG kommt in Betracht. Freilich ergeben sich diese Folgen jeweils nur, wenn keine Übernahme des Altgebiets in die Regionalplanung erfolgt.

### 3. AUSWIRKUNGEN MIT PLANERISCHER ÖFFNUNGSKLAUSEL

Wird eine planerische Öffnungsklausel aufgenommen, so kann die Stadt Parchim hiervon Gebrauch machen. Der Flächennutzungsplan der Stadt Parchim lässt Sondergebiete im Bereich Dargelütz I erkennen. Eine Erweiterung der Flächennutzungsplanung ist nur möglich, soweit die Eignungsgebietsdarstellung bereits im RREP WM 2011 reichte, weil der Programmsatz 10 sowie dessen mögliche Varianten sich allein auf Altgebiete bezieht. Entschädigungsansprüche können vermieden werden. Ein Repowering ist möglich. Auch hier ist anzumerken, dass die vorstehenden Erwägungen nur gelten, wenn keine Übernahme des Altgebiets in die Regionalplanung erfolgt.

## III. ILLEKRIETWEG

Das in den Unterlagen genannte Plangebiet Illekrietweg ist nicht näher zu betrachten. Ein unmittelbarer Zusammenhang mit Windeignungsgebieten ist nicht ersichtlich.

gez. Dr. Christoph Riese  
gez. Julia Helm  
gez. Ulrich Killius