

Sparwasser & Schmidt • Mozartstraße 48 • 79104 Freiburg

**Regionalverband Nordschwarzwald
Westliche Karl-Friedrich-Straße 29-31
75172 Pforzheim**

Freiburg, 10.02.2025

Az.: 00304/24 MV/PN

**Regionalverband Nordschwarzwald wg. Teilregionalplan Wind-
energie**

Sehr geehrter Herr Klein,
sehr geehrte Frau Kaiser,
sehr geehrte Damen und Herren,

wie in unserer gemeinsamen Videokonferenz vom 04.11.2024
besprochen erhalten Sie auftragsgemäß unsere vorliegende Stel-
lungnahme zu der Frage, welche Vorgaben bei einer möglichen
Herausnahme des Gebiets „Sauberg“ (WE 14) aus dem Regional-
plan Windenergie zu beachten sind.

A) Empfehlung

1. Für die Abwägung im Rahmen der Regionalplanung gelten die
für die Bauleitplanung entwickelten Abwägungsgrundsätze
und Kriterien entsprechend. Das Abwägungsgebot des § 7

Prof. Dr. Reinhard Sparwasser*
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Verwaltungsrecht
Honorarprofessor an der
Albert-Ludwigs-Universität
Freiburg

Thomas Schmidt, LL.M.*
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Bau- und Architektenrecht

Dr. Peter Neusüß*
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Verwaltungsrecht

Thilo Zagon
Rechtsanwalt

Dr. Ole Jena
Rechtsanwalt

Marie-Lea Andert
Rechtsanwältin
Fachanwältin für
Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Dr. Marlene Voigt
Rechtsanwältin

Anne Ruf
Rechtsanwältin

Shirin El-Aklok
Rechtsanwältin

Thibault Frogier de Ponlevoy
Rechtsanwalt

* Geschäftsführer

Sparwasser & Schmidt
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Amtsgericht Freiburg i. Br.
Handelsregister HRB 724645

info@sparwasser-schmidt.de
www.sparwasser-schmidt.de

Sparkasse Freiburg-Nördl. Breisgau
IBAN DE41 6805 0101 0012 4565 32

Anderkonto Sparkasse
IBAN DE67 6805 0101 0012 4565 49

Raiffeisenbank Kaiserstuhl eG
IBAN DE32 6806 3479 0021 4356 00

Hauptsitz:

Mozartstraße 48
79104 Freiburg i. Br.

Tel. 0761/368888-0
Fax 0761/368888-22

Zweigstelle:

Königsallee 28
40212 Düsseldorf

Tel. 0211/542563-70
Fax 0211/542563-71

Abs. 2 Satz 1 ROG 2008 verlangt demnach, dass eine Abwägung überhaupt stattfindet, dass in die Abwägung an Belangen eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss, und dass weder die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt noch der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht.

Die Möglichkeit einer rechtmäßigen Herausnahme der Teilfläche „Sauberg“ ist anhand dieser Vorgaben zu beurteilen.

2. Eine Herausnahme wäre dabei insbesondere dann problematisch, wenn die Fläche aufgrund des bereits im Genehmigungsverfahren befindlichen Projekts der Projektiererin JUWI GmbH (im Weiteren: juwi) rechtmäßig zwingend in den Plan einbezogen werden müsste.
 - a) Das allgemeine Interesse von Eigentümern, durch die Privilegierung geschaffene Baurechte zu nutzen, sind im Rahmen der Abwägung nach überzeugender Auffassung allenfalls im Rahmen einer Globalabwägung zu berücksichtigen, d. h. nicht individuell, sondern als allgemeines Interesse. Dies galt auch schon nach alter Rechtslage. Dieses Interesse wird in der Gesamtabwägung als Abwägungsgrundlage mitberücksichtigt, könnte aber in der Begründung nochmals explizit betont werden.
 - b) Nach unserer Auffassung ergibt sich aus dem Umstand, dass bei Erreichung des Flächenziels die bisherige Privilegierung für Windkraftanlagen entfällt, nichts Abweichendes. Im Ergebnis tritt hierdurch zwar eine faktische Ausschlusswirkung ein, diese ist aber rechtsdogmatisch nicht Folge des Regionalplans, sondern wird durch die Gesetzänderung bedingt und rechtlich erst durch die Feststellung des Erreichens des Flächenziels herbeigeführt. Insoweit handelt es sich – im Gegensatz zur früheren Rechtslage – um eine sog. „Positivplanung“.

Da die weitreichenden Auswirkungen dieser Neuregelung auf Projektplanungen außerhalb der ausgewiesenen Gebiete aber auf der Hand liegen, spricht Einiges dafür, dass der Gesetzgeber eine Übergangsregelung hätte schaffen müssen. Diese war

angedacht, kommt aber aufgrund der Neuwahlen zum Bundestag voraussichtlich nicht mehr (rechtzeitig). Insofern bleibt hier ein Restrisiko, ob die Gerichte mit Blick auf eventuell betroffene Grundrechte zu der Auffassung gelangt, dass der Plan die fehlende Übergangsregelung auffangen muss.

- c) Zudem hat der VGH Baden-Württemberg entschieden, dass eine Kommune den Bauwunsch eines Eigentümers für die Abgrenzung des Plangebiets zu einem abwägungserheblichen Belang machen kann. Diese Rechtsprechung überzeugt zwar nicht, weil sich das Abwägungsmaterial aus dem Gesetz ergibt und nicht dem Einfluss des Plangebers unterfällt. Folgt man der Rechtsprechung, ließe sie sich aber in ihrem Grundgedanken übertragen, da auch vorliegend in der Abwägung die Planungen von Kommunen und privaten Betreibern berücksichtigt werden und im Ergebnis durch die Darstellung der Windenergiegebiete Baurecht geschaffen wird. Der Regionalverband hätte durch die Wahl der Kriterien die Interessen von juwi dann selbst zu einem abwägungserheblichen Belang gemacht.

Um dieses Risiko zu minimieren, kann klargestellt werden, dass die vorhandenen Projekte im Hinblick auf den – ohnehin zu berücksichtigenden Belang – Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie aufgenommen wurden. Das Risiko, dass hierdurch Betreiberinteressen fehlerhaft nicht berücksichtigt werden, halten wir für geringer.

3. Unproblematisch wäre die Herausnahme dagegen, wenn der Regionalverband sich auf einen berücksichtigungsfähigen Belang stützen könnte. Dies ist nach den bisher angelegten Abwägungsgrundlagen aber nach den vorliegenden Informationen nicht der Fall.
- a) Das Gegenstromprinzip greift hier nicht: Zum einen ist bereits fraglich, ob dieses im vorliegenden Fall, in welchem mit dem Regionalplan die Windenergieplanung neu geordnet werden soll, überhaupt anwendbar ist. Zum anderen kann hier das vom Flächennutzungsplan angeführte Kriterium zur Herausnahme der Fläche nicht auf den Regionalplan übertragen werden. Dies wäre aber im Rahmen des Gegenstromprinzips erforderlich. Eine „Ergebnisübernahme“ auch zur Wahrung des politischen Friedens ist nicht zulässig.

- b) Eine Herausnahme unter Bezugnahme auf eine mögliche Überlastung oder Umzingelungswirkung für die Gemeinde Engelsbrand scheidet nach den vom Regionalverband angelegten Abwägungsgrundlagen ebenfalls aus, da andere Gemeinden hier deutlich stärker betroffen sind.
 - c) Auch der Abwägungsbelang „Visuelle Überlastung: Umzingelung und Riegelwirkung“ wurde, wie Sie uns berichteten, bereits im Rahmen des Überlastungsschutzes geprüft und nach dem derzeitigen Entwurfsstand auch im Vergleich zu anderen Fällen für nicht einschlägig befunden (vgl. Sitzungsvorlage 1/2024 unter dem Stichpunkt „Visuelle Überlastung“).
 - d) Damit käme allenfalls infrage, ob hier eine bisher vom Regionalverband nicht berücksichtigte Sonderkonstellation vorliegt, die bspw. wegen einer außergewöhnlichen Topographie (keine ausgeprägte Tallage, weites Sichtfeld) im Hinblick auf eine visuelle Überlastung zu einer Herausnahme berechtigt. Um andere Flächen nicht zu gefährden, sollte insofern aber tatsächlich auf den Einzelfall abgestellt und keine übertragbaren neuen Kriterien oder Abwägungsgrundlagen angelegt werden.
4. Es spricht aber viel dafür, dass eine etwaige fehlerhafte Herausnahme der Teilfläche nicht beachtlich bzw. jedenfalls nicht durch juwi angreifbar wäre.
 5. Sollte sich der Regionalverband vor diesem Hintergrund für einer Herausnahme der Fläche entscheiden, wäre insbesondere darauf zu achten, dass der Plan – insbesondere auch mit Blick auf die angewandten Kriterien bzw. Abwägungsgrundlagen und die verbleibenden Flächen – in sich konsistent bleibt. Hierzu sollten wir uns dann vertiefend telefonisch besprechen.

B) Zusammenfassung

I. Sachverhalt

1. Gegenstand der Stellungnahme ist die ca. 53 ha große Fläche „Sauberg“ auf Gemarkung der Gemeinde Engelsbrand. Sie bildet zusammen mit der ca. 78 ha großen Fläche „Büchenbronner

Höhe“ in der Offenlagefassung des Teilregionalplans Windenergie das Windenergiegebiet WE14.

2. Die Fläche „Sauberg“ war zuvor nicht erfasst gewesen, weil sie im sachlichen Teilflächennutzungsplan Windenergie der Vereinbarten Verwaltungsgemeinschaft Engelsbrand/Neuenbürg (im Weiteren: Flächennutzungsplan) nicht innerhalb der Konzentrationszone lag und danach Windenergieanlagen ausgeschlossen waren. Nachdem der Flächennutzungsplan vom VGH Baden-Württemberg im Hinblick auf die Ausschlusswirkung für unwirksam erklärt worden war, wurde die Fläche „Sauberg“ durch ausdrücklichen Beschluss des Planungsausschusses wieder aufgenommen.
3. Zwischenzeitlich wurde der Flächennutzungsplan geheilt. Die Fläche „Sauberg“ wurde ausschließlich mit der Begründung ausgenommen, dass die Fläche nicht die als weiches Tabukriterium eingeführte Mindestfläche von 50 ha erreicht.
4. Nach den Kriterien des Regionalverbands zum Ausscheiden von Flächen als auch nach den Kriterien für die Abwägung der verbleibenden Flächen ist die Fläche „Sauberg“ nach Ihren Angaben einzubeziehen. Insbesondere das Kriterium Überlastungsschutz führt im Rahmen der Abwägung nicht zum Ausscheiden der Flächen:
 - Die Prozentuale Überlastung in Prozent der Flächeninanspruchnahme einer Kommune ist bei vielen Kommunen deutlich größer;
 - Die visuelle Belastung in Prozent der Fläche einer Kommune, auf der ein Windrad zu sehen ist, ist ebenfalls in vielen Kommunen größer (vgl. Umweltbericht, S. 80f.);
 - Eine Umzingelungswirkung in dem Sinne, ob in Teilen einer Kommune Windenergieanlagen aus mehreren Gebieten zu sehen sind, wurde ebenfalls zumindest überblicksartig geprüft. Auch hieraus ergibt sich nach bisherigem Prüfungsmaßstab nicht, dass die Fläche herausfällt.
5. Juwi hat die Genehmigung für zwei Windenergieanlagen auf der Fläche „Sauberg“ beantragt. Die Anträge sind nach Ihren Angaben genehmigungsfähig. Nur der Flächennutzungsplan steht

der Genehmigung entgegen. Juwi verlangt wegen der genehmigungsreifen Planung den Verbleib der Fläche „Sauberg“ im Regionalplan. Auch der geheilte Flächennutzungsplan sei im Übrigen rechtswidrig, da die 50 ha Mindestfläche erreicht werde.

6. Die Gemeinde Engelsbrand verlangt die Herausnahme der Fläche „Sauberg“ insbesondere mit folgenden Argumenten:
 - Der Flächennutzungsplan sei ein Kompromiss, der für Frieden in der Bürgerschaft gesorgt hätte. Er sei im Rahmen des Gegenstromprinzips zu berücksichtigen;
 - es bestehe eine erhebliche Umzingelungswirkung für die Ortschaft Engelsbrand;
 - die Flächeninanspruchnahme der Verwaltungsgemeinschaft Engelsbrand/Neuenbürg sei sehr hoch;
 - der Einbezug sei nicht erforderlich, da deutlich mehr als die geforderten 1,8 Prozent der Fläche der Region als Windenergiegebiet ausgewiesen werde.
7. Zu klären ist, ob die Fläche „Sauberg“ fehlerfrei herausgenommen werden kann bzw. wie rechtliche Risiken bei der Herausnahme minimiert werden können.

II. Rechtliche Würdigung

1. Rahmen
 - a) Durch das sogenannte „Wind-an-Land-Gesetz“ wurde die Planung von Windenergieanlagen auf eine Positivplanung umgestellt. Dies bedeutet, dass die Darstellung von Windenergiegebieten keinen Ausschluss von Windenergieanlagen im Übrigen Gebiet zur Folge hat.
 - b) Dies zeigt sich auch darin, dass Gemeinden frei sind, außerhalb von Windenergiegebieten aus dem Regionalplan weitere Windenergiegebiete in einem Flächennutzungsplan darzustellen bzw. in einem Bebauungsplan festzusetzen.

- c) Um der Windenergie ausreichend Raum zu verschaffen, hat der Gesetzgeber Vorgaben für Mindestflächen gesetzt, die mindestens auszuweisen sind: Für Baden-Württemberg mindestens 1,1 % der Landesfläche bis 31.12.2027 und 1,8 % bis 31.12.2032. Der Landesgesetzgeber hat für die Regionen entsprechende Teilziele von mindestens 1,8 % der Regionsfläche bis 31.12.2027 festgelegt.
- d) Mit dem Regionalplan geht zwar keine Ausschlusswirkung einher. Wird allerdings in der Folge des Planes das Teilflächenziel erreicht und die Feststellung dieses Teilziels bekannt gemacht, so sind Windenergieanlagen außerhalb von Windenergiegebieten nicht mehr privilegiert. Der Regionalplan hat mithin faktisch zur Folge, dass außerhalb der dargestellten Windenergiegebiete wohl regelmäßig Windenergieanlagen unzulässig werden, wenn sie nicht durch Flächennutzungs- oder Bebauungsplan zugelassen werden.
- e) Um eine rechtswirksame Planung zu erleichtern, ist es unbeachtlich, wenn (weitere) Flächen im Planungsgebiet für die Windenergie geeignet waren.

2. Rechtskonforme Abwägung

a) Kein mehrstufiges Planungskonzept

Ein mehrstufiges Planungskonzept ist nicht erforderlich. Der Gesetzgeber hat durch verschiedene Regelungen abgesichert, dass der faktische Ausschluss von Windenergieanlagen durch den Regionalplan nicht dazu führt, dass im Rahmen des Plans diese faktische Ausschlusswirkung abgewogen werden muss. Es verbleibt allerdings das Risiko, dass die Rechtsprechung trotzdem zum Schutz von Grundrechten dennoch eine zumindest nachvollziehbare Abwägung fordert.

b) Betreiberinteressen

Die Eigentümerinteressen, das durch die Privilegierung geschaffene Baurecht zu nutzen, sind im Rahmen der Abwägung nach überzeugender Auffassung allenfalls im Rahmen einer Globalabwägung zu berücksichtigen, d. h. nicht individuell, sondern als allgemeines Interesse. Dies galt auch schon nach

alter Rechtslage. Dieses Interesse wird im Rahmen der Abwägung als Abwägungsgrundlage mitberücksichtigt, könnte aber in der Begründung nochmals explizit betont werden.

Aufgrund der vom Gesetzgeber gewollten Positivplanung spricht auch viel dafür, dass selbst im Falle weit fortgeschrittener – bis hin zu genehmigungsreifer – Planungen diese nicht individuell zu berücksichtigen sind. Dies stellt eine Abkehr von der bisherigen Rechtslage dar, nach welcher diese Interessen gesondert abzuwägen waren. Die Situation nach neuer Rechtslage ist vergleichbar mit der Frage, ob ein Eigentümer Anspruch darauf hat, dass er in einen Bebauungsplan einbezogen wird, damit auch auf seinen Flächen Baurecht geschaffen wird. Denn vergleichbar hierzu werden Anlagen vorliegend durch den Einbezug in ein Windenergiegebiet ebenfalls privilegiert. Durch die Regelung des § 35 Abs. 1 BauGB erfuhren sie zwar auch bislang eine allgemeine Privilegierung, diese beruht aber lediglich auf dem übergangsweisen Fortbestand der alten Rechtslage, die dem Grundkonzept der neuen Rechtslage gerade nicht entspricht.

Daraus folgt: Auf die Aufstellung eines Bauleitplans besteht kein Anspruch, damit besteht auch kein Anspruch auf Darstellung einer Windenergieanlage. Faktisch wird damit zwar in die Eigentumsposition eingegriffen, da das Baurecht für Windenergieanlagen entzogen wird. Dieser Eingriff ergibt sich allerdings aus dem Gesetz: Dort fehlt eine Übergangsbestimmung, die zwar zwischenzeitlich erwogen wurde, aufgrund der Neuwahl aber wohl nicht mehr kommen wird. Das Risiko, dass sich diese Frage auf den Plan auswirkt, ist eher gering.

Allerdings hat der VGH Baden-Württemberg entschieden, dass eine Kommune den Bauwunsch eines Eigentümers für die Abgrenzung des Plangebiets zu einem abwägungserheblichen Belang machen kann. Diese Rechtsprechung überzeugt zwar nicht, weil sich das Abwägungsmaterial aus dem Gesetz ergibt und nicht dem Einfluss des Plangebers unterfällt. Folgt man der Rechtsprechung, ließe sie sich aber übertragen, da auch vorliegend in der Abwägung die Planungen von Kommunen und privaten Betreibern berücksichtigt werden. Der Regionalverband hätte durch die Wahl der Abwägungsgrundlagen die Interessen

von juwi dann selbst zu einem abwägungserheblichen Belang gemacht.

Um dieses Risiko zu minimieren, kann klargestellt werden, dass die vorhandenen Projekte im Hinblick auf den – ohnehin zu berücksichtigenden Belang – Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie abgefragt wurden. Das Risiko, dass hierdurch Betreiberinteressen fehlerhaft nicht berücksichtigt werden, halten wir für geringer.

Im Ergebnis spricht viel dafür, dass vorhandene Projekte bei der Abwägung nur im Hinblick darauf zu berücksichtigen sind, dass die Umsetzung solcher Projekte zu einer Beschleunigung des Windenergieausbaus führt. Daneben können die Eigentümerinteressen global eingestellt werden, siehe zuvor.

c) Von der Gemeinde vorgebrachte Belange

Die von der Gemeinde vorgebrachten Belange können weder nach den anzusetzenden Kriterien noch als Abwägungsgrundlage berücksichtigt werden.

Nach dem Gegenstromprinzip kann nicht das Ergebnis einer Planung berücksichtigt werden, vielmehr ist die der gemeindlichen Planung zugrunde liegende Abwägung einzustellen und aus Sicht der Regionalplanung zu bewerten. Der Flächennutzungsplan schloss die Fläche „Sauberg“ allerdings nur aus, weil sie die nach den aufgestellten weichen Tabukriterien erforderliche Mindestgröße unterschritt. Da diese Fläche aber an die übrige Fläche des WE14 angrenzt, der Regionalplan auch andernorts deutlich kleinere Flächen – sogar als die Fläche „Sauberg“ allein – darstellt und nach Ihren Angaben auch sonst keine, insbesondere keine artenschutzrechtlichen Gründe gegen die dargestellte Flächengröße sprechen, kann die Fläche nicht aufgrund des Gegenstromprinzips unberücksichtigt bleiben. Aufgrund der erheblichen Größe der Fläche WE14 ist auch keine „Verspargelung“ der Landschaft zu befürchten.

Auch besteht keine übermäßige Flächeninanspruchnahme. Im Vergleich zu anderen Kommunen ist die Flächeninanspruchnahme der Gemeinde Engelsbrand gering. Der Regionalplan stellt dabei auch zurecht auf die einzelne Kommune und nicht die Verwaltungsgemeinschaft ab.

Auch eine Umzingelungswirkung ist nach der gewählten Methode nicht auszumachen. Die gewählte Methode vergleicht, auf welchem Flächenanteil einer Gemeinde im Freiland Windenergieanlagen im Radius von 5 km wahrnehmbar sind. Nach dieser Methode sind andere Kommunen deutlich stärker betroffen (vgl. Umweltbericht S. 80f.).

Unterstrichen wird dieser Befund dadurch, dass der Planungsausschuss die Fläche nach den bestehenden Kriterien ausdrücklich wieder hereingenommen hat. Allein die Heilung des Flächennutzungsplans gibt aber keinen Anlass, diese Haltung zu ändern.

- d) Umzingelungswirkung unabhängig von der gewählten Methodik im Rahmen der Einzelabwägung

Zu erwägen ist, im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung dennoch eine Umzingelungswirkung anzunehmen und damit dem Umstand Rechnung zu tragen, dass mehrere Gebiete mit jeweils mehreren Anlagen vom gleichen Ort aus sichtbar sind. Der Umweltbericht hat insofern zwar andere Bereiche mit besonderer kumulativer Wirkung identifiziert, dabei aber – soweit ersichtlich – vor allem auf das Kriterium abgestellt, von welchem Anteil der Freifläche mindestens eine Anlage sichtbar ist.

Wenn für Engelsbrand insofern auf Besonderheiten vor Ort abgestellt werden kann (Sichtbarkeit mehrerer Gebiete, Besonderheiten der Topographie etc.), verringert sich zumindest das Risiko, dass andere Gebiete mit derselben Argumentation in Frage gestellt werden können.

- e) Ergebnis

Nach der bisherigen Planungsmethodik kann die Fläche „Sauberg“ mit großer Sicherheit nicht abwägungsfehlerfrei herausgenommen werden. Man könnte den Punkt „Umzingelungswirkung“ aber einer Einzelfallbetrachtung öffnen. Wird die Umzingelungswirkung für die Fläche „Sauberg“ mit Besonderheiten vor Ort begründet, ist das Risiko für die rechtskonformer Ausweisung anderer Flächen geringer, wenn die Besonderheiten nicht auf diese übertragbar sind.

3. Beachtlichkeit etwaiger Fehler

Der Gesetzgeber hat für unbeachtlich erklärt, ob und welche sonstigen Flächen im Planungsraum für die Ausweisung von Windenergiegebieten geeignet sind. Wird die Fläche „Sauberg“ herausgenommen, obgleich sie nach den Kriterien geeignet ist, und stellt sich dies als fehlerhaft dar, so wäre dies daher grundsätzlich unbeachtlich, die Gültigkeit des Planes nicht betroffen. Dies gilt dann auch für die Frage, ob die Fläche hineinzunehmen wäre oder nicht.

Aus Gründen des Grundrechtsschutz von Betreibern und zur Sicherstellung grundlegender Abwägungsanforderungen ist aber nicht auszuschließen, dass die Rechtsprechung diese Regelung einschränkend auslegt. Auch der Gesetzgeber wollte nur unangemessene Anforderungen an die Plankonzeption ausschließen, jedoch nicht jeglichen Rechtsschutz ausschließen. Vorliegend spricht trotzdem Überwiegendes dafür, dass ein etwaiger Fehler unbeachtlich wäre. Der Plan könnte dann von juwi nicht angegriffen werden.

Ein höheres Risiko besteht hingegen, dass sich andere Kommunen und ggf. auch Private bezüglich der Darstellung von Windenergieanlagen auf anderen Flächen darauf berufen, der Regionalverband habe mit der Herausnahme der Fläche „Sauberg“ konkludent seine Kriterien bzw. seine Abwägungsgrundlage verändert und daher seien auch diese Flächen herauszunehmen. Wir empfehlen daher, im Falle einer Herausnahme der Fläche „Sauberg“ nur mit Besonderheiten vor Ort zu argumentieren.

4. Rechtsschutz und Folgen beachtlicher Fehler

Sind die Betreiberinteressen von juwi nicht abwägungsrelevant, spricht auch viel dafür, dass juwi gegen den Regionalplan nicht im Rahmen eines Normenkontrollantrags vorgehen kann. Etwas anderes könnte sich allerdings aus der Feststellung der Erfüllung des Flächenbeitragswerts und der damit verbundenen Entprivilegierung als mit der Planaufstellung beabsichtigter (Rechts-)Folge ergeben. Selbst wenn juwi hier antragsbefugt

wäre und mit dem Antrag Erfolg hätte, hätte der Regionalverband aber ein Jahr Zeit, den Plan zu heilen. So lange würde auch der Flächenbeitragswert weiterhin als erfüllt gelten.

Daneben kann juwi auf Erteilung der Genehmigung klagen. Dabei würde der Regionalplan inzident geprüft. Auch eine solche Klage ist aber neben den materiellen Fragen, siehe zuvor, mit formalen Schwierigkeiten verbunden: Aufgrund der Möglichkeit, auch bei Inzident-Kontrollen den Plan innerhalb eines Jahres zu heilen, bliebe es auch bei Unwirksamkeit des Plans zum Zeitpunkt des Gerichtsverfahrens noch bei der Entprivilegierung und damit voraussichtlich Unzulässigkeit der Windenergieanlage. Allerdings ist damit zu rechnen, dass die Gerichte diese Regelung einschränkend auslegen, um die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG zu gewährleisten.

5. Vorsorgeabstand zum Gebiet „Grösseltal“

Für die Abwägung ist das Gebiet „Grösseltal“ wie ein Gewerbegebiet zu behandeln. Zwar ist es im Flächennutzungsplan als gemischte Baufläche dargestellt. Tatsächlich werden die Flächen laut der Begründung zum in Aufstellung befindlichen Bebauungsplan „Grösseltal“ aber nur gewerblich genutzt. Eine Wohnbebauung wäre daher dort nicht zulässig. Daher ist ungeachtet der Darstellung im Flächennutzungsplan kein Vorsorgeabstand für eine Wohnbebauung anzusetzen.

C) Sachverhalt

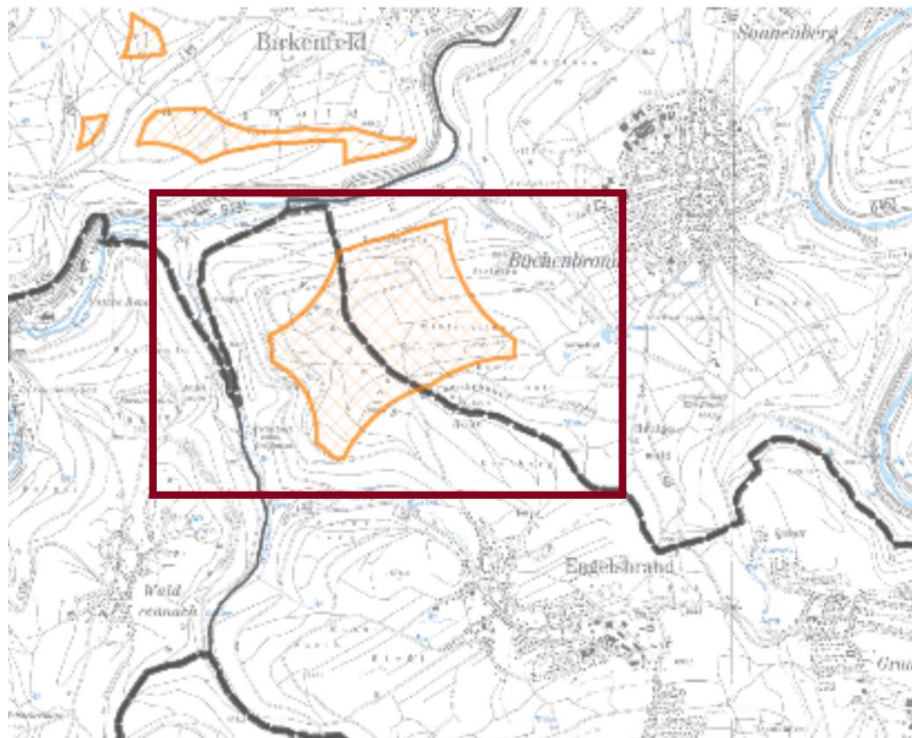
I. Übersicht

1. Der Regionalverband Nordschwarzwald befindet sich aktuell im Verfahren zur Aufstellung eines Teilregionalplans Windenergie.

Für diesen wurden in einem ersten Schritt all jene Flächen in die sog. **Eingangskulisse** aufgenommen, die ein hohes Windpotenzial aufweisen (mittlere gekappte Windleistungsdichte von $\geq 215\text{W/m}^2$ in 160 m über Grund). Aus dieser Flächenauswahl wurde dann – nach Ausschluss bestimmter Flächen auf Grundlage eines aufgestellten Kriterienkatalogs, der insbesondere

Mindestabstände zu (Wohn-)bebauungen, Straßen oder bestimmten Naturschutzgebieten u. ä. enthielt – die sog. **Suchraumkulisse** erstellt, mit welcher eine erste informelle Beteiligung durchgeführt wurde.

2. Die hier gegenständliche, ca. 53 ha große Fläche „Sauberg“ auf Gemarkung der Gemeinde Engelsbrand war dabei als Teilfläche der Suchraumkulissenfläche „WE14“ vorgesehen. Der andere, etwa 78 ha große Teil dieses geplanten Windenergiegebiets (von insgesamt ca. 160 ha) stellt die „Büchenbronner Höhe“ dar, welche sich unmittelbar angrenzend auf der Gemarkung Büchenbronn, einem Stadtteil von Pforzheim, befindet.



3. Im Rahmen der informellen Beteiligung nahmen zu dieser (Teil-) Fläche „Sauberg“ insbesondere die Gemeinde Engelsbrand sowie die Projektiererin juwi Stellung.
 - a) Die Gemeinde Engelsbrand bat um Herausnahme der Teilfläche „Sauberg“ unter Verweisung auf den Flächennutzungsplan.

Dieser, am 16.12.2021 ortsüblich öffentlich bekannt gemachte sachliche Teilflächennutzungsplan Windenergie der VVG (Aufstellungsbeschluss datiert vom 30.02.2012) weist die Windenergienutzung vollständig auf Neuenbürger Gemarkung liegenden Flächen (494 ha) aus.

Die hier gegenständliche Fläche „Sauberg“ auf Engelsbrander Gemarkung liegt nach dem sachlichen Teilflächennutzungsplan Windenergie mithin im Ausschlussgebiet. Im Rahmen des Flächennutzungsplans wurde diese Nichtausweisung mit der zu geringen Fläche begründet: Die Fläche „Sauberg“ umfasse weniger als 50ha und sei daher für die Schaffung konzentrierter Errichtungsflächen nicht geeignet.

Zudem berief sich die Gemeinde Engelsbrand gegenüber dem Regionalverband auf eine für sie erdrückende Wirkung der bisherigen Planung.

- b) Juwi dagegen begrüßte die Aufnahme der Fläche im Rahmen der Suchraumkulisse:

Sie plant bereits seit längerem die Errichtung zweier Windkraftanlagen auf der Fläche auf dem „Sauberg“. Hierfür stellte Juwi – nach eigenen Angaben – im Mai 2019 einen Antrag auf Genehmigung zur Errichtung, dessen Vollständigkeit am 16.06.2020 bestätigt wurde. Aufgrund der Ausschlusswirkung des Flächennutzungsplans wurde das Genehmigungsverfahren sodann zunächst ruhend gestellt.

Nach unserem Kenntnisstand hängt die Genehmigungsfähigkeit des Projekts allein von der Wirksamkeit dieses Flächennutzungsplans ab.

4. Der Regionalverband nahm die Teilfläche „Sauberg“ für das weitere Verfahren aus dem WE14 heraus und überführte mithin nur die Teilfläche „Büchenbronner Höhe“ in die Potenzialkulisse.

Zur Begründung hierfür heißt es in der Synopse des Planungsausschusses:

„Die Konzentrationszonen aus dem Teil-FNP der GVV Neuenbürg/Engelsbrand werden übernommen. Aus diesem Grund wird die Fläche „am Sauberg“ in Engelsbrand nicht weiter verfolgt“.

Auf dieser Grundlage wurde auch die Strategische Umweltprüfung (SUP) durchgeführt.

5. Nachdem der Flächennutzungsplan der VVG Engelsbrand/Neuenbürg durch Urteil des VGH Baden-Württemberg vom 10.05.2023 für unwirksam erklärt wurde, wurde die Teilfläche „Sauberg“ durch den Regionalverband erneut in die Ausweisionsfläche WE14 einbezogen. Diese Gesamtfläche WE14 wurde umweltgeprüft und der Gesamtabwägung auf Basis der Abwägungsgrundlagen unterzogen. Dementsprechend bezieht die Bewertung von WE14 im Steckbrief des Umweltberichts (Umweltbericht, Anhang II) diese Fläche am „Sauberg“ mit ein.

Auf diesem – aktuellen – Stand wurde sodann die Potenzialkultisse als Entwurf beschlossen („Entwurfskultisse) und das Verfahren zur Beteiligung der Träger öffentlicher Belange und der Öffentlichkeit eingeleitet und mittlerweile abgeschlossen.

6. Der Flächennutzungsplan wurde zwischenzeitlich im Rahmen der Heilung erneut beschlossen, am 15.01.2024 durch das Landratsamt Enzkreis genehmigt und am 26.01.2024 öffentlich bekannt gemacht. Juwi hat erneut Normenkontrollantrag beim VGH Baden-Württemberg eingelegt.

Der Regionalverband trägt sich nun – insbesondere aufgrund eines beabsichtigten Antrags der FDP-Fraktion – mit der Überlegung, die Teilfläche „Sauberg“ erneut aus der Fläche WE14 herauszunehmen.

II. Entscheidungsmaßstab des Regionalverbands

Allgemein ging der Regionalverband bei Ermittlung potenzieller Windvorrangflächen wie folgt vor:

1. Ermittlung von windhöffigen Flächen (Eingangskultisse)

2. Ausschluss von Flächen auf Grundlage des erarbeiteten Kriterienkatalogs
 3. Feinjustierung auf Basis der Abwägungsgrundlagen unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligungen
1. Im Rahmen dieses Verfahrens wurden vom Regionalverband insbesondere auch Flächennutzungspläne der Gemeinden und Verwaltungsgemeinschaften jüngeren Datums (24 Monate) berücksichtigt. Hieran schloss sich indes stets eine Prüfung unter Zugrundelegung der eigenen Kriterien an.

Bsp.: Loßburg

2. Soweit der Regionalverband von angedachten Windprojekten Kenntnis erhielt, wurden diese in der Regel im Rahmen der Abwägung durch besondere Gewichtung gegenüber anderen Belangen berücksichtigt; insbesondere, wenn es sich um kommunale Projekte handelte. Auch und gerade aufgrund bestehender Planungen wurde der Vorsorgeabstand von 750m bzw. 850m zu (Wohn-)Bebauung teilweise unterschiedlich gehandhabt.
3. Im Rahmen der Gesamtabwägung wurden laut der Beschlussvorlage zur förmlichen Beteiligung (1/2024 vom 24.01.2024) folgende Abwägungsgrundlagen zugrunde gelegt:

„Nach Vorliegen der eingegangenen Informationen wurde für die Erstellung der Entwurfskulisse eine Gesamtabwägung durchgeführt. In die Abwägung flossen insbesondere folgende Abwägungsgrundlagen ein:“

- Erhöhung der Vorsorgeabstände zu Wohnbauflächen und gemischten Bauflächen auf 850 m
- Berücksichtigung von Vorhaben
 - Kommunale Planungen bzw. Projekte
 - Vorhaben von Projektierern

- Strategische Umweltprüfung (s. Umweltbericht in Anlage 2)
- Potenzielle Entwicklungsflächen von Kommunen, die im Rahmen der Gesamtregionalplanfortschreibung gemeldet und geprüft werden
- Überlastungsschutz
 - Visuelle Überlastung: Umzingelung und Riegelwirkung
 - Prozentuale Überlastung: Flächeninanspruchnahme der Kommunen
- Wirtschaftlichkeit
 - Windhöffigkeit
 - Hangneigung“

4. Aus dem Umweltbericht ergibt sich, dass zum Überlastungsschutz der Kommunen zum einen auf die Flächeninanspruchnahme der jeweiligen Kommune als prozentualer Wert der Windenergiegebiete an der Gesamtfläche der Kommune abgestellt wurde. Nachfolgend ist die Flächeninanspruchnahme der Gemeinden Engelsbrand und Neuenbürg sowie der Verwaltungsgemeinschaft für den Regionalplan und den Flächennutzungsplan dargestellt:

Verwaltungsraum	Fläche im FNP	Flächenanteil im FNP	Fläche im TRP-Entwurf	Flächenanteil im TRP-Entwurf
Engelsbrand (WE14)	0 ha	0 %	Ca. 53 ha	Ca. 3,5 %
Neuenbürg (WE18, WC1)	Ca. 475 ha	Ca. 17 %	Ca. 342 ha	Ca. 12 %

VVG Neuenbürg/Engelsbrand	Ca. 475 ha	Ca. 11 %	Ca. 395 ha	Ca. 9 %
----------------------------------	------------	----------	------------	---------

Im Vergleich zeigt sich, dass andere Kommunen eine deutlich höhere Inanspruchnahme aufweisen; jedenfalls wenn auf die kommunale Ebene abgestellt wird:

Windfläche ha	Gemeindefläche ha	Gemeindefläche Prozent	Gemeinde
187,335459	806,649362	23,22390221	Wimsheim
676,008612	4411,328381	15,32437746	Simmersfeld
365,834857	2515,015443	14,54602826	Bad Teinach Zavelstein
133,590785	947,867313	14,0938276	Simmozheim
342,3493	2813,289909	12,16900181	Neuenbürg
384,044024	3368,367011	11,40148988	Königsbach-Stein
349,392013	4466,219732	7,822992015	Pfalzgrafenweiler
278,274722	3594,829184	7,740972039	Oberreichenbach
170,534011	2457,646672	6,938914895	Wiernsheim
109,744852	1835,452988	5,979169868	Dobel
186,419693	3304,400056	5,641559431	Straubenhardt
427,260475	7918,873274	5,395470545	Loßburg
120,925386	2320,65048	5,210840109	Neulingen
619,170846	11958,31232	5,177744397	Horb am Neckar
43,322808	852,542891	5,081598645	Friolzheim
46,003664	916,129929	5,021521789	Ostelsheim
495,768793	10514,68675	4,715012485	Bad Wildbad
39,858643	862,436163	4,621634007	Kieselbronn
118,132497	2968,428138	3,979631357	Neuhausen
209,868246	5315,579645	3,948172354	Altensteig
78,865802	2195,979534	3,591372359	Nieferrn-Öschelbronn
106,699727	2986,136594	3,573169667	Waldachtal
59,400938	1676,261379	3,543656064	Mönsheim
52,940389	1516,395019	3,491200402	Engelsbrand

5. Zur Belastung durch die Sichtbarkeit stellt die Analyse im Rahmen der Strategischen Umweltprüfung darauf ab, auf welchem Anteil der Freifläche einer Kommune eine Windenergieanlage in

einem Radius von 5 km zu sehen ist. Auch insoweit ist die Belastung in Engelsbrand deutlich geringer als in anderen Kommunen:

In Engelsbrand beträgt der Wert für die Potentialkulisse laut Umweltbericht 74 Prozent. In knapp 40 Kommunen beträgt er hingegen über 80 Prozent. (Umweltbericht, S. 80f.). Für die zweite Offenlage ist dieser Wert noch für den aktualisierten Flächenzuschnitt – also unter Einschluss der Erweiterungsfläche „Sauberg“ – zu ermitteln. Auch unter Berücksichtigung dieser vergrößerten Fläche dürfte sich die Belastung für Engelsbrand aber im Vergleich zu anderen Kommunen als eher gering darstellen.

6. Bei den übrigen angewandten Kriterien bzw. Abwägungsgrundlagen ergibt sich für die Fläche WE14 ebenfalls kein Ausschlussgrund. Insbesondere stehen Umweltauswirkungen, insbesondere artenschutzrechtliche Belange, einer Darstellung der Fläche nicht entgegen.

III. Verfahren

Am 08.07.2020 beschloss die Verbandsversammlung des Regionalverband Nordschwarzwald die Aufstellung des Teilregionalplans Erneuerbare Energien nach § 12 Abs. 1 LPIG (Sitzungsvorlage 13/2020). Mit Schreiben vom 28.09.2020 wurden die Träger öffentlicher Belange gem. § 9 Abs. 1 ROG über die Einleitung des Verfahrens informiert. Am 15.02.2023 wurde im Planungsausschuss die Trennung des Teilregionalplans Erneuerbare Energien in den – hier relevanten – Teilregionalplan Windenergie und einen Teilregionalplan Solarenergie beschlossen (Sitzungsvorlage 2/2023).

1. Allgemein

a) Eingangskulisse (WE14 einbezogen)

Dabei wurden zunächst all jene Gebiete in die sog. Eingangskulisse aufgenommen, die – auf Datengrundlage des Windatlas Baden-Württemberg (LUBW 2019) – mindestens über eine mittlere gekappte Windleistungsdichte von $\geq 215\text{W/m}^2$ in 160

m über Grund verfügen, also ein hohes Windpotenzial aufweisen. Nur an wenigen Stellen wurden Flächen aus planerischen Gründen in Gebieten mit $< 215 \text{ W/m}^2$ zusätzlich arrondiert.

b) Kriterienkatalog

Am 15.02.2023 wurde darauf aufbauend ein Kriterienkatalog beschlossen. Nach diesem wurden Ausschlusskriterien festgelegt, welche aus rechtlich-tatsächlichen oder planerischen Gründen der Errichtung und dem Betrieb einer Windenergieanlage, und damit der Festlegung als Vorranggebiet für Windenergie entgegenstehen (Sitzungsvorlage 3/2023). Ergänzungen dieses Kriterienkatalogs wurden in den darauffolgenden Ausschusssitzungen mitgeteilt (Sitzungsvorlagen 21/2023 und – nach erfolgter informeller Beteiligung - 34/2023).

c) **Suchraumkulisse** (WE14 einbezogen)

Basierend auf dem Kriterienkatalog wurde die sog. Suchraumkulisse erstellt. Hierbei handelt es sich um Flächen, die für eine Ausweisung grundsätzlich in Betracht kommen und die daher näher zu betrachten sind. Hierfür wurde die Suchraumkulisse den Kommunen, Landkreisen sowie bis dahin bekannten Projektierern in der Region am 05.04.2023 im Rahmen einer informellen Beteiligung mit Bitte um Stellungnahme bis zum 05.05.2023 zugesandt. Das Schreiben enthielt dabei folgenden Fragekatalog:

„1. Sind derzeit Windenergievorhaben geplant?
(Jeglicher Projektstand kann gemeldet werden.)

- als Kommune in ihrer Kommune
- als Landkreis im Landkreis
- als Projektierer mit entsprechender Projektkulisse

2. Gibt es zusätzliche Flächen, die entweder über unsere Suchräume hinausragen oder nicht als Suchräume in unseren Karten dargestellt werden?

3. Können Sie uns weitere verfahrensrelevanten Informationen zu unseren vorliegenden Suchräumen mitteilen?

- als Kommune in ihrer Kommune
- als Landkreis im Landkreis
- als Projektierer in einer entsprechenden Projektkulisse

4. Der Regionalverband Nordschwarzwald hat zur Suchraumfindung einen Vorsorgeabstand von 750 m zu Wohn- und Mischgebieten berücksichtigt und entsprechend sind die Suchräume in den vorliegenden Karten dargestellt. Gibt es Belange, die für eine Erhöhung des derzeitigen Vorsorgeabstands um Wohn- und Mischgebieten auf 850 m vorgebracht werden können?

5. Können Sie uns bezüglich der Freiflächen-Photovoltaikanlagen alle planerisch festgelegten Gebiete, aber auch alle (potenziellen/geplanten) Vorhaben mitteilen?

- als Kommune in ihrer Kommune
- als Landkreis im Landkreis
- als Projektierer in einer entsprechenden Projektkulisse"

Die im Rahmen dieser Beteiligung gewonnenen Erkenntnisse sollten nach Aussage des Regionalverbands im Rahmen der weiteren Planung Berücksichtigung finden. Bis zum 24.05.2023 gingen insgesamt 40 Stellungnahmen aus den Städten und Gemeinden ein, darunter zwei Stellungnahmen von Landratsämtern, 13 von Projektierern, eine von Naturschutzvereinigungen und fünf von weiteren Hinweisgebern (Vereine und Privatpersonen).

d) **Potenzialkulisse** (WE14 nicht einbezogen)

Das Ergebnis der informellen Beteiligung wurde in einer Synopse mit zugehöriger Potenzialkulisse aufgearbeitet.

Am 12.07.2023 beschloss der Planungsausschuss, diese Potenzialkulisse in die Strategische Umweltprüfung (SUP) zu überführen (Sitzungsvorlage 34/2023).

e) Verfahren während laufendem SUP

Im weiteren Verfahren kam es aus artenschutzrechtlichen Gründen und aufgrund eines Datenfehlers bei Ausschluss von Flächen aufgrund von Hochwasserschutzgebieten zu einer Änderung an bestimmten Teilflächen der Potenzialkulisse. Die Teilfläche WE 14 war hiervon nicht betroffen.

f) Ergebnis SUP – Umweltbericht – **Entwurfskulisse** (unter Wiederaufnahme WE 14)

Die Ergebnisse der SUP wurden im Umweltbericht festgehalten.

Am 24.01.2024 beschloss der Planungsausschuss zudem, die Potenzialfläche WE 14 um das hier infrage stehende Teilgebiet „Sauberg“ zu erweitern (Sitzungsvorlage 1/2024). Auch dieses Teilgebiet wurde einer Umweltprüfung unterzogen und das Ergebnis dieser Prüfung im Umweltbericht dargestellt.

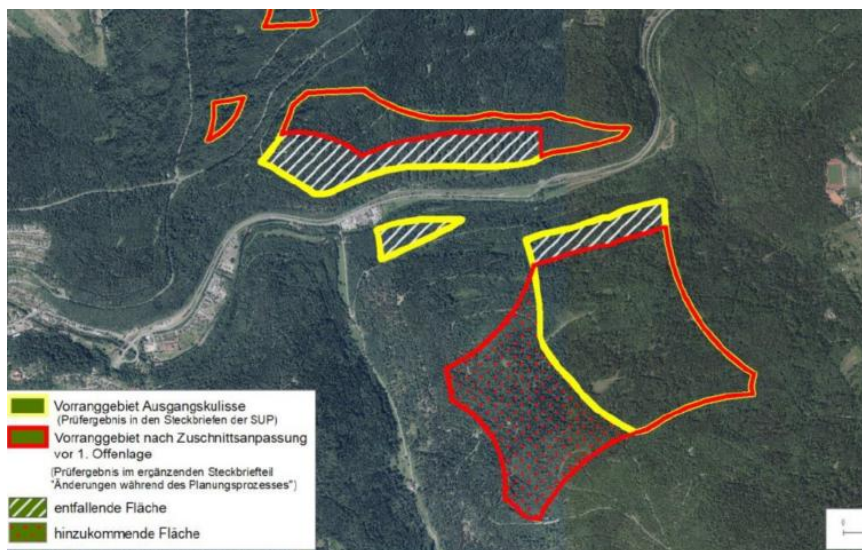
Unter Einschluss dieser Teilfläche wurde die Potenzialkulisse sodann als Entwurf beschlossen („Entwurfskulisse“) und das Verfahren zur Beteiligung der Träger öffentlicher Belange und der Öffentlichkeit gem. § 9 ROG i. V. m. § 12 Abs. 2 und Abs. 2 LPIG eingeleitet (ebenfalls Sitzungsvorlage 1/2024). In der Beschlussvorlage wurden auch die Abwägungsgrundlagen für die Gesamtabwägung aufgeführt, siehe oben.

Die Öffentlichkeitsbeteiligung endete am 15.03.2024, die Trägerbeteiligung am 05.05.2024. Dabei gingen nach Schätzung der Verbandsverwaltung (mit Datum 17.04.2024) ca. 15.000 Stellungnahmen ein.

2. Übersicht zu WE 14, insb. hins. „Sauberg“

a) Teil der Suchraumkulisse

Die hier gegenständliche Fläche auf dem „Sauberg“ wurde zunächst als Teilfläche des WE 14 als Suchraumkulisse (s.o.) ausgemacht, da sie dem Kriterienkatalog entspricht.



b) Informelle Beteiligung

Im Rahmen der informellen Beteiligung brachte insb. die Gemeinde Engelsbrand die Einwendung vor, eine Ausweisung dieser Fläche führe zu einer erdrückenden Wirkung und widerspreche auch dem von der Gemeinde beschlossenen Flächennutzungsplan Windenergie.

Der Regionalverband nahm die Teilfläche sodann aus dem WE 14 heraus mit der Begründung:

„Die Konzentrationszonen aus dem Teil-FNP der GVV Neuenbürg/Engelsbrand werden übernommen. Aus diesem Grund wird die Fläche „am Sauberg“ in Engelsbrand nicht weiter verfolgt“.

c) SUP

Die strategische Umweltprüfung war somit zunächst nur für das WE 14 als Potenzialfläche ohne Einschluss der Fläche am „Sauberg“ vorgesehen. In der weiteren Folge wurde sodann aber die gesamte Fläche am „Sauberg“, also unter Einschluss der Erweiterungsfläche, umweltgeprüft. Das im Umweltbericht dargestellte Prüfergebnis bildet somit das gesamte Gebiet WE14 nach jetzigem Stand ab.

d) Entwurfskulisse

Da der VGH Baden-Württemberg den Flächennutzungsplan der VVG Neuenbürg/Engelsbrand zwischenzeitlich für unwirksam erklärte, nahm der Regionalverband die Teilfläche am „Sauberg“ dann auch wieder in die Entwurfskulisse WE 14 auf und führte auf diesem – derzeit aktuellen – Stand, die formelle Träger- und Öffentlichkeitsbeteiligung durch.

Zur Begründung der (Wieder-)Aufnahme der Teilfläche heißt es in der Sitzungsvorlage (1/2024):

„Zusätzlich zu den bisherigen Potenzialflächen wurde die Potenzialfläche WE14 durch eine Teilfläche in Engelsbrand (Am Sauberg) erweitert und ebenfalls umweltgeprüft. Diese Teilfläche wurde in der sogenannten Suchraumkulisse bereits analysiert und entspricht somit auch den beschlossenen Kriterien für Windenergie des Regionalverbands Nordschwarzwald. In der am 12. Juli 2023 beschlossenen Potenzialkulisse für die Windenergie des Regionalverbands Nordschwarzwald war die Teilfläche nicht enthalten (Sitzungsvorlage 34/2023). Um allerdings eine höhere räumliche Konzentration der Vorranggebiete für die Windenergie in Kombination mit den anderen Teilflächen von WE14 in Birkenfeld und Pforzheim zu erreichen, soll WE14 erweitert werden. Da der betroffenen Teilfläche keine der beschlossenen Kriterien und Abwägungsgrundlagen entgegenstehen, empfiehlt die Verbandsverwaltung, WE14 mit der Teilfläche entsprechend zu erweitern und als Entwurfsfläche im Rahmen der anstehenden

Träger- und Öffentlichkeitsbeteiligung weiterzuvorführen.

Entsprechend dem vorliegenden Beschlussvorschlag, die Potenzialfläche WE14 zu erweitern, wird der vorliegende Umweltbericht zum Teilregionalplan Windenergie (Anlage 2) für das Beteiligungsverfahren angepasst, sodass im Umweltbericht das genannte Vorranggebiet „WE14 Variante B“ als „WE14“ im Beteiligungsverfahren weiterverfolgt wird.

Zusätzliche Information zu weiteren Windenergieplanungen „Am Sauberg“ in Engelsbrand: Am 10. Mai 2023 erklärte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in einem Urteil (Aktenzeichen 14 S 396/22) den sachlichen Teilflächennutzungsplan Windenergie der Vereinbarten Verwaltungsgemeinschaft Stadt Neuenbürg/Gemeinde Engelsbrand insoweit für unwirksam, als dass damit eine Ausschlusswirkung herbeigeführt werden sollte. Antragsteller des Normenkontrollantrags war ein Projektierer, der im Gebiet „Am Sauberg“, das außerhalb der Konzentrationsflächen des sachlichen Teilflächennutzungsplans Windenergie liegt, seit 2018 zwei Windenergieanlagen plant und bereits Umweltverträglichkeitsprüfungen für die beiden Windenergieanlagenstandorte durchgeführt und 2019 die Unterlagen für das immissionsschutzrechtliche Verfahren bei der Genehmigungsbehörde eingereicht hat. Derzeit werden von Seiten des Projektierers für das Genehmigungsverfahren ausstehende Stellungnahmen von Trägern öffentlicher Belange abgearbeitet. Parallel wird von der Vereinbarten Verwaltungsgemeinschaft Stadt Neuenbürg/Gemeinde Engelsbrand ein Heilungsverfahren des sachlichen Teilflächennutzungsplans Windenergie durchgeführt und eine Nichtzulassungsbeschwerde im Normenkontrollverfahren beim Bundesverwaltungsgericht angestrebt.“

- e) Die Gemeinde Engelsbrand nahm im Rahmen der förmlichen Beteiligung Stellung und forderte vehement, die Fläche „Sauberg“ wieder herauszunehmen. Sie führt dabei insbesondere folgende Argumente an:
- Gegenstromprinzip: Der auf kommunaler Ebene gefundene Kompromiss, wie er sich im Flächennutzungsplan ausdrückt, muss vom Regionalverbund im Rahmen des Gegenstromprinzips berücksichtigt werden.
 - Flächeninanspruchnahme: Die Flächeninanspruchnahme der Verwaltungsgemeinschaft sei erheblich. Der Beitrag der Verwaltungsgemeinschaft ausreichend groß, deutlich größer als der erforderliche Flächenbeitragswert.
 - Umzingelungswirkung: Beispielhaft vom Rathaus Engelsbrand seien Windenergieanlagen in einem Sichtfeld von 160°.
 - Das Gebiet sei zu klein. Auf der übrigen Fläche des WE14 seien aus artenschutzrechtlichen Gründen Windenergieanlagen unzulässig. Es drohe eine „Verspargelung“.
 - Es wird eine Klage für den Fall der Hereinnahme angedroht.

f) Geplanter Antrag der FDP-Fraktion

Die FDP beabsichtigt zu beantragen, dass der Planungsausschuss die Teilfläche „Sauberg“ nun erneut aus der Teilfläche WE 14 ausschließt und führt dafür dieselben Argumente an wie die Gemeinde Engelsbrand.

IV. Zum Hintergrund

a) Juwi-Projekt

Die Projektiererin juwi plant – nach eigener Aussage – bereits seit 2015 die Errichtung zweier Windkraftanlagen auf der Fläche auf dem „Sauberg“.

Zunächst war wohl die Errichtung von Windkraftanlagen auf der östlichen Hangseite („Büchenbronner Höhe“) angedacht;

hierzu lief auch ein entsprechendes Genehmigungsverfahren. Die Realisierung dieses Projekts scheiterte jedoch aufgrund artenschutzrechtlicher Erkenntnisse zum Rotmilan.

Im Zuge dessen wurde das Projekt „weiter nach Westen geschoben“ und – nach Angaben von juwi – im Mai 2019 ein Antrag auf Genehmigung zur Errichtung auf dem „Sauberg“ gestellt, dessen Vollständigkeit am 16.06.2020 bestätigt wurde.

Das Projekt ist nach Ihren Angaben genehmigungsfähig, nur der Flächennutzungsplan steht der Genehmigung entgegen.

b) Flächennutzungsplan

aa) Verfahren

Der gemeinsame Ausschuss der VVG Engelsbrand/Neuenbürg hatte zuvor bereits am 30.02.2012 die Aufstellung eines sachlichen Teilflächennutzungsplans Windenergie beschlossen und in den Jahren 2012 und 2013 die Öffentlichkeitsbeteiligung durchgeführt.

Am 27.07.2020 beschloss der gemeinsame Ausschuss den überarbeiteten Planentwurf und legte ihn erneut aus.

In seiner Sitzung vom 16.09.2021 beschloss der gemeinsame Ausschuss schließlich die Beschlussvorlage vom 24.08.2021 (Drs. 126/2021). Das Landratsamt genehmigte den Flächennutzungsplan unter dem 16.11.2021. Die Erteilung der Genehmigung wurde am 16.12.2021 ortsüblich öffentlich bekannt gemacht.

bb) Inhalt

Der Flächennutzungsplan vom 16.09.2021 umfasst den Bereich der Verbandsmitgliedsgemeinden, eine Fläche von insgesamt ca. 4.300 Hektar (ha). Durch ihn wird im Sinne des Konzentrationsgebots nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in den (Konzentrations-)Teilflächen „Hirschgarten“ (ca. 130 ha), „Heuberg“ (ca. 190 ha) und „Horntann“ (ca. 173 ha) die Windenergienutzung konzentriert, während sie im übrigen Plangebiet ausgeschlos-

sen wird. Insgesamt wird damit eine vollständig auf Neuenbürger Gemarkung liegende Fläche von 494 ha für die Windenergienutzung ausgewiesen.

Die hier gegenständliche Fläche „Sauberg“ auf Engelsbrander Gemarkung ist nicht für die Windenergienutzung ausgewiesen.

Begründet wurde dies mit der zu geringen Fläche: Bei Aufstellung des Flächennutzungsplans sollten nur solche Flächen ausgewiesen werden, die eine Größe von mind. 50 Hektar aufweisen, um so die Errichtung von mindestens drei WEA in räumlicher Nähe zueinander sicherzustellen (hierzu bedürfe es konkret einer Flächengröße von mind. 30 ha bei idealer und kompakter Anordnung). Auf die so ermittelte Mindestflächengröße sei – wegen topographischen, siedlungsstrukturellen und naturräumlichen Gegebenheiten des Verbandsgebiets – ein Sicherheitsaufschlag von 20 ha hinzuzurechnen.

c) Rechtsstreit um FNP

Der Flächennutzungsplan wurde von juwi vor dem VGH Baden-Württemberg im Rahmen der Normenkontrolle erfolgreich angegriffen. Mit Urteil vom 10.05.2023 erklärte der VGH Baden-Württemberg den Flächennutzungsplan für unwirksam. Dabei stellte der VGH Baden-Württemberg insbesondere darauf ab, die Plangeberin hätte das Naturschutzgebiet „Eyach- und Rotenbachtal“ (abwägungs-)fehlerhaft als harte Tabuzone eingestuft (Urteil, S. 41 ff.) sowie eine mangelnde Ermittlung der wesentlichen Belange hinsichtlich der ausgewiesenen Zone „Heuberg“ (S. 53 ff.). Als explizit nicht problematisch sah es der VGH Baden-Württemberg dagegen an, dass eine Mindestgröße von 50 ha (als weiche Tabuzone) festgelegt wurde und daher insb. die Fläche „Sauberg“ mit 43 ha ausgeschlossen wurde (S. 50 ff.).

d) Aktueller Stand FNP/ Genehmigungsverfahren

Daraufhin wurde das Genehmigungsverfahren durch juwi in Abstimmung mit dem Landratsamt Enzkreis wieder aufgenommen.

Der Flächennutzungsplan wurde von der Plangeberin zwischenzeitlich im Rahmen der Heilung neu beschlossen, am

15.01.2024 durch das Landratsamt Enzkreis genehmigt und am 26.01.2024 öffentlich bekannt gemacht. Die Herausnahme der Fläche „Sauberg“ wird erneut und ausschließlich damit begründet, dass diese Fläche mit 43 ha die sichere Erreichbarkeit von mindestens drei Windenergieanlagen in einer Konzentrationszone nicht gewährleisten könne (vgl. Begründung, S. 27 ff.; insb. S. 33).

Aktuell läuft hier ein erneutes Normenkontrollverfahren vor dem VGH Baden-Württemberg. Antragstellerin ist erneut juwi, die sich auf eine Falschannahme zum in Ausweisung befindlichen Gewerbegebiet Grösseltal stützt. Nach Aussage von juwi würde die Berichtigung dieses Fehlers insbesondere zu einer Vergrößerung der Potenzialfläche „Sauberg“ führen, womit der Ausschluss dieser Fläche aufgrund des Kriteriums der Mindestflächengröße auch im Rahmen des FNP nicht mehr haltbar wäre.

D) Rechtliche Würdigung

Für die Beurteilung, ob die Herausnahme der Fläche „Sauberg“ zu einer Fehlerhaftigkeit des Regionalplans Windenergie führen könnte, ist zunächst entscheidend, welchen Anforderungen die Abwägung im Rahmen der Planaufstellung gerecht werden muss und insbesondere, welche Belange im vorliegenden Fall berücksichtigt werden können bzw. müssen (s. hierzu unter I.).

Für die Risikobeurteilung ist zudem entscheidend, ob und unter welchen Voraussetzungen ein eventuell auf Ebene der Planaufstellung entstandener Fehler im Nachgang beachtlich wäre (II.) bzw. vor Gericht geltend gemacht werden könnte (III).

I. Abwägung

1. Abwägung in der Raumordnung

a) Gesetzliche Regelung

Die Maßgaben für die Abwägung von Regionalplänen sind in § 3 Abs. 2 LPIG geregelt. Dieser lautet:

„Bei der Aufstellung, Fortschreibung und Änderung [...] der Regionalpläne sind **die Grundsätze der Raumordnung** gegeneinander und untereinander abzuwägen. Der Umweltbericht und die im Beteiligungsverfahren **eingegangenen Stellungnahmen** sind in die Abwägung einzubeziehen. **Sonstige öffentliche Belange sowie private Belange sind in der Abwägung zu berücksichtigen, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind**, auf der Ebene der Regionalplanung insbesondere die **Flächennutzungspläne** und die Ergebnisse der von den Gemeinden beschlossenen sonstigen städtebaulichen Planungen. [...]“

Eine ähnliche Regelung enthält § 7 Abs. 2 S. 1 und 2 ROG:

„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. Das Ergebnis der Umweltprüfung nach § 8 sowie die Stellungnahmen im Beteiligungsverfahren nach § 9 sind in der Abwägung nach Satz 1 zu berücksichtigen.“

Ob § 3 Abs. 2 LPIG aufgrund von § 27 Abs. 3 ROG, nach dem ergänzende Regelungen des Landesrechts unberührt bleiben, neben § 7 Abs. 2 S. 1 ROG anwendbar bleibt,

so *Hager*, in: Hager, LPIG, 2. Auflage, 2021, § 3 Rn. 12 für den Verweis auf den Flächennutzungsplan; anders noch vor Inkrafttreten des § 27 Abs. 3 ROG 2017 die Voraufgabe

oder ob § 3 Abs. 2 LPIG durch die bundesrechtliche Regelung verdrängt wird,

so pauschal: VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 13. Oktober 2023 – 14 S 237/22 –, Rn. 46, juris unter Verweis auf die (überholte) Voraufgabe von Hager, a.a.O.

kann letztlich dahinstehen: die bundesrechtliche Regelung ist zwar weniger konkret, führt aber durch Auslegung zumindest soweit hier relevant zum gleichen Ergebnis,

so wohl auch *Hager*, a.a.O., Rn. 10.

insbesondere sind Flächennutzungspläne auch im Rahmen des § 7 Abs. 2 ROG in Verbindung mit dem in § 1 Abs. 3 ROG normierten Gegenstromprinzip zu berücksichtigen.

b) Abwägungsgrundsätze und gerichtliche Kontrolle

Für die Abwägung im Rahmen der Regionalplanung gelten die für die Bauleitplanung entwickelten Abwägungsgrundsätze und Kriterien entsprechend. Die gerichtliche Kontrolle ist in gleicher Weise auf Abwägungsfehler beschränkt, wie der VGH Baden-Württemberg kürzlich zusammengefasst hat:

„Das Abwägungsgebot des § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG 2008 verlangt demnach, dass eine Abwägung überhaupt stattfindet, dass in die Abwägung an **Belangen eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss**, und dass weder die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt noch der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht. Innerhalb des so gezogenen Rahmens wird das Abwägungsgebot nicht verletzt, wenn sich der Planungsträger bei einer Kollision verschiedener Belange für die Bevorzugung des einen und damit notwendigerweise für die Zurücksetzung des anderen Belanges entscheidet. Ein solches Vorziehen oder Zurücksetzen bestimmter Belange ist vielmehr Ausdruck der Planungsbefug-

nis, die eine planerische Gestaltungsfreiheit einschließt. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich im Rahmen des Abwägungsgebots daher auf die Frage, ob **der Plangeber die abwägungserheblichen Gesichtspunkte rechtlich und tatsächlich zutreffend bestimmt** und ob er - auf der Grundlage des derart zutreffend ermittelten Abwägungsmaterials - die aufgezeigten Grenzen der ihm obliegenden Gewichtung eingehalten hat [...]. Die Ermittlung des Abwägungsmaterials hat dabei jeweils so konkret zu sein, dass eine sachgerechte Entscheidung getroffen werden kann [...].“

Nachfolgend ist daher „nur“ zu prüfen, welche Belange in Bezug auf die Fläche WE 14 einzustellen sind und welche nicht und wie sie rechtlich einzuordnen sind. Sind die Belange zutreffend erkannt, besteht ein großer Abwägungsspielraum, der vorliegend nicht überschritten sein dürfte.

Zu klären wird dies sein für die Frage, ob und ggf. in welcher Weise

- die Darstellungen im Flächennutzungsplan einzustellen sind,
- die Interessen des Projektentwicklers und
- der Belang der Beschleunigung des Windkraftausbaus durch genehmigungsreife Projekte

einzubeziehen sind.

c) Abwägungs- und Ermittlungstiefe

Bei der Abwägungs- und Ermittlungstiefe ist zu berücksichtigen, dass Raumordnungspläne keine Fachplanung oder verbindliche Bauleitplanung sind. Es ist zu berücksichtigen, dass sie nur den Rahmen setzen. Sie darf daher gröber sein. Wie tief einzusteigen ist, hängt von dem Konkretisierungsgrad der verbindlichen Ziele ab. Dazu der VGH Baden-Württemberg:

„Hinsichtlich der bei Raumordnungsplänen zu treffenden abschließenden Abwägung bedeutet

dies, dass an diese nur solche Anforderungen gestellt werden können, die dem rahmensetzenden Charakter dieser Pläne gerecht werden. Ermittlungstiefe und Abwägungsdichte werden einerseits durch die Aufgabenstellung der Raumordnung und andererseits durch den Detaillierungsgrad der jeweils angestrebten Zielaussage bestimmt. **Je konkreter die Festlegungen eines Regionalplans sind, umso schärfer sind die Raumverhältnisse im Umfeld und die möglichen konkreten Auswirkungen der Planung in den Blick zu nehmen** (vgl. zum Ganzen VGH Bad.-Württ., Urteil vom 10.02.2016 - 8 S 1477/15 - juris Rn. 83 f.; BVerwG, Beschluss vom 22.12.2016 - 4 BN 17.16 - juris Rn. 9 m. w. N.). Das bedeutet, dass das in die Abwägung einzustellende Abwägungsmaterial je nach Grad der Konkretheit der raumordnungsrechtlichen Zielbestimmung in unterschiedlichem Maße einzelne Belange **zusammenfassend und vergrößert** darstellen darf. Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass bei einer abschließenden konkreten raumordnungsrechtlichen Zielsetzung, die für die Fachplanung verbindliche Ausschlusswirkungen hervorruft, die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials und der Abwägungsvorgang selbst sich den Anforderungen an die Abwägung bei Fachplanungen annähert. **Das Maß der Abwägung muss daher für die einzelnen raumordnerischen Festlegungen jeweils konkret ermittelt werden** (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 09.06.2005 - 3 S 1545/04 - juris Rn. 47).“ (Hervorhebungen durch Unterzeichner)

VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 13. Oktober 2023 – 14 S 237/22 –, Rn. 46 - 49, juris.

Vorliegend wird nicht der genaue Standort der Windenergieanlagen festgelegt. Eine Annäherung an die Fachplanung – wie beispielsweise bei der Bestimmung von Standorten eines Flugplatzes oder ähnliches – erfolgt damit nicht. Vielmehr werden Vorranggebiete dargestellt, in denen es bei der Privilegierung bleibt und andere raumbedeutsame Nutzungen ausgeschlossen sind, wenn sie der Windenergienutzung entgegenstehen. Damit

bedarf es im Grundsatz einer eher geringen Abwägungs- und Ermittlungstiefe – der Abwägungsspielraum ist groß.

Etwas anderes würde gelten, wenn mit der Ausweisung der Windenergiegebiete eine Ausschlusswirkung für Windenergieanlagen an anderer Stelle einherginge: Dann wird zwar die Zielbestimmung nicht konkreter, der Eingriff in Baurechte ist aber deutlich gravierender, was eine erhöhte Abwägungsdichte erfordern könnte. Eine solche Ausschlusswirkung ist faktisch gegeben, da Windenergieanlagen mit Erreichen des Flächenbeitragswertes außerhalb von Windenergiegebieten nicht mehr privilegiert sind. Welche rechtlichen Folgen sich aus dem faktischen Ausschluss ergeben, wird nachfolgend vertieft geprüft.

d) Gleichbehandlung in der Abwägung

Der Plangeber ist im Rahmen der Abwägung an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Dies gilt jedenfalls bei Einschränkungen des Eigentums:

„Der Satzungsgeber muss ebenso wie der Gesetzgeber bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Er muss sich dabei im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten; insbesondere ist er an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Gleichheitssatz des Art. 3 I GG gebunden.“

BVerfG, NVwZ 2003, 727, beck-online.

Soweit durch den Plan das Eigentum ausgeformt wird, ist daher der Gleichbehandlungsgrundsatz zu berücksichtigen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist aber auch insoweit beachtlich, als dass die Abwägung im Rahmen der Möglichkeiten in sich konsistent sein muss.

2. Belange zugunsten der streitigen Flächen

a) Abwägungsrelevanz der faktischen Ausschlusswirkung

Nach alter Rechtslage vor dem „Wind-an-Land-Gesetz“ konnten Windkraftanlagen auf der Grundlage von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB durch Regionalplan oder Flächennutzungsplan gesteuert werden, indem sie in sogenannten Konzentrationsflächen zulässig blieben, in allen übrigen Flächen des Plangebiets dann in der Regel ausgeschlossen waren. Die Rechtsprechung hat an eine solche Planung insbesondere zur Vermeidung von Verhinderungsplanungen und zur Umsetzung des gesetzgeberischen Ziels der Privilegierung, Windkraftanlagen zu ermöglichen, hohe Anforderungen gestellt: Es bedurfte insbesondere eines schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzepts mit einer Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen, das der Windkraft auch im Ergebnis substantiell Raum verschaffte.

Mit dem Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20.07.2022 hat der Gesetzgeber einen Systemwechsel vollzogen, den das Bundesverwaltungsgericht jüngst so zusammenfasste:

„Mit dessen Art. 1 wurde das Gesetz zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land (Windenergieflächenbedarfsgesetz - WindBG) eingeführt, das den Bundesländern verbindliche Mindestflächenziele in Form sogenannter Flächenbeitragswerte vorschreibt, die bis Ende 2027 bzw. Ende 2032 zu erfüllen sind. Durch Art. 2 wurde das Baugesetzbuch geändert (§§ 245e, 249 BauGB). Die bisherige Kombination der Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB in Verbindung mit der Möglichkeit einer Negativ(Ausschlussflächen)Planung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB wird aufgegeben (§ 249 Abs. 1 BauGB). Neuplanungen nach diesen Vorschriften waren nur bis zum 1. Februar 2024 möglich. Im Übrigen gilt das alte Planungsregime übergangsweise bis längstens Ende 2027 fort (§ 245e Abs. 1 BauGB; vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Januar 2023 - 4 CN 6.21 - BVerwGE 177, 306 Rn. 10). Spätestens ab diesem Zeitpunkt wird es nach der

Vorstellung des Gesetzgebers durch **eine Positivplanung** ersetzt; die nach altem Recht festgelegten Positivflächen bleiben grundsätzlich erhalten (§ 245e Abs. 1 Satz 2 und 3 BauGB). **Das Erreichen der gesetzlich vorgegebenen Mindestflächenziele führt zur Entprivilegierung der Windenergieanlagen außerhalb der ausgewiesenen Flächen (§ 249 Abs. 2 Satz 3 BauGB).** Umgekehrt wird das Versäumen der rechtzeitigen Zielerreichung mit einer umfassenden Privilegierung der Windenergie im Außenbereich sanktioniert, ohne dass ihr Darstellungen in Flächennutzungsplänen oder Ziele der Raumordnung entgegengesetzt werden können (§ 249 Abs. 7 BauGB).

Die Ausweisung von Windenergiegebieten erfolgt nach den für die jeweiligen Planungsebenen geltenden Vorschriften für Gebietsausweisungen (§ 249 Abs. 6 Satz 1 BauGB). **Für die Rechtswirksamkeit des Plans ist es hingegen unbeachtlich, ob und welche sonstigen Flächen im Planungsraum für die Ausweisung von Windenergiegebieten geeignet sind (§ 249 Abs. 6 Satz 2 BauGB).** Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Planung und ihre gerichtliche Kontrolle damit erheblich vereinfacht werden. **Die Rechtfertigung des Plans soll sich künftig auf die positiv für die Windenergie ausgewiesenen Flächen beschränken können.** Dadurch soll ein gesamträumliches Planungskonzept in seiner bisherigen Form, mit dem im Einzelnen auch die Ausschlusswirkung im übrigen Außenbereich gerechtfertigt werden musste und an das deswegen hohe Anforderungen gestellt wurden, künftig nicht mehr erforderlich sein (BT-Drs. 20/2355 S. 2, 33). § 249 Abs. 6 Satz 2 BauGB soll sicherstellen, dass im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung bei Windenergiegebieten keine unangemessen hohen Anforderungen im Hinblick auf eine vergleichende Betrachtung zur Eignung sonstiger Flächen im Planungsraum gestellt werden. **Für die Rechtswirksamkeit des Plans soll es ausreichen, dass die diesbezüglich gewählte planerische Methodik sowie das Ergebnis nachvollziehbar sind.** Eine bestimmte Pla-

nungsmethodik, etwa in Form bestimmter Planungsschritte einer vergleichenden Betrachtung, könne hingegen nicht verlangt werden (BT-Drs. 20/2355 S. 34; vgl. auch BT-Drs. 20/4823 S. 23, 25 zu Raumordnungsplänen;[...]).

BVerwG, Beschluss vom 12. September 2024 – 4
BN 4/24 –, Rn. 5 - 8, juris.

Der Gesetzgeber wollte demnach die Planung von der Rechtfertigung der Ausschlusswirkung entlasten. Vielmehr sollen nur noch die positiv ausgewiesenen Flächen rechtfertigungsbedürftig sein: Die Entprivilegierung ergibt sich aus der Feststellung des Flächenbeitragswerts, nicht aber aus der Planung selbst. Zweifel könnten sich daraus ergeben, dass die Planung faktisch gerade darauf abzielt.

Das Bundesverwaltungsgericht beschränkt sich zwar darauf, die Sichtweise des Gesetzgebers wiederzugeben, ohne in der Sache zu entscheiden: Dazu gab der Fall nichts her, es ging um die alte Rechtslage, zu der das Bundesverwaltungsgericht nicht mehr entscheiden konnte, weil es sich nur noch um Übergangsrecht handelte. Jedenfalls aber hat das Bundesverwaltungsgericht die Gelegenheit nicht genutzt, um Zweifel an der Sichtweise des Gesetzgebers im Hinblick auf die faktische Ausschlusswirkung aufzuwerfen.

In der Sache hat sich bereits das OVG Nordrhein-Westfalen mit der Frage beschäftigt. In dem Fall ging es um eine Aussetzung des Genehmigungsverfahrens für eine Windenergieanlage, die im künftigen Plan außerhalb der Windenergiegebiete lag. Die zuständige Behörde wollte die faktische Ausschlusswirkung der Planung absichern und begründete dies wie folgt:

„Die Planung zielt von vornherein auf die Erfüllung der Teilflächenziele und damit zwangsläufig auch auf die Entprivilegierung von außerhalb der Windenergiebereiche gelegenen Anlagenstandorte.“

Dies hielt das Oberverwaltungsgericht für rechtswidrig, auch weil der Planung selbst gerade keine Ausschlusswirkung mehr

zukomme. Die „faktische“ Ausschlusswirkung sei nicht ausreichend:

„Unbeschadet dessen kann der Planungszweck nach der gesetzlichen Konzeption gerade nicht in einem Ausschluss, sondern allein in der Garantie einer Flächenverfügbarkeit in einem Mindestumfang liegen. Diesen Zweck können Anlagengenehmigungen außerhalb der garantierten Flächen indes – von Sondersituationen abgesehen – zwangsläufig nicht gefährden.“

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. September 2024 – 22 B 727/24.AK –, Rn. 45 - 56, juris.

Mit anderen Worten: Der Plan zielt nicht auf eine Ausschlusswirkung und kann diese Ausschlusswirkung daher auch nicht absichern. Dann muss der Plan die Ausschlusswirkung aber auch nicht abwägen.

Diese – auch in der Literatur verbreitete Sichtweise –

Vgl. nur Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Meurers, 155. EL August 2024, BauGB § 249 Rn. 35, beck-online; Brügelmann/Schmidt-Eichstaedt, 131. EL Juli 2024, BauGB § 249 Rn. 32, beck-online

überzeugt im Ergebnis, jedenfalls nach Auslegung der einfachen Gesetze: Nach § 249 Abs. 2 BauGB sind Windenergieanlagen außerhalb von Windenergiegebieten nicht mehr privilegiert. Die Privilegierung und damit das Baurecht wird also durch die Darstellung der Windenergiegebiete geschaffen. Damit ähnelt die Situation der Schaffung von Baurecht durch einen Bebauungsplan: Beispielsweise ist eine Wohnnutzung im Außenbereich nicht zulässig, das Baurecht wird erst durch den Bebauungsplan geschaffen. Dass im Außenbereich kein Baurecht für eine Wohnnutzung besteht, ist rechtlich gesehen aber nicht Folge davon, dass die Gemeinde dort keinen Bebauungsplan aufgestellt hat, sondern ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Auch hat der Eigentümer bekanntlich keinen Anspruch auf Aufstellung eines Bebauungsplans. In ähnlicher Weise könnte gefolgert werden, dass der Eigentümer (oder Pächter) keinen

Anspruch darauf hat, dass auf seinen Flächen ein Windenergiegebiete dargestellt wird.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Entprivilegierung daran geknüpft ist, dass der Flächenbeitrag erreicht wird: Der Gesetzgeber geht erstens davon aus, dass der Flächenbeitrag tatsächlich erreicht wird – dies ist die Grundkonzeption der Gesetzgebung mit einer entsprechenden Planungspflicht der Länder. Zweitens ist die Privilegierung bei Nichterreichen des Flächenbeitrags letztlich das Mittel, in dem betroffenen Land und der betroffenen Region tatsächlich die ausreichende Verfügbarkeit von Flächen sicherzustellen – der Flächenbeitrag beträgt dann gleichsam 100 %. Drittens ist das Erreichen des Flächenbeitragswerts entkoppelt von der Planung, was sich insbesondere in den Fällen zeigt, in denen mehrere Planungsträger in einem Land oder einer Region den Flächenbeitrag gemeinsam erreichen müssen, was das Gesetz zulässt.

Die faktische Ausschlusswirkung ist daher mit großer Sicherheit nicht abwägungsrelevant.

Dies bedeutet aber nicht zwingend, dass Betreiberinteressen bei der Auswahl der Windenergiegebiete nicht zu berücksichtigen sind. Dies kann sich zum einen aus Grundrechten ergeben und zum anderen aus einem generellen Interesse an der Schaffung von Baurecht.

b) Berücksichtigung der Betreiberinteressen

Vorliegend besteht ein konkretes Interesse der Betreiberin juwi an der Darstellung des Windenergiegebiets. Zu klären ist, ob und ggf. mit welchem Gewicht dieses Interesse in die Abwägung einzustellen ist.

aa) Juwi als Pächter

Zunächst ist unerheblich, dass juwi nicht Eigentümerin der Flächen ist. Auch die Interessen eines Pächters können abwägungsrelevant sein.

Vgl. nur: BVerwG, Urteil vom 5. November 1999 – 4 CN 3/99 –, BVerwGE 110, 36-40, Rn. 17.

bb) Bisherige Rechtslage

Selbst für die Konzentrationsflächenplanung reichte es – jedenfalls auf Ebene der Regionalplanung – aus, den Belang der Eigentümer (bzw. Pächter) an der Windenergienutzung pauschalierend in die Abwägung einzustellen, ohne auf die einzelnen Flächen einzugehen. Zwar sind die Eigentümerinteressen an der Nutzung der Windkraft zu berücksichtigen, aber sie sind nur verallgemeinernd einzustellen, wie das Bundesverwaltungsgericht entschied:

„In die Abwägung sind alle öffentlichen und privaten Belange einzustellen, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene (Landes- oder Regionalplanung) erkennbar und von Bedeutung sind (vgl. § 7 Abs. 7 Satz 2 ROG 1998). **Bei der Festlegung von Vorranggebieten mit Ausschlusswirkung für die Windenergienutzung gehören zum Abwägungsmaterial auch die privaten Belange der Eigentümer zur Windenergienutzung geeigneter Flächen.** Die Aufgaben der Raumordnung als einer zusammenfassenden, übergeordneten Planung, ihre weiträumige Sichtweise und ihr Rahmencharakter berechtigen den Planungsträger allerdings dazu, das Privatinteresse an der Nutzung der Windenergie auf geeigneten Flächen im Planungsraum **verallgemeinernd zu unterstellen und als typisierte Größe in die Abwägung einzustellen.** Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist bei den windenergiebezogenen Fortschreibungen des Regionalplans so verfahren worden. Dabei durfte der Träger der Regionalplanung auch berücksichtigen, dass die Privatnützigkeit der Flächen, die von der Ausschlusswirkung der Konzentrationsentscheidung erfasst werden, zwar eingeschränkt, aber nicht beseitigt wird. Ein Eigentümer muss es grundsätzlich hinnehmen, dass ihm eine möglicherweise rentablere Nutzung seines Grundstücks verwehrt wird.“ (Hervorhebungen durch Unterzeichner)

BVerwG, Urteil vom 13. März 2003 – 4 C 4/02 –,
BVerwGE 118, 33-48, Rn. 33.

Allerdings war auch geklärt, dass die Interessen eines Betreibers, der bereits einen Genehmigungsantrag gestellt hat, in die Abwägung einzustellen waren und zwar wohl nicht nur typisierend:

„Dies gilt umso mehr, wenn - wie vorliegend - bereits ein immissionsschutzrechtlicher Antrag gestellt und im Hinblick auf entgegenstehende Ziele der Raumordnung abgelehnt wurde (vgl. OVG Bautzen, Urteil vom 26.11.2002, Sächs.VBl. 2003, 84 - 92 <juris> unter Hinweis auf einen Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.5.1994, NVwZ 1995, 264). Denn in einem solchen Fall gehören die Betriebsinteressen zum notwendigen Abwägungsmaterial des Regionalplans und kann deshalb ein Antragsteller in seinem Recht auf gerechte Abwägung verletzt sein (BVerwG, Urteil vom 5.11.1999, BVerwGE 110, 36 - 40; BVerwG, Urteil vom 24.9.1998, NVwZ 1999, 592 = BVerwGE 107, 215).“

VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 9. Juni 2005 – 3 S 1545/04 –, Rn. 28, juris.

cc) Neue Rechtslage: Positivplanung

Nach der zuvor dargestellten Konzeption des Gesetzgebers, nach der Windenergieanlagen grundsätzlich nicht privilegiert sind, und die Privilegierung erst durch Darstellung des Windenergiegebiets geschaffen wird, ist dies aber nicht mehr zwingend: Durch diese Positivplanung soll sich der Plangeber in der Abwägung auf die Windenergiegebiete beschränken können und nicht rechtfertigen müssen, warum er andernorts keine Gebiete darstellt. Dies entspricht der Wertung bei sonstigen durch Planung geschaffenen Baurechten, dass auf die Aufstellung eines Bauleitplans kein Anspruch besteht. Abgesichert wird dies durch § 249 Abs. 6 S. 2 BauGB: Danach ist es für die Rechtswirksamkeit eines Plans unbeachtlich, ob und welche sonstigen Flächen im Planungsraum für die Ausweisung von Windenergiegebieten geeignet sind.

Hieraus und aus dem Erfordernis lediglich einer Globalabwägung im Rahmen der Raumordnung wird in der Literatur geschlossen, dass die Interessen des einzelnen Betreibers nicht abwägungsrelevant sind:

„Das Interesse, auf Außenbereichsgrundstücken außerhalb eines ausgewiesenen Windenergiegebiets in Ausnutzung der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB Windenergieanlagen errichten und betreiben zu wollen, dürfte einzelnen Rechtsschutzsuchenden nicht in einer Weise zugeordnet sein, dass es ein „Recht auf gerechte Abwägung“ dieses Belangs und damit eine Antragsbefugnis nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO begründen könnte. Denn, wie bereits mit Blick auf den Flächennutzungsplan angesprochen, trifft die Außenbereichsprivilegierung lediglich eine generelle Nutzungsbestimmung, weist aber keine konkreten Nutzungsansprüche zu. Mit Blick auf die regionalplanerische Ausweisung von Konzentrationsflächen i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, die Raumordnungsplanung dürfe sich darauf beschränken, das Interesse an der Windenergienutzung im Planungsraum – und damit auch auf den von der Ausschlusswirkung betroffenen Grundstücken – verallgemeinernd zu unterstellen und als typisierte Größe in die Abwägung einzustellen (sog. Globalabwägung); eine detailgenaue Abwägung der individuellen Nutzungsinteressen von der Ausschlusswirkung betroffener Grundeigentümer ist danach nicht erforderlich. Dies erscheint vor dem Hintergrund der lediglich generellen Nutzungsbestimmung durch die Außenbereichsprivilegierung überzeugend: Dieses generelle Interesse kann allein „pauschal“ abwägungserheblich sein. Damit ist aber zugleich für eine an individualisierte Belange anknüpfende Antragsbefugnis in Gestalt eines ‚Rechts auf gerechte Abwägung‘ kein Raum.“

Kümper: Windenergiegebiete und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, ZfBR 2024, 493, 502.

Nach Auslegung des (einfachen) Gesetzes überzeugt diese Auffassung. Ob sich diese Sichtweise in der Gerichtsbarkeit durchsetzt, ist allerdings offen:

dd) Entgegenstehende Grundrechte?

Gegen diese Sichtweise spricht, dass jedenfalls in den Fällen, in denen ein zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Plans und der Feststellung des Erreichens des Flächenbeitragswertes genehmigungsfähiger Antrag vorliegt, grundrechtlich geschützte Positionen des Antragstellers betroffen sein können: Ihm wird durch das Erreichen des Flächenbeitragswertes das bis dahin bestehende Baurecht entzogen. Dies ist zwar nur mittelbar Folge des Plans, aber diese Folge ist gewollt. So hat das Bundesverwaltungsgericht in der Entscheidung, dass die Eigentümerinteressen nur global bei der Konzentrationsflächenplanung eingestellt werden können, auch darauf abgestellt, dass die Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB einem Windenergievorhaben außerhalb der Konzentrationsflächen nur „in der Regel“ entgegensteht:

„Die Ausschlusswirkung der in einem Regionalplan festgelegten Vorranggebiete steht einem gebietsexternen Windenergievorhaben überdies nicht strikt und unabdingbar, sondern nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (nur) "in der Regel" entgegen. Der Planungsvorbehalt steht also unter einem gesetzlichen "Ausnahmevorbehalt", der die Möglichkeit zur Abweichung in atypischen Einzelfällen eröffnet (vgl. auch Senatsurteil vom 17. Dezember 2002 - BVerwG 4 C 15.01 - a.a.O.). Dieser "Ausnahmevorbehalt" stellt ein Korrektiv dar, das unverhältnismäßigen (unzumutbaren) Beschränkungen des Grundeigentümers in Sonderfällen vorbeugt, ohne dass die Grundzüge der Planung in Frage gestellt werden. Damit ist den grundrechtlichen Bedenken der Revision ausreichend Rechnung getragen.“

BVerwG, Urteil vom 13. März 2003 – 4 C 4/02 –, BVerwGE 118, 33-48, Rn. 35.

Auch das Bundesverfassungsgericht geht in seinem Beschluss zum Verbot von Windenergieanlagen in Waldgebieten davon

aus, dass das durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB begründete Bau-
recht für Windenergieanlagen im Außenbereich in den Schutz-
bereich des Art. 14 GG fällt.

BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1
BvR 2661/21 –, Rn. 19f, juris.

Damit wird durch das vom Plan bezweckte Erreichen des Flä-
chenbeitragswerts faktisch in das Eigentum eingegriffen:

Nach der neuen Rechtslage ist ein Windenergievorhaben au-
ßerhalb der Windenergiegebiete nur noch nach § 35 Abs. 2
BauGB zulässig. Das OVG Nordrhein-Westfalen meint zwar,
damit seien Windenergieanlagen nicht ausgeschlossen:

„Vor dem Hintergrund des § 2 Sätze 1 und 2 EEG
wird die Prüfung nach § 35 Abs. 2 BauGB auch
nicht ohne Weiteres, wohl nicht einmal regelmä-
ßig zu dem Ergebnis kommen, eine Windenergie-
anlage sei als sonstiges Vorhaben im Außenbe-
reich nicht genehmigungsfähig. Hiervon geht –
wie noch näher darzulegen sein wird – etwa auch
die Bezirksregierung Arnsberg in ihrem Planungs-
konzept aus (dort S. 2, 17 und 18).“

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26.
September 2024 – 22 B 727/24.AK –, Rn. 57, ju-
ris.

Dies überzeugt aber nicht: Nichtprivilegierte Anlagen sind im
Gegensatz zu privilegierten Anlagen grundsätzlich unzulässig
und nur im Einzelfall und damit ausnahmsweise zulässig. Ein
Einzelfall ist nur gegeben, wenn lediglich ein einziges oder al-
lenfalls einige wenige Bauvorhaben aufgrund der besonderen
Verhältnisse des jeweiligen Standorts zugelassen werden kön-
nen.

Brügelmann/Dürr, 131. EL Juli 2024, BauGB § 35
Rn. 148, 150 beck-online.

Es wird damit regelmäßig schon am Einzelfall fehlen, weil Wind-
energieanlagen dann flächendeckend zulässig wären. Auch
werden Belange des Naturschutzes, des Landschaftsbildes und
der Eigenart der Landschaft regelmäßig berührt sein. Richtig ist

zwar, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch im Rahmen des § 35 Abs. 2 BauGB eine Abwägung stattfinden kann und insoweit § 2 EEG zu berücksichtigen ist. Ob der regelmäßig berührten Belange erscheint es aber kaum vorstellbar, dass Windenergieanlagen auf Grundlage des § 35 Abs. 2 BauGB genehmigt werden können. Ein Eigentümer oder Betreiber kann darauf also unseres Erachtens nicht verwiesen werden.

Faktisch wird also durch die Entscheidung, eine Fläche nicht zum Windenergiegebiet zu machen, in die Eigentumsposition eingegriffen.

Rechtsdogmatisch entsteht die Eingriffswirkung in das Eigentum allerdings nicht durch den Plan, sondern durch die neue Rechtslage und die damit verbundene Umstellung von privilegiert auf nicht privilegiert aufgrund des Erreichens des Flächenbeitragswertes, ohne dass der Gesetzgeber hierfür eine Übergangsregelung vorgesehen hat. Die Problematik entsteht gerade durch diese fehlende Übergangsregelung: Hätte juwi die neue Regelung von Anfang an gekannt, hätte das Unternehmen entscheiden können, ob es das Risiko eingeht, im Ergebnis ohne Abwägung seiner Interessen das Baurecht verlieren zu können. Damit liegt in dem Gesetz zwar wohl kein Fall einer Rückwirkung vor, da nicht an Tatbestände in der Vergangenheit angeknüpft wird. Der Gesetzgeber ist aber auch so an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und an das Gebot des Vertrauensschutzes gebunden. Hieraus folgt aber keine generelle Pflicht, Übergangsregelungen für jeden Einzelfall vorzusehen, vielmehr ist dem Gesetzgeber hier ein großer Gestaltungsspielraum eröffnet.

Vgl. zu alledem: BVerwG, Urteil vom 30. April 2009 – 7 C 14/08 –, Rn. 37, juris.

Ob der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund von einer Übergangsregelung aufgrund des erheblichen Zeitraums, bis mit einer Feststellung der Erfüllung des Flächenbeitragsziels zu rechnen war, absehen konnte, kann unterschiedlich beurteilt werden, ist aber hier nicht unbedingt relevant: Es spricht einiges dafür, dass nicht das Planverfahren aufgrund dieser fehlenden

Übergangsregelung zu belasten ist und letztlich nur deshalb Eigentümerinteressen abzuwägen wären.

Tatsächlich sollte mit der BauGB-Novelle eine Übergangsvorschrift in § 249 Abs. 1 BauGB eingeführt werden. Die BauGB-Novelle wird allerdings wohl vor der Bundestagswahl nicht mehr verabschiedet. Ob der Bundestag diesen Vorschlag nach der Wahl aufgreift, ist offen. Der Gesetzentwurf wird daher hier nicht weiter dargestellt.

ee) Selbst geschaffene Abwägungsrelevanz?

Gegen eine fehlende Abwägungsrelevanz der Eigentümer- bzw. Betreiberinteressen spricht allerdings, dass jedenfalls nach Auffassung des VGH Baden-Württemberg in Sondersituationen das Interesse eines Eigentümers an dem Einbezug in einen Bebauungsplan abwägungsrelevant ist.

Im Grundsatz ist der Wunsch eines Eigentümers in einen Bebauungsplan einbezogen zu werden, nicht abwägungsrelevant, wie das Bundesverwaltungsgericht entschied:

„Unzutreffend ist hingegen der vom Verwaltungsgerichtshof daraus gezogene Schluss, dass schon das bloße Interesse eines Eigentümers, das Plangebiet entgegen den bisherigen planerischen Vorstellungen auf sein Grundstück ausgedehnt zu sehen, von der Gemeinde in die Abwägung einbezogen werden muss. Ein derartiges Interesse an der Verbesserung des bauplanungsrechtlichen status quo und damit an der Erweiterung des eigenen Rechtskreises ist eine bloße Erwartung, die nicht schutzwürdig und damit auch nicht abwägungserheblich ist. Das ergibt sich aus dem Rechtscharakter der gemeindlichen Bauleitplanung und den rechtlichen Bindungen, denen diese Planung unterliegt.“

BVerwG, Urteil vom 30. April 2004 – 4 CN 1/03 – , Rn. 12, juris.

Entsprechend könnte – wie oben bereits ausgeführt – gefolgert werden, dass das Interesse in eine reine Positivplanung aufgenommen zu werden, ebenfalls nicht abwägungsrelevant ist.

Denn dass die Flächen außerhalb von Windenergiegebieten Teil des Plangebiets des Regionalplans sind, ist letztlich bedeutungslos: Der Plan entfaltet dort gerade keine Regelungswirkung. Streng genommen könnte sich der Geltungsbereich des Regionalplans auf die ausgewiesenen Windenergiegebiete beschränken.

Der VGH Baden-Württemberg hat hiervon allerdings zuletzt eine Ausnahme gemacht, wenn der Plangeber selbst Bauwünsche in seine Abwägung aufgenommen hat:

„Hier liegt jedoch die Sondersituation vor, dass die Antragsgegnerin als planende Gemeinde selbst zu erkennen gibt, sie wolle ihr Planungsziel, im innerörtlichen Bereich südlich der L ... straße Wohnraum durch Zulassung einer verdichteten Bebauung im rückwärtigen Bereich zu ermöglichen (dazu näher unten), **nur bei Vorliegen entsprechender Bauwünsche** der Grundstückseigentümer verwirklichen. [...] In dieser Situation kann das Interesse jedenfalls solcher Grundstückseigentümer, die von der Gemeinde angeschrieben wurden und einen entsprechenden Bauwunsch geäußert hatten, nicht mehr als schutzunwürdige und deshalb abwägungsunbeachtliche bloße Erwartung darauf qualifiziert werden, dass der bauplanungsrechtliche status quo ihres Grundstücks verbessert werde. Vielmehr hat die Gemeinde dadurch, dass sie sich bei der Eröffnung einer weiteren Bebauungsmöglichkeit auf bestimmten Grundstücken - und damit bei der Abgrenzung des Plangebiets - von den konkret geäußerten Bauwünschen der Eigentümer leiten lässt, konkret in Aussicht gestellt, dass die bauwilligen Eigentümer eine zusätzliche Bebauungsmöglichkeit auf ihren Grundstücken erhalten sollen und **dieses Interesse damit in den Rang eines schutzwürdigen Belangs erhoben.**“ (Hervorhebungen durch Unterzeichner)

VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 14. November 2023 – 5 S 3639/21 –, Rn. 39, juris.

Diese Rechtsprechung dürfte auf den vorliegenden Fall übertragbar sein: Der Regionalverband hat ausdrücklich geplante Bauvorhaben abgefragt und diese auch ausweislich der Beschlussvorlage 1/2024 in die Abwägung eingestellt:

„Berücksichtigung von Vorhaben

o Kommunale Planungen bzw. Projekte

o Vorhaben von Projektierern.“

Allerdings bestehen Zweifel daran, ob die Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg zutrifft. Dagegen spricht, dass durch Gesetz bestimmt wird, was abzuwägen ist. Dass der Planungsträger ein Interesse in den Rang eines abwägungserheblichen Belangs erheben kann, ist vor diesem Hintergrund zweifelhaft.

Im Ergebnis kann mit der Literatur davon ausgegangen werden, dass die Interessen einzelner nicht in die Abwägung einzustellen sind. Es bestehen aber nicht unerhebliche Risiken, dass die Rechtsprechung diese Frage anders beantwortet. Zur Minimierung des Risikos sollte erwogen werden, ob klargestellt wird, dass die Berücksichtigung der Vorhaben nicht im Interesse des einzelnen Vorhabenträgers erfolgt, sondern im Allgemeininteresse, und zwar zur Beschleunigung des Windkraftausbaus.

c) Beschleunigung durch vorgeplante Projekte

Auch wenn die Interessen der einzelnen Vorhabenträger nicht zu berücksichtigen sind, spricht viel dafür, dass der Planungsstand konkreter Vorhaben im Interesse eines beschleunigten Windkraftausbaus in die Abwägung einzustellen ist. Denn das Wind-an-Land-Gesetz sowie viele weitere Gesetzänderungen zielen darauf ab, Windkraft möglichst schnell zu ermöglichen. Dem steht auch nicht entgegen, dass das Windenergieflächenbedarfsgesetz konkrete Fristen nennt, bis wann der Flächenbeitrag zu erreichen ist, und die hier maßgebliche Frist vorliegend (deutlich) übererfüllt werden soll. Denn zum einen geht es um die dem Plan nachfolgende Projektierungs- und Genehmigungsphase, die bei bestehenden Projekten abgekürzt werden kann. Zum anderen ist die Beschleunigung des Ausbaus auch unabhängig der Flächenbeitragswerte ein erheblicher Belang.

Daher war und bleibt es richtig, bestehende Projekte in die Abwägung einzustellen, wenn auch nicht zwingend aufgrund der Interessen des einzelnen Betreibers. Bei Projekten mit genehmigungsfähiger Planung, wie dem von Juwi, ist dieser Belang naturgemäß stärker zu berücksichtigen.

3. Belange zuungunsten der streitigen Flächen

a) Gegenstromprinzip

Das sowohl im ROG als auch im LPIG verankerte Gegenstromprinzip bedeutet,

„dass sich die Entwicklung, Ordnung und Sicherung der Teilräume einerseits in die Gegebenheiten und Erfordernisse des Gesamtraums einfügen müssen, dass andererseits bei Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Gesamtraums auch die Gegebenheiten und Erfordernisse seiner Teilräume zu berücksichtigen sind (vgl. § 1 Abs. 3 ROG a.F., § 2 Abs. 2 LPIG; zur Beachtlichkeit des Gegenstromprinzips vgl. auch § 3 Abs. 1 LPIG). In Ausprägung des Gegenstromprinzips verlangt der Gesetzgeber, dass die Flächennutzungspläne und die Ergebnisse der von Gemeinden beschlossenen sonstigen städtebaulichen Planungen in der Abwägung zu berücksichtigen sind (§ 9 Abs. 2 Satz 2 ROG a.F.).“

VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 7. Dezember 2009 – 3 S 1528/07 –, Rn. 45, juris.

Insofern ist der Flächennutzungsplan einer Gemeinde oder Verwaltungsgemeinschaft grundsätzlich in der Abwägung zu berücksichtigen. Daraus könnte im vorliegenden Fall folgen, dass – wie die Gemeinde Engelsbrand auch geltend macht – die Konzentrationsflächenplanung der VVG Neuenbürg-Engelsbrand in der Abwägung zu berücksichtigen ist mit der Folge, dass (auch) aus diesem Grund die Fläche nicht berücksichtigt werden kann und für die Fläche sprechende Belange „weggewogen“ werden könnten.

Allerdings darf eine Regionalplanung nicht einfach das Ergebnis der Planung der Gemeinden übernehmen. Vielmehr darf diese

nur einfließen, wenn sie mit der regionalplanerischen Abwägung in Einklang steht. So hat das OVG Niedersachsen für einen ähnlichen Fall wie hier entschieden:

„Demnach hat sich die Regionalplanung - wie jede Planung im Rahmen einer Abwägung - mit den städtebaulichen Planungen auseinander zu setzen, d. h. diese zu gewichten und ins Verhältnis zu den sonstigen einschlägigen Belangen zu setzen (vgl. zu dem in § 1 Abs. 3 ROG verankerten Gegenstromprinzip: BVerwG, Urt. v. 27.1.2005 - 4 C 5.04 -, BVerwGE 122, 364; Hess. VGH, Urt. v. 10.5.2012 - 4 C 841/11.N -, DVBl. 2012, 981). **Eine unreflektierte „bindende“ Übernahme verbietet sich jedoch** (Goppel in Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, Kommentar, 1. Aufl. § 8 Rn. 35). Da aus der „bloßen“ Ausweisung als Siedlungsfläche in einem Flächennutzungsplan einer Gemeinde mithin nicht folgt, dass das betreffende Gebiet schon damit der vom Plangeber der Regionalplanung zu treffenden Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Belangen entzogen wäre, ist die Einstufung dieser Flächen als „harte“ Tabuzone nicht gerechtfertigt.“ (Hervorhebungen durch Unterzeichner)

OVG Niedersachsen, Urteil vom 13. Juli 2017 – 12 KN 206/15 –, Rn. 31, juris, bestätigt: OVG Niedersachsen, Urteil vom 15. März 2018 – 12 KN 38/17 –, Rn. 69, juris.

Noch deutlicher:

„Durch die im Ausgangspunkt ungeprüfte Übernahme der Sondergebiete Windenergie ihm angehörender Gemeinden hat der Antragsgegner teilweise nur auf die von diesen Gemeinden mitgeteilten Ergebnisse ihrer Bauleitplanungen abgestellt, ohne hinreichend zu erforschen, ob diese Ergebnisse tatsächlich von raumordnungsrechtlich erheblichen Belangen getragen wurden. Dadurch hat er die unmittelbar für und gegen die Windenergienutzung sprechenden Belange in unzulässiger Weise ignoriert (vgl. OVG Schl.-Hol.,

Urt. v. 20.1.2015 - 1 KN 6/13 -, NordÖR 2015, 261 ff., hier zitiert nach juris, Rn. 70, m. w. N.). Die Unzulässigkeit dieses Vorgehens ergibt sich zudem aus der mit ihm verbundenen sachwidrigen Unterschreitung des eigenen Planungsermessens. Denn das Planungskonzept des Antragsgegners kann nur dort zu Vorranggebieten für die Windenergienutzung führen, wo bereits Sondergebiete für die Windenergienutzung vorhanden sind. **Das läuft darauf hinaus, die Festlegung solcher Vorranggebiete faktisch an den Willen der betroffenen Gemeinden zu binden. Die Ausweisung von Vorranggebieten für Windenergie ist aber aus der übergeordneten Sicht des regionalen Plangebers vorzunehmen und darf sich nicht ausschlaggebend nach den Partikularinteressen der einzelnen Gemeinden richten.** Denn hierdurch würde das Rangverhältnis zwischen Regionalplanung und gemeindlicher Planung (vgl. dazu § 4 Abs. 1 ROG und § 1 Abs. 4 BauGB) sozusagen „umgekehrt“. (Hervorhebungen durch Unterzeichner)

OVG Niedersachsen, Urteil vom 12. April 2021 – 12 KN 159/18 –, Rn. 113, juris.

Diese Ausführungen überzeugen. Es ist daher unzureichend, das Ergebnis des Flächennutzungsplans zu berücksichtigen. Vielmehr kommt es darauf an, ob die dahinterliegende Abwägung auf regionalplanerischer Sicht übernommen werden kann.

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Fläche „Sauberg“ wird im Flächennutzungsplan in der zuletzt geheilten Fassung ausschließlich deshalb ausgeschlossen, weil sie kleiner als 50 ha ist und sie daher zu klein sei, damit dort mindestens 3 Windenergieanlagen entstehen. Dieses Kriterium hat der VGH Baden-Württemberg zwar in seiner Entscheidung zum vorhergehenden Flächennutzungsplan ausdrücklich gebilligt. Es greift auf Ebene der Regionalplanung aber aus mehreren Gründen nicht:

Erstens ist das Gebiet im Regionalplan, dessen Kriterien zugrunde gelegt, bereits auf Gemarkung der Gemeinde Engelsbrand deutlich größer als 50 ha, erst recht aber, wenn die mit

dieser Fläche zusammenhängende übrige Fläche des WE 14 auf der Nachbargemarkung einbezogen wird, was aus regionalplanerischer Sicht zwingend ist. Zweitens ist die Fläche WE 14 – entgegen dem Vorbringen der Gemeinde – auch nicht wegen artenschutzrechtlicher Probleme auszuschließen, wie Sie mitteilten. Drittens hat der Regionalverband keine Mindestgröße festgelegt und auch deutlich kleinere Flächen dargestellt, so dass dieses Kriterium auf Ebene des Regionalplans gar nicht zur Anwendung kommt.

Ein Ausschluss der Fläche „Sauberg“ oder des gesamten WE 14 wegen einer zu geringen Größe kommt daher nicht in Betracht.

Andere Gründe, die Fläche herauszunehmen, nennt die Begründung des Flächennutzungsplans nicht. Soweit die Gemeinde ausführt, dass sie die Fläche „Sauberg“ auch in den Blick genommen habe, dann aber – neben der Größe – auch zur Vermeidung einer Überlastung des Gemeindegebiets, zur Vermeidung einer Umzingelungswirkung sowie wegen der natur- und artenschutzrechtlichen Hochwertigkeit des „Saubergs“ davon Abstand genommen habe, deckt sich dies nicht mit der Begründung des Flächennutzungsplans, der allein auf die Größe des Gebiets abstellt. Im Rahmen des Gegenstromprinzips sind diese daher nicht zu berücksichtigen.

Hinzu kommt, dass der Regionalplan den Flächennutzungsplan vorliegend ablöst: Ab Feststellung des Erreichens des Flächenbeitragswerts ist der Flächennutzungsplan im Hinblick auf die Ausschlusswirkung nicht mehr anzuwenden, § 245e Abs. 1 BauGB. Damit spricht einiges dafür, dass für diese Flächennutzungspläne das Gegenstromprinzip schon nicht mehr anwendbar ist, da mit Inkrafttreten des Regionalplans (bzw. mit gleichzeitig bekanntzugebender Feststellung, das Teilziel erreicht zu haben) keine kommunale Planung mehr besteht, die zu berücksichtigen wäre. Dies kann aber offenbleiben, da selbst bei Anwendung des Gegenstromprinzips die Planung keine Berücksichtigung findet.

Die von der Gemeinde angeführten Gründe, die vor Ort getroffenen Entscheidungen und ihre befriedende Wirkung sollten Berücksichtigung finden, hilft nicht weiter: Der Landesgesetz-

geber hat entschieden, dass nunmehr (allein) die Regionalverbände für die Windenergieplanung zuständig sind. Damit ist gerade ein überörtlicher Konsens herzustellen. Wie dargelegt, kann dabei allein die hinter der Abwägung stehende Begründung herangezogen werden und nicht nur das Ergebnis. Der politische Konsens auf örtlicher Ebene ist insofern kein Belang, der auf überörtlicher Ebene eingestellt werden kann. Auch dass der Flächennutzungsplan der Verwaltungsgemeinschaft dann nicht umgesetzt werden könnte, da der Konsens aufgebrochen wäre, ist in sich nicht nachvollziehbar: Die Ausschlusswirkung des Flächennutzungsplans wird gerade durch den Regionalplan aufgehoben. Zudem stellt der Flächennutzungsplan auf der Gemarkung Engelsbrand keine Windenergieflächen dar.

Aus dem Gegenstromprinzip kann daher nichts gegen die Darstellung der Fläche „Sauberg“ abgeleitet werden. Würde der Regionalplan dennoch aufgrund des Gegenstromprinzips die Fläche herausnehmen, besteht die Gefahr, dass sich andere Kommunen, bei denen der Regionalverband ebenfalls abweichend vom Flächennutzungsplan geplant hat, darauf berufen könnten oder gar das gesamte Abwägungskonzept fehlerhaft ist, weil es von falschen rechtlichen Annahmen ausgeht.

b) Umzingelungswirkung nach dem Planungskonzept

Die Gemeinde macht weiterhin geltend, von Windkraftanlagen „umzingelt“ zu sein, wenn eine Windenergienutzung auch auf der Fläche „Sauberg“ zugelassen würde. So heißt es in der Stellungnahme:

„Abstellend auf den Standort des Rathauses im Ortsteil Engelsbrand wären jedenfalls in einem Blickwinkel von ca. 135' Windenergieanlagen sichtbar, bei einer Hinzunahme von Windenergieanlagen auf der unmittelbar am Sauberg angrenzenden Büchenbronner Höhe sogar in einem Sichtfeld von 160', ohne dass zwischen den wahrnehmbaren Windenergieanlagen in den projektierten Windenergiegebieten durchgängig jeweils ein Freihaltewinkel von 60' eingehalten würde.“

Tatsächlich dürfte eine Umzingelungswirkung ein zulässiges Kriterium sein, selbst in der Abwägung in der Konzentrationsflächenplanung. Das von der Gemeinde in Bezug genommene Urteil des OVG Sachsen-Anhalt vom 16.03.2012 (Az. 2 L 2/11) hat dies zwar nicht ausdrücklich entschieden. Es hat nur bestätigt, dass ein Kriterium, bei der Windenergieanlagen mit einem Sichtfeld von mehr als 120° ausgeschieden werden, und seine Anwendung ausreichend dokumentiert gewesen seien. Das Gericht hat das Kriterium aber auch nicht beanstandet. Dem weiteren von der Kommune zitierten Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 09.04.2008 (Az. 2 A 4.07) lag eine Einkreisung zugrunde, bei der der Blick durch Windenergieanlagen „in nahezu jede Himmelsrichtung verstellt“ wurde. Dies wurde vom erkennenden Gericht als ausreichender Belang gebilligt.

Dem Regionalplan liegt auch der Abwägungsbelang der Umzingelung zugrunde. So ist nach der Beschlussvorlage 2024/1 auch folgende Abwägungsgrundlage in die Gesamtabwägung eingegangen:

„Überlastungsschutz

o Visuelle Überlastung: Umzingelung und Riegelwirkung

o Prozentuale Überlastung: Flächeninanspruchnahme der Kommunen“

Nach den Unterlagen des Umweltberichts wurde zusätzlich zur Abwägungsgrundlage zum Überlastungsschutz eine Analyse zur Sichtbarkeit von Windenergieanlagen im Offenland angelegt. Diese beträgt für Engelsbrand 74 Prozent und ist damit im Mittelfeld.

Nach diesem Kriterium kann die Fläche „Sauberg“ daher nicht entfallen, ohne dass viele andere Windenergiegebiete auch entfallen müssten.

Sollte die Fläche dennoch mit dieser Begründung herausgenommen werden, besteht nicht nur die Gefahr, dass diese Herausnahme abwägungsfehlerhaft ist, sondern auch, dass die Darstellung anderer Flächen bei gleichmäßiger Anwendung des

Kriteriums bzw. der Abwägungsgrundlage ebenfalls hätte entfallen müssen. Das Planungskonzept könnte damit insgesamt inkonsistent werden.

Erwägenswert wäre, ob im Einzelfall eine durch dieses bisherige Kriterium nicht abgebildete Umzingelungswirkung entsteht, etwa weil im Offenland in weiten Teilen nicht nur eine Windenergieanlage oder ein Windenergiegebiet sichtbar ist, sondern gleichzeitig mehrere, weil bspw. eine besondere Topographie eine besondere Umzingelungswirkung ergibt. Ansätze hierzu zeigt der Umweltbericht im Rahmen der Gesamtabwägung auf, der allerdings offenbar andere Regionen mit einer deutlich höheren Belastung identifiziert, dabei allerdings wiederum vor allem auf die vorgenannten Kriterien abstellt.

Vgl. Umweltbericht, S. 79f.

Wird die Herausnahme von solchen Besonderheiten vor Ort abhängig gemacht und können diese nicht auf andere Flächen übertragen werden, so spricht Einiges dafür, dass die Fläche abwägungsfehlerfrei herausgenommen werden kann, jedenfalls das Risiko minimiert ist. Erkennbar sind solche Besonderheiten nach den vorliegenden Unterlagen indes nicht.

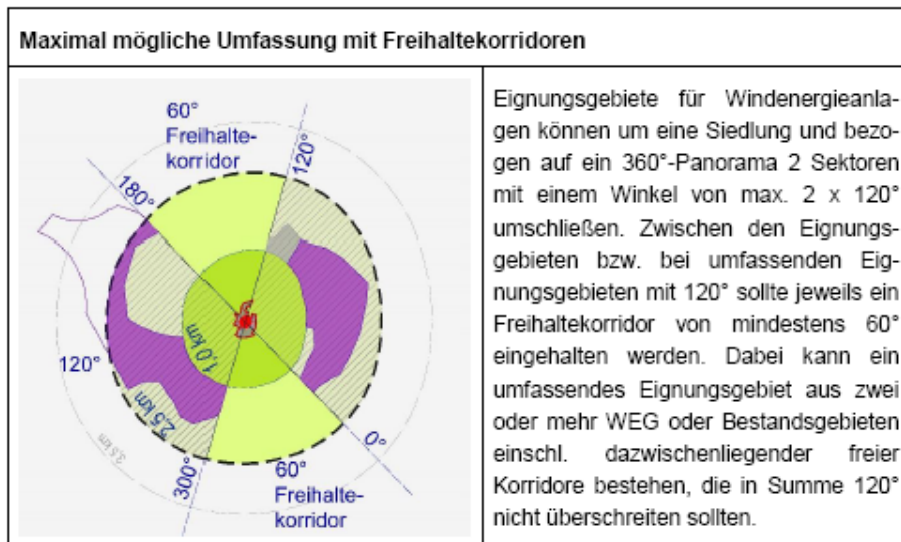
c) Umfassungswirkung nach Blickwinkel

Der Abwägungsbelang des Umzingelungsschutz wurde im Einzelfall, aber in Anlehnung an das von Umweltplan im Auftrag des Landes Mecklenburg-Vorpommern 2013 erstellten und 2021 aktualisierten Gutachtens geprüft. Das Gutachten wendet dazu zunächst folgende Kriterien an:

„Analog zu den Ergebnissen von 2013 wird definiert, dass in einem Untersuchungsraum von 2,5 km um eine Siedlung keine erhebliche Umfassungswirkung zu erwarten ist, wenn ein freier Blick in die Landschaft (= Freihaltekorridor) von mindestens 60° gegeben ist und/oder der Umfassungswinkel in Summe maximal 120° bezogen auf einen Halbkreis von 180° beträgt. Bezogen auf einen Vollkreis von 360° sind somit 2x120° als maximaler Umfassungswinkel möglich, sofern dazwischen ein Freihaltekorridor von 60° besteht.“

Umweltplan, Gutachten zur „Umfassung von Ortschaften durch Windenergieanlagen“ (2021), S. 32.

Als Beispiele werden folgende Situationen dargestellt:



Dabei wird der Abstand von 2,5 km umfassend abgeleitet. Im Anschluss daran ist eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, bei der anhand vorhandener Strukturen in der Landschaft, der Topographie und der Bebauung nachgeprüft wird, ob tatsächlich eine Umfassungswirkung besteht.

Nach der bisherigen Wertung wurde für Engelsbrand keine Umzingelungswirkung festgestellt.

d) Prozentuale Überlastung

Eine Prozentuale Überlastung ist entgegen der Darstellung der Gemeinde nicht gegeben:

Der Anteil an Windenergieflächen beträgt für Engelsbrand knapp 3,5 Prozent. Die Belastung liegt damit im Mittelfeld. Andere Kommunen sind mit mehr als 10 Prozent deutlich höher belastet.

Auf die Belastung der Verwaltungsgemeinschaft kommt es nicht an: Der Regionalverband hat seinem Kriterium die Flächenbelastung der jeweiligen Kommune zugrunde gelegt. Allein im vorliegenden Fall auf die Verwaltungsgemeinschaft abzustellen, wäre daher inkonsequent und damit voraussichtlich abwägungsfehlerhaft. Der Ansatz des Regionalverbands erscheint auch sachgerecht, da die Überlastungswirkung sich auf lokaler Ebene einstellt. Im konkreten Fall: Für die Gemeinde Engelsbrand ist es gleichgültig, dass in der Stadt Neuenbürg viele Flächen dargestellt werden. Davon geht keine größere Überlastungswirkung aus als bei einer Darstellung von Windenergiegebieten in anderen Nachbargemeinden, mit denen Engelsbrand keine Verwaltungsgemeinschaft bildet. Insofern kommt es nicht auf die in Anspruch genommene Fläche, sondern die Sichtbarkeit an, was aber mit dem Kriterium „Umzingelungswirkung“ abgearbeitet ist.

Noch sachgerechter mag es sein, nicht auf die Kommune, sondern auf einzelne Ortschaften abzustellen. Aber auch damit käme man im vorliegenden Fall wohl nicht auf ein anderes Ergebnis. Zudem kann die Regionalplanung insofern grobmaschig vorgehen (siehe dazu oben unter Abwägung in der Raumordnung).

Mit einer prozentualen Überlastung kann die Herausnahme der Fläche „Sauberg“ daher ebenfalls nicht gerechtfertigt werden.

e) „Verspargelung der Landschaft“

Die Gemeinde argumentiert weiter, dass die Ausweisung der Fläche zu einer Verspargelung der Landschaft führe, da dort nur zwei Windenergieanlagen möglich seien. Dieses Kriterium hat den Flächennutzungsplan getragen. Aus den oben unter „Gegenstromprinzip“ dargestellten Gründen kann dieses Kriterium eine Herausnahme der Fläche im Regionalplan nicht rechtfertigen.

Auch die von der Gemeinde genannten Punkte, warum aus Naturschutzfachlicher Sicht im gesamten WE14 nicht mehr als 2 Anlagen verwirklicht werden können, tragen nach Ihren Angaben eine Herausnahme nicht, da der Umweltbericht eine solche Einstufung nicht hergibt.

f) Ergebnis

Nach den bislang angelegten Kriterien stehen der Ausweisung der Flächen „Sauberg“ keine Belange entgegen, die rechtssicher in die Abwägung eingestellt werden können. Auch der Belang „Umzingelungswirkung“ ist nach bisheriger Wertung nicht so betroffen, dass die Fläche entfällt. Insofern könnte sich eine Herausnahme der Flächen wohl allenfalls aufgrund einer Sonderkonstellation rechtfertigen lassen.

4. Abwägung der Belange

Wenn keine abwägungsrelevanten Belange für die Herausnahme streiten, allerdings nach den Kriterien das Windenergiegebiet aufzunehmen ist und abwägungserhebliche Belange für den Verbleib bestehen, kann die Fläche nicht herausgenommen werden, ohne dass die Abwägung fehlerhaft würde. Insofern steht dem Plangeber – gerade ob der Positivplanung und der Übererfüllung des Flächenbeitragsziels – zwar ein weiter Abwägungsspielraum zu. Ohne einen Belang, der für die Herausnahme streitet, dürfte aber auch dieser weite Abwägungsspielraum überschritten sein.

5. Anzusetzender Vorsorgeabstand

Im Zuge der Prüfung möglicher Handlungsoptionen betreffend der Teilfläche WE14 wurde zudem der anzusetzende Vorsorgeabstand thematisiert.

Grundsätzlich wird der Vorsorgeabstand zu (Wohn-)Bebauung für die unterschiedlichen Ausweisungsflächen teilweise unterschiedlich gehandhabt. Namentlich wird – soweit der Regionalverband von angedachten Windprojekten Kenntnis erhielt – dies als Belang im Rahmen der Abwägung besonders gewichtet und auch und gerade aufgrund dieser bestehenden Planungen ein verringerter Vorsorgeabstand von 750m (statt 850m) zu (Wohn-)Bebauung angesetzt.

Auch für die Fläche WE14 wurde ein solcher Vorsorgeabstand zunächst aufgrund des bislang bestehenden Mischgebiets „Hal-

tepunkt Engelsbrand“ vorgesehen. Nachdem dem Regionalverband bekannt wurde, dass die Gemeinde Birkenfeld eine Änderung dieses Plangebiets in ein Gewerbegebiet („Grösseltal“) beabsichtigt und daher eine Wohnbebauung dort zukünftig ausscheidet, wurde dies auf Wunsch der Gemeinde Birkenfeld hinsichtlich der auf ihrem Gemeindegebiet liegenden Fläche im Zugschnitt des Vorranggebiets WE 14 berücksichtigt. Infolgedessen wurde für diese Teilgebietsflächen der Vorsorgeabstand gestrichen bzw. nicht angelegt.

Da für dieses Bebauungsplanverfahren zum Zeitpunkt des ersten Offenlagebeschlusses des Teilregionalplans Windenergie die Offenlage noch ausstand, wurde der Vorsorgeabstand wegen des (noch) bestehenden Mischgebiets für die umliegenden Gemeinden entsprechend beibehalten. Zu diesen zählt auch Engelsbrand.

Zwischenzeitlich wurde für das Bebauungsplanänderungsverfahren die Offenlage durchgeführt und die Gemeinde Birkenfeld beabsichtigt nach eigener Aussage, das Planverfahren bis Ende 2025 abzuschließen. Angesichts dieser aktuellen Entwicklungen ist die Frage aufgeworfen, ob und ggf. wie diese Gebietsänderung im Rahmen des Planverfahrens zu berücksichtigen ist.

a) Relevanter Zeitpunkt

Grundsätzlich ist für die Abwägung die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung maßgebend, § 11 Abs. 3 S. 1 ROG. Allerdings müssen die Belange auch für den Regionalverband erkennbar sein oder im Rahmen der Beteiligung vortragen worden sein, § 3 Abs. 2 LPlG. Im Zweifel muss der Regionalverband daher nicht jede Flächennutzungsplanänderung kurz vor Beschlussfassung nochmals recherchieren, sondern kann sich weitgehend auf den Vortrag der Gemeinden und Gemeindeverbände verlassen. Zudem ist fraglich, ob aufgrund von Änderungen eine erneute Offenlage erforderlich ist oder ein früherer Planstand übernommen werden kann. Diesen Aspekt haben wir allerdings nicht weiter vertieft, da es im Ergebnis nicht darauf ankommt:

b) Gleichbehandlung

Zwingend ist es, ein und denselben Sachverhalt gleichmäßig anzuwenden, dieselbe Fläche kann nicht einmal als Wohnfläche und einmal als gewerbliche Fläche eingehen. Wird also die zukünftige Änderung des Gebietscharakters beim Zuschnitt der Teilfläche auf der Gemarkung Birkenfeld berücksichtigt, so muss diese Bebauungsplanänderung auch hinsichtlich der Flächen auf anderen Gemeindegebieten beachtet werden. Eine unterschiedliche Behandlung lässt sich nicht rechtfertigen, da das Gebiet insgesamt keine Wohnbebauung aufweist, also nicht in verschiedenen Richtungen unterschiedlich behandelt werden kann.

c) Qualifizierung der Fläche

Es sprechen überwiegende Argumente dafür, die Fläche als gewerbliche Fläche einzustufen:

Zunächst wurde die Offenlage zum Bebauungsplan bereits durchgeführt. Jedenfalls bei der interkommunalen Abstimmung von Bebauungsplänen sind auch bereits Planentwürfe in der Abwägung zu berücksichtigen.

Brügelmann/Gierke, 132. EL Oktober 2024,
BauGB § 2 Rn. 64, beck-online.

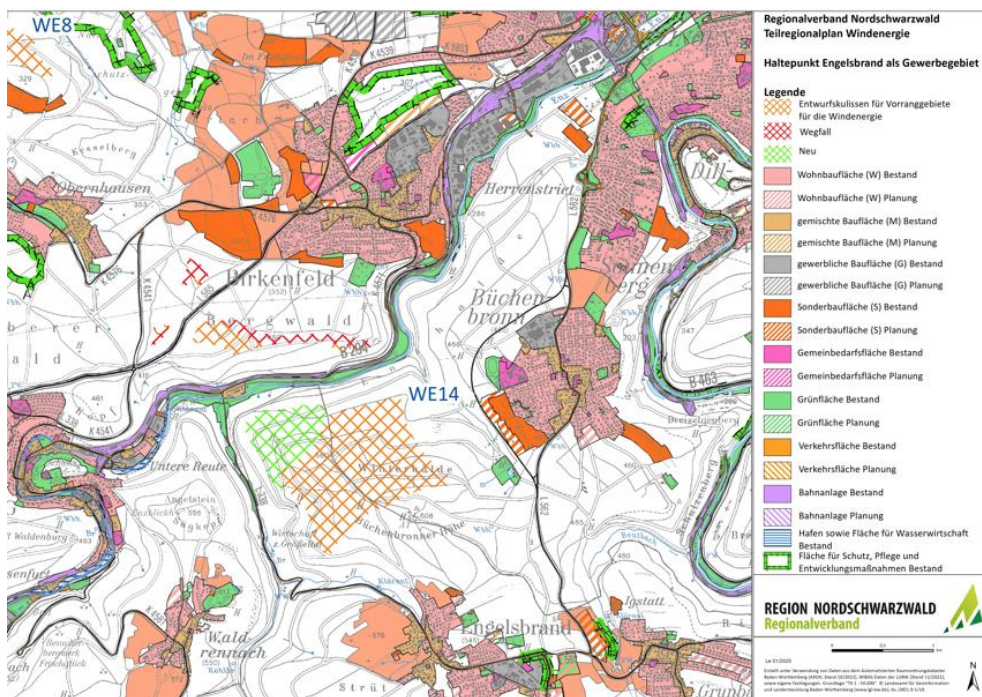
Dies lässt sich auf die Regionalplanung übertragen: Bereits Planentwürfe sind Teil der kommunalen Planungshoheit, die im Rahmen des Gegenstromprinzips zu berücksichtigen sind.

Im Ergebnis dürfte es darauf gar nicht ankommen: Der Vorsorgeabstand bezieht sich auf bestehende und geplante Gebiete mit Wohnnutzung. Hier ist zwar im Flächennutzungsplan eine Mischfläche dargestellt. Tatsächlich sind aber nur Gewerbebetriebe vorhanden. Da sich bislang die Zulässigkeit nach § 34 BauGB richtet, ist dort mangels Vorbilds oder als faktisches Gewerbegebiet eine Wohnnutzung gar nicht zulässig – auf die Darstellungen des Flächennutzungsplans kommt es dafür gar nicht an. Im Allgemeinen kann sich der Regionalverband zwar wohl auf die Darstellungen im Flächennutzungsplan verlassen. Da vorliegend aber entsprechende Stellungnahmen der

Standortgemeinde vorliegen, kann dieser Aspekt hier herangezogen werden.

Mangels bestehender oder künftig zulässiger Wohnnutzung ist daher kein entsprechender Vorsorgeabstand einzuhalten. Da die Standortgemeinde dort auch künftig keine Wohnnutzung zulassen, im Gegenteil ein Gewerbegebiet festsetzen will, kommt nach unserer Einschätzung ein Vorsorgeabstand zu Wohnbebauung/-gebieten nicht in Betracht.

Entsprechend wäre also auch der Vorsorgeabstand hinsichtlich der Fläche am „Sauberg“ anzupassen, sodass sich folgender Flächenzuschnitt ergibt:



II. Beachtlichkeit eines Fehlers

Kann nach alledem ein Fehler in der Abwägung nicht ausgeschlossen werden, stellt sich die Frage, ob der Fehler beachtlich ist.

Grundsätzlich sind Mängel im Abwägungsvorgang nach § 11 Abs. 3 S. 2 ROG und § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LPlIG nur erheblich, wenn sie

offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind. Im Falle eines Fehlers wäre dies wohl der Fall, da Folge wäre, dass die Fläche „Sauberg“ auszuweisen gewesen wäre, also sich das Abwägungsergebnis verändert hätte.

§ 249 Abs. 6 S. 2 BauGB enthält aber eine weitere Regelung zur Planerhaltung. Er lautet:

„Für die Rechtswirksamkeit des Plans ist es hingegen unbeachtlich, ob und welche sonstigen Flächen im Planungsraum für die Ausweisung von Windenergiegebieten geeignet sind.“

1. Fläche „Sauberg“

Nach dem Gesetzeswortlaut wäre ein etwaiger Fehler, die Fläche „Sauberg“ unberücksichtigt zu lassen, auf Grundlage dieser Regelung unbeachtlich: Für die Rechtswirksamkeit des Planes käme es nicht darauf an, ob die Fläche „Sauberg“ nach dem Planungskonzept geeignet und daher fehlerhaft als ungeeignet eingestuft und mithin nicht ausgewiesen wurde.

Die Literatur vertritt hierzu teils darüber hinaus die Auffassung, dass die Regelung nur klarstellende Wirkung habe. Da es sich um eine Positivplanung handelt, komme es auf die anderen Flächen nicht an.

So Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, 155. EL August 2024, BauGB § 249 Rn. 134, beck-online.

Der Gesetzgeber selbst hat die Regelung allerdings weniger weit verstanden. So heißt es in der Gesetzesbegründung:

„Absatz 6 enthält eine ergänzende Regelung zur Planerhaltung. Sie soll sicherstellen, dass im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung nach der Umstellung auf eine Positivplanung bei Windenergiegebieten keine unangemessen hohen Anforderungen im Hinblick auf eine vergleichende Betrachtung zur Eignung sonstiger Flächen im Planungsraum gestellt werden. Für die Rechtswirksamkeit des Planes soll es ausreichen, dass die

diesbezüglich gewählte planerische Methodik sowie das Ergebnis nachvollziehbar sind. Eine bestimmte Planungsmethodik, etwa in Form bestimmter Planungsschritte einer vergleichenden Betrachtung, kann nicht verlangt werden.“

BT-DRs. 20/2355 S. 34

Damit sollten „keine unangemessenen Anforderungen“ im Hinblick auf eine vergleichende Betrachtung zur Eignung anderer Flächen gestellt werden. Die Methodik soll nur plausibel sein.

Der Gesetzeswortlaut ist darüber hinausgegangen. Diese Einschränkung findet sich dort nicht und kann auch nur schwerlich hineininterpretiert werden.

Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass die Gerichte die Vorschrift verfassungskonform einschränkend auslegen, wenn sie in der Nichtausweisung eines Windenergiegebiets einen Eingriff in den Eigentumsschutz nach Art. 14 GG sehen.

Hier nicht angenommen, vgl. dazu ausführlich oben unter D) I. 2.b)dd), S. 43.

Im Ergebnis spricht aber Einiges dafür, dass ein etwaiger Fehler unbeachtlich ist, es verbleiben allerdings nicht ganz unerhebliche Risiken, dass ein Gericht dies anders einschätzt.

2. Dargestellte Windenergiegebiete

Nicht unbeachtlich sind Fehler, die die dargestellten Windenergiegebiete betreffen. Zwar reicht es nicht aus, darauf zu verweisen, dass die Fläche „Sauberg“ geeigneter wäre als das dargestellte Windenergiegebiet; gerade solche Fehler sollten unbeachtlich sein.

Allerdings könnte sich zum Beispiel eine andere Kommune etwa darauf berufen, das Kriterium Umzingelungswirkung oder flächenhafte Belastungswirkung sei durch die Anwendung im Falle der Fläche „Sauberg“ verändert und dieses insoweit veränderte Kriterium auf die andere Fläche dann falsch angewandt worden. Auch hier ließe sich zwar argumentieren, dass es sich im Kern

ebenfalls um das (als unbeachtlich normierte) Argument handelt, andere Flächen seien geeigneter - allerdings mit nach unserer Auffassung deutlich höheren Risiken.

Wir empfehlen daher - sollte die Fläche „Sauberg“ herausgenommen werden - klarzustellen, dass dadurch die Kriterien des Gesamtkonzepts nicht verändert werden, also die Herausnahme nur aus besonderen Gründen im Einzelfall erfolgt.

III. Folgen beachtlicher Fehler

Leidet der Plan an beachtlichen Fehlern, ist er grundsätzlich unwirksam. Der Fehler kann dann allerdings in einem ergänzenden Verfahren geheilt werden. Nach § 5 Abs. 2 S. 1 LPlIG führen heilbare Fehler nicht zur Nichtigkeit des Plans. Allerdings entfaltet der Regionalplan bis zur Behebung der Mängel keine Bindungswirkung, § 5 Abs. 2 S. 3 LPlIG.

Nicht vertieft haben wir die Frage, ob eine Teilwirksamkeit des Plans in Betracht kommt. Jedenfalls sollte bei einer Herausnahme der Fläche „Sauberg“ klargestellt werden, dass das Planungskonzept unabhängig von dieser Fläche Bestand haben soll. Dann kann argumentiert werden, dass im worst case nur eine Teilunwirksamkeit eingetreten ist. Gegen die Annahme einer solchen Teilunwirksamkeit spräche allerdings das dann widersprüchliche Ergebnis, nach welchem bei einer reinen Positivplanung der Regionalplan im Hinblick auf die Nichtausweisung einer Fläche teilunwirksam ist oder teilweise keine Bindungswirkung hat.

Die Erfüllung des Flächenbeitrags von 1,8 % ist hingegen zunächst nicht gefährdet: Stellt ein Gericht die Unwirksamkeit eines Plans fest oder nimmt es die Unwirksamkeit in den Entscheidungsgründen im Rahmen einer Inzidentprüfung an, bleiben die Flächen ein Jahr lang anrechenbar. Der Regionalverband hätte also ein Jahr Zeit, den Fehler zu heilen.

Dies würde bedeuten: Hätte juwi wider Erwarten Erfolg und würde eine Unwirksamkeit des Planes erwirken, so wären die Flächen „Sauberg“ trotzdem ein weiteres Jahr nach § 35 Abs. 2 BauGB zu bewerten, da der Flächenbeitragswert weiterhin als erreicht gilt. Nur wenn der Regionalverband den Fehler nicht innerhalb eines Jahres heilt, wären Windkraftanlagen im Verbandsgebiet wieder

privilegiert und juwi würde eine Genehmigung erhalten. Ob diese Regelung dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) entspricht, ist allerdings fraglich.

IV. Rechtsschutz

1. Normenkontrollantrag

Der Regionalplan ist als Rechtsvorschrift möglicher Gegenstand einer Normenkontrolle. Fraglich ist allein die Antragsbefugnis.

Nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann der Antrag durch jede natürliche oder juristische Person gestellt werden, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden.

Bei abwägungsbedürftigen Planungen ist dies jedenfalls der Fall, wenn die Belange der Person in der Abwägung berücksichtigt werden müssen.

Vgl. nur: BVerwG, Beschluss vom 18. Mai 1994 – 4 NB 27/93 –, Rn. 9 - 11, juris.

Dies ist nach hier vertretener Auffassung im Falle von juwi nicht der Fall. Kommunen sind regelmäßig antragsbefugt.

Bei juwi könnte sich die Antragsbefugnis allerdings aus der mittelbaren Normwirkung ergeben, hier der Feststellung der Erfüllung des Flächenbeitragswertes. So heißt es zur Antragsbefugnis aufgrund mittelbarer Normwirkung in der Literatur:

„Entscheidend ist, ob die Norm auf das Zusammenwirken mit der Folgemaßnahme hin angelegt ist und diese inhaltlich prägt, kurz, ob die rechtliche Beurteilung der Folgemaßnahme von der Gültigkeit der Norm abhängt.“

Schoch/Schneider/Panzer/Schoch, 45. EL Januar 2024, VwGO § 47 Rn. 50, beck-online.

Der VGH Baden-Württemberg führt zu dieser Problematik aus:

„Zu der - insoweit unverändert gebliebenen - „Kausalitätsproblematik“ im Rahmen des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO a. F. (Nachteil) hat das Bundesverwaltungsgericht im Beschluss vom 14.02.1991 - 4 BN 25.89 - (NVwZ 1991, 980 = UPR 1991, 274) ausgeführt - und hieran u.a. im Beschluss vom 12.03.1999 - 4 BN 6.99 - (Baurecht 1999, 878 = UPR 1999, 312) festgehalten - : Für die mit dem Wort „durch“ vorausgesetzte Verknüpfung von angegriffener Norm und die Antragsbefugnis begründendem Nachteil, der als Zulässigkeitsersfordernis einen Populäranspruch im Sinne einer reinen objektiven Rechtskontrolle ausschließen soll, kommt es maßgeblich darauf an, **ob sich die als Nachteil angeführte Beeinträchtigung subjektiver privater Interessen der angegriffenen Norm tatsächlich und rechtlich zuordnen lässt.** Ist dies der Fall, so wird der erforderliche Zusammenhang nicht notwendig dadurch ausgeschlossen, dass der Nachteil erst aufgrund weiterer Ursachen eintritt, die ihrerseits auf die angegriffene Norm zurückzuführen sind. Ein Ursachenzusammenhang im Sinne einer äquivalenten Kausalität reicht allerdings für sich allein nicht aus. **Es muss rückschauend die Prognose gerechtfertigt sein, dass eine Norm dieses Inhalts erfahrungsgemäß eine Beeinträchtigung dieser Art an dieser Stelle bzw. bei diesen Betroffenen bewirken wird.** Die Entwicklung von der angegriffenen Norm zu der als Nachteil geltend gemachten Betroffenheit muss eine konkrete Wahrscheinlichkeit für sich haben.“ (Hervorhebungen durch Unterzeichner)

VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 19. Dezember 2006 – 5 S 2617/05 –, Rn. 43, juris.

Es dürfte unstrittig sein, dass der Regionalplan darauf angelegt ist, dass der Flächenbeitragswert erreicht wird. Hierdurch entfällt die Privilegierung. Damit bestünde nach dieser Rechtsprechung ein ausreichender Zusammenhang zwischen dem Plan und dem Entfall der Privilegierung, die für juwi offensichtlich einen Nachteil darstellt.

Gegen eine Antragsbefugnis, aber ohne auf die Problematik der mittelbaren Normwirkung einzugehen: *Kümper*, a.a.O., S. 502.

Der Gesetzgeber hat jedoch ausdrücklich in § 249 Abs. 2 S. 3 BauGB normiert, dass die Entprivilegierung „gesetzliche Folge der Feststellung“ der Erfüllung des (Teil-)Flächenbeitragswertes ist. Damit sollte diese Folge gerade vom Plan gelöst werden. Der Wegfall der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB entsteht – wie oben ausführlich erläutert – also nicht durch den Regionalplan, sondern durch die neue Rechtslage. Das Gesetz spricht daher trotz der dargelegten Rechtsprechung dafür, dass keine Antragsbefugnis besteht. Ob die Rechtsprechung dem folgt, ist aber offen. Zudem könnte juwi das Rechtsschutzinteresse fehlen, wenn etwaige Fehler in jedem Fall unbeachtlich sind, siehe zuvor.

2. Inzident Kontrolle

Juwi kann selbstverständlich auch auf Erteilung der Genehmigung klagen. Dann wird inzident geprüft, ob der Flächenbeitragswert erreicht ist, weil nur dann die Privilegierung entfallen ist.

Allerdings würde nach der Konzeption des Gesetzes eine solche Klage nicht unmittelbar zum Erfolg führen können: Selbst wenn der Regionalplan unwirksam ist, bleiben die Flächen ein Jahr lang anrechenbar, § 4 Abs. 2 WindBG. Ob dies dazu führt, dass eine Verpflichtungsklage unabhängig von der Wirksamkeit des Planes unbegründet ist, weil die Fläche jedenfalls für ein Jahr und damit zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht privilegiert ist, oder die Verpflichtungsklage nur bedingt für den Fall Erfolg hat, dass keine Heilung erfolgt, ist offen. Jedenfalls dürfte ein Betreiber auf Feststellung der Genehmigungsfähigkeit klagen können, was dann ebenfalls eine Inzident-Kontrolle des Regionalplan bedingt.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr. Peter Neusüß)
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

(Dr. Marlene Voigt)
Rechtsanwältin

A) Empfehlung	1
B) Zusammenfassung.....	4
I. Sachverhalt	4
II. Rechtliche Würdigung	6
1. Rahmen	6
2. Rechtskonforme Abwägung	7
a) Kein mehrstufiges Planungskonzept	7
b) Betreiberinteressen	7
c) Von der Gemeinde vorgebrachte Belange.....	9
d) Umzingelungswirkung unabhängig von der gewählten Methodik im Rahmen der Einzelabwägung	10
e) Ergebnis.....	10
3. Beachtlichkeit etwaiger Fehler.....	11
4. Rechtsschutz und Folgen beachtlicher Fehler	11
C) Sachverhalt	12
I. Übersicht	12
II. Entscheidungsmaßstab des Regionalverbands.....	15
III. Verfahren	19
1. Allgemein	19
a) Eingangskulisse (WE14 einbezogen)	19
b) Kriterienkatalog.....	20
c) Suchraumkulisse (WE14 einbezogen).....	20
d) Potenzialkulisse (WE14 nicht einbezogen).....	21
e) Verfahren während laufendem SUP	22
f) Ergebnis SUP – Umweltbericht – Entwurfskulisse (unter Wiederaufnahme WE 14)	22
2. Übersicht zu WE 14, insb. hins. „Sauberg“	23

a)	Teil der Suchraumkulisse	23
b)	Informelle Beteiligung.....	23
c)	SUP.....	24
d)	Entwurfskulisse	24
e)	Die Gemeinde Engelsbrand nahm im Rahmen der förmlichen Beteiligung Stellung und forderte vehement, die Fläche „Sauberg“ wieder herauszunehmen. Sie führt dabei insbesondere folgende Argumente an:	26
f)	Geplanter Antrag der FDP-Fraktion	26
IV.	Zum Hintergrund	26
a)	Juwi-Projekt.....	26
b)	Flächennutzungsplan	27
aa)	Verfahren	27
bb)	Inhalt.....	27
c)	Rechtsstreit um FNP	28
d)	Aktueller Stand FNP/ Genehmigungsverfahren.....	28
D)	Rechtliche Würdigung.....	29
I.	Abwägung	30
1.	Abwägung in der Raumordnung.....	30
a)	Gesetzliche Regelung.....	30
b)	Abwägungsgrundsätze und gerichtliche Kontrolle	31
c)	Abwägungs- und Ermittlungstiefe	32
d)	Gleichbehandlung in der Abwägung	34
2.	Belange zugunsten der streitigen Flächen	35
a)	Abwägungsrelevanz der faktischen Ausschlusswirkung 35	
b)	Berücksichtigung der Betreiberinteressen.....	39
aa)	Juwi als Pächter.....	39
bb)	Bisherige Rechtslage	40
cc)	Neue Rechtslage: Positivplanung	41
dd)	Entgegenstehende Grundrechte?	43
ee)	Selbst geschaffene Abwägungsrelevanz?.....	46

c)	Beschleunigung durch vorgeplante Projekte	48
3.	Belange zuungunsten der streitigen Flächen	49
a)	Gegenstromprinzip	49
b)	Umzingelungswirkung nach dem Planungskonzept....	53
c)	Umfassungswirkung nach Blickwinkel	55
d)	Prozentuale Überlastung	56
e)	„Verspargelung der Landschaft“	57
f)	Ergebnis.....	58
4.	Abwägung der Belange	58
5.	Anzusetzender Vorsorgeabstand.....	58
a)	Relevanter Zeitpunkt	59
b)	Gleichbehandlung	60
c)	Qualifizierung der Fläche	60
II.	Beachtlichkeit eines Fehlers.....	61
1.	Fläche „Sauberg“	62
2.	Dargestellte Windenergiegebiete	63
III.	Folgen beachtlicher Fehler.....	64
IV.	Rechtsschutz.....	65
1.	Normenkontrollantrag.....	65
2.	Inzident Kontrolle	67