

8. Rostock Wind, 09. August 2019

„Konzentrationsplanung“ auf FNP- und Regionalplanebene - Aktuelle Fragestellungen

RA Dr. Michael Rolshoven
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Kanzlei Müller-Wrede & Partner - Rechtsanwälte
Leibnizstraße 53, 10629 Berlin
rolshoven@mwp-berlin.de
030 399 250 0

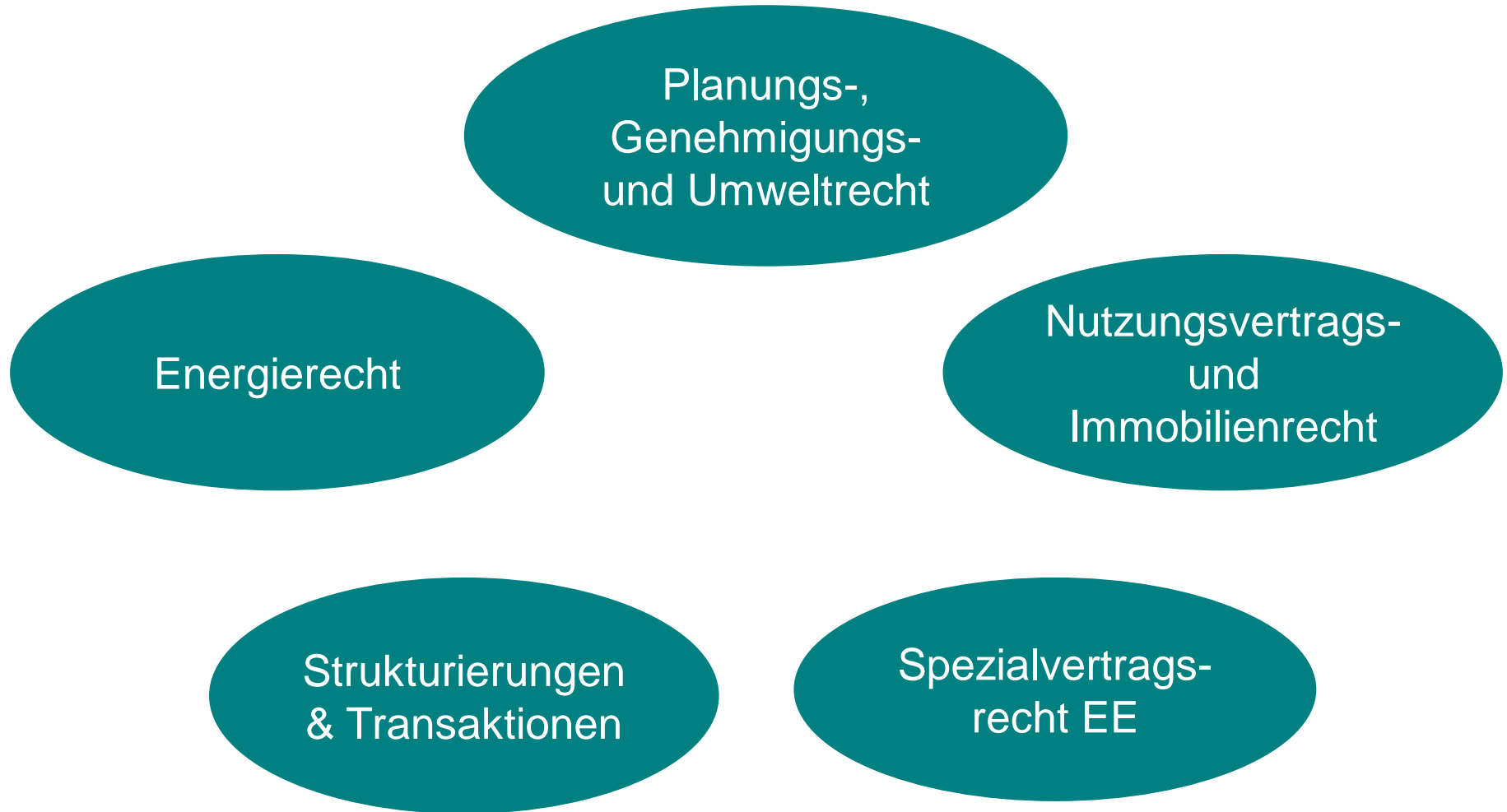
Dr. Michael Rolshoven

Dr. Michael Rolshoven ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei Müller-Wrede & Partner. Die Kanzlei ist unter Leitung von RA Philipp v. Tettau seit über 20 Jahren, derzeit mit sieben Anwaltskollegen, auf alle Rechtsfragen der Projektentwicklung und -veräußerung im Bereich der Erneuerbaren Energien spezialisiert.

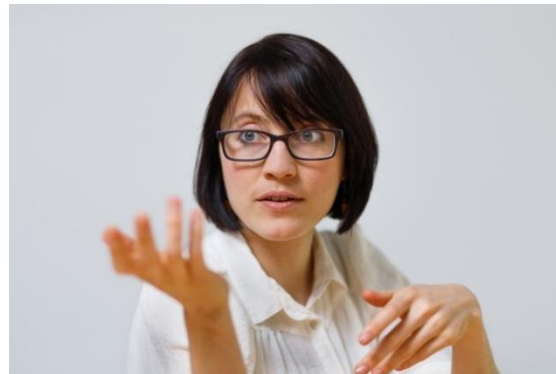
Herr Dr. Rolshoven berät seit 2001 zahlreiche EEG-Projektierungsunternehmen vornehmlich auch in Fragen des Anlagenzulassungsrechts, des Umweltrechts und des Bau- und Planungsrechts. Herr Dr. Rolshoven ist Mitglied des Juristischen Beirats des BWE und u.a. auch im BWE-Arbeitskreis Naturschutz tätig (Mitglied des Sprecherkreises).

E-Mail: rolshoven@mwp-berlin.de
www.mwp-berlin.de

Unser Beratungsumfang in den EE:



Das Team Erneuerbare Energien von MWP auf einen Blick



I. Einführung und Überblick: Privilegierung und Planvorbehalt

Privilegierung und Planvorbehalt (seit 1997/98)



- **Einerseits:**
Privilegierung der
Windkraft

- **Andererseits:**
Einschränkung der
Privilegierung durch sog.
Plan(ungs)vorbehalt

§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB:


„Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es [...]

5. der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der **Wind-** oder Wasser-**energie** dient, [...]“

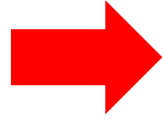
§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB:

„Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 **in der Regel** auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im **Flächennutzungsplan** oder als **Ziele der Raumordnung** eine Ausweisung **an anderer Stelle** erfolgt ist.“

Eine (ganz) kurze Geschichte der WEA-Privilegierung und Planvorbehalt

- 1997/98: **WEA-Privilegierung und Planvorbehalt eingeführt** (noch durch CDU/FDP-Regierung)
- 2004: Der neu eingeführte § 15 Abs. 3 BauGB ermöglicht Zurückstellung bei FNP-Ausschlussplanung in Aufstellung
- 2008: BVerwG (Urt. v. 24.1.2008 - 4 CN 2.05) lässt **erstmalig Normenkontrolle** gegen FNP-Konzentrationszone zu, Folge: gerichtliche Prüfung des Planvorbehalts!
- 2011: „**Tabuzonen-Rspr.**“ etabliert (BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11)
→ Seither zahlreiche Regionalplanungen für unwirksam erklärt
- 2014: Sog. 10-H-Regelung in Bayern (Art. 82 BayBO)
- 2015: „Moratorium“ in Schlesw.-Holst., § 18a LaplaG, aktuell bis 12/2020
- Seit 2017: **Rspr. zu FNP-Bekanntmachungsfehler**: „Alt-FNP“ unter Druck
→ Zahlreiche „Alt-FNP“ nun doch angreifbar (näher unten)
- 2019: „Moratorium“ in Brandenburg (§ 2c Abs. 1 RegBkPIG)
-  Diskussion um Privilegierung hält an (näher unten)

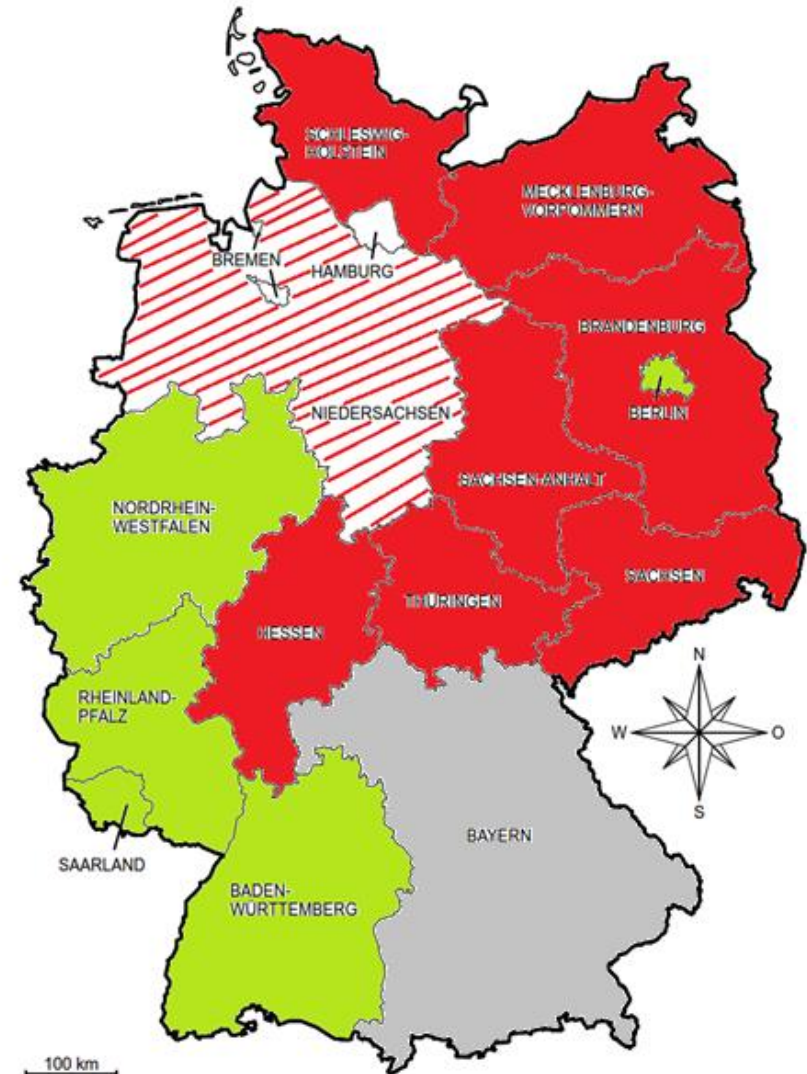
Übersicht zu WEA-Ausschlussplanung auf Regionalplan-Ebene:



Regionalplan **mit** Ausschlusswirkung i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB betrifft die Mehrzahl der Bundesländer (in rot)



Reg-Planung **ohne** Ausschlusswirkung etwa in Baden-Württemberg, Saarland, Rheinland-Pfalz (in grün) teils Nordrhein-Westfalen, Berlin



II. Aktuelle Fragestellungen

1. **Zum Stand der Regionalplanung - „Gleichgewicht“ in Gefahr?**
 - **Hessen** (vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 25.01.2018 - 4 B 1535/17 - Nordhessen)
 - **Sachsen-Anhalt** (z. B. OVG Magdeburg, Urt. v. 05.12.2018 - 2 L 47/16 - Anhalt-Bitterfeld-Wittenberg: Plan rechtswirksam!)
 - **Niedersachsen** (z. B. OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.2018, 12 LB 118/16 - RROP Osnabrück)
 - **Schleswig-Holstein** (Verlängerung des Moratoriums bis Dez. 2020)
 - **Mecklenburg-Vorpommern** (Neuaufstellungen laufen/stocken)
 - **Brandenburg (OVG BlnBbg, Urt. v. 24.05. 2019 - OVG 2 A 4.19 - Lausitz-Spreewald, auch hier jetzt: Moratorium!**
 - **Thüringen** (Regionalplan Mittelthüringen seit 24.12.2018 in Kraft)
 - **Sachsen** (zähes Fortschreiben ...)
 - **Bayern**: faktische Abschaffung der Privilegierung 2004
 - **NRW**: LEP sieht 1.500m-Abstand als „Grundsatz“ (vgl. nächste Folie)



Es geht auch anders, siehe Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg, Saarland

Neue Abstände durch Landesplanung / das Beispiel NRW

„10.2-2 Grundsatz Vorranggebiete für die Windenergienutzung

In den Planungsregionen können Gebiete für die Nutzung der Windenergie als **Vorranggebiete** in den Regionalplänen festgelegt werden.

10.2-3 Grundsatz Abstand von Bereichen/Flächen für Windenergieanlagen

Bei der planerischen Steuerung von Windenergieanlagen in Regionalplänen und in kommunalen Flächennutzungsplänen soll zu Allgemeinen Siedlungsbereichen und zu Wohnbauflächen den örtlichen Verhältnissen angemessen ein planerischer Vorsorgeabstand eingehalten werden; **hierbei ist ein Abstand von 1500 Metern zu allgemeinen und reinen Wohngebieten vorzusehen.** Dies gilt nicht für den Ersatz von Altanlagen (Repowering).“

2. (Alt-) FNP auf den Prüfstand

- Typische Fallgestaltung: Gemeinde-FNP in NRW sieht seit ca. 2004 kleine Konzentrationszonen vor. Fortschreibung des FNP mit Neugebietsausweisung stockt ...
 - OVG Münster, Urt. v. 06.12.2017 - 7 D 100/15 („Aachen“; **räumlicher Umgriff** unbestimmt, gesamter Außenbereich, sog. **Ewigkeitsmangel**)
 - OVG Lüneburg, Urt. v. 05.03.2018 - 12 KN 144/17 („Ewigkeitsfehler“, Geltungsbereich nicht einmal „schlagwortartig“ bezeichnet)
 - OVG Münster, Urt. v. 21.1.2019 - 10 D 23/17 (Ausfertigung, Begriff der „**Konzentrationszone**“ **unklar**)
 - OVG Münster, Urt. v. 07.03.2019 - 2 D 36/18 (Normenkontrolle nach Jahresfrist unzulässig; „**FNP-Verwerfungskompetenz**“ auch der Behörde)
 - OVG Münster, Urt. v. 14.03.2019 - 2 D 71/17 („Stemwede“; räumlicher Umgriff, Konzentrationszone)
 - **OVG Lüneburg, Urt. v. 25.04.2019 - 12 KN 226/17 („Schaumburg“ - korrekte Bekanntmachung)**
 - OVG Lüneburg, Urt. v. 19.06.2019 - 12 KN 64/17 (Kartenausschnitt)
 - VG Arnsberg, Urt. v. 25.06.2019 - 4 K 21/18 (Verstoß gegen BekanntVO)



Fazit Gemeinden sind wegen Fortschreibung (älterer) FNP unter Druck!

3. Vorrang der Regionalplanung vor FNP-Konzentrationszone?

- Ausgangsfall: Der Regionalplan setzt ein WEA-Eignungsgebiet fest, der Flächennutzungsplan sieht eine Ausschlussfläche vor.

§ 1 Abs. 4 BauGB

„Die Bauleitpläne **sind** den Zielen der Raumordnung **anzupassen**.“

- Dazu **VGH Kassel**, Beschl. v. 25.01.2018 - 4 B 1535/17 (Nordhessen):

„2. Es besteht ein **Anwendungsvorrang** der Zielfestlegungen in einem **Regionalplan im Verhältnis zu den Darstellungen im Flächennutzungsplan**, sodass mit Inkrafttreten des Regionalplans bei der Anwendung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB - jedenfalls was die Ausschlusswirkung im Hinblick auf raumbedeutsame Windkraftanlagen betrifft - die Festlegungen des Regionalplans maßgeblich sind.“

- So auch **VG Potsdam**, Urt. v. 17.01.2019 - 5 K 1565/17 (str.).

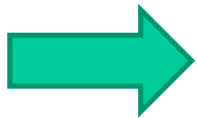
„Jedenfalls [kann] aber die [FNP-]Festsetzung mit Blick auf das Anpassungsgebot, § 1 Abs. 4 BauGB, nach Inkrafttreten des Regionalplans Oberspreewald-Lausitz im Juni 2016 keine Anwendung mehr finden, da sie den dort ausgewiesenen Zielen der Raumordnung widersprechen.“

4. Weitere („zweite“) FNP-Konzentrationszone ohne Gesamtüberplanung der Gemeinde möglich!

- Sachlage:
 - Gemeinde hat (seit Jahren) Flächennutzungsplan mit Windkonzentrationszone und Ausschlusswirkung (vgl. oben 3.)
 - Gemeinde **möchte** eine neue / weitere FNP-Konzentrationszone zulassen
 - Gemeinde **hat zugleich Sorge**, durch Fortschreibung des FNPs a) den Bestands-FNP und b) seine Ausschlussplanung infrage zu stellen

- Ausgangsfrage: Kann Gemeinde zusätzliche („zweite“) FNP-Konzentrationszone „isoliert“, d. h. ohne **Gesamtüberplanung** zulassen?

- Die vielleicht etwas überraschende Antwort: Ja! eine isolierte Fortschreibung ohne Gesamtüberplanung ist zulässig!
 - So jedenfalls OVG Münster, Urt. v. 17.05.2017 - 2 D 22/15
 - Mit Verweis auf § 249 Abs. 1 BauGB
 - Nach OVG Münster, a. a. O., muss nicht einmal eine frühere Potentialfläche (Fläche nach Abzug der Tabubereiche) ausgewiesen werden, ebenso wenig muss zwingend auf das frühere Plankonzept aufgebaut werden



Kommune ist „frei“, eine weitere Windvorrangfläche zu wählen und darzustellen, ohne bisherigen FNP und seine Ausschlusswirkung zu gefährden

5. Bonus-Material: Nach gerichtlicher Aufhebung einer FNP-Fortschreibung: Verbleibt bei „Weißfläche“:

➤ Fragestellung:

- FNP-Fortschreibung mit Konzentrationszonen wird (z. B. wegen Bekanntmachungsfehler, vgl. oben 1.) für unwirksam erklärt
- Kann hiernach in dieser WEA-Konzentrationszone noch eine Genehmigung ergehen bzw. hat erteilte WEA-Genehmigung Bestand?

➤ Stand der Rechtsprechung / der Diskussion:

- **BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 - 4 CN 3.18:** Im Rahmen der Normenkontrolle wird nicht die Gesamtunwirksamkeit der FNP-Fortschreibung festgestellt, vielmehr ist der Tenor auf die **Ausschlusswirkung** zu beschränken
- Offen gelassen: Ob damit „**Weißfläche**“ entsteht, oder womöglich doch Ausschlusswirkung einer früheren FNP-Änderung einem WEA-Vorhaben entgegenstehen kann (streitig, Ziff.)
- U. U. problematisch, wenn z. B. Umweltverband gegen WEA-Vorhaben vorgeht (vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 25.10.2018, a. a. O.)

III. Privilegierung auf dem Prüfstand?

Die Privilegierung im Fadenkreuz der Kohleländer:

Ganz abschaffen (Bbg)

⇒ Dann Genehmigungen nur mit B-Plan möglich

Erneut Länder- öffnungsklausel für Landesgesetze bis 12/2024 (NRW)

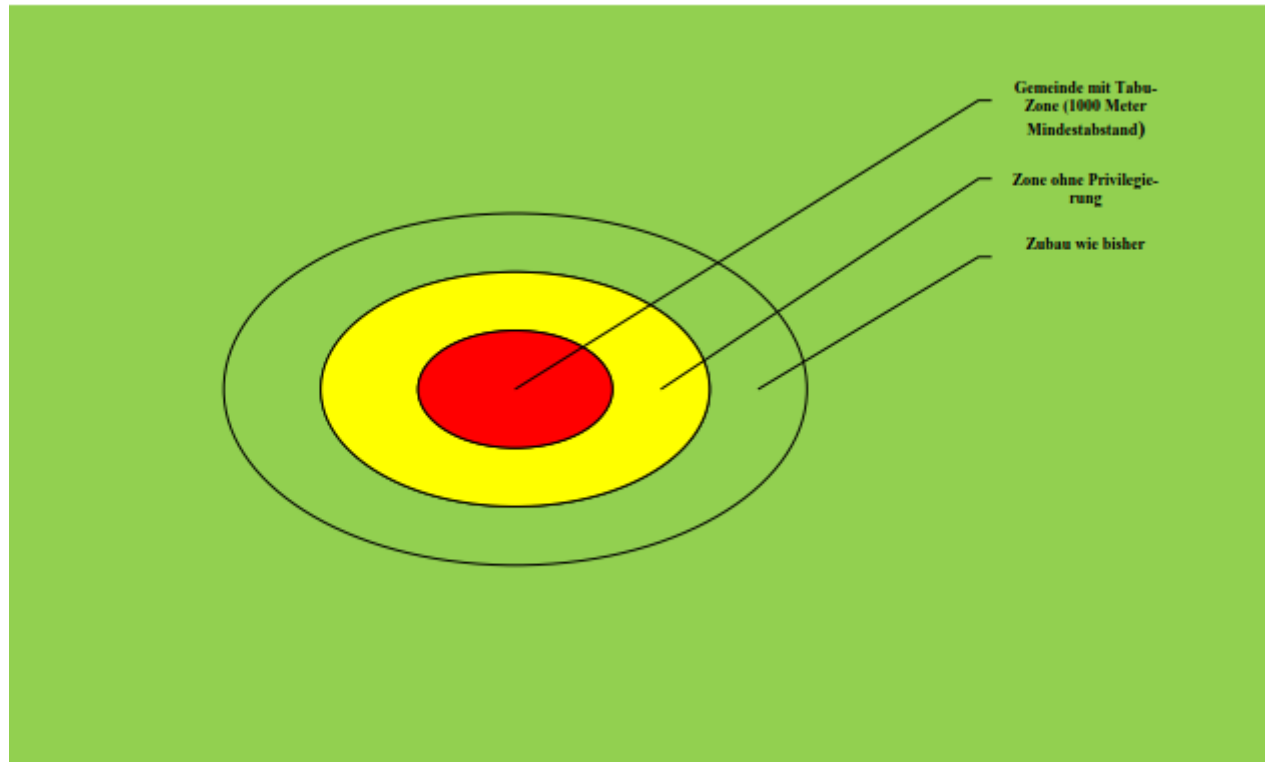
⇒ Definition bestimmter Abstände zu bestimmten baulichen Nutzungen

Moratorien und allgemeine befristete Untersagungen (Bbg, SH)

⇒ Zeitlich befristete Unzulässigkeit neuer WEA-Genehmigungen bei Entfall bzw. zum Schutz von in Aufstellung befindlichen Regionalplänen

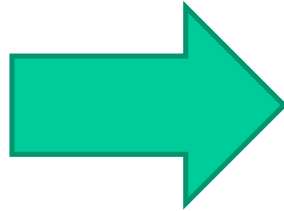
Privilegierung / CDU-Vorschlag für Mindestabstand in „AG Energiewende / Akzeptanz“

„Einführung eines Mindestabstandes für Windenergieanlagen zur Wohnbebauung von 1000 Metern mit einer Opt-Out Klausel für die Länder und Schaffung einer Errichtungszone ohne Privilegierung zwischen 1000 Metern und dem X-fachen der Gesamtanlagenhöhe“



Abbau ausgewählter Hemmnisse für Neugenehmigungen

Ausreichende und sichere
Flächen in der
Regionalplanung



- (1) **Mindestziel** der
Flächenausweisung für alle
Planungsregionen (2 %)
- (2) Sicherstellung schneller
Umsetzung durch **Befristung
Altpläne**
- (3) Verbesserte **Planerhaltung**
- (4) **Befr. Fortgeltung Pläne** bei
„Kippen“ zur Vermeidung
Moratorien
- (5) **Keine Länderöffnungsklausel**
insbesondere wg. Unsicherheit
bis Umsetzung
- (6) Verzögerung/Änderung durch
Bauleitplanung nur in **engen
Grenzen**

IV. Ausblick, zur Diskussion

Aktuelle Fragestellungen / Zur Diskussion

- Bedeutung der Privilegierung der Windkraftnutzung (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB)?
 - Basis und Grundlage der Windkraftnutzung (ähnlich und auf Dauer vielleicht noch wichtiger als das EEG)

- Ist der Planungsvorbehalt (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) fachlich und rechtlich „praktikabel“ geregelt und ausgestaltet? (Stichwort Gleichgewicht)
 - Ja, mit Einschränkungen: Spielraum für Plangeber sollte von Rechtsprechung (oder Gesetzgeber) erweitert werden

- Wie kann sichergestellt werden, dass künftig zumindest 2 Prozent des Außenbereichs für die WEA-Nutzung zur Verfügung stehen

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!
Sprechen Sie mich bei Fragen auch gerne an.

RA Dr. Michael Rolshoven (rolshoven@mwp-berlin.de)

Weitere Ansprechpartner zum Thema bei MWP

RA Philipp v. Tettau (tettau@mwp-berlin.de)
RAin Marion Westphal-Hansen (westphal-hansen@mwp-berlin.de)
RAin Anja Purwins (purwins@mwp-berlin.de)