

# Windenergietage 2013

## „Wustermark-Entscheidung des BVerwG“ und nachfolgende Rechtsprechung

## Gründe für das Scheitern von Regional- und Flächennutzungsplänen

**Dr. Michael Rolshoven**

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Kanzlei Müller-Wrede & Partner

Leibnizstraße 53, 10629 Berlin

[www.mwp-berlin.de](http://www.mwp-berlin.de)

## **Dr. Michael Rolshoven**

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

Herr Dr. Rolshoven selbst berät seit 2001 zahlreiche EEG-Projektierungsunternehmen vornehmlich in Fragen des Anlagenzulassungsrechts, des Umweltrechts und des Bau- und Planungsrechts. Weiterer Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist das Erneuerbaren-Energien-Gesetz (EEG) sowie das Projekterwerbs- und Nutzungsvertragsrecht. Herr Dr. Rolshoven ist Mitglied des Juristischen Bereichs des BWE und u.a. auch im BWE-Arbeitskreis Naturschutz tätig (Mitglied des Sprecherkreises)

**E-Mail: [rolshoven@mwp-berlin.de](mailto:rolshoven@mwp-berlin.de)**

**[www.mwp-berlin.de](http://www.mwp-berlin.de)**

# Gliederung

- I. Rechtsgrundlage: **§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB**
- II. Eine immer detaillierte **Auslegung** durch die Rechtsprechung:  
Das „**Wustermark-Urteil**“ des **BVerwG** v. 13. Dezember 2012
  1. Sachverhalt:
  2. Vorinstanz: OVG Berlin-Brandenburg, Urт. v. 24. Febr. 2011- 2 A 24.09
  3. BVerwG, Urт. v. 13. Dez. 2012 - 4 CN 2.11
  4. Fazit: „Strenges Korsett“ für Plangeber!
- III. Detailfragen
  1. Übertragbar auf **Regionalplanung**?
  2. **Abgrenzungsfragen** von harten/ weichen Tabu-Kriterien?
  3. Wie erfolgt der Schritt von der Potentialfläche zur ausgewiesenen WKA-Konzentrationszone?
  4. Was heißt „**substantieller Raum**“ für WEA-Nutzung?
- IV. Zum **Stand der Regionalplanung** in einzelnen Bundesländern / Überblick
- V. Trend der **(aktuellen) Rechtsprechung**
- VI. Fazit und Diskussion

# I. Eine „knapp gefasste“ Rechtsgrundlage: § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB

- Im Jahr 1997 Einführung durch die damalige CDU/FDP-Regierung ...
  - einerseits: sog. Privilegierung der Windkraftnutzung  
**§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB** (früher: Nr. 6):

„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 Wasserenergie dient, [...]“



In „planähnlicher Weise“ dem Außenbereich zugewiesen (z.B. BVerwGE 68, 311), ähnlich wie B-Plan

- andererseits und zugleich: Einschränkung der Privilegierung durch sog. Plan(ungs)vorbehalt

### § 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.“ (Unterstreichung von uns)

- sog. Planungsvorbehalt (früher: Darstellungsprivileg)
- Zentrale Frage: Welche Anforderungen leiten sich aus dieser Vorschrift ab?

## **II. Eine immer detaillierte Ausformung durch die Rechtsprechung: Das „Wustermark-Urteil“ des BVerwG v. 13. Dezember 2012**

### **1. Sachverhalt:**

Der FNP der Gemeinde Wustermark stellte am nordwestlichen Rand des Gemeindegebiets vier Sonderbauflächen für WEA mit Ausschlusswirkung dar.

Die Grundstücke der Antragsteller, auf denen sie WEA errichten wollen, lagen in der Ausschlussfläche.

## 2. Vorinstanz: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24. Febr. 2011- 2 A 24.09

- hat FNP für unwirksam erklärt, denn: Bei der Aussonderung von Flächen, die für WEA gesperrt werden sollten, sei nicht differenziert worden zwischen ...
  - Flächen, auf denen die WEA aus rechtlichen/ tatsächlichen Gründen ausgeschlossen seien (**harte Tabuzonen**), und
  - Flächen, die nach den eigenen städtebaulichen Vorstellungen für die WEA-Nutzung von vornherein nicht zur Verfügung stehen sollen (**weiche Tabuzonen**).
- Deshalb habe der Gemeinderat eine **falsche Vorstellung von der Größe der Flächen gehabt habe, die der WEA zugänglich seien.**

### 3. BVerwG, Urt. vom 13. Dez. 2012 - 4 CN 2.11

... bestätigt die Vorinstanz:

- Bei Ausweisung von Wind-Konzentrationszonen ist **zwingend** zwischen harten und weichen Tabuzonen zu unterscheiden.
- Begründung: Im Gegensatz zu harten Tabuzonen, die aus Rechtsgründen nicht als Flächen für die Windenergienutzung dargestellt werden dürfen, **sind nur weiche Tabuzonen für die Abwägung offen.** Werden sie nicht von den harten Tabuzonen abgegrenzt, erweist sich der Abwägungsvorgang schon deshalb als fehlerhaft.

„Während harte Tabuzonen kraft Gesetzes als Konzentrationsflächen für die Windenergienutzung ausscheiden, muss der Plangeber eine Entscheidung für weiche Tabuzonen rechtfertigen.“ (BVerwG, a.a.O., Unterstreichung von uns)



## 4. Fazit: „Strenges Korsett“ für Plangeber!

Ein FNP hat nur dann Ausschlusswirkungen i.S. von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, wenn ...

- a) zunächst „harte Tabuzonen“ herausgefiltert werden,
  - b) sodann „weiche Tabuzonen“ nach abstrakten Kriterien ermittelt werden, diese einheitlich angewandt und dokumentiert werden
  - c) drittens aus verbleibenden Flächen (sog. Potentailflächen) die Wind-Konzentrationen ermittelt werden.
  - d) viertens bleibt zu klären, ob WEA in substantieller Weise Raum verschafft wird:
- ⇒ Die Reihenfolge ist zwingend

### III. Detailfragen

#### 1. Gilt all dies auch für die Regionalplanung?

- „Wustermark-Urteil“ betrifft die allgemeine Auslegung von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Es dürfte deshalb auf Regionalpläne mit Ausschlusswirkung übertragbar sein.
- Folge: Auch jeder Regionalplan muss „harte“ und „weiche“ Tabuzonen unterscheiden und dies dokumentieren.



**BVerwG-Urteil hat Auswirkungen für etliche Flächennutzungs- und Regionalpläne.**

So: BVerwG, Urt. v. 11. April 2013 - 4 CN 2.12 (OVG Bautzen)

## 2. Was fällt unter harte, was unter weiche Tabu-Kriterien? – Streitig!


### a) Harte Tabu-Kriterien – vieles umstritten

- Siedlungsbereiche
- Naturschutzgebiet; Nationalpark
- Umkreis von ca. 400 m zu Siedlungsgebieten (Rücksichtnahmegebot „erdrückende Wirkung“), a.A. wohl OVG Münster, Urt. v. 1. Juli 2013
- Landschaftsschutzgebiete, einschränkend OVG Münster a.a.O.
- Vogelschutzgebiete?
- FFH-Gebiete (OVG BlnBbg, Urt. v. 24. Febr. 2011- 2 A 24.09 -Wustermark-)
- geschützte Waldgebiete (Bodenschutzwälder, Erholungswald)? (vgl. OVG Münster, a.a.O., anders: Brandenburg!
- Flächen, in denen ArtenschutzR entgegensteht (Wustermark versus OVG Münster, a.a.O.)

## b) Weiche Tabu-Kriterien – hier ist vieles möglich

- „Schutzabstände“ zu Naturschutzgebieten, Landschaftsschutzgebieten, Siedlungsgebiete (jenseits der 500 m)
- Abstand zu Richtfunkstrecken (50 m, so NRW-WEA-Erlass)
- Abstand zu Freileitungen ab 30 kV (dreifacher Rotordurchmesser?)
- Abstand zu Bundes- und Landstraßen (Baubeschränkungszone)
- Abstand zu Radaranlagen?
- ...

## c) Fazit: Abgrenzungsfragen offen

- Siehe dazu sog. Wustermark-Entscheidung (OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24. Febr. 2011 - 2 A 2.09; **bestätigt** durch BVerwG, Urt. v. 13. Dez. 2012 -4 CN 2.11): Grenzen können fließend sein
-  **Zu empfehlen: OVG Münster, Urt. v. 1. Juli 2013: im Zweifel nur „weiches Kriterium“ und abwägen!**

### 3. Wie erfolgt der Schritt von der Potentialfläche zur ausgewiesenen WKA-Konzentrationszone?

Antwort des Gerichts:

„Die Potenzialflächen, die nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen übrig bleiben, sind in einem weiteren Arbeitsschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d. h. die öffentlichen Belange, die gegen die Ausweisung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht wird“ (BVerwG, a.a.O.)

- Details nicht geklärt: wohl erneut muss nach einheitlichen, zu dokumentierenden Kriterien eine Ausscheidung erfolgen (weniger streng: OVG Greifswald, , Urt. v. 03.04.2013 -4 K 24/11)

## 4. Was heißt „substantieller Raum“ für WEA-Nutzung?

OVG Berlin-Brandenburg, a.a.O.:

„Als Ergebnis der Abwägung muss der Windenergie in substantieller Weise Raum geschaffen werden. ... Die demnach im letzten Arbeitsschritt erforderliche Prüfung, ob der Plan ein hinreichendes Flächenpotenzial für die Windenergienutzung gewährleistet und der Windenergie damit „substantiell“ Raum verschafft, setzt die Ermittlung und Bewertung des Größenverhältnisses zwischen der Gesamtfläche der im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationszonen und derjenigen Potenzialflächen voraus, die sich nach Abzug der „harten“ Tabuzonen ergeben

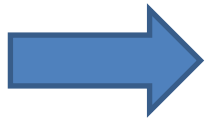
BVerwG: so zulässig, aber auch andere Bewertung möglich (!?)

## IV. Zum Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern / Überblick

- Bundesländer, die von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Gebrauch machen:
  - **Brandenburg** (teils immer noch in Aufstellung: Havelland-Fläming, Lausitz-Spreewald; teils in Kraft und in Fortschreibung)
  - **Sachsen-Anhalt** (Erstaufstellung nach mehreren vergeblichen Anläufen weithin abgeschlossen und von OVG „gehalten“)
  - **Niedersachsen** (divergiert von Kreis zu Kreis: vgl. zuletzt LK Harburg, OVG Lüneburg, Urteil vom 12.12.2012 - 12 KN 311/10 oder Urt. v. 31. März 2011 – 12 KN 187/08 [LK Leer])
  - **Schleswig-Holstein** (Fortschreibungen seit 17. Dez. 2012 in Kraft) , alle angegriffen
  - **Mecklenburg-Vorpommern** (Fortschreibungen in Kraft getreten)
  - **Hessen** (für unwirksam erklärt: VGH Kassel, Urt. v. 17. März 2011 - 4 C 883/10; Urt. v. 10 Mai 2012 - 4 C 841/11; seither erneut in Erstaufstellung)
  - **Bayern** (teils in Aufstellung, vgl. VG Augsburg, B. v. 02.08.2013 4 S 13.909)
  - **Nordrhein-Westphalen** (nur vereinzelt, Regierungsbezirk Münster)

- Kein Gebrauch vom Planvorbehalt machen:
  - aktuell: Baden-Württemberg und das Saarland, zuvor schon teilweise Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen

(siehe Landesplanungsg B-W, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Mai 2012, GBl. 285; so auch im Saarland, VO über die 1. Änd. des Landesentwicklungsplans, Teilabschnitt Umwelt betreffend die Aufhebung der landesplanerischen Ausschlusswirkung der Vorranggebiete für Windenergie vom 27. Sept. 2011 - Abl. 2011, 342)



Fazit: BVerwG-Wustermark betrifft aktuell weiterhin die Mehrzahl der Bundesländer



## V. Trend der Rechtsprechung

a) Aktuelle Rechtsprechungsbeispiele zeigen, dass der FNP mit Ausschlusswirkung und Regionalpläne (RP) mit Eignungsgebieten diesen Anforderungen vielfach nicht standhalten:

- **RhPf.:** OVG Koblenz, Urt. v. 16.05.2013 - 1 C 11003/12.OVG (FNP-Simmern)
- **NRW:** OVG Münster, Urt. v. 01.07.2013 - 2 D 46/12.NE (FNP-Büden)
- **Sachsen:** BVerwG, Urt. v. 11. April 2013 - 4 CN 2.12 (**RP-West Sachsen**)
- **Nds.:** OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.07.2013 - 12 MN 301/12, Urt. v. 17.10.2013 - 12 KN 277/11(RP), anders noch: OVG Lüneburg, Urt. v. 12.12.2012 - 12 KN 311/10 (RP-Harburg)
- **Hessen:** VGH Kassel, Urt. v. 10.05.2012 – 4 C 841/11 (RP-Südhessen)

b) Anders aber:

- **Meck-Vorp.** OVG **Greifswald**, Urt. v. 03.04.2013 -4 K 24/11 (RP-Vorpommern)

c) Offen und anhängig: **SH** / OVG **Schleswig** und Thüringen / OVG **Weimar** ...

## Zusammenfassung:

- BVerwG, Urt. v. 13.12.2013 (Wustermark) setzt strenge Vorgaben („enges Korsett“)
  - Harte und weiche Kriterien sind zu bilden und zu unterscheiden (nur bei weichen Kriterien ist „abzuwägen“!)
  - Einheitliche Anwendung der Tabukriterien (kein Spielraum etwa der Kommune bei FNP, OVG Koblenz, a.a.O.)
  - Erarbeitung von Potentialfläche zum WEA-Gebiet nach einheitlichen Kriterien
  - Nachvollziehbarkeit, Dokumentation
  - WEA-Nutzungs substantiell Raum verschafft?
- Viele FNP und Reg-Pläne halten dem nicht stand (vgl. oben)

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

RA Dr. Michael Rolshoven	( <a href="mailto:rolshoven@mwp-berlin.de">rolshoven@mwp-berlin.de</a> )
Philipp v. Tettau	( <a href="mailto:tettau@mwp-berlin.de">tettau@mwp-berlin.de</a> )
Marion Westphal-Hansen	(westphal-hansen@mwp-berlin.de)

Kanzlei Müller-Wrede & Partner  
Leibnizstraße 53, 10629 Berlin  
[www.mwp-berlin.de](http://www.mwp-berlin.de)