

24. Windenergietage

12. bis 13. November 2014 in Potsdam

Wind-Ausschlussplanung in FNP und Regionalplan alle unwirksam?

- Rechtsprechung, Praxisbeispiele und Folg(erung)en
für Windplaner -**

Dr. Michael Rolshoven,

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Kanzlei Müller-Wrede & Partner - Rechtsanwälte

Leibnizstraße 53, 10629 Berlin

030 399 250 0



© Thomas Rosenthal

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 15 Jahren derzeit mit sieben Anwaltskollegen auf alle Rechtsfragen der Projektentwicklung und -veräußerung im Bereich der Erneuerbaren Energien spezialisiert.

Herr Dr. Rolshoven berät seit über 10 Jahren 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**

Gliederung

- I. Rechtsgrundlagen der Ausschlussplanung
- II. Rechtsprechung
- III. Folgeprobleme und Ausschlussplanungen
- IV. Frage: Sind damit alle [älteren] Ausschlussplanungen unwirksam?
- V. Fazit; Praxisempfehlungen/ -hinweise

I. Rechtsgrundlagen der Ausschlussplanung

- 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,

[...]

(Herv. von uns)

- andererseits und zugleich: Einschränkung der Privilegierung durch sog. Planvorbehalt

§ 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.“

(Absätze und Herv. v. uns)

System der planungsrechtlichen Zulässigkeit:

- **Eigentlich:** der Außenbereich ist von jeder Bebauung freizuhalten
- **Ausnahme:** nur Privilegierte Bauvorhaben zulässig, so auch WEA (§ 35 Abs. 1 BauGB)
- **Rück-Ausnahme:**
trotz Privilegierung sind WEA planungsrechtlich unzulässig, wenn FNP oder Regionalplan Festsetzungen an anderer Stelle trifft (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) >> **sog. Planungsvorbehalt**
- **Privilegierung** ist – neben dem EEG – maßgebliches „Standbein“ des WEA-Ausbaus
- Rechtsgrundlage für etwaige **Einschränkungen der Privilegierung** ist äußerst knapp, nur § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB (s.o.)

II. Rechtsprechung

- Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat Auslegungsgrundsätze entwickelt, die jeder Regionalplan / jeder FNP einhalten muss, um Ausschlusswirkung zu entfalten
- Zusammenfassend: **„Wustermark-Entscheidung, Urt. v. 13. Dez. 2012**
- 4 CN 1.11, BVerwGE 145, 231

zuvor BVerwG, Beschl. v. 15. Sept. 2009 - 4 BN 25.09); BVerwG, Urt. v. 11. April 2013 – 4 CN 2.12 (Regionalplan)

Danach sind zwei „Arbeitsschritte“ einzuhalten:

a) „erster Arbeitsschritt“

- „**harte Tabuzonen**“: Flächen, „die für die Windenergienutzung schlechthin ungeeignet sind“.
- „**weichte Tabuzonen**“: „ in denen nach dem Willen [des Plangebers] aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von WEA von vornherein ausgeschlossen werden soll“

b) „weiterer Arbeitsschritt“

- „die **Potentialflächen**, die nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen übrig bleiben, sind in einem weiteren Arbeitsschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen“



zentrale Aussage der „Wustermark-Entscheidung“:
dieses Arbeitsschema ist **zwingend** einzuhalten

III. Folgeprobleme für Ausschlussplanungen (FNP / RegPlan)

- **Abgrenzung** von harten und weichen Kriterien?
 - ➔ im Zweifel sollte der Plangeber von weichen Kriterien ausgehen (OVG Münster, Urt. v. 1. Juli 2013 – 2 D 46/12)

- BVerwG: Plangeber muss sich „den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen **bewusst machen** und **dokumentieren**“.
 - ➔ Dokumentation vielfach unzureichend / fehlende Nachvollziehbarkeit

- BVerwG: Tabuzonen anhand „**einheitlicher** Kriterien ermittelt[en]“
 - ➔ geringer Spielraum von Plangeber vielfach übersehen (OVG Koblenz, Urt. v. 16. Mai 2013 – 1 C 11003/12)

- : Wie erfolgt der (zweite, vgl. oben)) Abwägungsschritt von den Potentialflächen zu den verbleibenden „Konzentrationsflächen“?
 - ➔ bisher kaum Rechtsprechung
 - ➔ Empfehlung: Punktesystem, detaillierte Bewertung

- Umgang mit **FFH- und Vogelschutzgebieten**?
 - ➔ OVG Lüneburg, Urt. v. 17. Oktober 2013 – 12 KN 277/11; Leitsätze:

„... 2. Für die gemäß § 7 Abs. 6 ROG und Art. 6 Abs. 3 der FFH Richtlinie erforderliche Prüfung der FFH Verträglichkeit **reicht es nicht aus**, bei der Aufstellung des Regionalen Raumordnungsprogramms mit Blick auf die Beeinträchtigung von Natura 2000 Gebieten **problematische Gebiete zu benennen** und die weitere Prüfung nachfolgender Planung oder dem Genehmigungsverfahren vorzubehalten. (amtlicher Leitsatz)

3. Auch die **Austauschbeziehungen** zwischen verschiedenen FFH Gebieten können dem Schutzregime des Gebietsschutzes unterfallen (wie BVerwG, Urt. v. 14.4.2010 9 A 5.08). ...“

- Umgang mit artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen (§ 44 BNatSchG)?
 - ➔ OVG Münster, Urt. v. 1. Juli 2013, a.a.O.: im Zweifel Ausnahme und Befreiung prüfen
 - ➔ erste WEA-Genehmigungen mit Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erteilt (Praxisbeispiele aus Bbg., Bayern)

- Vorgaben der Landesplanung (Hessen; OVG Bln-Bbg, Urt. v. 16. Juni 2014 – 10 A 8.10: LEP Berlin-Brandenburg unwirksam)

IV. Zentrale Frage: Sind damit alle [bisherigen] Ausschlussplanungen unwirksam?

- Auszug aus OVG Lüneburg, Urt. v. 14. Mai 2014 – 12 KN 29/13 (Cuxhaven):

„Soweit der Antragsgegner seine Planung damit verteidigt, dass die Ausweisung der Windkraftvorranggebiete auf der Grundlage eines schlüssigen Gesamtkonzepts erfolgt sei, welches bereits der Erstellung des sachlichen Teilabschnitts Windenergie im Jahr 2004 zugrunde gelegen und **seinerzeit oberverwaltungsgerichtlicher Prüfung standgehalten habe**, ist Letzteres zwar richtig (Urt. v. 26.3.2009 - 12 KN 11/07 -, NuR 2010, 125). Er übersieht dabei jedoch, dass auch der Senat **seither der weiter entwickelten Rechtsprechung** des Bundesverwaltungsgerichts folgend **strengere Anforderungen** an die Standortsuche und deren Dokumentation stellt.“

- Zum Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern
- **Schleswig-Holstein** (Fortschreibungen seit 17. Dez. 2012 in Kraft); alle fünf Regionalpläne durch Normenkontrolle angegriffen, Entscheidungen für Januar angekündigt
 - **Mecklenburg-Vorpommern** (Fortschreibungen in Kraft getreten; OVG Greifswald, Urt. v. 3. April 2013 – 4 K 24/11: RROP-Vorpommern wirksam); erneute Fortschreibungen zurzeit in Aufstellung
 - **Niedersachsen** (divergiert von LK zu LK: vgl. etwa zu LK Cuxhaven, OVG Lüneburg, Urt. v. 14. Mai 2014 – 12 KN 29/13 [bestätigt BVerwG, Urt. v. 20. Aug. 2014 – 4 BN 23.14]; Heidekreis, OVG Lüneburg, Urt. v. 17. Okt. 2013 - 12 KN 277/11 [bestätigt BVerwG, Urt. v. 30. Juli 2014 – 4 BN 1.14]; Emsland: OVG Lüneburg, Urt. v. 28. Aug. 2013 - 12 KN 22/10 und 12 KN 146/12); LK Harburg, OVG Lüneburg, Urt. v. 12.12.2012 - 12 KN 311/10; LK Leer, Urt. v. 31. März 2011 - 12 KN 187/08;

Region Hannover und aktuelle Praxis; Fortschreibungen z. B. LK Stade

- **Brandenburg** (teils immer noch in Erst-Aufstellung: Havelland-Fläming, Lausitz-Spreewald; teils in Kraft und in Fortschreibung: Uckermark-Barnim, Lausitz-Spreewald) >> Aktuell: LEP BlnBbg unwirksam nach OVG BlnBbg 16. Juni 2014 – 10 A 8. 10
- **Sachsen-Anhalt** (Erstaufstellung nach mehreren vergeblichen Anläufen weithin abgeschlossen und von OVG „gehalten“)
- **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); [LEP Hessen durch Normenkontrolle angegriffen, Entscheidung steht aus]
- **Bayern** (teils in Aufstellung); [nach Länderöffnungsklausel Neuanfang?]
- **Thüringen** (teil fortgeschrieben, teils in Erstaufstellung); aktuell Ostthüringen unwirksam: OVG Weimar, Urt. v. 8. April 2014 - 1 N 676/12 (Entscheidung für Mittelthüringen für Jahreswechsel angekündigt)
- **Nordrhein-Westfalen** (nur vereinzelt, Regierungsbezirk Münster)

- **Wie kann man Wirksamkeit von „Alt-Plänen“ (FNP / RegPlan) klären?**
- Normenkontrolle beim zuständigen Oberverwaltungsgericht?
Problem: Jahresfrist nach § 47 Abs. 2 VwGO meist abgelaufen
 - Aktuelle Beispiele: Plangeber erklärt selbst den Regionalplan / Flächennutzungsplan für unwirksam (Bsp. Niedersachsen)
 - Genehmigungsantrag: im Falle der Ablehnung wegen Ausschlussplanung nach FNP / Reg-Plan folgt gerichtliche Prüfung („Inzident-Kontrolle“)
 - Vorbescheidsantrag: z.B. regionalplanerischer Vorbescheid mit Beschränkung auf etwaig entgegenstehende Belange der Raumordnung (zulässig: OVG Koblenz, Beschl. v. 21. März 2014 – 8 B 10130/14)

➤ Im Fokus: die Vorschriften zur sog. Planerhaltung

- § 12 ROG regelt sog. Planerhaltung für Regionalplan, Auszug:

(5) Unbeachtlich werden

1. eine nach Absatz 1 Nr. 1 und 2 beachtliche Verletzung der dort bezeichneten Verfahrens- und Formvorschriften,
2. eine unter Berücksichtigung von Absatz 2 beachtliche Verletzung des § 8 Abs. 2 Satz 1,
3. nach Absatz 3 beachtliche Mängel des Abwägungsvorgangs,
4. eine nach Absatz 4 beachtliche Verletzung der Vorschriften über die Umweltprüfung, wenn sie nicht **innerhalb eines Jahres seit Bekanntmachung** des Raumordnungsplans **gegenüber der zuständigen Stelle unter Darlegung des die Verletzung begründenden Sachverhalts geltend gemacht worden sind**. Bei Inkraftsetzung des Raumordnungsplans ist auf die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Verletzung von Vorschriften sowie auf die Rechtsfolgen hinzuweisen.

- (6) Der Raumordnungsplan kann durch ein ergänzendes Verfahren zur Behebung von Fehlern auch **rückwirkend** in Kraft gesetzt werden. (Herv. v. uns)

⇒ gilt erst seit 2010; vormaliges LandesR kannte solche Regelungen oft nicht!

- Für Ausschlussplanung nach FNP gelten §§ 214 ff. BauGB:
 - Form- und Verfahrensfehler meist unbeachtlich (z. B. frühe erste Bürgerbeteiligung)
 -
 - Relativ neu: Fehler des Abwägungsvorgangs können nur binnen Ein-Jahresfrist gerügt werden (vormals: 7-Jahres-Frist bzw. 2-Jahres-Frist)
 -
 - Besonders gravierende Fehler, sog. „Ewigkeitsfehler“, können auch nach Jahren noch erfolgreich geltend gemacht werden (VG Minden, Urt. v. 15. 11. 2012 – 11 K 233/12)

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

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

weitere Ansprechpartner:

RA Philipp v. Tettau (tettau@mwp-berlin.de)

RAin Marion Westphal-Hansen (westphal-hansen@mwp-berlin.de)