

24. Windenergietage im Van der Valk Resort Linstow
Forum 9 / Orangerie - Bürgerbeteiligung, Recht, Steuer und Versicherung
11. November 2015, 16:15 Uhr

Wind-Ausschlussplanung in Regionalplänen im bundesweiten Fokus

- Sachstand in den einzelnen Bundesländern,
aktuelle Rechtsprechung und
Stand der (politischen) Diskussion –

Dr. Michael Rolshoven
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Kanzlei Müller-Wrede & Partner - Rechtsanwälte
Leibnizstraße 53, 10629 Berlin
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 rund 15 Jahren, mit derweil sieben Anwatskolleginnen und -kollegen, auf alle Rechtsfragen zu Erneuerbaren Energien spezialisiert.

Herr Dr. Rolshoven berät seit 15 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



© Thomas Rosenthal

Gliederung

- I. Einführung / Entwicklung der Rechtsprechung
- II. Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern
- III. „Moratoriums-Gesetz“ in Schleswig-Holstein; aktuelle Fragen
- IV. Länderöffnungsklausel und sog. 10-H-Reglung; Sachstand
- V. Zur aktuellen Diskussion

I. Einführung / Entwicklung und Stand der Rechtsprechung

1. Ausgangspunkt

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

„Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn ... es [...] 5. der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dient, [...]

I. Einführung / Entwicklung und Stand der Rechtsprechung

- **Andererseits** und zugleich: Einschränkung der Privilegierung durch die Möglichkeit der Ausschlussplanung gem. **§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB** (sog. Plan[ungs]vorbehalt; Darstellungsprivileg)

„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.“

- Mehr steht nicht im Gesetz; alles andere hat die Rechtsprechung entwickelt
...

I. Einführung / Entwicklung und Stand der Rechtsprechung

2. Entwicklung der Rechtsprechung zu § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB

➤ Zentrale Entscheidungen / Überblick

- **BVerwG**, Urteil v. **17. Dezember 2002** - 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 (FNP)
- **BVerwG**, Urteil v. **13. März 2003** - 4 C 4.02 und 4 C 3.04, BVerwGE 118, 33 (Reg-Plan)
- BVerwG, Urteil v. 21. Oktober 2004 - BVerwG 4 C 2.04, BVerwGE 122, 109
- **BVerwG**, Urteil v. **24. Januar 2008** - 4 CN 2.07 (prinzipale Normenkontrolle)
- BVerwG, Beschluss v. 15. September 2009 - BVerwG 4 BN 25.09, BRS 74 Nr. 112 (harte und weiche Tabuzonen)
- **BVerwG**, Urteil v. **13. Dezember 2012** - BVerwG 4 CN 1.11, BVerwGE 145, 231 (FNP-Wustermark)
- BVerwG, Urteil v. 11. April 2013 - 4 CN 2.12 (Reg-Plan Westsachsen)

I. Einführung / Entwicklung und Stand der Rechtsprechung

➤ Zentrale Aussagen des BVerwG zuletzt („Wustermark“):

Jede Ausschlussplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB in FNP oder Regionalplan ...

- *muss* zwischen **harten und weichen Tabukriterien** unterscheiden,
 - *muss* Tabukriterien **einheitlich** anwenden und nachvollziehbar **dokumentieren**;
 - von verbleibenden Potentialflächen muss für WEA „**substanziell Raum**“ verbleiben
- ⇒ BVerwG hält seit „Wustermark“ an **zwingender** Unterscheidung von harten und weichen Tabukriterien uneingeschränkt fest, z. B. BVerwG, Beschluss v. 09. Februar 2015 - 4 BN 20.15 (Reg-Plan Ostthüringen)

II. Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern



1. Vorab: Derweil **kein Gebrauch** vom Planvorbehalt machen:

- BADEN-WÜRTTEMBERG
- SAARLAND
- RHEINLAND-PFALZ
- NORDRHEIN-WESTPHALEN (Ausnahme: Münsterland)
- BERLIN
- ...

Siehe z. B. für Baden-Württemberg: Landesplanungsg B-W, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Mai 2012, GBl. 285; siehe für das Saarland, VO über die 1. Änderung des Landesentwicklungsplans, Teilabschnitt Umwelt betreffend die Aufhebung der landesplanerischen Ausschlusswirkung der Vorranggebiete für Windenergie vom 27. September 2011 - Abl. 2011, 342

II. Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern

2. Länder, die an der **Ausschlussplanung** (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) festhalten:

- **SCHLESWIG-HOLSTEIN**

- **Altpläne, Fortschreibungen** vom 17. Dezember **2012**
- Alle **fünf Regionalpläne** durch **Normenkontrolle** angegriffen (ca. 40 Normenkontrollen anhängig)
- Erste (11) Urteile des **OVG Schleswig** vom **20. Januar 2015** zu Teilraum I (Süd) und Teilraum III (Mitte) ergangen
 - Reg-Pläne **unwirksam**, u. a. da (a) nur „Eignungsgebiete“ mit Vorbehalten (Denkmalschutz; Artenschutz) festgelegt; (b) keine Unterscheidung von harten und weichen Tabukriterien **schon auf LEP-Ebene**; (c) „**Gemeindewille**“ als hartes Kriterium gewertet; (d) Verfahrensfehler
 - Neuer Aspekt: **schon LEP sei unwirksam**, da dort keine Abwägung zu Tabukriterien
- Reaktion des Landesgesetzgebers: „**Moratoriums-Gesetz**“; s. u.

II. Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern

• MECKLENBURG-VORPOMMERN

- Vier Fortschreibungen in Kraft getreten
- Zunächst noch: OVG Greifswald, Urteil v. 03. April **2013** - 4 K 24/11: RREP-Vorpommern **wirksam** - aktueller aber dann:
 - **OVG Greifswald, Urteil v. 10. März 2015** - 3 K 25/11 (RREP VP nur **teilunwirksam** - [Sonderlandeplatz Schmoldow])
 - **seltsam**: Parallelverfahren, OVG Greifswald; Urteil v. 10. März 2015 - 3 K 27/11 erklärte RREP VP 2010 zunächst für **insgesamt unwirksam**. Indes: Vor Veröffentlichung der Entscheidungsgründe **Rücknahme (OVG Greifswald, Beschluss v. 7. April 2015: Urteil unwirksam, Folge!?)**
- ⇒ Folge: RREP **nicht** (offiziell) **allgemeinverbindlich** unwirksam
- **OVG Greifswald, Urteil v. 19. Mai 2015** - 3 K 44/11: RREP Westmecklenburg vom 31. August 2011 ebenfalls nur **teilunwirksam** (bezogen auf Eignungsgebiet Groß Krams).
- Derzeit erneute Fortschreibungen in Aufstellung; Stichwort: BürgerbeteiligungsG (Vortrag am Nachmittag)

II. Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern

- **NIEDERSACHSEN**

OVG Lüneburg, Urteil v. 14. Mai 2014 (**Cuxhaven**), a. a. O.:

„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 (Urteil 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.“ (Herv. v. uns)

[bestätigt von BVerwG, Urteil v. 20. August 2014 - 4 BN 23.14]

II. Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern

- Rechtsprechungs-Bsp. zu Niedersachsen
 - **LK Heidekreis**, OVG Lüneburg, Urteil v. 17. Oktober 2013 - 12 KN 277/11 (teilunwirksam) [bestätigt BVerwG, Urteil v. 30. Juli 2014 - 4 BN 1.14]
 - **LK Emsland**: OVG Lüneburg, Urteil v. 28. August 2013 - 12 KN 22/10 und 12 KN 146/12 (unwirksam)
 - **LK Harburg**, OVG Lüneburg, Urteil v. 12. Dezember 2012 - 12 KN 311/10 (soll **wirksam** sein, **fraglich!**, s. o.)
 - **LK Leer**, Urteil v. 31. März 2011 - 12 KN 187/08 (unwirksam)
 - **Region Hannover**, Urteil v. 3. Dez. 2014 - 12 LC 30/12 (DVOR Leine), s. o.

II. Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern

• BRANDENBURG

- Teils seit den 1990er **in Erst-Aufstellung:**
 - a) **Lausitz-Spreewald** (erneut ausgelegt im Juli / August 2015)
 - b) **Havelland-Fläming** (aber: **seit 30. Oktober 2015 in Kraft**),
 - Teils seit Jahren **in Fortschreibung:**
 - a) **Uckermark-Barnim** (erneute Auslegung im Sommer 2015),
 - b) **Oderland-Spree;**
 - c) insbes. **Prignitz-Oberhavel: VG Potsdam**, Urteile v. 27. Nov. 2014 - 5 K 2378/13 u.a. erklärt Regionalplan **inzident** für **unwirksam** (nicht rechtskräftig); Neuauslegung im Herbst 2015
- ⇒ Zudem: **LEP BB unwirksam**; OVG BlnBbg, Urteil v. 16. Juni 2014 - 10 A 8. 10; sodann: **LEP BB Anfang Juni 2015 erneut in Kraft gesetzt**, und erneut angegriffen, Pressestelle: Eilentscheidung nicht mehr in 2015
- ⇒ Viel diskutiert: **VG Cottbus, Urteil v. 5. März 2015 - 4 K 374/13: LEP sei nicht heilbar**; Folge: Entwurf Lausitz-Spreewald sei zu überarbeiten ... (nicht rechtskräftig); ebenso: VG Potsdam, Urt. v. 11. Sep. 2015 - 4 K 2981/13

II. Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern

• SACHSEN-ANHALT

- **2004: Unwirksamkeit festgestellt:** OVG Magdeburg, Urteil v. 11. November 2004 - 2 K 144/01
- **2007: Neue Entwürfe erneut fehlerhaft:** OVG Magdeburg, Urteil v. 20. April 2007 - 2 L 110/04
- **2009 f.:** Erstaufstellung nach mehreren vergeblichen Anläufen (weithin) abgeschlossen und sodann von OVG „**gehalten**“ (z. B: OVG Magdeburg, Urteil v. 30. Juli 2009 - 2 L 183/07: wirksam)
- Teils in Fortschreibung
- Aktuell: OVG Magdeburg hat Regionalplan Magdeburg **zur erneuten Prüfung beigezogen** (OVG Magdeburg, 2 L 1 /13; Entscheidung folgt noch in diesem Jahr ...)

II. Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern

• HESSEN

- Erst seit 2009 mit Ausschussplanung begonnen
- Sodann: für **unwirksam** erklärt: VGH Kassel, Urteil v. 17. März 2011 - 4 C 883/10 (Nordhessen); Urteil v. 10. Mai 2012 - 4 C 841/11 (Mittelhessen)
- Seither erneut in **Erstaufstellung**, auch hier zäh und langsam ...
- Hier: **LEP Hessen wirksam** (VGH Kassel, Urteil v. 23. Sept. 2015 - 4 C 358/14)
- Aktuelle Frage: WEA in **Vogelschutzgebieten** / SPA: Nordhessen versus Mittelhessen!?

II. Stand der Regionalplanung in einzelnen Bundesländern

• THÜRINGEN

- Teils wirksam fortgeschrieben (**Nordthüringen**), teils in Erstaufstellung
- **Ostthüringen unwirksam**: OVG Weimar, Urteil v. 8. April 2014 - 1 N 676/12 (rechtskräftig)
- **Aktuell: Mittelthüringen unwirksam**: OVG Weimar, Urteil v. 27. Mai 2015 - 1 N 318/12 (rechtskräftig, BVerwG, Beschl. v. 10. Sept. 2015 - 4 BN 35.15)
- Neuaufstellung für Winter 2015/16 angekündigt, Termine unklar

III. „Moratoriumsgesetz“ in Schleswig-Holstein; zur aktuellen Diskussion

- Anlass: Scheitern der Regionalfortschreibungen vor OVG Schleswig (Urteil v. 20. Januar 2015, s. o.) - Neuplanung sei erforderlich
- Schutz dieser Neuplanung wäre durch **einzelfallbezogene befristete Untersagungen** möglich gewesen (§ 6 ROG)
- indes: SH geht „**neuen Weg**“ durch eiligste Änderung des Landesplanungsgesetzes („WEPS“ - LT-Drs. 18/2983):
 - Anordnung der Einleitung neuer Planung unverzüglich nach Inkrafttreten
 - **Anordnung genereller Unzulässigkeit von WEA im gesamten Landesgebiet bis 5. Juni 2017**
 - Zusätzliche Möglichkeit, künftig in bestimmten Planungsräumen allgemein (nicht nur einzelfallbezogen) Planungen für **zwei Jahre** zu untersagen, **ein Jahr Verlängerung** möglich
 - Inkrafttreten: bereits am 5. Juni 2015

III. „Moratoriums-Gesetz“ in Schleswig-Holstein; zur aktuellen Diskussion

- **Ausnahmen** im Einzelfall oder für räumlich abgegrenzte Gebiete des Planungsraums möglich; soll angeblich großzügig gehandhabt werden anhand eines umfassenden Kriterienkatalogs harter / weicher Tabukriterien

➤ **Bewertung**

- Neu ist **generelle** Unzulässigkeit von WEA zum Schutz einer Planung; **anstatt einzelfallbezogene** Untersagung nach ROG
- U. E. ist Änderung Eingriff in bundesrechtliches System aus Privilegierung / Plansicherungsinstrumenten ⇒ damit evtl. **Verstoß gegen Vorrang des Bundesrechts**
- Problem: **Kein effektiver, insbesondere schneller Rechtsschutz** gegen das Gesetz möglich
- **Keine Übergangsregelungen**, also besonders hart für laufende oder kurz bevorstehende Genehmigungsverfahren
- Ganz neu: **Runderlass des MinPräs v. 23. Juni 2015: künftig Vorranggebiete, Bürgerwille wird erneut betont ...**
- Bisher: wenig mehr als zehn Ausnahmen erteilt, „Moratoriums-Schaden“ ist immens! - Verfassungsbeschwerden angekündigt

IV. Länderöffnungsklausel und sog. 10-H-Reglung; Sachstand

- **Bayern:** Neuer Art. 81 Abs. 1 BayBO gem. LT-Drs. 17/4198:

„(1) § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB findet auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung, wenn diese Vorhaben einen Mindestabstand vom 10-fachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB), innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (§ 34 BauGB) - sofern in diesen Gebieten Wohngebäude nicht nur ausnahmsweise zulässig sind - und im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB einhalten.“

 Verfassungsbeschwerde anhängig, noch keine Entscheidung

IV. Länderöffnungsklausel und sog. 10-H-Reglung; Sachstand

- **M-V:** Starke BI-Aktivitäten zur Einführung von „10 H“, aber Landesregierung verweist auf Gebot der Rücksichtnahme als ausreichendes Korrektiv
- **Bbg:** Verschiedene Parteien (u. a. stärkere Aktivitäten der AfD), Kreistage und eine Regionale Planungsgemeinschaft verlang(t)en teils Einführung; Landesregierung lehnt sie ab
- **Sachs.-Anh und Thüringen:** Ebenfalls v. a. Aktivitäten u. a. der AfD, offenbar aber keine Erfolgsaussichten
- **Hessen:** Wohl wie M-V
- **NRW und Nds.:** Einführung 10 H jeweils im Landtag diskutiert, insbes. auf Betreiben der FDP, bisher ohne Erfolg
- **Sachsen:** Laut Koalitionsvertrag (S. 42) gilt:

„Starre Mindestabstandsregelungen für die Errichtung von Windkraftanlagen lehnen wir ab.“

V. Zur aktuellen Diskussion

- „teilunwirksame“ Pläne vielfach insgesamt unwirksam; auch „Altpläne“ auf dem Prüfstand (Schleswig-Holstein, Thüringen, LSA, Bbg.)
- Inzidentprüfung von „Altplänen“ nach Klage auf WEA-Genehmigung / Vorbescheid möglich (OVG Magdeburg, VG Potsdam, a. a. O.)
- These: Regionalplanung mit Ausschlusswirkung unmöglich? - Nein!
Regionalplan machbar nach Blaupause der BVerwG-Rsp. 2009/2012 (s. o.)
- **Neues Problemfeld: LEPE** müssen überarbeitet werden (Brandenburg, Schleswig-Holstein, Hessen):
- Entwicklungen / Zur Diskussion / Lösungsansätze
 - **Teils „Modell Baden-Württemberg“** (vgl. oben) auf dem Vormarsch: nur Vorranggebiete ohne Ausschlussplanung
 - **Ausschlussplanung auf FNP-Ebene** verlagern
 - „Moratoriums-Gesetz“ (Land SH), gar 10-H-Regelung:
⇒ Verfassungsgerichte werden wohl entscheiden müssen, ob mit Bundesvorgaben vereinbar

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:

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

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

RAin Josefin Braune (braune@mwp-berlin.de)

www.mwp-berlin.de