

Regionalplanerische Steuerung von Windenergieanlagen

Vortrag im Rahmen der
Leipziger Gespräche zum Umwelt- und Planungsrecht
am 1. März 2016 im Bundesverwaltungsgericht

Dr. Roman Götze

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Lehrbeauftragter an der
Universität Leipzig und der Hochschule Harz

„Eulen nach Athen tragen“

„Bier nach München tragen“

„Holz in den Wald tragen“

AGENDA

- I. Ausgangslage: Verhinderung, Stärkung, Steuerung?
- II. Rechtsrahmen für regionalplanerische Steuerung
 1. Vorrang- und Eignungsgebiete für Windenergie
 2. Rechtliche Anforderungen an den Abwägungsvorgang
 3. Windenergie in „substantieller Weise“ Raum schaffen
- III. Fallbeispiele und offene „Baustellen“
 1. Zielabweichungsverfahren als Korrektiv?
 2. Maßstäblichkeit (M 1:100.000 ausreichend?)
 3. Abwägungsvorgang und Planerhaltung

I. Ausgangslage: Verhinderung, Stärkung, Steuerung?

I. Ausgangslage: Verhinderung, Stärkung, Steuerung

- Privilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich nach **§ 35 I Nr. 5 BauGB** (seit Baurechtsnovelle vom 30.7.1996; jetzt mit Länderöffnungsklausel in § 249 III BauGB)
- Korrektiv zugunsten der raumplanerischen und kommunalen Ebene durch Raumordnungsklausel **§ 35 III 3 BauGB** („**Darstellungsprivileg**“): Danach stehen öffentliche Belange einem (raumbedeutsamen) Windkraftvorhaben in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im FNP oder als **Ziele der Raumordnung** eine **Ausweisung an anderer Stelle** erfolgt ist.

I. Ausgangslage: Verhinderung, Stärkung, Steuerung

- Sachgerechte Planung von Konzentrationszonen **verhindert außerhalb der Konzentrationszone** Vorhaben, die andernfalls ggf. zulässig wären (sofern nicht öffentliche Belange entgegenstehen)
- **Innerhalb der Konzentrationszone** stärkt die Planung den Realisierungsanspruch der Windkraftvorhaben (Z 5.1.3 LEP SN 2013 und EKP: Stichwort: Regionaler Mindestenergieertrag)
 - **Zurücktreten der Privilegierung im Außenbereich** durch die Ausschlusswirkung außerhalb der Konzentrationszone **nur gerechtfertigt, wenn sichergestellt** ist, dass sich die Vorhaben – innerhalb der Konzentrationszone – **durchsetzen** (Vorrangwirkung gegenüber anderen Belangen)
 - **→ Vorhabenzulassungsebene** für die Planung relevant.

II. Der Rechtsrahmen für die regionalplanerische Steuerung

II. Vorrang- und Eignungsgebiete (§ 8 VII 1 und 2 ROG)

- **Vorranggebiet**: Gebiet, das für bestimmte Nutzungen/Funktionen vorgesehen ist und andere Nutzungen innerhalb dieses Gebiets ausschließt.
- **Eignungsgebiet**: Gebiet, in dem bestimmte raumbedeutsame Maßnahmen/Nutzungen, die nach § 35 BauGB zu beurteilen sind, andere raumbedeutsame Nutzungen nicht entgegenstehen, **wobei diese Maßnahmen oder Nutzungen an anderer Stelle im Planungsgebiet ausgeschlossen sind.**
- **In Sachsen: Kombination zwingend vorgeschrieben Vorrang- und Eignungsgebiet für Windenergie** (§ 2 I 3 SächsLPIG: Eignungsgebiete nur in Verbindung mit Vorranggebieten zugunsten der betreffenden Nutzung“; Vgl. auch Z 5.1.3 LEP Sachsen 2013)

II. Rechtsrahmen für die regionalplanerische Steuerung (1)

Festlegung von Konzentrationszonen (VRG/EG)

Tatsächliche Eignung: Windpotential

1. Tatsächliche Ebene

„harte“
Tabuzonen

= aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen

„weiche“
Tabuzonen

= WKA zwar tatsächlich und rechtlich nicht ausgeschlossen, aber aus sachlichen regionalplanerischen Gründen *sollen* keine WKA realisiert werden

2. ABWÄGUNG I
Ausschluss ungeeigneter Flächen auf der Grundlage eines schlüssigen, gesamträumlichen Konzepts

„konstitutive und deklaratorische Ausschlussuche“

Normative POTENTIALFLÄCHEN

II. Rechtsrahmen für die regionalplanerische Steuerung (2)

Normative POTENTIALFLÄCHEN nach Abwägungsschritt I

Abwägung unter Berücksichtigung der **auf diesen Flächen** konkurrierenden Nutzungsansprüche bzw. öffentlicher Belange; „**in Beziehung setzen**“, dabei Privilegierung der Windenergie auf geeigneten Standorten zu berücksichtigen;

3. ABWÄGUNG II:
Konkret-raumbezogene Abwägung für die konkrete Potenzialfläche

„Vorrangsuche“
VRG/EG

4. ERGEBNISKONTROLLE
- **negativ:** Keine „Alibi-“ o. „Feigenblattplanung“ als verkappte **Verhinderungsplanung**
- **positiv:** Ergebnis der Konzentrationsflächenplanung muss windergetischer Nutzung „**substanziell Raum**“ geben
→ gegebenenfalls **Wiedereintritt in ABWÄGUNG I und II** und **Nachjustierung der Kriterien** (weiche Tabuzonen...)

II. „harte“ Tabuzonen

- **Harte Tabuzonen: Windkraftnutzung** ist aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen **schlechthin ausgeschlossen**.
- Ausschluss dieser Flächen ist **deklaratorisch**, d.h. es erfolgt keine Abwägung
- Seinen fehlenden Abwägungsspielraum muss sich der Plangeber **vor Augen führen** und in der Planbegründung deutlich machen, insbesondere in **Abgrenzung zu den „weichen Tabuzonen bzw. -kriterien“**
- **Falsa demonstratio non nocet?**
„Label“ hart/weich und „Tabu“ wohl nicht nötig, aber hohe Anforderungen an Begründung und Differenzierungsklarheit, wenn Plangeber eigene Terminologie entfalten will (etwa: Restriktionsräume etc.).

II. „weiche“ Tabuzonen

- **Weiche Tabuzonen:** sind disponibel
- Hier *sollen* nach dem Willen des Plangebers „**von vornherein**“ (abstrakt-typisierend: „anhand einheitlicher Kriterien“) keine WEA errichtet werden, obwohl die Fläche nicht „schlechterdings“ objektiv ausscheidet.
- Der Plangeber muss kenntlich machen, dass er einen *Bewertungsspielraum* hat. Er muss seine Gründe für seine Wertung offen legen, dokumentieren und rechtfertigen.

Kriterien/Beispiel	Harte Tabuzone	Keine harte Tabuzone
Verbot in einem Fachgesetz (v.a. nach BNatSchG)	Empfehlung SMI, 4. Senat SächsOVG, 29.7.15 für Artenschutz, indes unter qualifizierenden Voraussetzungen);	OVG NRW, OVG RP, wenn Ausnahme oder Befreiung mögl.
Siedlungsabstände	Empfehlung SMI, OVG Bln-Bbg sofern „zwingend geboten“ (TA-Lärm) + Pufferzone	OVG NRW, OVG RP, Nds.OVG: grds. „weiche“ Tabuzone; Einzelfall
Fehlende Windhöffigkeit	Empfehlung SMI: derzeit Anlaufgeschwindigkeit 3-3,5 m/s in Nabenhöhe; vgl. auch OVG NRW, OVG Bln-Bbg	
Wald	Für Schutzwald in einem NSG, NP, LSG (+), § 30 SächsWaldG nach Empfehlung SMI	Wald im übrigen ggf. „weiche“ TZ, vgl. auch G 5.1.5 LEP Sachsen (2013)

- Wie umgehen mit **fachgesetzlichen Verboten** mit **Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeit**, etwa im Bereich Natur und Landschaft?
- Z.B. Verbote in **NSG** (§ 23 II BNatSchG), **LSG** (§ 26 II BNatSchG), **VS-Gebiet** (SPA, §§ 33 I, 34 II BNatSchG)?
- **Ausnahme / Abweichungsmöglichkeit** nach § 34 III, IV BNatSchG oder **Befreiung** nach 67 II BNatSchG (für Biotope § 30 III BNatSchG, für Artenschutz § 45 VII BNatSchG)
 - „hart“ heißt: Es geht definitiv nicht! Kein „voluntatives Element“ (*Gatz*)
 - „weich“ heißt: Es ist unklar/zweifelhaft, ob es vielleicht ginge, es soll aber im gesamten Planungsraum nach abstrakter Prüfung typisierend nicht sein!

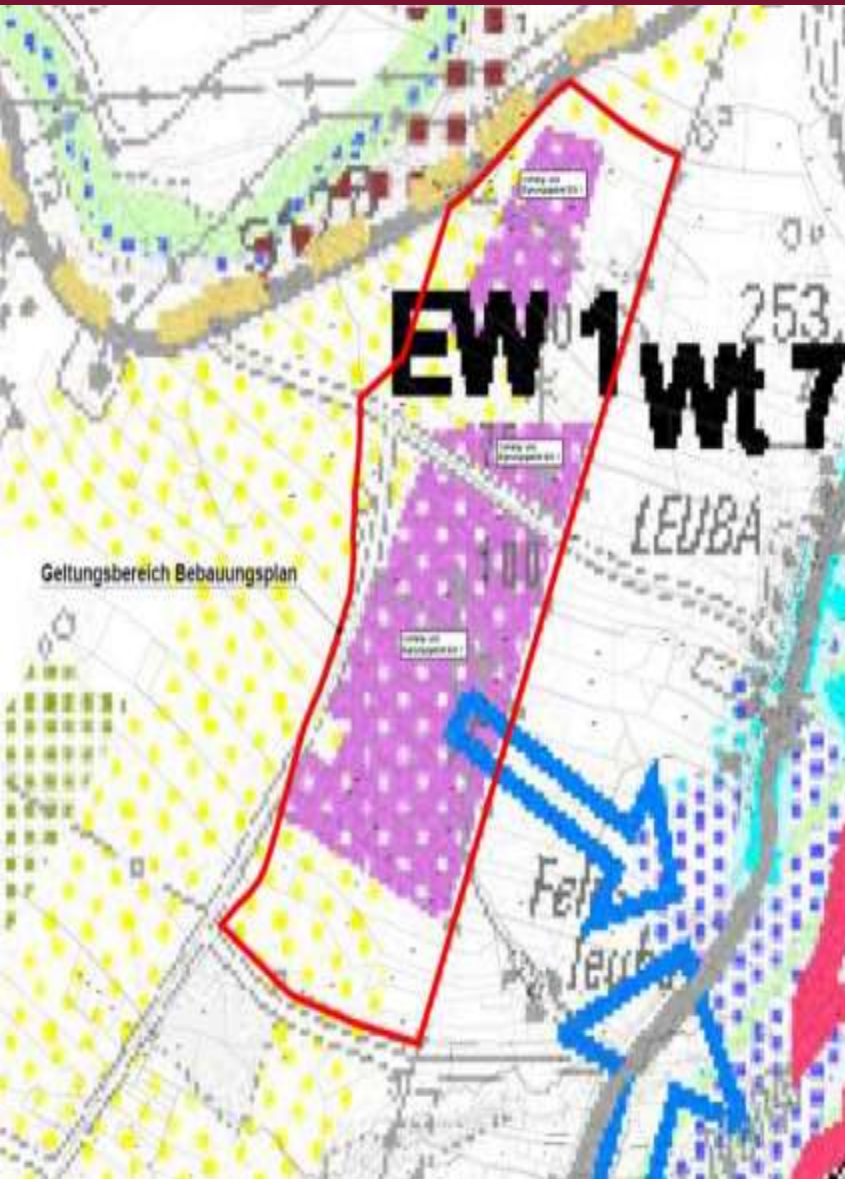
- M.E. kann naturschutzrechtlicher Gebietsschutz **grundsätzlich kein „hartes“ Tabukriterium** sein, da schon
 - die Möglichkeit von Ausnahmen und Befreiungen und die
 - Vielgestaltigkeit der Verhältnisse in einer Planungsregion
 - sowie das differenzierende Schutzregimeregelmäßig ausschließt, dass im Rahmen eines schlüssigen gesamträumlichen Konzepts eine abstrakte und typisierende Negativaussage möglich ist (so im Ergebnis auch *SächsOVG*, Urt.v. 29.7.2015, juris-Rdnr. 18 f. - Artenschutz).
- wenn es nicht um typisierende Betrachtung geht, sondern eine **konkrete vorhabenstandortspezifische Betrachtung des Raums** erforderlich ist, dürfte es sich auch nicht um „weiche Tabuzone“ handeln; → dann ist regelmäßig **Abwägungsebene II** erreicht

- Als „weiche“ Tabuzone kommen diese öffentlichen Belange in Betracht, wenn unter bestimmten, einheitlich im Planungsraum geltenden Bedingungen
 - (1.) von vornherein **fest steht** (belastbarer Wissensstand), dass Verbotstatbestand unüberwindbar ist oder
 - (2.) Prognose gerechtfertigt ist, dass Überwindung des Verbots mit **deutlich überwiegender Wahrscheinlichkeit** nicht gelingt

- Im Übrigen – soweit dieses abstrakt-typisierend nicht fest steht – allenfalls auf der konkret-raumbezogenen **Abwägungsebene II**, in zweifacher Hinsicht:
 - (1.) Ausschluss bei *konkret raumbezogener* Prognose, dass Verbotstatbestand nicht überwindbar und im Übrigen
 - (2.) auch in Bezug auf die *Vorrangwirkung* (Positivausweisung nur bei Planen in die sicher Abweichungslage)

- Die mitunter zur Begründung der Annahme einer „**harten**“ **Tabuzone** angeführten Gründe,
 - die Planung sei bei Nichtfeststehen einer Abweichungslage nicht vollziehbar und deshalb nicht erforderlich (vgl. § 1 III BauGB) und
 - die Fachbehörde werde sich nicht vorwegbinden, überzeugen nicht. Sie sind ggf. zur Begründung einer „**weichen Tabuzone**“ geeignet oder m.E. regelmäßig in der **Planungsebene II** (konkret-raumbezogene Abwägung) relevant.
- Der Hinweis auf **§ 1 III BauGB** (fehlende Erforderlichkeit wegen Nichtvollziehbarkeit) mag die *Vorrangausweisung* **innerhalb** der Konzentrationszone betreffen, nicht aber den **außergebietlichen Ausschluss** (dort ggf. sogar „weiße Bereiche“ denkbar (Gatz, Stür-FS, 185).

- Wenn der Plangeber den natur- und artenschutzrechtlichen Verboten abstrakt-typisierend – etwa aus Gründen der Vorsorge – eine Bedeutung gibt, dass ein „weiches“ **Tabukriterium** vorliegt oder auf der **Abwägungsebene II** zu einem konkreten Ausschluss gelangt, muss erwogen werden, entweder
 - den Topos „in der Regel“ des § 35 III 3 BauGB oder – vorzugswürdig –
 - das Instrument der **Zielabweichung** (§ 6 ROG) im Einzelfall zu stärken, wenn die Prämisse gebietskonkret im Einzelfall erschüttert wird.



VG Dresden, 7 K 1798/15

- § 6 II ROG i.V.m. § 16 S. 1 SächsLPIG
 - Abweichung raumordnerisch vertretbar und
 - darf die **Grundzüge der Planung** nicht berühren
- Hier:
 - Positive Stellungnahme des Planungsverbands
 - Ausdehnung des VRG/EG im neuen Regionalplan avisiert
 - Keine Tabubereiche betroffen
 - Windkrafterlass mit Mindestabständen aufgehoben

II. Windenergie in „substantieller Weise“ Raum schaffen

- Vergleich von Größe der Vorrang- und Eignungsflächen mit der Regionsfläche ist zulässig (BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 - 4 CN 2/12 -), aber nicht schematisch.
 - 0,26 % ausreichend (BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 - 4 CN 2/12 -)
 - 0,92 % ausreichend (OVG LSA, 21.10.2015 - 2 K 109/13 -)
 - 0,61 % angemessen (NdsOVG, Urt. v. 28.01.2010 - 12 KN 65/07 -)
 - 0,1 % noch keine Negativplanung (VGH BW, Urt. v. 09.06.2005 - 3 S 1545/04 -)
 - Flächenanteil von nur **0,02566 %** ist nicht ausreichend (SächsOVG, Urt. v. 19.07.2012 - 1 C 40/11 -)
- Sachgerechter allerdings Vergleich der Potenzialflächen nach Abzug der harten Tabuflächen mit VRG/EG, die schlussendlich festgelegt werden (vgl. zum Ganzen auch *Bovet/Kindler*, DVBl. 2013, 488 ff.; *Lau*, LKV 2012, 163.
- In Sachsen: **Regionale Mengenziele (LEP/EKP SN)**

III. Offene Fragen und ausgewählte Rechtsprechung

Maßstäblichkeit

- Nach Auffassung gewichtiger Stimmen wird eine Konzentrationszonenplanung den Anforderungen an die **Bestimmtheit** nur gerecht, wenn – wie bei einem FNP – grundstückskonkret erkennbar ist, ob die Festlegung gilt oder nicht.
- **Maßstab 1:100.000** kritisch
 - *SächsOVG*, Urt. v. 3. Juli 2012 – 4 B 808/06 –: Maßstab von 1:100.000 - noch – angemessen (Inzidentkontrolle Regionalplan Oberlausitz-Niederschlesien, 1. Gesamtfortschreibung)
 - Auf dieser Linie: *SächsOVG*, Urt. v. 25.3.2014 – (1 C 4/11) – Normenkontrolle Regionalplan Oberlausitz-Niederschlesien, 1. Gesamtfortschreibung

- **SächsOVG, NK-Urt:**
25.3.2014 – (1 C 4/11)
- Eine Bestandsanlage liegt **außerhalb** der festgelegten **Konzentrationszone EW 16**, Bedenken wegen Repowerings.
- Die Planung berücksichtigte – auf der Abwägungsebene - ein **Fledermausaufkommen** und einen Abstand von 100m zu Gehölz..

Regionalplan

Region Oberlausitz-Niederschlesien

Erste Gesamtfortschreibung
gemäß § 6 Absatz 5 SächsLPlG



SächsOVG v. 25.3.2014 – (1 C 4/11)

- **Maßstab** 1:100.000 *ausnahmsweise* in *diesem Einzelfall* „noch“ zulässig; Auslegungsunschärfe zu Lasten des Planungsträgers
- Keine korrekte **Ermittlung der harten und weichen Tabuzonen**
 - Auf eine richtige Bezeichnung komme es zwar nicht an;
 - Hier aber keine explizite Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen. Plangeber müsse seinen Bewertungsspielraum bei weichen Tabuzonen erkennen.
 - Jedenfalls: Keine hinreichende Kennzeichnung und **Dokumentation** d. Erwägungen zu weichen Tabuzonen
 - Aber: Mangel im Abwägungsvorgang beeinflusst nicht das **Abwägungsergebnis**, da Artenschutz nach Aktenlage in jedem Fall durchgeschlagen hätte (Planerhaltung, vgl. § 12 III ROG)

Regionalplan

Region Oberlausitz-Niederschlesien

Erste Gesamtfortschreibung
gemäß § 6 Absatz 5 SächsLPiG



Planung als Versuch, Ordnung in den regellosen Zustand zu bringen...

Dr. Roman Götze, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht,
GÖTZE Rechtsanwälte, Petersstraße 15, 04109 Leipzig, mail@goetze.net