

**Konsequenzen aus dem Urteil des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichtes vom 20.01.2015 betreffend die Teilfortschreibungen der Regionalpläne I und III zur Ausweisung von Windenergieeignungsgebieten**

**Informationen für die Kreise, kreisfreien Städte, Ämter und Gemeinden**

Gemeinsamer Beratungserlass der Staatskanzlei, des Ministeriums für Inneres und Bundesangelegenheiten und des Ministeriums für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein  
vom 23.02.2015

Gliederung

1. Wesentliche Inhalte aus dem Urteil des OVG Schleswig zu den Teilfortschreibungen der Regionalpläne der Planungsräume I und III vom 20.01.15
2. Konsequenzen aus dem Urteil
3. Handlungsansätze der Landesplanung nach dem Urteil
4. Bauplanungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Zulässigkeit von Windenergieanlagen
  - 4.1 Windenergieanlagen als privilegierte Vorhaben
  - 4.2 Steuerung von Windenergieanlagen als sonstige Vorhaben durch Flächennutzungspläne – Anforderungen an die Ausweisung von Konzentrationsflächen
  - 4.3 Prüfung der Ausschlusswirkung von bereits vorhandenen Flächennutzungsplandarstellungen
5. Gemeindliche Steuerungsmöglichkeiten
  - 5.1 Teilflächennutzungspläne
  - 5.2 Gemeinsamer Flächennutzungsplan
  - 5.3 Bebauungspläne
  - 5.4 Sonderfall: Steuerung von Repowering-Vorhaben durch Flächennutzungsplan
6. Zur Anwendbarkeit des Gemeinsamen Runderlasses

**1. Wesentliche Inhalte des Urteil des OVG Schleswig zu den Teilfortschreibungen der Regionalpläne der Planungsräume I und III vom 20.01.15**

Das Oberverwaltungsgericht Schleswig (OVG) hat die Teilfortschreibung der Regionalpläne I und III und damit die Ausweisung von Windeignungsgebieten von 2012 am 20.01.2015 für unwirksam erklärt. Die Entscheidung ist zum Zeitpunkt dieses Erlasses noch nicht rechtskräftig. Die Revision beim Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)

wurde nicht zugelassen. Die Unwirksamkeit folgt nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung und der Presseerklärung des OVG aus folgenden Rechtsfehlern:

- Das Gericht hat Verfahrensfehler festgestellt, weil u.a. keine dritte Anhörung durchgeführt wurde. Sie hätte nach Auffassung des Gerichts aber erfolgen müssen, weil nach der 2. Anhörung nochmals Flächen neu hereingenommen und an anderer Stelle Flächen gestrichen wurden.
- Das Gericht hält die Regionalpläne aufgrund von Abwägungsmängeln für unwirksam. Die im Landesentwicklungsplan 2010 enthaltenen Kriterien für die Ausweisung von Eignungsgebieten in den Regionalplänen entsprechen nicht den Anforderungen, die das Abwägungsgebot an die Flächenauswahl stellt. Insbesondere sind harte und weiche Tabukriterien nicht ausreichend differenziert und nicht genügend begründet worden. Damit sieht das Gericht die im Landesentwicklungsplan 2010 festgelegten Ausschlussgebiete nicht als verbindliche Ziele der Raumordnung an. Sie hätten für die Vorfestlegung der Eignungsgebietsausweisung in den Regionalplänen nicht herangezogen werden dürfen, weil sie keine Bindungswirkung als Ziele der Raumordnung entfalten konnten.
- Als weiteren schwerwiegenden Abwägungsmangel beurteilt das Gericht die strikte Übernahme ablehnender Gemeindevoten bei der Gebietsausweisung in den Regionalplänen. Die Gemeinderatsbeschlüsse und Bürgerentscheide gegen Windkraft hätten nicht als hartes Tabukriterium behandelt werden dürfen. Dies begründet das Gericht damit, dass das bloße Votum gegen Windkraft aus den Gemeinderatsbeschlüssen und Bürgerentscheiden kein Belang im Sinne der abzuwägenden öffentlichen und privaten Belange seien. Vielmehr habe der Plangeber die hinter den Beschlüssen und Entscheiden stehenden materiellen Belange zu ermitteln und in die Letzt abwägung über eine Fläche einzustellen.
- Das Gericht hat die Revision nicht zugelassen. Dem Land steht daher nur die Nichtzulassungsbeschwerde (§ 133 VwGO) offen. Voraussetzung dafür ist, dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, dass das OVG von bundesgerichtlicher Rechtsprechung abweicht oder das Urteil aufgrund von Verfahrensmängeln zustande gekommen ist.

## 2. Konsequenzen aus dem Urteil

Die Entscheidung des OVG ist keine Aufhebungsentscheidung sondern hat lediglich feststellenden Charakter. Die Entscheidung ist zur Zeit auch nicht rechtskräftig (s.o., Ziffer 1). Es ist daher einstweilen nicht verbindlich festgestellt, dass die vor dem Gericht angegriffenen Fortschreibungen der Regionalpläne I und III unwirksam sind. Die Staatskanzlei prüft Rechtsmittel gegen das Urteil.

Bis die schriftliche Urteilsbegründung vorliegt und die Möglichkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde geprüft wurde, kommen daher unverändert die Teilfortschreibungen der Regionalpläne von 2012 zur Anwendung. Danach erfolgt ein erneutes Rundschreiben mit weiteren Informationen. Die jetzige Situation bedeutet für die immissi-

onsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, dass die laufenden Genehmigungsverfahren für WKA wie bisher fortzuführen sind. Die bauplanungsrechtliche Beurteilung erfolgt bis zur Rechtskraft des Urteils auf der Grundlage der Teilfortschreibungen der Regionalpläne zur Ausweisung von Windeignungsgebieten von 2012. „Genehmigungsreife“ Anträge können beschieden werden (siehe Erlass des MELUR vom 05.02.2015 V 621-2428/2015).

### **3. Handlungsansätze der Landesplanung nach dem Urteil**

Die Landesplanung wird sich dezidiert mit den voraussichtlich etwa Ende März 2015 vorliegenden Urteilsgründen auseinandersetzen. Dazu zählt auch die Prüfung, ob eine Nichtzulassungsbeschwerde für die Revision eingereicht werden soll (s.o., Ziffer 2).

Es besteht kein Zweifel daran, die Windenergienutzung auch weiterhin von Landesseite steuern zu wollen. Die Landesplanung wird die Raumordnungspläne durch Teilfortschreibungen des Windkapitels unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung vollständig neu regeln. Eine landesplanerische Sperrwirkung für bei den Genehmigungsbehörden gestellte Anträge kann nach derzeitiger Einschätzung erst greifen, wenn die neuen in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung in einem Planentwurf hinreichend konkret formuliert sind.

### **4. Bauplanungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Zulassung von Windenergieanlagen**

Parallel zu der Problematik einer möglichen raumordnerischen Sperrwirkung haben die Gemeinden unabhängig davon auf der Grundlage des Bauplanungsrechts die Möglichkeit, die Windenergienutzung auf ihrem Gemeindegebiet selbst zu steuern. Im Folgenden werden Möglichkeiten aufgezeigt, wie die Gemeinden über die Bauleitplanung durch die Ausweisung von Konzentrationsgebieten für Windkraftanlagen Steuerungsmöglichkeiten nutzen können, um zu verhindern, dass Vorhaben außerhalb von Konzentrationsgebieten bauplanungsrechtlich allein aufgrund der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zugelassen werden können.

Die naturschutzrechtlichen Bestimmungen, insbesondere die Bestimmungen über Natura 2000 Gebiete und die Verträglichkeit und Unzulässigkeit von Projekten (§ 34 BNatSchG), Bestimmungen über den Schutz bestimmter Teile von Natur und Landschaft (§§ 20 ff. BNatSchG) sowie die artenschutzrechtlichen Bestimmungen der §§ 44 ff BNatSchG sind unabhängig von der Geltung der Regionalpläne anzuwenden. Dieses gilt auch für die in den Regionalplänen enthaltenen artenschutzrechtlichen Vorbehalte und Prüferfordernisse, die unabhängig von der Geltung der Regionalpläne im Zuge der Berücksichtigung der artenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten sind.

#### **4.1 Windenergieanlagen als privilegierte Vorhaben**

Für die Zulassung von Windenergieanlagen im nicht überplanten Außenbereich ist i.d.R. die Privilegierungsregelung des § 35 Abs. 1 Nr.5 BauGB zugrunde zu legen. Die Anlage ist zulässig, wenn ihr öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Auf die Zulassung als Nebenanlage eines landwirtschaftlichen Betriebes gem. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB oder als „sonstige“ (d.h. nicht privilegierte Anlagen) Anlage nach § 35 Abs. 2 BauGB soll hier nicht weiter eingegangen werden.

#### **4.2 Steuerung von Windenergieanlagen als sonstige Vorhaben durch Flächennutzungspläne – Anforderungen an die Ausweisung von Konzentrationsflächen**

Als öffentliche Belange, die einer Zulassung von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 BauGB entgegenstehen, nennt § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Darstellung von Konzentrationsflächen in Flächennutzungsplänen. Die Vorhaben sind nicht nur dann unzulässig, wenn ihnen öffentliche Belange entgegenstehen, sondern auch dann, wenn für sie durch Darstellungen im Flächennutzungsplan eine wirksame Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.

Damit mit einem Flächennutzungsplan die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzielt werden können, muss dieser – außer den allgemein zu beachtenden Verfahrensvorschriften – bestimmte rechtliche Voraussetzungen erfüllen. Nach neuer höchstrichterlicher Rechtsprechung sind die planenden Gemeinden verpflichtet, bei der Steuerung der Windenergienutzung ein bestimmtes schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept für den gesamten Außenbereich zugrunde zu legen (BVerwG, Ur. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11 und 2/11 = DVBl. 2013, S. 507 ff.).

Dabei muss die gemeindliche Entscheidung nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortentscheidung getragen wird, sondern auch deutlich machen, welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten. Die Ausarbeitung eines Plankonzeptes vollzieht sich abschnittsweise: Im ersten Abschnitt sind diejenigen Bereiche als ‚Tabuzonen‘ zu ermitteln, die sich für die Nutzung der Windenergie nicht eignen. Dies sind Zonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlichen und / oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen ist (‚harte‘ Tabuzonen) und Zonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen zwar tatsächlich und rechtlich möglich sind, in denen nach den städtebaulichen Vorstellungen, die die Gemeinde anhand eigener Kriterien entwickeln darf, aber keine Windenergieanlagen aufgestellt werden sollen (‚weiche‘ Tabuzonen). Nach Abzug dieser Tabuzonen bleiben sog. Potenzialflächen übrig, die für die Darstellung von Konzentrationszonen in Betracht kommen. Sie 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. Die Abwägung ist nur rechtmäßig, wenn das Planungsergebnis der Windenergie „substanziell Raum verschafft“ (vgl. BVerwG a.a.O. - 4 CN 1/11-, rech. nach juris, Rdnr. 18 m.w.N.). Ein Komplettausschluss von Windenergieeignungsflächen ist unzulässig. Mit einer bloßen „Feigenblatt“-Planung, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinausläuft, darf es nicht sein Bewenden haben (vgl. zum Vorstehenden: Söfker in: Spannowsky / Uechtritz, Baugesetzbuch, Kommentar, 2. Auflage, München 2014, § 35 Rn. 113).

Zur Vermeidung eines Fehlers im Abwägungsvorgang muss sich die Gemeinde den Unterschied zwischen harten und weichen Tabuzonen bewusst machen und ihn dokumentieren (BVerwG a.a.O. – 4 CN 1/11).

#### **4.3 Prüfung der Ausschlusswirkung von bereits vorhandenen Flächennutzungsplandarstellungen**

Viele Gemeinden haben von der Möglichkeit zur Steuerung der Windenergienutzung in der Vergangenheit Gebrauch gemacht. In der Regel haben sie sich dabei nur mit den Flächen auseinandergesetzt, die in den Regionalplänen als Eignungsflächen für die Windenergienutzung ausgewiesen worden waren. Solche Flächennutzungspläne würden für den Fall, dass die Ausweisungen von Eignungsgebieten in den Regionalplänen nicht mehr anwendbar wären, in der Regel nicht die Anforderungen an ein gesamträumliches Plankonzept mit Ausschlusswirkung für das gesamte Gemeindegebiet erfüllen. Sie erreichen allenfalls eine kleinräumige Steuerungswirkung, beschränkt auf die ursprüngliche Flächenausweisung in den Regionalplänen.

Den Gemeinden, die dies betrifft, wird empfohlen, dass sie bei neuen Anträgen zum Bau von Windkraftanlagen im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren – spätestens im Rahmen der Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens gem. § 36 BauGB – prüfen, inwieweit ihren bisherigen Flächennutzungsplandarstellungen im Einzelfall eine Ausschlusswirkung zukommt und dieses der Genehmigungsbehörde zur Kenntnis bringen. Das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten (MIB) wird in Genehmigungsverfahren für Flächennutzungspläne mit Flächenausweisungen künftig darauf hinweisen, wenn mit dem Plan eine Konzentrationswirkung nicht erzielt wird.

#### **5. Gemeindliche Steuerungsmöglichkeiten**

Hat die Gemeinde bisher keine Flächen für die Windenergienutzung ausgewiesen oder erweist sich die vorliegende Flächennutzungsplanausweisung im Hinblick auf die oben genannten Voraussetzungen (s. oben Ziffer 4) als untauglich zur Steuerung

der Windenergienutzung, insbesondere zum Ausschluss von Standorten außerhalb der dargestellten Flächen, kann die Gemeinde durch einen entsprechenden Aufstellungsbeschluss erstmalig oder im Wege der Änderung des Flächennutzungsplanes erneut in die Planung eintreten, um die Flächendarstellungen auf die Basis eines gesamträumlichen Plankonzeptes zu stellen. Eine Negativplanung ohne Flächen für die Windenergienutzung wird dabei in der Regel nicht zulässig sein, es sei denn, auf dem gesamten Gemeindegebiet kommen nachweislich harte Tabukriterien zum Tragen.

Grundsätzlich sollten die Gemeinden, die die Entwicklung der Windkraftnutzung künftig steuern möchten, möglichst frühzeitig einen Aufstellungsbeschluss zur Änderung des Flächennutzungsplanes fassen, um so einen unnötigen Aufwand durch eine unkoordinierte Projektentwicklung von neuen Windkraftanlagen zu vermeiden. § 15 Absatz 3 Satz 1 und 4 BauGB ermöglicht es der Baugenehmigungsbehörde bzw. in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren dem LLUR, auf Antrag der Gemeinde die Entscheidung über ein Baugesuch für ein Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 2 bis 6 BauGB bis zu zwei Jahren auszusetzen, wenn hierfür besondere Umstände vorliegen und ein Aufstellungsbeschluss gefasst ist.

### **5.1 Teilflächennutzungspläne**

Sollte noch keine Plandarstellung im Flächennutzungsplan vorhanden sein, kann die Gemeinde für Darstellungen mit den Rechtswirkungen einer Konzentrationsflächenplanung i.S. des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auch einen sachlichen Teilflächennutzungsplan aufstellen. Dies ist durch räumliche Teilflächennutzungspläne auch für Teile des Gemeindegebiets möglich (§ 5 Abs. 2b BauGB).

### **5.2. Gemeinsamer Flächennutzungsplan**

Mehrere benachbarte Gemeinden können gem. § 204 BauGB einen gemeinsamen Flächennutzungsplan – ggf. auch in der Form eines sachlichen Teilflächennutzungsplanes – zur gemeinsamen Ausweisung von Konzentrationsflächen auf einer gemeinsamen konzeptionellen Grundlage aufstellen. Diese Lösung hat den Vorteil, dass für die Frage, ob das Planungsergebnis der Windenergie in substantieller Weise Raum verschafft, der gesamte Geltungsbereich aller beteiligten Gemeinden herangezogen werden kann. Auf diese Weise können mit einem nachvollziehbaren Abwägungsergebnis auch ganze Gemeindegebiete von der Windenergienutzung ausgeschlossen werden, wenn dafür in einer anderen Gemeinde der Planungsgemeinschaft ausreichend Flächen verfügbar gemacht werden. Dieses Verfahren bietet sich z.B. auch dann an, wenn mehrere benachbarte Gemeinden ihre bisherige Bauleitplanung zur Windenergienutzung im Hinblick auf eine beabsichtigte Konzentrationswirkung überarbeiten müssen und sich in diesem Zuge weitere Nachbargemeinden beteiligen, die bisher keine Steuerungsaussagen zur Windenergienutzung getroffen haben.

### **5.3 Bebauungspläne**

Auch in Bezug auf Windenergieanlagen können Gemeinden in Konkretisierung der Flächenausweisungen des Flächennutzungsplans mit einem Bebauungsplan eine „Feinsteuerung“ vornehmen (z.B. durch Begrenzung der Anlagenhöhe oder Festlegung der Standorte für einzelne Anlagen). Gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB sind Bebauungspläne aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln. Von Bebauungsplänen allein geht nicht die entsprechende Ausschlusswirkung für Standorte außerhalb des Geltungsbereiches aus wie von der Ausweisung von Konzentrationsflächen im Flächennutzungsplan.

### **5.4 Sonderfall: Steuerung von Repowering-Vorhaben durch Flächennutzungsplan**

Gemeinden können über einen Flächennutzungsplan mit Darstellung von Konzentrationsflächen i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auch Repowering-Vorhaben zur Neuordnung von Standorten der Windkraftnutzung oder zur Umsetzung eines gesamt-räumlichen Konzeptes steuern. Gemäß § 249 Abs. 2 BauGB kann an den beabsichtigten Neubau von Windkraftanlagen die Bedingung geknüpft werden, dass konkret zu benennende Altanlagen zunächst abgebaut werden müssen. Diese können auch außerhalb des Geltungsbereiches oder außerhalb des Gemeindegebietes liegen. Landesplanerische oder bauplanungsrechtliche Vorgaben für das Verhältnis Abbau – Neubau gibt es für den Zeitraum, in dem die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB uneingeschränkt gilt, nicht.

## **6. Zur Anwendbarkeit des Gemeinsamen Runderlasses**

Bis die schriftliche Urteilsbegründung vorliegt und die Möglichkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde geprüft wurde, kommt der Erlass „Grundsätze zur Planung von und zur Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung bei Windkraftanlagen“ vom 26.11.2012 unverändert zur Anwendung.