prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Die „isolierte“ Positivplanung – Der schnelle Weg zum Flächennutzungsplan?

Potsdam, 06.11.2019

prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

www.prometheus-recht.de

Rechtsanwalt Christian Falke

Christian Falke ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und berät und vertritt Wirtschaftsunternehmen, Städte- und Gemeinden sowie kommunale Unternehmen und Planungsverbände in allen Fragen des Verwaltungsrechts.

Seit mehr als 15 Jahren beschäftigt er sich intensiv mit allen Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen. Dabei bilden immissionsschutz-, planungsrechtliche sowie naturschutzrechtliche und luftverkehrsrechtliche Themen die Schwerpunkte seiner täglichen Praxis. Herr Falke publiziert und referiert seit vielen Jahren zu aktuellen Themen aus der Branche der erneuerbaren Energien. Zudem ist er Dozent im Rahmen der Referendarausbildung am OLG Dresden.

falke@prometheus-recht.de

Kanzlei

Die prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist ein Zusammenschluss von erfahrenen, hochqualifizierten Rechtsanwälten mit langjähriger Erfahrung in den Bereichen des Verwaltungs- und Zivilrechts sowie besonderer Spezialisierung im Bereich der Erneuerbaren Energien.

Wir arbeiten bereits seit über 10 Jahren als eingespieltes und aufeinander abgestimmtes Team erfolgreich zusammen. Unsere Mandanten schätzen unsere breit gestreute Expertise, die eine umfassende rechtliche Begleitung in den Beratungsfeldern des Planungs-, Umwelt- und Luftverkehrsrechts, des Wirtschafts- und Energierechts, des Immobilienrechts sowie des Erb- und Familienrechts ermöglicht.

I. Das „Dilemma“ der Gemeinden
II. „Isolierte“ Positivplanung – Was ist das?
III. Rechtsprechung des OVG Münster
IV. Voraussetzungen einer Planung nach § 249 Abs. 1 BauGB
V. Chancen für kommunale Planungsträger und Projektierer

I. Das „Dilemma“ vieler Gemeinden

I. Das „Dilemma“ vieler Gemeinden

- zahlreiche alte Konzentrations-FNP bestehen seit den 2000er Jahren
- alte Konzentrations-FNP ergingen noch vor der Rechtsprechung des Bundes-verwaltungsgerichts zur abschnittsweisen Planung (Ermittlung und Unter-scheidung von harten und weichen Tabukriterien, Ermittlung der Potenzial-flächen, Gebot des Substanziell-Raum-Schaffens)

➢ viele Gemeinden wollen an ihren alten Konzentrations-FNP und deren Steuerungswirkung festhalten, aber gleichzeitig ggf. auch neue Flächen für die Windenergienutzung schaffen oder die bestehenden Konzentrationsflächen erweitern

<u>Aber:</u> für Neuaufstellung eines vollständigen Konzentrations-FNP bestehen aus Sicht vieler Gemeinden rechtliche Unsicherheiten:

- ➢ Besondere Anforderungen an die öffentliche Bekanntmachung von Konzentrations-FNP, vgl. OVG Münster, Urt. v. 21.01.2019 (10 D 23/17.NE)
- ➢ Unsicherheiten in der Abgrenzung und Handhabe mit harten und weichen Tabukriterien
- ➢ erheblicher Zeit-, Aufwand und Kostenfaktor

Daher fragt sich, ob es eine Möglichkeit gibt, neue Flächen für die Windenergienutzung auszuweisen, ohne den bisherigen Konzentrations-FNP „anzutasten“ ?

II. „Isolierte“ Positivplanung – Was ist das?

II. Isolierte Positivplanung

- § 249 BauGB wurde mit dem *„Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung der Städte und Gemeinden“* im Jahr 2011 in das BauGB aufgenommen
- In § 249 Abs. 1 S. 1 BauGB heißt es:

  „Werden in einem Flächennutzungsplan zusätzliche Flächen für die Nutzung von Windenergie dargestellt, folgt daraus nicht, dass die vorhandenen Darstellungen des Flächennutzungsplans zur Erzielung der Rechtswirkungen des § 35 Absatz 3 Satz 3 nicht ausreichend sind.“

- Gesetzgeber hat in § 249 Abs. 1 BauGB die bauleitplanerische Möglichkeit des Ausbau der Windenergienutzung vorgesehen, ohne ein bereits bestehendes Planungskonzept angreifen o. überarbeiten zu müssen

II. Isolierte Positivplanung

- OVG Münster hat in Urteil v. 17.05.2017 (2 D 22/15.NE) erstmals den Begriff der *„isolierten Positivplanung“* für eine Planung nach § 249 Abs. 1 BauGB verwendet
- *Positivplanung* im Sinne der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung mit der Ausweisung von „Positivflächen“ zur Herbeiführung der Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB stellt „isolierte Positivplanung“ allerdings nicht dar

- **„Isolierte Positivplanung“** = separate, nachträgliche (und zusätzliche) Ausweisung einzelner Flächen für die Windenergienutzung in Anschluss an einen sachlichen Teilflächennutzungsplan
- Durch *„isolierte Positivplanung“* sollen daher „isoliert“ Flächen zu einer bereits bestehenden Positivplanung hinzutreten

III. Rechtsprechung des OVG Münster

III. Rechtsprechung des OVG Münster

- Das OVG Münster hat in seinem Urteil v. 17.05.2018 (2 D 22/15.NE) betont, dass § 249 Abs. 1 BauGB dazu diene, die kommunalen Planungsträger in die Lage zu versetzen, weitere Flächen für die Windenergienutzung zur Verfügung zu stellen

- Gemeinde solle nicht aus Angst vor Fehlern im bestandskräftigen Planungskonzept auf Ausweisung weiterer Flächen verzichten
- OVG Münster unterstellt daher – konsequenterweise – zugunsten der Gemeinde, dass das bestehende Planungskonzept geeignet sei, die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herbeizuführen – es nimmt keine inzidente Überprüfung des Planungskonzeptes vor

IV. Voraussetzungen einer Planung nach § 249 Abs. 1 BauGB

1. Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergienutzung

- „isolierte“ Ausweisung einer Fläche für die Windenergienutzung durch Änderung bzw. Ergänzung eines FNP stellt ebenfalls ein Bauleitplanverfahren nach den Vorschriften der § 1 ff. BauGB dar.
- Gem. § 1 Abs. 8 BauGB gelten die Vorschriften über die Aufstellung von Bauleitplänen auch für deren Änderung oder Ergänzung
- Daher: Durchführung eines Bauleitplanverfahrens nach den bauplanungsrechtlichen Vorschriften erforderlich

- Orientierte sich die Aufstellung des früheren FNP an der Regionalplanung, könnte es bei der zusätzlichen Ausweisung einer Fläche zu Zielkonflikten kommen – daher ggf: Zielabweichungsverfahren

2. Schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept

- Planungskonzept für die „isolierte Positivplanung“ selbst nicht erforderlich – nur die Fläche wird „isoliert“ in den Blick genommen

- Ob zwingende Voraussetzung für die Planung nach § 249 Abs. 1 BauGB ist, dass ein fehlerfreies Planungskonzept besteht, ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung selbst nicht
- § 249 Abs. 1 S. 1 BauGB enthält hier ausschließlich eine „umgedrehte Vermutungsregel“, nach der die zusätzliche Ausweisung nicht direkt zur Annahme führt, dass das Planungskonzept fehlerhaft ist
- dies wurde ebenfalls durch das OVG Münster bestätigt
- Somit: Gesamträumliches Planungskonzept des kommunalen Planungsträgers erforderlich, allerdings kommt es nicht auf Fehlerfreiheit an

2. Schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept

- Möglichkeit der Heilung des Planungskonzeptes durch die Ausweisung zusätzlicher Flächen?
  - Es kommt drauf an: Abwägungsfehler bei der Auswahl von Tabukriterien nicht nachträglich heilbar
  - Allenfalls denkbar: Heilung des Abwägungsergebnisses durch „Mehr Raum“ für die Windenergienutzung
  - Allerdings: keine Rechtssicherheit für Gemeinden

- Ausweisungen im Widerspruch zum eigenen Planungskonzept im Rahmen der „isolierten Positivplanung“ möglich?
  - Steht und fällt mit der Frage, ob das alte Planungskonzept auch bei der „isolierte“ Ausweisung einer Fläche angelegt werden muss
  - Doch hierzu gibt es verschiedene Ansichten …

2. Schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept

- OVG Münster: § 249 Abs. 1 BauGB beinhaltet „gelöste Verbindung“ zwischen alter Planung und Positivplanung

  → die neue isolierte Positivplanung berührt nicht den alten FNP oder dessen Konzept

  (OVG Münster, Urt. v. 17.05.2017 (2 D 22.15)

- OVG Lüneburg: § 249 Abs. 1 BauGB habe nur klarstellende Funktion, dass bei Ausweisung neuer Flächen nicht auf Unwirksamkeit des alten FNP geschlossen werden kann

  → für Planung von Neuflächen sei vom bisherigen (alten) Planungskonzept auszugehen und zu prüfen, ob sich die Neuflächen in das alte Plankonzept einfügen

  → Neuflächen müssen harten und weiten Tabukriterien des alten Plankonzepts entsprechen

  → Neuflächen „de facto“ alte Potenzialflächen

  OVG Lüneburg, Urt. v. 19.06.2019 (12 KN 64/17)

- Literatur: → Neuflächen müssen sich insoweit nach altem Plankonzept richten, dass sie jedenfalls harten Tabukriterien nicht widersprechen

2. Schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept

Auffassung des OVG Lüneburg lässt Vorschrift des § 249 Abs. 1 BauGB im Ergebnis leerlaufen:

- Zweck des § 249 Abs. 1 BauGB war es Anreize für Gemeinden zu schaffen, zusätzliche und damit positive Flächen auszuweisen, ohne alten FNP anrühren zu müssen
- dieser Zweck würde leerlaufen, wenn Neuflächen sich in das alte Konzept einfügen müssen
  - → hierfür müsste eine Gemeinde wieder eine vollständige Gesamtabwägung vornehmen und Prüfung der Aktualität der alten Planung – so: OVG Lüneburg, Urt. v. 19.06.2019 (12 KN 64/17)
- dies widerspricht aber gesetzlichen Zweck → sonst könnten Gemeinden auch gleich einen vollständigen neuen FNP aufstellen
- Außerdem: tatsächliche Umstände, die altem Plankonzept zugrunde lagen, könnten sich geändert haben (Wegfall von Tabuzonen oder Hinzukommen neuer Tabukriterien) → altes Plankonzept überholt

→ überzeugend ist daher Auffassung des OVG Münster, wonach neue Flächen als „isolierte Positivplanung“ unabhängig vom alten FNP sind

3. Rechtsfolge: Konzentrationswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB

- Rechtsfolge einer Ausweisung im Sinne des § 249 Abs. 1 BauGB ist, dass diese Planung mittelbar an der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB teilnimmt
- Innerhalb der Fläche ist die Errichtung von WEA bauplanungsrechtlich zulässig, außerhalb allerdings nicht

- OVG Lüneburg, Urteil v. 27.09.2018 (12 KN 191/17):
  - Der „positiven“ Darstellung zweier Konzentrationszonen durch Änderung des geltenden FNP komme keine normative, die Zulässigkeit eines Windenergievorhabens begründende Wirkung zu
  - Schränkt die Rechtsprechung des OVG Münster insoweit ein, als dass das OVG Münster von einer *„durch den Flächennutzungsplan nach § 35 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 249 BauGB planungsrechtlich eröffneten Nutzungsmöglichkeit“* spricht.

V. Chancen für kommunale Planungsträger und Projektierer

V. Chancen für kommunale Planungsträger und Projektierer

- Mit der „isolierten“ Positivplanung kann auf veränderte (rechtliche und tatsächliche) Umstände im Plangebiet reagiert werden
- Im Zusammenspiel mit der positiven Vorwirkung von Regionalplanentwürfen für Windenergievorhaben, die jedenfalls das VG Oldenburg (Urteil v. 19.06.2019, Az.: 1 A 2654/18) attestierte, kann daher bereits im Rahmen langwieriger Planungsprozesse der Regionalplanung eine Anpassung der Bauleitplanung erfolgen

- Sowohl Gemeinden, die weitere Flächen für die Windenergienutzung ausweisen wollen, als auch Projektierer, deren Vorhaben § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB entgegensteht, sollten daher die Möglichkeit der „isolierten“ Ausweisung weiterer Windeignungsflächen im Blick behalten

V. Chancen für kommunale Planungsträger und Projektierer

- Vorteile der isolierten Positivplanung sind daher:
  - positive Überplanung einzelner Flächen von geringem Umfang → daher weniger fehleranfällig als eine vollständige Konzentrations-Planung
  - Fokussierung der Planung auf ein einzelne, konkrete Flächen, wodurch isolierte Positivplanung nicht so planungsintensiv ist, z. B. artenschutzfachliche STN müssen nur für konkrete, neugeplante Fläche eingeholt werden
  - generell ein geringerer Zeit und Kostenaufwand
  - der alte Konzentrations-FNP ist von der Positivplanung unangetastet und die Konzentrationswirkung bleibt bestehen
  - Verstöße des alten FNP gegen das Gebot des Substanziellen-Raum-Schaffens (zu wenig ausgewiesene WEA-Flächen) könnten ggf. durch die zusätzliche isolierte Positivplanung neuer Flächen im Ergebnis geheilt werden

prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Bleiben Sie auf dem Laufenden - mit unserem …

Newsletter

prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

News

28.06.2019
Lücke in Übergangsvorschriften des EEG? - OLG Hamm zu fehlender Meldung bei Solaranlagen

Bereits seit Inkrafttreten des EEG 2009 mussten Betreiber von Solaranlagen den Standort und die installierte Leistung ihrer Anlage an die Bundesnetzagentur melden. Dies war schon damals zwingende Voraussetzung für den Vergütungsanspruch. Ab 2014 löste die Meldung zum Anlagenregister diese Meldepflicht ab. Seither beschäftigen pflichtwidrig unterbliebene Meldungen von Solaranlagen immer wieder die Rechtsprechung. […]

weiterlesen

27.06.2019
Aufräumen in Baden-Württemberg - Neue Erlasslage zu Waldumwandlung

Das baden-württembergische Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft hat auf jene zwei Beschlüsse des VG Freiburg vom Februar (die Entscheidung finden Sie hier) und März 2019 reagiert, in welchen das Gericht die sog. Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für Windenergieanlagen auf eine Waldumwandlungsgenehmigung erstreckt hatte. Bisher waren in Baden-Württemberg derartige Waldumwandlungsgenehmigungen, die […]

weiterlesen

24.06.2019
UNESCO Welterbe - OVG Koblenz erklärt Windenergieanlagen für zulässig

Das OVG Koblenz hat mit Urteil v. 06.06.2019 dem Antrag des Klägers auf erneute Verbescheidung über den Genehmigungsantrag für die Errichtung und den Betrieb von drei Windenergieanlagen in der Nähe vom UNESCO Welterbe "Oberes Mittelrheintal" stattgegeben. Das OVG Koblenz stellte in seiner Grundsatzentscheidung klar, dass nicht jede mögliche Blickbeziehung zwischen Windenergieanlagen

Leipziger Windrechtsforum am 22./23.01.2020

Anmeldeformular

Zurück per Mail an kontakt@prometheus.de oder per Fax an 0341/97856699

Name, Vorname

Firma

Anschrift/Rechnungsadresse

E-Mail

Telefon

Ich möchte am Leipziger Windrechtsforum teilnehmen:

☐ an beiden Tagen (250,–€ zzgl. 19 % USt)

an einem Tag (190,–€ zzgl. 19 % USt)
☐ 22.01.2020 *oder* ☐ 23.01.2020

☐ Ich nehme am 22.01.2020 am Get-together und am Abendessen teil

Jetzt Frühbucherrabatt sichern!
Bis 30.11.2019 zahlen Sie für beide Tage nur 220,–€ / für einen Tag nur 170,–€ (jeweils zzgl. 19 % USt.)

Hinweise:
Absage oder Programmänderung bleiben ausdrücklich vorbehalten.
Bei Ausfall der Veranstaltung wird die Teilnahmegebühr erstattet.
Bei Verhinderung ist die Benennung eines Ersatzteilnehmers möglich.

Veranstaltungsort
Vienna House Easy
Goethestr. 11, 04109 Leipzig

Bis zum **27.12.2019** steht im Tagungshotel ein beschränktes Zimmerkontingent zum Preis von 89,00 € pro Einzelzimmer und Nacht zur Verfügung. Bitte geben Sie hierzu bei der Buchung unter 0341/ 9115390 oder info.easy-leipzig@viennahouse.com das Stichwort **„prometheus"** an.

Veranstalter:
prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Salomonstr. 19, 04103 Leipzig
Telefon: 0341/978566-0
Fax: 0341/978566-99
E-Mail: kontakt@prometheus-recht.de
www.prometheus-recht.de

prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

22./23.01.2020

Leipziger Windrechtsforum

Probleme erkennen. Zukunft gestalten.

Mit aktuellen Ergebnissen zum Arbeitsplan des BMWi „Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land".

In Kooperation mit:

DKB Deutsche Kreditbank AG · TÜV NORD · BirdVision

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

Tel. 0341/978566-0
Fax 0341/978566-99

E-Mail: kontakt@prometheus-recht.de

www.prometheus-recht.de