

Isolierte Positivplanung – ein Erfahrungsbericht

29. Windenergietage 10. – 12. November 2021 in Potsdam

prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

www.prometheus-recht.de

Kanzlei

Die prometheus Rechtsanwalts-gesellschaft 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.

Sie finden uns am Stand 152

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

- I. Das „Dilemma“ der Gemeinden
- II. „Isolierte“ Positivplanung – Was ist das?
- III. Voraussetzungen einer Planung nach § 249 Abs. 1 BauGB
- IV. Ausblick und Chancen

I. Das „Dilemma“ vieler Gemeinden



I. Das „Dilemma“ vieler Gemeinden

- Zahlreiche alte Flächennutzungspläne (FNP) mit Konzentrationswirkung bestehen seit den 2000er Jahren → Rechtsprechung des BVerwG zur abschnittsweisen Planung (bspw. harte und weiche Tabukriterien) entwickelte sich erst später
- Gemeinden wollen oftmals an alten FNP festhalten, aber trotzdem neue Gebiete für Windenergie ausweisen
- (P) Neuaufstellung eines FNP mit Konzentrationswirkung birgt viele rechtliche Unsicherheiten für Gemeinde (z.B. hoher Zeit- und Kostenaufwand, Unsicherheiten in der Abgrenzung mit harten und weichen Tabukriterien)

Daher fragt sich:

Gibt es eine Möglichkeit, neue Flächen für die Windenergienutzung auszuweisen, ohne den bisherigen Konzentrations-FNP „anzutasten“ ?

II. Rechtliche Grundlagen



II. Rechtliche Grundlagen

1. Isolierte Positivplanung auf Flächennutzungsebene

- 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.“

- **„Isolierte Positivplanung“** = separate, nachträgliche (und zusätzliche) Ausweisung einzelner Flächen für die Windenergienutzung in Anschluss an einen sachlichen Teilflächennutzungsplan

II. Rechtliche Grundlagen

2. „Isolierte“ Positivplanung auf Regionalplanebene?

- Derzeit keine gesetzliche Regelung vorhanden
- **Allerdings:** Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 12.02.2020 zur geplanten Änderung des Bundesimmissionsschutzgesetzes (und anderer) mit dem Ziel der Förderung zur Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 03.12.2020) eine **Änderung des Raumordnungsgesetzes** vorgeschlagen
- Hiernach soll § 7 ROG um einen Absatz ergänzt werden:
„Bei der Fortschreibung von Raumordnungsplänen zur Festlegung zusätzlicher Gebiete für die Nutzung von Windenergie kann die Abwägung auf die Belange beschränkt werden, die sich auf die zusätzlichen Gebiete auswirken. Dabei kann von dem Planungskonzept, das der Abwägung über bereits festgelegte Gebiete zu Grunde gelegt wurde, abgewichen werden.“

II. Rechtliche Grundlagen

2. „Isolierte“ Positivplanung auf Regionalplanebene?

- Der Vorschlag zielt darauf ab, eine „isolierte“ Ausweisung von Flächen auch auf Regionalplanebene zu ermöglichen
- Hierdurch würde gesetzlich normiert, dass es den Planungsverbänden möglich ist, Teilregionalpläne nachträglich zu ändern und durch die Ausweisung weiterer Vorrang- und Eignungsgebiete für die Windenergienutzung zu ergänzen
- Durch die vorgeschlagene Änderung des ROG würde zudem klargestellt, dass in einem solchen Fall auch von dem bestehenden Planungskonzept (so z.B. der Festlegung harter und weicher Tabuzonen) abgewichen werden kann → weitgehender als § 249 Abs. 1 BauGB
- **Die Bundesregierung hat mit Stellungnahme v. 17.03.2021 erklärt, das Anliegen zur Verbesserung der Flächenverfügbarkeit für den Ausbau der Windenergie an Land zu unterstützen und weiter zu prüfen, wie das Anliegen verfolgt werden kann**

III. Voraussetzungen einer Planung nach § 249 BauGB



III. Voraussetzungen

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 → 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

III. Voraussetzungen

2. Schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept

- Frage: Ist Isolierte Positivplanung nur bei rechtmäßigen „alten“ FNP möglich?
- Planungskonzept für die „isolierte Positivplanung“ selbst nicht erforderlich – nur die Fläche wird „isoliert“ in den Blick genommen
- § 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
- Bestätigung durch OVG Münster, Urt. v. 17.05.2017 (2 D 22/15.NE):
 - § 249 Abs. 1 BauGB dient dazu, weitere Flächen für die Windenergienutzung zur Verfügung zu stellen
 - Gemeinde solle nicht aus Angst vor Fehlern im bestandskräftigen Planungskonzept auf Ausweisung weiterer Flächen verzichten
 - Bestehendes Planungskonzept sei geeignet, die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herbeizuführen → keine inzidente Überprüfung des Planungskonzeptes, Wirksamkeit wird unterstellt

III. Voraussetzungen

2. Schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept

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

III. Voraussetzungen

2. Schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept

- OVG Münster, Urt. v. 17.05.2017 (2 D 22/15:NE): § 249 Abs. 1 BauGB beinhaltet „gelöste Verbindung“ zwischen alter Planung und Positivplanung
 - Die neue isolierte Positivplanung berührt nicht den alten Flächennutzungsplan oder dessen Konzept
 - Altes Konzept muss weder in Frage gestellt noch zur Grundlage der „isolierten“ Ausweisung weiterer Windeignungsflächen gemacht werden
 - Planungsträger müssen weitere Windeignungsflächen somit nicht auf der Grundlage des alten Planungskonzeptes ausweisen und damit nicht erneut begründen, dass damit die Anforderungen des § 35 Abs. 3 S.3 BauGB erfüllt werden
 - Ansonsten würde die Regelung des § 249 Abs. 1 BauGB leerlaufen, da ihr keine Funktion zukommen würde

III. Voraussetzungen

2. Schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept

- OVG Lüneburg, Urt. v. 19.06.2019 (12 KN 64/17): § 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
 - Mit der Ausweisung neuer Flächen muss damit zwingend in die Gesamtplanung mit neuer Abwägung eingestiegen werden → durch Ausweisung zusätzlicher Flächen kommt es zu einer Veränderung der Verhältnisse von Positiv- und Negativflächen und damit zur Störung des Planungskonzeptes

III. Voraussetzungen

2. Schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept

- **Allerdings:** Auffassung des OVG Lüneburg lässt Vorschrift des § 249 Abs. 1 BauGB im Ergebnis leerlaufen:
 - Zweck des § 249 Abs. 1 BauGB: Anreize für Gemeinden zusätzliche und damit positive Flächen auszuweisen, ohne alten FNP anfassen zu müssen
 - 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
 - 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

III. Voraussetzungen

2. Schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept

- OVG Lüneburg hielt auch mit Entscheidung v. 26.02.2020 (12 KN 182/17) an seiner Auffassung fest und stellt sich klar gegen die Entscheidung des OVG Münster
 - Wortlaut des Gesetzes stütze es nicht, dass weitere Flächen ohne gesamträumliches Planungskonzept ausgewiesen werden können
 - Mit der Darstellung neuer Sonderbauflächen gehe die Aufhebung von Ausschlusszonen einher, sodass sich das Gewicht zwischen Konzentrationszonen und Ausschlusszonen insgesamt verschiebe – es bedürfe daher einer erneuten Rechtfertigung, um den Anforderungen des § 1 Abs. 3 u. Abs. 7 BauGB zu genügen
 - Vollständige Gesamtabwägung erforderlich

III. Voraussetzungen

2. Schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept

- OVG Lüneburg überzeugt aber in keiner Weise:
 - § 249 Abs. 1 BauGB spricht von „**zusätzlichen Flächen**“ → müsste auch nach § 249 Abs. 1 BauGB ein neues Planungskonzept aufgestellt werden, wären allerdings alle Flächen „gleich“; es gäbe dann keine „alten“ und keine „zusätzlichen“ Flächen
 - Auffassung des OVG Lüneburg schon nicht mit dem Wortlaut des § 249 BauGB vereinbar
 - Wille des Gesetzgebers, Verfahren einfacher zu gestalten, ist offensichtlich erkennbar und muss in richterlicher Auslegung der Vorschrift Beachtung finden → OVG Lüneburg folgt Willen des Gesetzgebers an dieser Stelle nicht
- Neben dem OVG Münster spricht sich auch die mehrheitliche Fachliteratur gegen die Ansichten des OVG Lüneburg aus: z. B.: *Söfker* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 142. EL Mai 2021, § 249 Rn. 9; *Michler* in: Kröniger/Aschke/Jeromin, BauGB, 4. Aufl. 2018 § 249 Rn. 3; *Menne/Wegner*, ZfBR 2020, 336, 340; *Osing*, NVwZ 2020, 749

III. Voraussetzungen

3. Rechtsfolge und prozessuales Risiko

- Innerhalb der Fläche ist die Errichtung von WEA bauplanungsrechtlich zulässig, außerhalb allerdings weiterhin nicht
- Isolierte Positivplanung erzeugt keine Ausschlusswirkung iSd. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB
- Ist es Dritten möglich, die isolierte Positivplanung einer Gemeinde gerichtlich überprüfen zu lassen?
 - Im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens? (-)
 - Gem. § 47 Abs. 1 VwGO nur Satzungen → Bebauungspläne
 - BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 (4 CN 2/06): Auch Flächennutzungspläne für die Windenergienutzung mit Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB können Gegenstand einer Normenkontrolle sein
 - Isolierte Positivplanung löst keine Konzentrationswirkung aus → Überprüfung im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens nicht möglich

IV. Ausblick und Chancen



IV. Ausblick und Chancen

- Vorteile der isolierten Positivplanung sind:
 - Positive Überplanung einzelner Flächen → weniger fehleranfällig
 - Positivplanung ist nicht so planungsintensiv, z. B. artenschutzfachliche Gutachten müssen nur für konkrete, neugeplante Fläche eingeholt werden
 - 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
- Sowohl Gemeinden als auch Projektierer sollten daher die Möglichkeit der „isolierten“ Ausweisung weiterer Windeignungsflächen beobachten → eher Chancen als Risiken

IV. Ausblick und Chancen

- Zwei Fragen noch nicht abschließend geklärt:
 - Darf sich „isolierte“ Ausweisung in direkten Widerspruch zur „alten“ Planung setzen?
 - OVG Münster: Keine Verbindung zwischen „alter“ und „neuer“ Planung → Einfügen in bisheriges Planungskonzept nicht erforderlich
 - OVG Lüneburg: Erneute Überprüfung des gesamten Planungskonzeptes notwendig
 - Besteht die Möglichkeit, mit der Ausweisung zusätzlicher Flächen das „alte“ Planungskonzept zu heilen?
 - Besondere Relevanz durch aktuelles Sondierungspapier → bundesrechtlich normierte Flächenvorgaben zu erwarten
 - „Aktualisierungsklausel“ zur Überprüfung der Vereinbarkeit von FNP mit bundesrechtlichen Flächenvorgaben möglich
 - Durch isolierte Positivplanung könnten Gemeinden Aufhebung der gesamten Flächennutzungsplanung entgehen, sofern Heilungsmöglichkeit angenommen wird

Auf dem Laufenden bleiben ...



 prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

News



19.03.2019
Update Bedarfsgesteuerte Nachtkenzeichnung - Ausnahmeanträge jetzt prüfen!

Eine kleine Anfrage der Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen hat kürzlich zu Tage gefördert, dass die vom Gesetzgeber im Zusammenhang mit der bedarfsgesteuerten Nachtkenzeichnung favorisierte und als besonders wirtschaftlich angepriesene Transponderlösung aktuell noch nicht anerkannt ist. Es bleibt unklar, wie lange eine gesetzliche Umsetzung noch dauert. Zwar hat der Gesetzgeber der Bundesnetzagentur die Möglichkeit eingeräumt, den Zeitpunkt für die Pflicht zur bedarfsgesteuerten Nachtkenzeichnung zu verschieben. Ob und wann sie davon Gebrauch macht, ist offen. [...]

[weiterlesen](#)



15.03.2019
Abschied vom "grünen Netz" - Reform der Stromsteuer

Die seit drei Jahren geplante Reform der Stromsteuer hat endlich den Schritt in das parlamentarische Verfahren geschafft. Bereits im Jahr 2016 war ein Vorschlag der Bundesregierung zur Änderung des Energiesteuer- und Stromsteuergesetzes im Entwurfsstadium steckengeblieben. Im Oktober 2018 hatte das Bundesfinanzministerium erneut einen Referentenentwurf veröffentlicht. Am 14.03.2019 fand nunmehr die erste Lesung des Gesetzentwurfs im Bundestag statt. [...]

[weiterlesen](#)



13.03.2019
Eigenverbrauch oder Drittlieferung? - Meldefristen beachten!

Angesichts steigender Strompreise haben sich in den vergangenen Jahren vielfältige Kontakte zum Eigenverbrauch und Strom abhakt



 prometheus
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

News



05.03.2019
Negative Strompreise - Vergütungskürzung für Windenergie?

Sturmtief "Bennet" bescherte der Strombörse in der Nacht vom 04.03.2019 zum 05.03.2019 wieder einmal negative Strompreise. Dies haben die deutschen Übertragungsnetzbetreiber auf ihrer Informationsplattform mitgeteilt. Für zahlreiche Windenergieanlagen bedeutet das eine Kürzung ihrer Einspeisevergütung - oder doch nicht? [...]

[weiterlesen](#)



20.02.2019
Unveränderter Trend - Ausschreibungsergebnisse Februar 2019

Die Bundesnetzagentur hat am 15.02.2019 die Ausschreibungsergebnisse zum Gebotstermin 01.02.2019 für Windenergie an Land und Solaranlagen veröffentlicht. Diese sind wenig überraschend - der Trend der letzten Ausschreibungsrunden setzt sich auch in 2019 fort. Niedriges Wettbewerbsniveau bei Windenergieanlagen Wie bereits in der vorangegangenen Gebotsrunde (wir berichteten hier) war das Ausschreibungsvolumen erneut deutlich unterzeichnet. Bei einer ausgeschriebenen [...]

[weiterlesen](#)



13.02.2019
Neuer "Leitfaden Artenschutz an Windenergieanlagen in Sachsen-Anhalt" auf dem Prüfstand

Das Ministerium für Umwelt, Landschaft und Energie des Landes Sachsen-Anhalt hat Ende letzten Jahres den neuen "Leitfaden Artenschutz an Windenergieanlagen in Sachsen-Anhalt" vorgestellt. Schwerpunkt des Leitfadens ist artenschutzrechtliche Prüfung auf Regionalplan- und Flächennutzungsplanebene und im

Anmeldung [hier](#)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

prometheus Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

Tel. 0341/978566-0

Fax 0341/978566-99

E-Mail: kontakt@prometheus-recht.de

www.prometheus-recht.de