

Aktenvermerk
Abweichung von § 245e Abs. 5 BauGB mit § 13b LaplaG
Tabu- und Abstandskriterien als Ziele der Raumordnung
(Az. 10461/16)

I.

Sachverhalt

Dem Mandanten, dem Bundesverband WindEnergie e.V. (BWE), Landesverband Schleswig-Holstein, liegt zurzeit der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes (Stand 01.12.2023) vor. Dort ist vorgesehen, dass in Abweichung zu § 245e Abs. 5 BauGB ein neuer § 13b ins LaplaG eingeführt wird. Diese Bestimmung sieht als § 13b Abs. 1 Nr. 2 LaplaG vor, dass, wenn eine Gemeinde eine Zielabweichung plant, dem unter anderem nur stattgegeben soll, wenn

„die Fläche von der Gemeinde unter Beachtung der im Landesentwicklungsplan für Windenergie an Land festgesetzten Ziele der Raumordnung ermittelt worden ist.“

Die Begründung des Gesetzentwurfs sieht dazu vor:

„§ 13b LaplaG soll durch Absatz 1 dem vom Landes- und Bundesgesetzgeber favorisierten planerisch gesteuerten Windenergieausbau (hinsichtlich der bundesgesetzlichen Ausführungen zum WindBG vgl. BT-Drs. 20/2355 S. 26) Rechnung tragen. Durch die festgelegten Tatbestandsvoraussetzungen (insbesondere Nummer 1 und 2 des Absatzes 1) wird gewährleistet, dass keine Windenergiegebiete auf Bauleitplanungsebene entstehen, die losgelöst von bereits ausgewiesenen aber auch von in Planung befindlichen Windenergiegebieten auf Raumplanungsebene sind. Dies gewährleistet einen geordneten und schlussendlich in der Bevölkerung geeinten und akzeptierten Windausbau in Schleswig-Holstein.“

Weiter erläutert werden die Absichten im Anschreiben des Ministeriums für Inneres, Kommunales, Wohnen und Sport vom 5. Dezember 2023 an die Mitglieder des Landesplanungsrats. Dort wird ausgeführt, dass die im Landesentwicklungsplan festgelegten Ziele der Raumordnung modifiziert werden sollen. Wörtlich heißt es:



„In der für 2024 vorgesehenen Teilfortschreibung des LEP Wind will das Land dann die bisherigen harten und weichen Tabukriterien zu entsprechenden Zielen der Raumordnung erklären. Dies sind zum Beispiel Abstände zur Wohnbebauung, zu Naturschutzgebieten oder Wäldern. Diese Mindestabstände müssen auch von der Landplanungsbehörde bei der Ausweisung von Windenergie-Vorranggebieten zugrunde gelegt werden.“

Weiter heißt es:

„Die der kommunalen Planung unter den neuen Regelungen zugängliche Potenzialfläche liegt bei etwa 9 Prozent der Landesfläche. Abzüglich der in den Regionalplänen auszuweisenden rund 3 Prozent Windenergie-Vorranggebiete verbleiben also rund 6 Prozent der Landesfläche, in der Kommunen eigene Windenergiegebiete planen können.“

Insgesamt zeigt sich, dass die vorgesehenen Regelungen zum Zielabweichungsverfahren durch neue Ziele der Raumordnung, die ähnlich wie die im Moment in der Teilfortschreibung des Landesentwicklungsplans 2010, Kap. 3.5.2 (Windenergie an Land) unter Nr. 3 G vorgesehenen räumlichen Kriterien zur Steuerung der Windenergienutzung vorgesehenen harten und weichen Tabukriterien, nicht für die gemeindliche Bauleitplanung im Wege der Zielabweichung zur Verfügung stehen sollen. In den insoweit betroffenen Flächen sollen keine gemeindlichen Ausweisungen von Windenergiegebieten vorgenommen werden können.

Die entsprechenden Kataloge sind umfassend und betreffen, wie schon in dem vorgenannten Schreiben vom 5. Dezember 2023 beschrieben, eine Vielzahl von Flächen mit unterschiedlichen mit der Windenergie konkurrierenden Nutzungsansprüchen, die dazu führen, dass sich die Möglichkeiten der Gemeinde zur eigenständigen Flächenausweisung auf einen geringen Prozentsatz der Fläche des Landes konzentrieren würden.

Kern der Absichten des Landesgesetzgebers ist darauf gerichtet, die Möglichkeiten, die § 245e Abs. 5 BauGB für die Gemeinden schafft, dadurch zu begrenzen, dass abstrakt die Flächen, die für die Windenergienutzung im Wege der Zielabweichung, abweichend von den konzentrierenden Regelungen der Regionalpläne, entwickelt werden können, auf einen durch bestimmte Kriterien definierten – geringen – Bereich des Landes beschränkt werden.



II. Fragestellung

Die Mandantin fragt an, ob das im Sachverhalt beschriebene System der Steuerung der Zielabweichungsverfahren im Land Schleswig-Holstein rechtlich zulässig ist.

Dabei beschränkt sich diese Prüfung allein auf die Frage, ob sich die als Grundsätze der Raumordnung vorgefundenen Kriterien zur räumlichen Steuerung der Windenergienutzung zu Zielen der Raumordnung aufwerten lassen.

III. Rechtliche Würdigung

Dabei stößt die entsprechende Möglichkeit zur weiträumigen unmittelbaren Konzentration der Windenergienutzung durch abstrakte Abstandsvorgaben und Ausschlussflächen an rechtliche Schwellen, die sich aus der Spezialität anderer Regelungen ergeben (vgl. dazu unter 1) sowie den fachrechtlichen Vorrang, insbesondere der Regelungen des Bauplanungs- und des Naturschutzrechts (dazu unter 2.). Letztlich bleibt darauf hinzuweisen, dass eine Schlussabgewogenheit der Regelungen für das gesamte Landesgebiet jedenfalls problematisch ist (vgl. dazu unter 3.).

1. Spezialität

Dabei ist zunächst zu klären, ob das vorgesehene System der weitreichenden Negativsteuerung durch Ziele der Raumordnung sich umsetzen lässt. Die abstrakte Bestimmung von Abständen zwischen Windenergie- und Wohnnutzung ist eine bodenrechtliche Aufgabe (vgl. Decker, ZfBR 2021, 19 (20)) und entzieht sich der – unmittelbaren – Regelung durch die Raumordnungsplanung. In der Vergangenheit wurde das im Hinblick auf die Spezialität aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verneint. Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht (Urt. v. 12.04.2021 – 12 KN 159/18 – juris Rz. 109 m.w.N.) führt dazu aus:

„Namentlich negative Ziele der Raumordnung, die mit positiven Standortzuweisungen an anderer Stelle nicht durch das gesamträumliche Planungskonzept einer Konzentrationsflächenplanung verbunden sind, lassen sich jedoch als eine räumlich begrenzte Verhinderungsplanung werten, die im Hinblick auf die Spezialität



des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im Verhältnis zu § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB unzulässig ist.“

Mit dem Wegfall der Möglichkeit der Konzentrationszonenplanung für die Windenergie, ab Februar 2024, ist diese Argumentation nicht ohne Weiteres fortzuführen, denn es ist ein neues System der Steuerung der Windenergienutzung ohne konzentrierende Regelungen vorgesehen. Insoweit sieht § 249 Abs. 1 BauGB explizit vor, dass zukünftig für Windenergieanlagen an Land § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht anzuwenden ist.

Jedoch ist zu betrachten, dass die Funktionen der Ziele der Raumordnung in den Tabu- und Abstandskriterien des Landesentwicklungsplans die fortgeltende Konzentrationswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aus den fortgeltenden Regionalplänen aus dem Jahr 2020 flankieren sollen. Insoweit bleibt es dabei, dass im Hinblick auf die Übergangsbestimmungen aus § 249 Abs. 1 Satz 2, 3 BauGB die vorgenannte Rechtsprechung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts unmittelbar weiter greift, und wegen dieser Spezialität der konzentrierenden Regelung die Setzung von flankierenden Zielen der Raumordnung neben der Konzentration rechtlich aus Spezialitätsgründen unmöglich ist.

Selbst wenn man das anders sehen sollte, gilt, dass die Umstellung der Planungssystematik dazu dienen sollte, mit einer Entlastung der Planungsverfahren als auch der zu ihrer Überprüfung berufenen Gerichte einherzugehen. Das sollte durch eine Umstellung der Planung auf eine reine Positivplanung erfolgen (Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Losebls. Stand: Februar 2023, § 249 Rz. 35). Das schließt erst rechts aus, dass der Planungsträger negative Vorgaben für die Windenergienutzung setzt.

Insoweit bleibt es dabei, dass, im Hinblick auf die speziellen Regelungen im Bundesrecht, sich raumordnerische Zielfestlegungen zur negativen Steuerung der Windenergienutzung vor dem Hintergrund der spezialisierten Regelungen im BauGB verbieten.

2. Fachrechtlicher Vorrang

Dem Auftrag des Trägers der Raumordnungsplanung zur zusammenfassenden und übergeordneten Planung sind Zuständigkeitsgrenzen durch die Fachplanung gesetzt (*Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl., § 1 Rz. 76; *Gierke/Blessing*, in: Brügelmann, BauGB, Losebls. Stand: März 2018, § 1 Rz. 340). Die Ziele der Raumordnung erfordern einen Raumbezug. Sie ergehen „*im Interesse der räumlichen Gesamt-*



entwicklung alle auftretenden Nutzungsansprüche an den Raum“ und sollen „alle raumbedeutsamen Belange zu koordinieren“ (BVerwG, Urt. v. 17.09.2003 – 4 C 14.01 –, juris Rz. 32).

Das führt dazu, dass die Raumordnungsplanung nicht in zulässigerweise getroffene fachrechtliche Entscheidungen eingreifen oder diese modifizieren darf, oder den Vollzug von Fachgesetzen praktisch an sich ziehen (*Schulte*, NVwZ 1999, 942 (943); *Kümper*, UPR 2018, 463 (463); *Runkel*, a.a.O., § 1 Rz. 76). Die Raumordnungsplanung ist keine „Superplanung“, die alle denkbaren Lebens- und Rechtsbereiche mit der Setzung von verbindlichen Regelungen durch Ziele der Raumordnung überziehen und überprägen kann. Der Regionalplanung ist es verwehrt, im Gewande überörtlicher Gesamtplanung auf der Grundlage des Fachrechts zulässigerweise getroffene verbindliche Regelungen, *„durch eigene (gleichlautende oder abweichende) Zielfestlegungen zu überlagern oder zu ersetzen.“* (BVerwG, Urt. v. 30.01.2003, 4 CN 14.01 – juris Rz. 27). Zur Zuständigkeitsgrenze hat sich auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof (Entscheid. v. 14.08.1987 – Vf. 55–IX–87 – juris. Lz.6) anschaulich geäußert:

„Regelungen der Raumordnung können nicht so weit gehen, dass Fachentscheidungen mit unmittelbarer Verbindlichkeit für Jedermann und unter Ausschluss jedes Verwaltungsverfahrens zum konkreten Vollzug von Gesetzen im Einzelfall in normativer Form getroffen werden. Dies widerspräche dem Charakter raumordnender und landesplanerischer Rechtsnormen, die nur Rahmen und Grundlagen hierauf aufbauender Entscheidungen der zuständigen Verwaltungsbehörden nach den jeweiligen Fachgesetzen sein können.“

Aus diesen Gründen verbieten sich spezifische Festsetzungen zu fachrechtlichen Regelungen im Raumordnungsrecht. Dazu das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht (Urt. v. 12.04.2021 – 12 KN 159/18 – juris Rz. 116):

„Denn der Regionalplanung ist es verwehrt, im Gewande überörtlicher Gesamtplanung auf der Grundlage des Naturschutzrechts zulässigerweise getroffene verbindliche fachliche Regelungen, wie sie Natur- und Landschaftsschutzverordnungen enthalten, durch eigene (gleichlautende oder abweichende) Zielfestlegungen zu überlagern oder zu ersetzen (BVerwG, Urt. v. 30.1.2003 - BVerwG 4 CN 14.01 - , BVerwGE 117, 351 ff., hier zitiert nach juris, Rn. 27).“

Das gilt erst recht für den Träger der Landesplanung.



Der aktuelle Katalog der harten und weichen Tabukriterien weist zahlreiche solcher Überprägungen auf. In den Tabukriterien finden sich Regelungen zum Abstand zu Wohnnutzungen, die wesentlich immissionsschutzrechtlich begründet werden, und die so unzulässig sind. Die Notwendigkeit der Abstände bestimmt sich nach fachrechtlichen immissionsschutzrechtlichen oder bauplanungsrechtlichen Maßgaben (§ 249 Abs. 10 BauGB). Das gilt auch für straßenrechtliche Anbaubeschränkungszone oder denkmalrechtlich notwendige Abstände, die fachrechtlich durch den Umgebungsschutz geregelt sind. Abstände, die aus luftverkehrlichen Gründen gewählt werden, sind fachrechtlich geregelt, auch sämtliche Kriterien, die sich mit Arten- oder Habitatschutz beschäftigen, haben eine fachrechtliche Ableitung. Das gilt auch für den notwendigen Abstand zu Waldflächen.

Eine Festlegung als Ziel der Raumordnung scheidet aus.

Auch im Hinblick auf die Regelung in § 249 Abs. 9 Satz 1 BauGB besteht keine Kompetenz des Trägers der Raumordnungsplanung, Mindestabstände zu Wohnnutzungen festzusetzen. Das Bauplanungsrecht weist die entsprechende Kompetenz dem Landesgesetzgeber zu. So kann erneut auf das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht (Urt. v. 12.04.2021 – 12 KN 159/18 – juris Rz. 120) hingewiesen werden, wenn es ausführt:

Es „kommt allerdings auch insoweit eine Überschreitung seiner raumordnungsrechtlichen Kompetenzen in Betracht. Denn gemäß § 249 Abs. 3 Satz 1 BauGB a. F. waren selbst lediglich entprivilegierend und nicht – wie hier – gänzlich ausschließend wirkende Abstandsregelungen den Landesgesetzgebern vorbehalten. Dies galt namentlich für solche Abstände, die größer sein sollten, als dies ansonsten nach geltendem Recht notwendig war (vgl. Scheidler, in Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 249 Rn. 37). Vergleichbares trifft auf die heutige Regelung des § 249 Abs. 3 Satz 1 und 2 BauGB zu. Auch vor diesem Hintergrund ist zu bezweifeln, dass für die Regionalplanung eine neben diese bundesgesetzliche Öffnungsklausel tretende eigene Kompetenz besteht, außerhalb der „klassischen“ Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und den Landesgesetzgebern vergleichbar, aber über § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB wirkend Abstände zur Wohnbebauung festzulegen. Wäre dies raumordnungsrechtlich möglich und gewollt, bestünde nämlich für die bauplanungsrechtliche Öffnungsklausel kein Bedürfnis.“



Die Ausführungen gelten im Hinblick auf die aktuelle Regelung des § 249 Abs. 9 Satz 1 BauGB im Bauplanungsrecht zur Bestimmung von Abständen fort, es besteht keine Kompetenz des Trägers der Raumordnungsplanung, Abstände zur Wohnnutzung zu setzen. Eine Festlegung der entsprechenden Abstände als Ziele der Raumordnung scheidet aus.

3. Keine Möglichkeit der Schlussabwägung

Die Festlegung von Zielen der Raumordnung erfordert zudem eine hohe Abwägungsdichte. Auch wenn das nicht abschließend prognostiziert werden kann, scheint praktisch ausgeschlossen, dass der umfängliche Katalog der harten und weichen Tabukriterien aus der Teilfortschreibung des Landesentwicklungsplans (LEP) 2010, Kap. 3.5.2 im Einzelfall und Abwägungsrecht durch den Träger der Landesplanung gesetzt werden könnte. Ziele der Raumordnung müssen vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogen sein, § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG. Das hat Auswirkungen auf den Abwägungsprozess bei der Setzung solcher strikt verbindlichen Ziele. Je konkreter raumordnerische Festlegungen mit Zielqualität sind, umso größer sind die Anforderungen, die an die Ermittlungstiefe und die Abwägungsdichte einer raumplanerischen Zielfestlegung zu stellen sind.

Als Grundsätze der Raumordnung wären diese Ausschlusskriterien gem. § 4 Abs. 1 ROG lediglich bei Abwägungs- und Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen und damit im Einzelfall überwindbar. Bei Festlegung der Ausschlusskriterien als Ziele der Raumordnung gilt dies nicht. Bei Zielen der Raumordnung, die unmittelbar wirken und auf nachfolgenden Planungsebenen und im Genehmigungsverfahren nicht überwunden werden können, besteht keine Korrekturmöglichkeit in der Rechtsanwendung, um Härten für den Grundstückseigentümer zu mildern. Sollten die pauschalen Erwägungen, die hinter den Ausschlusskriterien stehen, im konkreten Einzelfall nicht greifen, wäre das hinzunehmen.

Eine angemessene Abwägung nach § 8 Abs. 2 ROG, im Hinblick auf den abschließenden Gebietsausschluss für die Windenergienutzung, kann auf abstrakter Ebene des Landesentwicklungsplans kaum vorgenommen werden. Dazu müssten die spezifischen Gegebenheiten vor Ort und die Auswirkungen auf immerhin über 90% des Landesgebietes schlussabgewogen sein. Dass das nicht erfolgen kann, liegt auf der Hand; Abwägungsfehler bei der Festsetzung sind programmiert.



Letztlich bleibt darauf hinzuweisen, dass eine Schlussabgewogenheit der abstrakten Vorgaben zur Steuerung der Windenergienutzung vor dem Hintergrund auch der Interessen aus § 2 EEG ausfallen muss.

IV. Ergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Änderung des Landesentwicklungsplans in der Form, mit der die planerischen Vorgaben zur Steuerung der Windenergie (Tabu- und Abstandskriterien) als Ziele der Raumordnung vorgegeben sind, rechtswidrig und damit unwirksam wäre. Das gilt explizit für die Vorgaben zu den Abständen zur Wohnbebauung und zur Nichtnutzung von empfindlichen Gebieten. Ein entsprechender Raumordnungsplan wäre rechtswidrig und unwirksam.

Vor diesem Hintergrund funktioniert auch das über § 13b LaplaG-E vorgesehene System der Beschränkung der Möglichkeiten der Gemeinden auf die entsprechenden Flächen nicht. Denn der gesetzlich gewählte Anknüpfungspunkt an Ziele der Raumordnung im Landesentwicklungsplan liefe leer.

Abschließend bleibt darauf hinzuweisen, dass durch die vorgesehene gesetzliche Regelung jedenfalls mittelbar der Landesentwicklungsplan zum Gegenstand von Normenkontrollverfahren werden wird und die beabsichtigte Regelung so absehbar Streitigkeiten erzeugt, die vermieden werden könnten, wenn den Gemeinden die bundesgesetzlich eingeräumten Möglichkeiten ungeschmälert verbleiben würden.

Hamburg, 18. Dezember 2023

Gez. Dr. Hirsch/gb