

Rechtliche Fragestellungen im Rahmen der Begleitung von EE-Projekten

10. Windenergietag Rheinland-Pfalz

21. Juni 2017

Rechtsanwalt Daniel Birkhölzer

Mit derzeit insgesamt 12 Rechtsanwälten,
davon fünf Anwaltsnotare, beraten und
vertreten wir deutschlandweit vornehmlich
Betreiber und **Planer** umfassend in den Bereichen ...

Öffentliches Bau- und Planungs- sowie
Immissionsschutzrecht:

- **Franz-Josef Tigges**
- **W. Andreas Lahme**
- **Dr. Oliver Frank**
- **Daniel Birkhölzer**

Energiewirtschaftsrecht, EEG,
Gewährleistungs- und Versicherungsrecht:

- **Andreas Schäfermeier**
- **Dr. Mathias Schäferhoff**
- **Martina Beese**
- **Katharina Vieweg-Puschmann**



Inhalt

1. Windenergie und Planung - einige grundsätzliche Anmerkungen
2. Rechtmäßigkeit des Ziels 163 h des Entwurfs des LEP IV - eine Bewertung
3. Planungsrechtliche Regelungen über Mindestabstände in anderen Bundesländern - ein Vergleich
4. Übergangsregelung

Windenergie und Planung

- Privilegierung von Windenergie, § 35 I Nr. 5 BauGB
 - Planvorbehalt, § 35 III 3 BauGB („Konzentrationszonenplanung“)
 - schlüssiges, gesamträumliches Plankonzept
 - Ausschluss sog. Negativflächen bei gleichzeitiger Festlegung von Positivflächen („*kompensatorische Negativplanung*“)
 - Windenergie muss „substantieller Raum“ verbleiben
- = gemeindliche Planung schränkt Privilegierung wieder ein

Ziel 163 h

„Bei der Errichtung von Windenergieanlagen ist ein Mindestabstand dieser Anlagen von mindestens 1.000 Metern zu reinen, allgemeinen und besonderen Wohngebieten, zu Dorf-, Misch- und Kerngebieten einzuhalten.

Beträgt die Gesamthöhe dieser Anlagen mehr als 200 Meter, ist ein Mindestabstand von 1.100 Metern zu den vorgenannten Gebieten einzuhalten.“

Ziel 163 h

- Landesregierung hält eine Nachregulierung bei der planerischen Steuerung der Windenergienutzung für erforderlich
- durch die Änderung des LEP sollen zusätzliche Ausschlussbereiche verbindlich geregelt werden
- Ziel 163 h als unmittelbar geltendes Ziel der Raumordnung
- besserer Schutz der in der räumlichen Nähe von WEA lebenden Menschen beabsichtigt, daher größerer Mindestabstand als der durch die TA Lärm zum BImSchG vorgegebene Mindestabstand angemessen

Rechtmäßigkeit des Ziels 163 h?

Problem 1: Zielcharakter?

- Ziele der Raumordnung sind verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbaren, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen, vgl. § 3 Nr. 2 ROG
- Berücksichtigung sämtlicher Belange i.S. des § 7 II ROG im Rahmen der Abwägung?
- hinreichende Ermittlung der Auswirkungen des Ziels 163 h für den weiteren Ausbau der Windenergie?

Rechtmäßigkeit des Ziels 163 h?

Problem 2: Verstoß gegen Gesetzgebungszuständigkeit?

- Art. 74 I Nr. 18 GG: „Bodenrecht“
- Bodenrecht = Regelungen von Art und Umfang der (baulichen) Nutzbarkeit des Boden
- Ziel 163 h berührt die gesetzliche Privilegierung von WEA
- Regelungen des § 35 BauGB dienen jedoch dazu, konkurrierende Bodennutzungen und Bodenfunktionen zu koordinieren und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen

Rechtmäßigkeit des Ziels 163 h?

Problem 3: Zulässigkeit einer isolierten Negativplanung?

- kein Plankonzept i.S. des § 35 III 3 BauGB im LEP-Entwurf, Ausschluss von WEA im 1.000 m-Radius soll vielmehr über isolierte Negativziele i.S. des § 35 III 2 BauGB erfolgen
- Wortlaut des § 35 III 2 BauGB lässt dies grundsätzlich zu
- Problem: wäre eine verbindliche Steuerung der Windenergie über isolierte Ausschlussziele i.S. des § 35 III 2 BauGB möglich, bliebe für § 35 III 3 BauGB kein Raum mehr

Rechtmäßigkeit des Ziels 163 h?

- Landesplanung könnte Windenergie steuern, ohne den Einschränkungen des § 35 III 3 BauGB unterworfen zu sein
- Widerspruch zum Regelungszweck des § 35 III 3 BauGB
- § 35 III 3 BauGB beansprucht daher in seiner Konkurrenz zu § 35 III 2 BauGB Exklusivität (vgl. auch *Gatz*, Rdn. 161)
- Standortsteuerung von WEA kann demnach nicht isoliert durch negative Inhalte von FNP oder Raumordnungsplänen erfolgen (vgl. *OVG Münster*, Urt. v. 22.09.2015 - 10 D 82/13.NE; *OVG Schleswig*, Urt. v. 20.01.2015 - 1 KN 6.13)

Planerische Vorgaben über Mindestabstände

1. Art. 82 Abs. 1 BayBO

„ § 35 I Nr. 5 BauGB findet auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung, wenn diese Vorhaben einen Mindestabstand vom 10-fachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB), innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (§ 34 BauGB) - sofern in diesen Gebieten Wohngebäude nicht nur ausnahmsweise zulässig sind - und im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 VI BauGB einhalten.“

Planerische Vorgaben über Mindestabstände

- Einschränkung der gesetzlichen Privilegierung
- Eingriff in § 35 I Nr. 5 BauGB erfolgt jedoch auf der Rechtsgrundlage des § 249 III BauGB
- Art. 82 BayBO führt nicht zur bauplanungsrechtlichen Unzulässigkeit von Windenergieanlagen
- vielmehr Behandlung von Windenergieanlagen als sonstige Vorhaben i.S. des § 35 II BauGB
- Möglichkeit der Aufstellung qualifizierter Bebauungspläne bleibt unberührt

Planerische Vorgaben über Mindestabstände

2. Ziel 3.2 der Änderung des Landesentwicklungsplans Hessen 2013

„Z 3 Die Festlegung der „Vorranggebiete zur Nutzung der Windenergie“ hat auf der Grundlage eines planerischen Konzeptes zu erfolgen, für das die nachfolgend aufgeführten Kriterien maßgeblich sind:

(...)

b) zu bestehenden und geplanten Siedlungsgebieten ist ein Mindestabstand von 1 000 m zu wahren; (...)“

Planerische Vorgaben über Mindestabstände

- Z 3 enthält allein Vorgaben für gemeindliche Planung
- zudem lag der Änderung des LEP Hessen ein umfangreiches Plankonzept zugrunde
- nach § 35 III 3 BauGB ist es grundsätzlich möglich, bereits im Vorfeld zur Abwehr schädlicher Umwelteinwirkungen gebietsbezogen das Maß des Hinnehmbaren zu steuern
- aber: Unverhältnismäßigkeit, wenn Festlegung eines Mindestabstands zu einer Verhinderungsplanung führt (vgl. *VGH Kassel*, Urt. v. 23.09.2015 - 4 C 358/14.N, ZNER 2015, 580)

Übergangsregelung

- Schreiben Innenministerium vom 14.10.2016
- das „alte Recht“ ist anzuwenden, wenn das Genehmigungsverfahren bis zum 30.04.2017 abgeschlossen werden kann und die sonstigen planungsrechtlichen Voraussetzungen vorliegen
- jedoch keine Ausnahme möglich, wenn die geplante Anlage nicht innerhalb eines ausgewiesenen Sondergebiets für Windkraft eines Flächennutzungsplanes liege
- unternehmerischer Vertrauensschutz scheidet in diesen Fällen aus, da „mangels eines genehmigten Flächennutzungsplanes die Planungsvoraussetzungen fehlen“

Fazit

1. Erhebliche Zweifel an Rechtmäßigkeit des Ziels 163 h des Landesentwicklungsprogramms
2. Erhebliche Zweifel an Rechtmäßigkeit der Anwendung der Übergangsregelung
3. Fehlerhaftes Verständnis der Landesplanung in Bezug auf das Verhältnis zwischen allgemeiner Privilegierung von WEA und Planvorbehalt des § 35 III 3 BauGB

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Rechtsanwalt Daniel Birkhölzer

Kastanienweg 9

59 555 Lippstadt

d.birkhoelzer@engemann-und-partner.de

0 29 41 / 97 00 14

www.engemann-und-partner.de