

Untersuchungstiefe und Abwägungsumfang bei Konzentrationsflächenplanungen

– ausgewählte Standpunkte aus rechtswissenschaftlicher Sicht –

Dr. Boas Kümper

Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster

Übersicht

Zwei Themenkreise (Auswahl):

- I. Verhältnis der verschiedenen Planungsebenen zueinander:
Regionalplanung und Flächennutzungsplanung
- II. Eigentümerbelange in der Konzentrationszonenplanung und
Planungsschadensrecht

I. Verhältnis der verschiedenen Planungsebenen zueinander

1. Ausgangspunkte

- Konzentrationszonenplanung für Windenergieanlagen (WEA) durch Regionalplanung und Flächennutzungsplanung
- Weitgehend gleiche rechtliche Anforderungen an Regional- und Flächennutzungsplanung:
 - Erforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB bzw. ungeschrieben für Regionalplanung)
 - Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 7 BauGB und § 7 Abs. 2 ROG)
 - Anforderungen an Methodik der Tabuzoneneinteilung etc. weitgehend vergleichbar.

I. Verhältnis der verschiedenen Planungsebenen zueinander

- Rechtswirkungen der Konzentrationszonenplanungen auf die Zulassung von WEA:
 - Gleiche Rechtswirkungen von Regional- und Flächennutzungsplan im Rahmen von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB: gesetzlich angeordnetes Entgegenstehen öffentlicher Belange für Regelfall („in der Regel“) außerhalb der Konzentrationszone („Ausweisung an anderer Stelle“).
 - Ausschlusswirkung auf Zulassungsebene wird für Flächennutzungsplan unmittelbar durch § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt, ebenso wohl auch für Raumordnungsziele, ohne dass Kombination von Vorranggebieten und Eignungsgebietswirkungen (§ 8 Abs. 7 Satz 2 ROG) erforderlich.
 - Besonderheit für Regionalplanung gem. § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BauGB: gesetzlicher Ausschluss eines Entgegenstehens öffentlicher Belange, „soweit“ auf regionalplanerischer Ebene abschließend abgewogen.
 - Frage nach Auswirkungen auf Zulassungsebene und Verhältnis zur kommunalen Bauleitplanung.

I. Verhältnis der verschiedenen Planungsebenen zueinander

- Vorzüge und Grenzen der Konzentrationszonenplanung auf Regionalebene:
 - Problematische kommunale Planungen vorzugsweise an der Gemeindegrenze; kommunale Sonderinteressen können Erreichung bestimmter Flächenanteile (z.B. 2%-Ziel) erschweren.
 - Steuerung der WE-Nutzung auf Regionalebene bewirkt durch überörtliche Perspektive nicht nur Lösung von kommunalen Sonderinteressen, sondern hat durch größeren Planungsraum auch größere Gestaltungsmöglichkeiten, insb. zur Umsetzung von Mengenvorgaben.
 - Rechtliche Durchsetzung regionalplanerischer Konzentrationszonenplanung gegenüber der Bauleitplanung vor allem über die **Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB** als strikte Planungspflicht, die nicht der bauleitplanerischen Abwägung unterliegt.
 - Grenzen regionalplanerischer Konzentrationszonenplanung liegen weniger in der kommunalen Planungshoheit und im „Gegenstromprinzip“ als in ebenenspezifischen Begrenzungen der regionalplanerischen Ermittlung und Abwägung. Zudem reichen die Rechtswirkungen raumordnerischer Gebietsfestlegungen wie der Anpassungspflicht nicht so weit, dass regionalplanerische Konzentrationszonenplanung die Ansiedlung von WEA „garantieren“ würde.

I. Verhältnis der verschiedenen Planungsebenen zueinander

- Substanzgebot bei der regionalplanerischen Konzentrationszonenplanung
 - Diskussion im Schrifttum um konkrete Flächenanteile für WE-Nutzung: Fordert Substanzgebot bestimmten Prozentsatz des Planungsraums oder der Potenzialflächen für WE?
 - Rechtsprechung lässt indes regelmäßig verhältnismäßig kleine Flächenanteile genügen (vgl. etwa Nds. OVG, BauR 2010, 1043/1047: 0,61% des Gesamtraums). Substanzgebot richtet sich v.a. gegen missbräuchliche Verhinderungsplanungen.
 - Dogmatische Kritik des Substanzgebots: Fragwürdig, aus der die Ebene der Vorhabenzulassung betreffenden Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB Vorgaben für das Abwägungsergebnis herzuleiten. Privilegierung kann auch nicht die Funktion eines „Optimierungsgebots“ übernehmen.
 - Diskussion um Abschaffung des Privilegierungstatbestands für Windenergie
 - M.E. bedürfte es der Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht, um weiteren Ausbau der WE-Nutzung zu gewährleisten; Planungsträger hätten auch ohne sie den notwendigen Gestaltungsspielraum, um „substanziellen Raum“ für erwünschte Nutzungen zu sichern.
 - Privilegierung und Substanzgebot können jedoch ggf. „Vermittlung“ substanzieller regionalplanerischer Konzentrationszonenplanungen gegenüber der kommunalen Ebene unterstützen.

I. Verhältnis der verschiedenen Planungsebenen zueinander

2. Verpflichtungswirkung raumordnerischer Festlegungen für die Bauleitplanung

- Regionalplanerische Konzentrationszonenplanung vor allem durch Festlegung von Vorranggebieten für die WE-Nutzung (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 ROG) oder durch Kombination von Vorranggebiet und Eignungsgebietswirkungen (§ 8 Abs. 7 Satz 2 ROG).
 - Entsprechende Festlegungen sind Ziele der Raumordnung i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG.
- Verpflichtung der Gemeinden zur Anpassung ihrer Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung gem. § 1 Abs. 4 BauGB:
 - Strikte Planungspflicht, der bauleitplanerischen Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB) entzogen.
 - Anpassungspflicht gilt für Flächennutzungs- wie für Bebauungsplanung (§ 1 Abs. 4 BauGB: „Bauleitpläne“)

I. Verhältnis der verschiedenen Planungsebenen zueinander

- Anpassungspflicht wirkt vor allem als Verbot für Gemeinden, zielwidrige Bauleitpläne zu erlassen.
 - Bsp.: Bauleitplanerische Darstellungen/Festsetzungen für die im Regionalplan festgelegte Konzentrationszone, die einer WE-Nutzung zuwiderlaufen, weil insofern Widerspruch zur Festlegung des Vorranggebiets (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 ROG).
 - Bsp.: Darstellung von WE-Flächen im Flächennutzungsplan außerhalb der im Regionalplan festgelegten Konzentrationszone, soweit Vorranggebiet mit Wirkungen eines Eigenschaftsgebiets versehen (§ 8 Abs. 7 Satz 2 ROG) – außergebietliche Ausschlusswirkung ggü. Bauleitplanung.
 - Soweit allein Vorranggebiet festgelegt, kein Zielwiderspruch bei bauleitplanerischer Ausweisung zusätzlicher WE-Flächen außerhalb der im Regionalplan festgelegten Konzentrationszone.

I. Verhältnis der verschiedenen Planungsebenen zueinander

- Problematisch Verpflichtungswirkung der Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB:
 - Grundsätzlich auch aktiv-planerische Dimension der Anpassungspflicht: Die Gemeinden müssen ihre Bauleitpläne fortlaufend den Zielen der Raumordnung anpassen, auch wenn sie nicht von sich aus planerisch tätig werden wollen.
 - Bsp.: WE-Nutzung widersprechende bauleitplanerische Ausweisung muss in Reaktion auf spätere regionalplanerische Konzentrationszonenfestlegung zielkonform geändert werden.
 - Fraglich aber, inwieweit eine Pflicht zur inhaltlichen Umsetzung besteht. Dies ist v.a. eine Frage des Inhalts der raumordnerischen Zielfestlegung.
 - Bei regionalplanerischer Festlegung von Vorranggebieten für WE-Nutzung sind gem. § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 ROG andere raumbedeutsame Nutzungen innerhalb des Vorranggebiets ausgeschlossen, *soweit* diese mit der vorrangigen WE-Nutzung *nicht vereinbar* sind.
 - Daraus lässt sich nicht der Schluss ziehen, dass die Gemeinden innerhalb der regionalplanerischen Konzentrationszone ausschließlich WE-Nutzung ausweisen dürften. Andere Nutzungen, die der WE nicht entgegenstehen, dürfen weiterhin bauleitplanerisch ausgewiesen werden.

I. Verhältnis der verschiedenen Planungsebenen zueinander

- Örtliche Hindernisse und neue Erkenntnisse auf der Ebene der Bauleitplanung als Grenzen der Anpassungspflicht?
 - Unterscheidung von zulässigem Konkretisierungsspielraum, verbotener zielwidriger Bauleitplanung und fehlender Umsetzungspflicht
 - Regionalplanung ebenenspezifisch auf Ermittlung und Abwägung raumbedeutsamer Belange beschränkt; kleinräumige örtliche Aspekte können nicht berücksichtigt werden.
 - Daraus folgt zum einen ein „zielinterner“ Konkretisierungsspielraum der Bauleitplanung. Aufgrund örtlicher Begebenheiten kann eine Konzentrationszone ggf. in Randbereichen geringfügig modifiziert bzw. räumlich konkretisiert werden (auch bereits in den unterschiedlichen Planungsmaßstäben von Regionalplanung und Bauleitplanung angelegt)

I. Verhältnis der verschiedenen Planungsebenen zueinander

- Kann Bauleitplanung aufgrund örtlicher oder neuerer Erkenntnisse auch die regionalplanerische Festlegung einer Konzentrationszone als solche in Frage stellen?
 - Parallele Problematik im Verhältnis von Raumordnung und Planfeststellung. BVerwG zum Flughafen Berlin-Schönefeld (BVerwGE 125, 116): luftverkehrsrechtliche Planfeststellung ist an raumordnerische Standortfestlegung gebunden, kann keinen abweichenden Standort bestimmen, kann aber Planfeststellung ablehnen, wenn sich das Vorhaben an dem raumordnerisch vorgesehenen Standort aufgrund späterer Entwicklungen oder Erkenntnisse nicht verwirklichen lässt.
 - Für Verhältnis regionale Konzentrationszonenplanung und Bauleitplanung bedeutet dies: Treten auf der Ebene einer nachfolgenden Bauleitplanung örtliche oder neue Umstände auf, die einer WE-Nutzung entgegenstehen (z.B. Artenschutz), darf keine zielwidrige Bauleitplanung erfolgen. Bauleitplanung kann aber nicht zur Umsetzung durch windkraftbezogene Ausweisungen verpflichtet sein.
 - Der WE-Nutzung entgegenstehende (neue) Belange führen in diesem Fall zur Versagung der Genehmigung; regionalplanerische Konzentrationszone ggf. funktionslos.

I. Verhältnis der verschiedenen Planungsebenen zueinander

3. Rückwirkungen der Bauleitplanung auf die Raumordnung: das Gegenstromprinzip

- § 1 Abs. 3 ROG: „Die Entwicklung, Ordnung und Sicherung der Teilräume soll sich in die Gegebenheiten und Erfordernisse des Gesamtraums einfügen; die Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Gesamtraums soll die Gegebenheiten und Erfordernisse seiner Teilräume berücksichtigen (Gegenstromprinzip).“
- Gegenstromprinzip als verbreitetes Argument zur Begründung kommunaler Planungsspielräume gegenüber der Raumordnungsplanung.
- Allerdings: Schon die systematische Stellung des Gegenstromprinzips in § 1 Abs. 3 ROG zeigt, dass es sich eher um einen „Programmsatz“ bzw. ein „Leitbild“ der Raumordnungsplanung handelt als um eine strikte Verpflichtung.
 - Das Gegenstromprinzip hat daher keinen rechtlich messbarer Gehalt über das raumordnerische Abwägungsgebot (§ 7 Abs. 2 ROG) hinaus. Das Abwägungsgebot verpflichtet die Regionalplanung ohnehin zur Berücksichtigung auch kommunaler Planungsinteressen (vgl. auch § 8 Abs. 2 Satz 2 ROG), diese können aber hinter überwiegende überörtliche Belange zurückgestellt werden.

II. Eigentümerbelange und Planungsschadensrecht

1. Bedeutung von Eigentümerbelangen: „Globalabwägung“ oder „Detailabwägung“?

- Forderungen im Schrifttum nach Berücksichtigung individueller Eigentümerinteressen an WE-Nutzung im Rahmen der Abwägung bei Konzentrationszonenplanung („Detailabwägung“).
 - Verweis auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und „bodenrechtlichen Durchgriff“ auch der Regionalplanung, verbindliche Wirkung der Konzentrationszonenplanung auf die Zulassungsebene über § 35 Abs. 3 Sätze 2 und 3 BauGB.
- BVerwGE 118, 33: bloße „Globalabwägung“ ausreichend; Privatinteresse an WE-Nutzung darf verallgemeinernd, als typisierte Größe in die Abwägung eingestellt werden.
- Bewertung: „Globalabwägung“ ausreichend, da Privatinteresse an WE-Nutzung noch keine Eigentumsposition i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG – Nutzungsmöglichkeit aufgrund der Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB noch nicht hinreichend gesichert, da unter Vorbehalt entgegenstehender öffentlicher Belange und insb. unter Planvorbehalt (§ 35 Abs. 3 Satz 3).

II. Eigentümerbelange und Planungsschadensrecht

2. Kann die Konzentrationszonenplanung Entschädigungsansprüche nach Planungsschadensrecht (§§ 39 ff. BauGB) auslösen?

- Relevant vor allem für Grundstücke, die außerhalb der Konzentrationszone liegen und für die Zulassung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB dann gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in der Regel ausgeschlossen, aber auch für bestehende Anlagen, für die „Repowering“ nicht mehr möglich.
- Vor allem Frage nach Entschädigung für Aufhebung einer zulässigen Grundstücksnutzung gem. § 42 Abs. 1 BauGB, evtl. auch Frage nach Entschädigung für vergebliche Aufwendungen (Vertrauensschaden) analog § 39 BauGB.
- Ausgangspunkt: Nachteile der Planung für Planunterworfenen und evtl. hierfür zu leistende Entschädigung im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen (BVerwG, NVwZ 1991, 873 f.).

II. Eigentümerbelange und Planungsschadensrecht

- Bei Frage nach Entschädigungsansprüchen für Konzentrationszonenplanungen sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:
 - **Aufhebung einer bloßen Privilegierungslage nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB durch Planung einer Konzentrationszone**
 - **„Wegplanen“ einer bestehenden Konzentrationszone durch Aufhebung oder Neugestaltung einer Konzentrationszone**
- **Aufhebung einer bloßen Privilegierungslage nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB durch Planung einer Konzentrationszone**
 - BVerwG, Urt. v. 11.4.2013, NVwZ 2013, 1017 (1018): Keine Entschädigungsansprüche „in entsprechender Anwendung der §§ 39 und 42 BauGB“.
 - § 39 BauGB würde Entzug eines durch einen Bebauungsplan gewährten Baurechts voraussetzen.
 - § 42 BauGB greift nicht, weil die durch § 35 BauGB eröffnete Nutzungsmöglichkeit nicht die Qualität einer eigentumsrechtlichen Rechtsposition haben. Denn auch nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierte Vorhaben sind im Außenbereich nicht ohne Weiteres zulässig, sondern stehen unter dem Vorbehalt des Nichtentgegenstehens öffentlicher Belange; speziell WEA sind von vornherein dem Planvorbehalt nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unterworfen.

II. Eigentümerbelange und Planungsschadensrecht

- „Wegplanen“ einer bestehenden Konzentrationszone durch Aufhebung oder Neugestaltung einer Konzentrationszone

Durch Rspr. noch nicht abschließend entschieden und im Schrifttum umstritten:

- Die Anwendbarkeit des § 42 Abs. 1 BauGB verneint Nds. OVG, Urt. v. 8.5.2012, DVBl. 2012, 1252 (1254) unter Verweis auf das Fehlen einer „eigentumskräftig verfestigten Rechtsposition“, insb. führe auch § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BauGB zu keiner anderen Beurteilung.
- BVerwG musste sich nicht entscheiden, da entspr. Rechtsstreit (4 C 1/13) einvernehmlich für erledigt erklärt wurde; vgl. BeckRS 2013, 51144 und BeckRS 2014, 54543.
- Aus der Literatur ablehnend zuletzt *Schmitz/Haselmann*, NVwZ 2015, 846 ff.; *Milstein*, DVBl. 2016, i.E.; befürwortend etwa *Paetow*, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 42 Rn. 12; *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 42 Rn. 8.
- M.E. § 39 und § 42 BauGB unanwendbar. Auch bestehende Konzentrationszonenlage keine „zulässige Grundstücksnutzung“, da selbst im Falle des § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BauGB nur die überörtlichen Belange abschließend abgewogen und daher noch weitere Belange gegen die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit sprechen können.