

## Windenergie in der Flächennutzungsplanung

A. Rechtlicher Rahmen .....	2
I. Raumordnungsrecht.....	2
1.) Ziele der Raumordnung.....	3
2.) Vorranggebiete ohne Eignungswirkung .....	3
II. Baurecht .....	3
1. ) § 1 Abs. 4 BauGB .....	4
2. ) Abwägung, § 1 Abs. 7 BauGB .....	4
B. Einzelfragen.....	8
I. Altzonen.....	8
II. Artenschutz.....	10
III. Notwendigkeit der Durchführung eines Aufhebungsverfahrens .....	10
IV. Flugsicherung .....	12

Durch die Privilegierung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB hat der Gesetzgeber sich im Grundsatz für die Öffnung des Außenbereiches für die Windenergie entschieden. Die in § 35 Abs. 1 BauGB aufgelisteten Vorhaben sind grundsätzlich dann zulässig, wenn keine öffentlichen Belange entgegenstehen. Gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB stehen öffentliche Belange einem privilegierten Vorhaben jedoch in der Regel entgegen, soweit hierfür durch Darstellung im Flächennutzungsplan (oder als Ziele der Raumordnung) eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Mit dem Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB wurde Gemeinden<sup>1</sup> und Trägern der Regionalplanung somit ein Instrument an die Hand gegeben, um die Standorte für Windenergie zu steuern.

Planung bedeutet immer auch eine Einschränkung der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und stellt einen Eingriff in das Eigentumsrecht aus Art. 14 GG dar. Daher ist sie nur unter Berücksichtigung strenger, von der Rechtsprechung recht weit ausdifferenzierter Planungsschritte und Kriterien möglich.

Den nachfolgenden Ausführungen liegt die Annahme zugrunde, dass der Regionalplan Münsterland, Sachlicher Teilabschnitt Energie (STE) in Kraft tritt.

## A. Rechtlicher Rahmen

Das BauGB und zumindest mittelbar auch das ROG setzen die Rahmenbedingungen für den Umgang der Gemeinden mit dem Thema Windenergie.

### I. Raumordnungsrecht

Gem. Ziel 2 des STE sind die zeichnerisch dargestellten Windenergiebereiche Vorranggebiete i.S.d. § 8 Abs. 7 Nr. 1 ROG **ohne die Ausschlusswirkung** von Eignungsgebieten i.S.d. § 8 Abs. 7 Nr. 3 ROG (Ziel 2.1). In den dargestellten Windenergiebereichen haben Windkraftanlagen (WKA) Vorrang vor anderen, mit dem Bau und dem Betrieb von WKA nicht zu vereinbarenden raumbedeutsamen Planungen (Ziel 2.2).

---

<sup>1</sup> gemeint sind hier und in der Folge auch Städte.



### 1.) Ziele der Raumordnung

Ziele der Raumordnung sind gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen (§ 7 Abs. 2 ROG) textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums. Die Gemeinden haben ihre Planung gem. § 1 Abs. 4 BauGB an die Ziele der Raumordnung anzupassen. Diese Anpassungspflicht gilt umfassend, das heißt auch für dem Bauleitplan zeitlich nachfolgende Ziele.<sup>2</sup> Durch das In-Kraft-Treten des STE wird folglich **eine Anpassungspflicht** der Gemeinden ausgelöst.

### 2.) Vorranggebiete ohne Eignungswirkung

Im STE wurden Zonen für die Windenergie als Vorranggebiete mit Zielfunktion i.S.d. § 8 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 ROG ausgewiesen. Dies bewirkt, dass innerhalb der Zonen keine raumbedeutsamen Vorhaben entstehen dürfen, die für die Windenergienutzung hinderlich sind. Die Festlegung der Vorranggebiete bringt mithin eine Ausschlusswirkung nach innen mit sich. Nach außen, also bzgl. der Gebiete, die nicht als Zonen für die Windenergie ausgewiesen sind, ergibt sich keine Ausschlusswirkung.

## II. Baurecht

Die Aufstellung von Flächennutzungsplänen fällt in die in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG garantierte Planungshoheit der Gemeinden. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung besteht gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG jedoch nur "im Rahmen der Gesetze". Sie gilt folglich nicht uneingeschränkt, sondern kann vom Gesetzgeber konturiert und ausgestaltet werden.

Da durch die Regionalplanung im STE durch die Wahl des Instrumentes der Vorranggebiete i.S.d. § 8 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 ROG eine Entscheidung mit Wirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht getroffen wurde, liegt es nun bei den Gemeinden zu entscheiden, ob sie es bei dem Grundsatz der Privilegierung belassen möchten, oder eine Steuerungsplanung vornehmen können und wollen.

---

<sup>2</sup> Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, §§ 1-13a Vorb. Rn. 21; OVG NRW, Urteil vom 26.09.2013, 16 A 1294/08, Rn. 118ff.

Entscheidet sich die Gemeinde dafür, die Windenergie im Außenbereich zu steuern, so hat sie § 1 Abs. 4 BauGB zu beachten und gem. § 1 Abs. 7 BauGB ein schlüssiges Gesamtkonzept zu erstellen.

#### 1.) § 1 Abs. 4 BauGB

§ 1 Abs. 4 BauGB besagt, dass die Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung anzupassen sind. Dadurch wird die Planungshoheit eingeschränkt. Die Gemeinden sind verpflichtet, diese Ziele umzusetzen. Es handelt sich um zwingende materielle Anforderungen.<sup>3</sup> Die Ziele der Raumordnung sind damit der Abwägung durch die Gemeinde entzogen, § 1 Abs. 7 BauGB kommt hier nicht zur Anwendung.

Eine Abweichung von den Zielen ist gem. § 6 Abs. 2 ROG ausnahmsweise möglich, wenn sie vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt sind. In diesem Fall ist ein Zielabweichungsverfahren gem. § 16 LPlIG durchzuführen.

#### 2.) Abwägung, § 1 Abs. 7 BauGB

Für das nicht von § 1 Abs. 4 BauGB betroffene Gemeindegebiet gilt § 1 Abs. 7 BauGB. Nach dieser Vorschrift muss bei der Aufstellung von Bauleitplänen eine Abwägung der öffentlichen und privaten Belange vorgenommen werden. Die Rechtsprechung hat die Art und Weise, in der diese Abwägung zu erfolgen hat, konkretisiert. Sie gibt den Gemeinden auf, ein schlüssiges Gesamtkonzept zu erstellen, um nach Anlegung von harten und weichen Tabukriterien unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, welche Flächen für die Windenergie zur Verfügung gestellt werden, um ihr substantiell Raum zu geben. In die Abwägung muss all das an Belangen eingestellt werden, was nach der konkreten Lage der Dinge eingestellt werden muss.<sup>4</sup> Außerdem darf die Bedeutung der Belange nicht verkannt werden.

Die Rechtsprechung stellt speziell zur Aufstellung von Flächennutzungsplänen mit der Wirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB im Bereich der Windenergie recht hohe Anforderungen an die Abwägung.<sup>5</sup> Die Gemeinden sollen objektiv und ohne

---

<sup>3</sup> Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, § 1 Abs. 4, . Rn. 43, 44.

<sup>4</sup> statt vieler: OVG NRW, Urteil vom 01.07.2013, 2 D 46/12.NE, Rn. 26.

<sup>5</sup> Zusammenfassend: OVG NRW, Urteil vom 01.07.2013, 2 D 46/12.NE, Rn. 23 ff.



Verhinderungsgedanken planen und dabei sowohl Verfahren, als auch Planungsschritte zur Findung der Zonen transparent machen. Die Planungsentscheidungen müssen nachvollziehbar sein.<sup>6</sup>

Die Plangeber haben ein schlüssiges Gesamtkonzept zu entwickeln, welches sich auf den gesamten Außenbereich bezieht und umfassend dokumentiert ist.<sup>7</sup> Dabei müssen sie nicht nur die positive Standortzuweisung begründen, sondern auch darlegen, warum andere Bereiche von der Windenergie freigehalten werden sollen.<sup>8</sup> Zur Entwicklung dieses Gesamtkonzeptes sind der Rechtsprechung recht konkrete Vorgaben zur Methodik zu entnehmen, nach denen vorgegangen werden muss.<sup>9</sup> Damit dem Plangeber deutlich wird, welche Teile des Gemeindegebietes für die Windkraft grundsätzlich zur Verfügung stehen könnten, hat die Planung schrittweise zu erfolgen.

Im ersten Schritt sind sogenannte harte Kriterien zu ermitteln, durch die solche Gebiete ausgeschlossen werden, in denen Windenergieanlagen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen dauerhaft nicht errichtet werden können (z.B. Siedlungsflächen). Der zweite Schritt beinhaltet den Ausschluss solcher Gebiete, die nach dem planerischen Willen der Gemeinde ausgeschlossen werden sollen. Dazu sind weiche Kriterien zu entwickeln. Während die harten Kriterien der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB entzogen sind, gehören die weichen Kriterien zum Abwägungsspielraum und müssen dementsprechend gerechtfertigt werden. Der Unterschied zwischen den harten und weichen Kriterien muss klar erkennbar sein.<sup>10</sup> Nachdem eine pauschale Betrachtung anhand der harten und weichen Tabukriterien vorgenommen wurde, ist eine Abwägung vorzunehmen, im Rahmen derer die Belange, die für und gegen eine Windenergienutzung der entsprechenden Fläche sprechen, zu betrachten sind. Hier ist Raum für eine ortsgebundene und individuelle Bewertung, wobei die Schlüssigkeit des Gesamtkonzeptes nicht durchbrochen werden darf.

---

<sup>6</sup> Scheidler, Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen aus öffentlich-rechtlicher Sicht, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/2011, 117, 129.

<sup>7</sup> BVerfG, Urteil vom 17.12.2002, 4 C 15/01, Rn. 36; BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, 4 CN 1/11, Rn. 9.

<sup>8</sup> BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, 4 CN 1/11, Rn. 9.

<sup>9</sup> BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, 4 CN 1/11, Rn. 9 ff.

<sup>10</sup> OVG NRW, Urteil vom 01.07.2013, 2 D 46/12.NE, Rn. 33.



In einem vierten Schritt ist nun zu überprüfen, ob der Windenergie im Plangebiet **substantiell Raum**<sup>11</sup> gegeben wurde. Dabei gibt es keine quantitativ messbaren Vorgaben. Vielmehr sind neben quantitativen auch qualitative Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Das Planungskonzept ist kritisch zu überprüfen.

Bei der Planung der Gemeinden sollte diesem Prüfungspunkt ein besonderes Gewicht beigemessen werden. Übernimmt eine Gemeinde alle Zonen des STE, so gibt sie damit nicht automatisch auch der Windenergie substantiell Raum. Denn die Frage, ob der Windenergie genügend Raum gegeben wird, wird durch die Regionalplanung nicht vorgegeben, sondern fällt in den Entscheidungsspielraum der Gemeinden. Damit zieht sie ein besonderes Begründungserfordernis nach sich.

Fraglich ist nun, wann eine Gemeinde der Windenergie substantiell Raum gegeben hat. Pauschale Flächenangaben eignen sich zur Beantwortung der Frage nicht.

Um sich einer Antwort zu nähern, sollte sich der Plangeber in einem ersten Schritt den Sinn dieser Voraussetzung verdeutlichen und sich vor diesem Hintergrund selbst kritisch überprüfen. Zwar spielt sich die Prüfung hier auf einer sehr hohen Abstraktionsebene ab, jedoch eignet sie sich sehr wohl, um zumindest grobe Fehler aufzudecken.

Das BVerwG hat in mehreren Entscheidungen<sup>12</sup> verdeutlicht, dass sich ein Zurücktreten der Privilegierung nur dann rechtfertigen lässt, wenn sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB lässt es nicht zu, über den F-Plan das gesamte Gemeindegebiet für die privilegierte Nutzung zu sperren. Den Gemeinden ist es auch verwehrt die Steuerung als Deckmantel zu nutzen um Windkraftanlagen in Wahrheit zu verhindern. Eine "Feigenblatt"-Planung als verkappte Verhinderungsplanung ist nicht zulässig.<sup>13</sup> Lässt sich eine Gemeinde einseitig von dem Ziel leiten, die Windenergie im Gemeindegebiet auf ein unvermeidbares Minimum zu beschränken, so lässt sich die Frage, ob sie ihr substantiell Raum gegeben hat, klar verneinen.

---

<sup>11</sup> BVerwG, Urteil vom 17.12.2002, 4 C 15/01, Rn. 29.

<sup>12</sup> wobei es sich an den Entscheidungen zu Konzentrationsflächen beim Kiesabbau orientiert hat, so z.B. BVerwG, Urteil vom 22.05.1987, 4 C 57/84.

<sup>13</sup> statt vieler: BVerwG, Urteil vom 17.12.2002, 4 C 15/01, Rn. 28 f.



Aber auch Plangeber, die den Gedanken der grundsätzlichen Privilegierung vor Augen haben und bei der Auswahl ihrer Suchkriterien objektiv und ohne einen Verhinderungsgedanken vorgehen, haben eine fundierte Begründung abzugeben. Im Ergebnis kommt es also nicht nur darauf an, ob die Gemeinde subjektiv eine Verhinderungsplanung betrieben hat, sondern darauf, ob objektiv betrachtet eine Verhinderungsplanung vorliegt.<sup>14</sup>

Das BVerwG spricht sich gegen die Festlegung eines Mindestflächenmaßes aus<sup>15</sup>. Es gilt eine Einzelfallentscheidung zu treffen. Auch wenn sich die Rechtsprechung an dieser Stelle nicht besonders konkret äußert, lassen sich trotzdem einige Weichenstellungen zur Ermittlung des notwendigen Raumes entnehmen.

Bei der Bewertung des substantiellen Raumes sollen nur solche Zonen<sup>16</sup> berücksichtigt werden, in die mindestens drei Anlagen passen. Dies lässt sich mit der Systematik des Gesetzes begründen. Der Sinn des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB liegt nämlich gerade darin, die Windenergie im Außenbereich auf geeigneten Flächen zu bündeln, um den Rest freizuhalten.<sup>17</sup>

Um zu prüfen, ob die dargestellten Zonen der Windenergie substantiell Raum geben, haben die Instanzgerichte teilweise einen Vergleich zwischen der Größe der Zone und der des Gemeindegebietes angestellt.<sup>18</sup> Teilweise wurde aber auch ein Vergleich mit den ursprünglich ermittelten Potentialflächen nach Abzug nur der harten Kriterien vorgenommen.<sup>19</sup>

Jede Berechnungsmethode bringt für sich Vorteile wie auch Nachteile mit sich.<sup>20</sup>

Das Fehlen von Kriterien und Verhältnisangaben liegt in der Sache selbst begründet: die Gemeindegebiete sind vom Landschaftsbild und von der Bebauung her so verschieden, dass sie sich nicht vergleichen lassen und sich schematische Vorgaben verbieten. Jede Gemeinde hat eine ehrliche und objektive Prüfung unter

---

<sup>14</sup> BVerwG, Urteil vom 21.10.2004, 4 C 2/04, Rn. 15; Gatz, Stephan, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2.Auflage, 2013.

<sup>15</sup> BVerfG, Urteil vom 24.13.2008, 4 CN 2/07, Rn. 17.

<sup>16</sup> Während die Gemeinden im Rahmen ihrer Suche nach Windenergiebereichen und bei der Erstellung eines schlüssigen gesamtgemeindlichen Konzepts die Zonen, die im STE als Ziele der Raumordnung vorgegeben sind, nicht einbeziehen mussten, so dürfen und müssen diese Flächen im Rahmen des Prüfungspunktes "substantiell Raum" mit bewertet werden.

<sup>17</sup> Gatz, Stephan, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2.Auflage, 2013, S. 48; hier auch Ausführungen dazu, warum eine Zone mindestens drei Anlagen fassen muss.

<sup>18</sup> VGH Kassel, Urteil vom 25.03.2009, 3 C 594/08.N.

<sup>19</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 09.10.2012, 8 S 1370/11.

<sup>20</sup> kritisch insoweit: Gatz, Stephan, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2.Auflage, 2013, S. 49 ff.



Berücksichtigung des rechtlichen Rahmens vorzunehmen, bei der der Dokumentation der Prüfung eine entscheidende Rolle zukommen muss. Durch eine umfassende Begründung kann eine Gemeinde aufzeigen, dass sie sich mit der Frage, ob sie der Windenergie substantiell Raum gegeben hat, auseinandergesetzt hat, dabei die Anforderungen der Rechtsprechung berücksichtigt und umgesetzt hat und sich nicht von einem Verhinderungsgedanken hat leiten lassen. Transparenz kann folglich ein bedeutender Schritt auf dem Weg zu einer rechtssicheren Planung sein. Daher ist eine intensive Auseinandersetzung mit dem Thema "substantiell Raum" zwingend notwendig. Kommt der Plangeber zu dem Ergebnis, dass der Windenergie nicht genügend Raum gegeben wurde, so kann durch eine Veränderung der weichen Kriterien eine positive Entscheidung erreicht werden. Andernfalls muss die Gemeinde die Steuerung aufgeben und den Grundfall des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB wieder herstellen.

## **B. Einzelfragen**

Nachdem die rechtlichen Rahmenbedingungen der Windenergieplanung der Gemeinden dargestellt wurden, soll nun eine Erörterung einiger konkreter Fragestellungen erfolgen.

### **I. Altzonen**

Anlagenbetreiber und Grundeigentümer haben ein Interesse daran, dass die in den alten Flächennutzungsplänen dargestellten bebauten Flächen auch im Rahmen der neuen Planung übernommen werden. Ansonsten würden die bestehenden Anlagen lediglich passiven Bestandsschutz haben, was im Falle einer Havarie bedeuten würde, dass der Betreiber den Standort aufgeben muss.

Dieses Interesse ist im Rahmen der Planung von den Gemeinden zu berücksichtigen.

Unproblematisch verhält es sich mit solchen Zonen, die im STE als Ziele der Raumordnung dargestellt sind. Diese sind - wie vorstehend ausgeführt - gem. § 1 Abs. 4 BauGB von den Gemeinden in den Flächennutzungsplänen zu übernehmen. Die Regionalplanung hat hier die abschließende Entscheidung getroffen, dass diese Gebiete für die Windenergie zur Verfügung gestellt werden sollen. Eine Abwägung



der Gemeinde gem. § 1 Abs. 7 BauGB kann und darf nicht stattfinden, da die Abwägung bereits auf der Ebene der Regionalplanung erfolgt ist. Dies bedeutet aber auch, dass diese Gebiete nicht von dem Kriterienkonzept der Gemeinde umfasst sein müssen, da dies ein Ausfluss des § 1 Abs. 7 BauGB ist.

Anders verhält es sich mit Zonen (gemeint sind in der Folge in den FNP dargestellte und mit Anlagen bebaute Zonen), die in den alten Flächennutzungsplänen dargestellt, jedoch von der Regionalplanung nicht in den STE übernommen worden sind. Werden diese Zonen vom Kriterienkonzept der Gemeinde als Konzentrationszonen identifiziert, so können und müssen sie allein aufgrund dieser Tatsache im Flächennutzungsplan dargestellt werden. Mehr Begründungsaufwand ist dann erforderlich, wenn die alten Zonen den Kriterien nicht entsprechen. Die Problematik stellt sich insbesondere dann, wenn im alten Flächennutzungsplan andere (geringere) Abstände zur Wohnbebauung gewählt wurden als im neuen Plan.

Fraglich ist mithin, ob es rechtlich möglich ist, durch das Anlegen von unterschiedlichen Abstandskriterien für alte und neue Zonen zu erreichen, dass die alten Zonen im Plan dargestellt werden können.

Die Rechtsprechung musste sich bisher nicht tiefgehend mit dieser Problematik beschäftigen.

Alte Zonen dürfen nach der Rechtsprechungs- und Literaturansicht jedoch nicht einfach "weggewogen" werden.<sup>21</sup> Vielmehr ist eine Überplanung von Altzonen schlüssig zu begründen.

Das Bestandsinteresse der Anlagenbetreiber reicht im Rahmen der Abwägung gem. § 1 Abs. 7 BauGB jedoch nicht aus, um den Erhalt der alten Zonen unter Anlegung von unterschiedlichen Abstandskriterien zu begründen. Vielmehr ist eine fundierte **städtebauliche** Begründung erforderlich, aus der deutlich wird, warum es gerechtfertigt ist, an dieser Stelle mit geringeren Abständen zu arbeiten. Es ist durchaus legitim hier mit dem Gewöhnungseffekt von Natur und Mensch zu

---

<sup>21</sup> Hessischer VGH, Urteil vom 10.05.2012, 4 C 841/11.N, Rn. 62; Dallhammer, in: Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz, Raumordnung in Bund und Ländern, Kommentar zum ROG, 2011, § 7 Rn. 168; vgl. auch OVG Lüneburg, Urteil vom 24.01.2008, 12 LB 44/07, Rn. 60.

argumentieren. Jedoch sind weitere, beispielsweise topographische Aspekte erforderlich um eine schlüssige Abwägungsentscheidung zu erzielen. Es gilt mithin die Umgebung der Zone genau zu untersuchen und eine Entscheidung im Einzelfall zu treffen.

Fazit: Bei fundierter städtebaulicher Begründung ist es möglich, im Gesamtkonzept für bereits bestehende Zonen andere Abstände anzusetzen als für neue Zonen

## II. Artenschutz

Gemäß den Ausführungen in den Erlassen "Artenschutz in der Bauleitplanung und bei der baurechtlichen Zulassung von Vorhaben" vom 22.12.2010 und "Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in NRW" vom 12.11.2013 ist bei der Aufstellung eines FNP zwingend eine ASP I durchzuführen. Eine ASP II muss nach diesen Erlassen dann folgen, wenn im Rahmen der ASP I Konfliktpotentiale ermittelt wurden.

Grundsätzlich lässt sich nur so verhindern, dass Darstellungen des FNPs sich im nachgeordneten Verfahren nicht umsetzen lassen. Der Vollziehbarkeit der Planung steht eine (teilweise) Verlagerung der ASP II auf das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren jedoch dann nicht entgegen, wenn dargelegt wird, dass artenschutzrechtliche Konflikte durch entsprechende Vermeidungs- und/oder vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen mit der notwendigen, hohen Prognosesicherheit auf Genehmigungsebene gelöst werden können.

Fazit: Bei der Aufstellung eines Flächennutzungsplanes zur Windenergieplanung ist zwingend eine ASP I durchzuführen. Das Erfordernis einer ASP II ergibt sich dann, wenn die ASP I Konflikte gezeigt hat.

## III. Notwendigkeit der Durchführung eines Aufhebungsverfahrens

Gem. § 1 Abs. 8 BauGB gelten die Vorschriften des BauGB über die Aufstellung von Bauleitplänen auch für ihre Änderung, Ergänzung und Aufhebung. Weiterführende spezielle Vorschriften zur Aufhebung von F-Plänen finden sich im BauGB nicht.



Während die Aufhebung eines Planes die vollständige Beseitigung bedeutet, wird durch die Änderung und die Ergänzung ein bestehender Plan modifiziert.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Überarbeitung eines Flächennutzungsplanes keine Aufhebung des bisherigen Planes voraussetzt. In der Rechtsprechung ist diese Problematik mit Bezug zur Windenergie bisher nicht geklärt worden.

Nach dem "lex posterior derogat legi priori" -Grundsatz wird der alte Plan durch den neuen Plan verdrängt und entfaltet damit keine Rechtswirkungen mehr. Eine Aufhebung des alten Planes, die gem. § 1 Abs. 8 BauGB die Durchführung eines Aufhebungsverfahrens voraussetzt, ist rechtlich nicht zwingend erforderlich.

Wird ein neuer Flächennutzungsplan, in dem Konzentrationszonen für Windenergie dargestellt werden, die im alten Plan nicht dargestellt wurden, jedoch ohne die Aufhebung des alten Planes aufgestellt, so können sich hieraus für die Gemeinde Folgeprobleme ergeben. Diese betreffen den Fall, dass der neue Flächennutzungsplan rechtlich angegriffen und für nichtig erklärt wird. In dieser Situation würde der alte Plan wieder aufleben. Sind nun auf der Grundlage des neuen Planes bereits Anlagen genehmigt und errichtet worden, würden diese nun ggf. in Gebieten stehen, für die durch den alten Plan ausgelöst die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gilt. Damit besteht für diese Standorte kein Planungsrecht mehr, vielmehr wären sie auf einen passiven Bestandsschutz herabgesetzt. Eine Erneuerung einer Anlage in einem Havarie-Fall oder ein Repowering wären nicht mehr möglich. Die Gemeinde müsste wieder planerisch tätig werden, um dem Anlagenbetreiber dies zu ermöglichen und die Rechte herzustellen, die er nach dem Plan, der Grundlage für sein Vorhaben war, hatte.

Durch eine Aufhebung des alten Planes kann diese Problematik gelöst werden. In diesem Fall würde bei Nichtigkeit des neuen Planes der § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB wieder aufleben, so dass die genehmigten Anlagen sich an Standorten befänden, in denen die Windenergie privilegiert ist. Die Rechte der Anlagenbetreiber würden nicht beschnitten.

Fazit: Ob bei Überarbeitung eines (sachlichen Teil-) Flächennutzungsplanes ein Aufhebungsverfahren bzgl. des alten Planes durchgeführt wird oder nicht, liegt im Ermessen der Gemeinde



#### IV. Flugsicherung

§ 18 a Abs. 1 S. 1 LuftVG verbietet die Errichtung von Bauwerken, wenn dadurch Flugsicherungseinrichtungen gestört werden können. Die Beurteilung des Vorliegens einer Störung liegt gem. § 18 a Abs. 1 S. 2 LuftVG beim Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF). Nach der Rechtsprechung des OVG Lüneburg vom 03.12.2014 und 22.01.2015<sup>22</sup> handelt es sich bei der Entscheidung des Bundesaufsichtsamtes um eine verbindliche Entscheidung. § 18 a LuftVG begründet damit ein Bauverbot. Der Immissionsschutzbehörde kommt im Rahmen der Genehmigung einer WKA diesbezüglich kein Entscheidungsspielraum zu. Eine die Bindungswirkung der Entscheidung des BAF missachtende immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist rechtswidrig.

Im Geltungsbereich des STE befinden sich mehrere Flugsicherungseinrichtungen. Nach Empfehlung der Internationalen Zivilluftfahrtorganisation (ICAO) ist in einem Schutzbereich mit einem 15 km Radius um eine Einrichtung eine Prüfung von Störungen durch WKA erforderlich. Der bis 2009 mit 3 km angegebene Schutzbereich wurde damit erheblich erweitert.

Die empfohlenen Schutzbereiche der ICAO stellen keine per se als Tabuzone darzustellenden Bereiche dar.<sup>23</sup> Es ist davon auszugehen, dass das BAF auf die Anfragen der Gemeinden im Rahmen ihrer Flächennutzungsplanung hin grundsätzlich keine Stellungnahmen nach § 18 a LuftVG abgeben wird, da sich eine solche nur auf eine konkrete Vorhabenplanung bezieht. Ein Bauverbot nach § 18 a LuftVG bezieht sich dem Wortlaut der Vorschrift nach nämlich auf ein bestimmtes Bauwerk. Solange die konkreten Anlagenstandorte jedoch noch nicht bekannt sind, wird das BAF folglich keine Stellungnahmen nach § 18 a LuftVG abgeben können.

In diesem Planungsstadium ist folglich damit zu rechnen, dass das BAF in seiner Stellungnahme zwar auf die Konfliktsituation mit den Flugsicherungsanlagen hinweist, jedoch noch kein Bauverbot nach § 18 a LuftVG ausspricht. Der Gemeinde steht danach bzgl. des Umgangs mit dem Gutachten ein Entscheidungsspielraum zu. Einerseits kann eine Einordnung als weiches Tabukriterium erfolgen, andererseits ist aber auch eine Konzentrationszonenplanung in den 15 km Radien möglich.

---

<sup>22</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 03.12.2014, 12 LC 30/12 und Beschluss vom 22.01.2015, 12 ME 39/14.

<sup>23</sup> Battis/Moench/von der Groeben, Gutachterliche Stellungnahme, Zur Bedeutung des Errichtungsverbots des § 18 a LuftVG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, erstattet im Auftrag des Bundesverbandes Windenergie und der Energieagentur.NRW, S. 49.



Möchte eine Gemeinde bereits in diesem Planungsstadium mehr Klarheit über die Vereinbarkeit einer Zone mit der Flugsicherung, so ist ihr anzuraten, ihre Planung bereits mit konkreten Anlagestandorten zu hinterlegen.

Fazit: Die Entscheidung bzgl. des Umgangs mit den Schutzabständen zu Flugsicherungseinrichtungen liegt bei den Gemeinden.

Die bindende Stellungnahme nach § 18 a LuftVG ist erst auf Genehmigungsebene zu erwarten.



Bezirksregierung Münster • 48128 Münster

- per Mail -  
An die  
Städte und Gemeinden  
im Regierungsbezirk Münster

Kreise  
im Regierungsbezirk Münster

### Bauleitplanung

Handreichung "Windenergie in der Flächennutzungsplanung"

Sehr geehrte Damen und Herren,


anlässlich der Fortschreibung des Regionalplans Münsterland - Sachlicher Teilabschnitt Energie - befassen sich gegenwärtig viele Kommunen im Regierungsbezirk mit der Planung zur Windenergie.

Aus den Abstimmungen mit Ihnen ist deutlich geworden, dass bestimmte Fragestellungen von besonderer Bedeutung sind. Daher hat die Bezirksregierung eine Handreichung schwerpunktmäßig zu nachfolgenden Themenpunkten zusammengestellt:

- Übernahme von bestehenden Konzentrationszonen als Ziele der Raumordnung
- Bestehende Konzentrationszonen der Gemeinden ohne Übernahme in den Regionalplan (Umgang mit Altzonen)
- Substantiell Raum
- Artenschutz
- Notwendigkeit der Durchführung eines Aufhebungsverfahrens
- Flugsicherung

Ich hoffe, die als Anlage beigefügte Ausarbeitung kann Ihnen bei Ihren Planungsabsichten eine Unterstützung sein.

Mit freundlichen Grüßen  
Im Auftrag

  
(Ralf Weidmann)  
Abteilungsleiter

17. April 2015  
Seite 1 von 1

Aktenzeichen:  
35.02.01.04-Gen-1/15

Auskunft erteilt:

Herr Stolz  
Herr Rieger

Durchwahl:  
411-1318 / 1477

Telefax: 411-81318

Raum: 316 / 363

E-Mail:

martin.stolz  
@brms.nrw.de

Dienstgebäude und  
Lieferanschrift:

Domplatz 1 - 3  
48143 Münster  
Telefon: 0251 411-0  
Telefax: 0251 411-2525  
Poststelle@brms.nrw.de  
www.brms.nrw.de

ÖPNV - Haltestellen:

Domplatz: Linien 1, 2, 10, 11,  
12, 13, 14, 22  
Bezirksregierung II:  
(Albrecht-Thaer-Str. 9)  
Linie 17

Bürgertelefon:  
0251 411 - 4444

Grünes Umweltschutztelefon:  
0251 411 - 3300

Konto der Landeskasse:  
Landesbank Hessen-  
Thüringen (Helaba)

BLZ: 300 500 00  
Konto: 61 820  
IBAN : DE24 3005 0000 0000  
0618 20  
BIC : WELADED

Gläubiger-ID  
DE59ZZZ00000094452