

## Normenkontrollverfahren, bestehende Konzentrationszonenplanung, gesamträumliches Planungskonzept, „isolierte Positivplanung“

### BVerwG, Urteil vom 24. Januar 2023 – 4 CN 6.21

**Die Gemeinde muss Flächen, für die ein Bebauungsplan als Art der baulichen Nutzung Windenergie festsetzt, nicht in das gesamträumliche Konzept für eine Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einbeziehen. (amtlicher Leitsatz)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Die Antragsteller (ein Unternehmen der Windenergiebranche und mehrere Grundstückseigentümer) wendeten sich im Ausgangsverfahren vor dem OVG Lüneburg<sup>1</sup> gegen die vierte Änderung des Flächennutzungsplans (FNP) der Antragsgegnerin (Gemeinde). Im FNP aus dem Jahr 1995 hatte die Antragsgegnerin fünf Sonderbauflächen für WEA dargestellt. Außerhalb dieser ausgewiesenen Flächen sollten WEA ausgeschlossen sein. Mit der vierten Änderung des FNPs stellte die Antragsgegnerin zeichnerisch zwei weitere Sonderbauflächen für Windenergie sowie textlich eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB dar. Von der Ausschlusswirkung wurden auch die fünf bereits vorhandenen Sonderbauflächen im FNP ausgenommen. Teile der fünf vorhandenen Sonderbauflächen liegen in harten und weichen Tabuzonen des Standortkonzepts Windenergie für die Fortschreibung des FNPs. Für diese Sonderbauflächen existieren zudem Bebauungspläne, in denen Baufenster für WEA außerhalb der harten Tabuzonen des neuen Konzepts festgesetzt sind. Die Antragsgegnerin hielt an diesen Flächenausweisungen, unter Bezugnahme auf § 249 Abs. 1 BauGB a. F., fest. Das OVG Lüneburg hat die vierte Änderung des FNPs für unwirksam erklärt, soweit damit die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden sollen. Gegen diese Entscheidung hat die Antragsgegnerin Revision beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt.

#### Inhalt der Entscheidung

Auf die Revision der Antragsgegnerin hat das Bundesverwaltungsgericht das Urteil des OVG Lüneburg aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OVG zurückverwiesen. (Rn. 8)

Die Ausschlusswirkung des FNP bestehe trotz der zum 1. Februar 2023 durch das Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land<sup>2</sup> eingetretenen Änderungen im Baugesetzbuch fort. Nach der Neufassung des § 249 Abs. 1 BauGB sei zwar § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auf privilegierte Windenergievorhaben i. S. d. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht mehr anzuwenden. Nach § 245e Abs. 1 BauGB würden die Rechtswirkungen eines FNP gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aber fortwirken, wenn der Plan bis zum 1. Februar 2024 wirksam geworden ist. Die angefochtene Änderung des FNP könne daher über den 31. Januar 2023 hinaus – längstens bis zum 31. Dezember 2027 (vgl. § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB) – Wirkungen entfalten, sodass vorliegend weiterhin ein Interesse an der Klärung der Wirksamkeit der Ausschlusswirkung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bestehe. (Rn. 10)

Das OVG Lüneburg sei zwar zutreffend davon ausgegangen, dass auch die Änderung einer bestehenden Konzentrationsflächenplanung mit Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ein schlüssiges Gesamtkonzept erfordere, das sich auf den gesamten Außenbereich erstrecke. Bundesrechtswidrig sei jedoch die Auffassung, die gesamträumliche Planung müsse stets auch solche Flächen in den Blick nehmen und dem Planungskonzept unterwerfen, die bereits durch Bebauungsplan als Flächen für die Windenergie ausgewiesen sind. (Rn. 11) Die Annahme, dass auf die bereits vorhandenen Sonderbauflächen, unabhängig von bestehenden Bebauungsplänen, die harten Tabuzonen anzuwenden seien, stehe mit dem § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht im Einklang. Denn es obliege der planerischen Entscheidung der Gemeinde, vom gesamträumlichen Planungskonzept solche Flächen auszunehmen, die durch Festsetzungen in Bebauungsplänen für die Nutzung durch die Windenergie bereits vorgesehen sind, und die dazu beitragen, der Windenergie substanziiell Raum zu verschaffen. (Rn. 20)

<sup>1</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 26.2.2020 – 12 KN 182/17 (in Rundbrief 2/2020 besprochen).

<sup>2</sup> Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land v. 20.7.2022 (BGBl. I S. 1353).

Die Gemeinde könne eine Konzentrationsflächenplanung nach den allgemeinen Planungsgrundsätzen gem. § 1 Abs. 8 BauGB später aufgreifen und ändern. Die Planung könne demnach an aktuelle Gegebenheiten angepasst werden, weitere Flächen als Konzentrationsflächen einbezogen werden und die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auf eine neue, breitere Grundlage gestellt werden. Wenn die Gemeinde dabei den Planvorbehalt neu ausübt, müsse die Konzentrationsflächenplanung den sich aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ergebenden Anforderungen wiederum genügen. (Rn. 14) Die Gemeinde sei allerdings auch befugt, eine bestehende Konzentrationsflächenplanung und die von ihr bewirkte Ausschlusswirkung unberührt zu lassen und weitere Flächen als bloße Positivflächen darzustellen, ohne erneut eine gesamträumliche Planung vorzunehmen. Dies ergebe sich über den Wortlaut hinaus aus der Vorschrift des § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB a. F. Die Annahme des OVG Lüneburg, jede zusätzliche Darstellung von Positivflächen im FNP ändere die Ausschlussfläche, so dass bei einer bestehenden Konzentrationsflächenplanung die Wirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB notwendige beziehungsweise zufällige Folge einer Positivausweisung sei, treffe nicht zu. Vielmehr komme es maßgeblich auf den Planungswillen der Gemeinde an. (Rn. 17 ff.) Vorliegend habe sich die Antragsgegnerin im Rahmen der vierten Änderung des FNP nicht auf eine reine Positivplanung beschränkt, sondern eine neue Ausschlusswirkung begründet. Für eine solche Planung gelte § 249 Abs. 1 BauGB a. F. nicht. (Rn. 18)

Der Gesetzgeber habe der Gemeinde mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Möglichkeit eröffnet, die Windenergie für den gesamten Außenbereich planerisch zu steuern. Dem FNP komme insoweit eine den Festsetzungen des Bebauungsplans vergleichbare Funktion zu, wobei sich die Ausschlusswirkung auf bestimmte privilegierte Vorhaben im Außenbereich beschränke. Die Gemeinde sei dadurch allerdings nicht gehindert, Flächen für Windenergieanlagen in Bebauungsplänen und damit im Innenbereich festzusetzen, etwa indem sie Konzentrationsflächen eines FNP mit einem Bebauungsplan überplant oder Flächen für die Windenergie durch Bebauungsplan ausweist und den FNP im Parallelverfahren nach § 8 Abs. 3 Satz 1 BauGB ändert. (Rn. 21 f.) Eine Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erstrecke sich schon von Rechts wegen nicht auf Flächen, für die ein Bebauungsplan abschließend die Art der zulässigen baulichen Nutzung wirksam festsetzt. (Rn. 23) Unterwirft die Gemeinde die durch Bebauungsplan gesicherten Flächen nicht dem gesamträumlichen Planungskonzept, müsse das Konzept nur auf den verbleibenden Flächen für sich genommen die Anforderungen an eine wirksame Konzentrationsflächenplanung erfüllen, um die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeizuführen. Die durch Bebauungsplan gesicherten Flächen seien in diesem Fall aber zur Beantwortung der Frage heranzuziehen, ob der Windenergie substanziiell Raum verschafft wird. (Rn. 24)

## Fazit

Das Bundesverwaltungsgericht trifft mit dem vorliegenden Urteil eine lang erwartete Entscheidung<sup>3</sup> für die Planungspraxis zur isolierten Positivplanung im Falle einer bestehenden Konzentrationszonenplanung. Zwar betrifft die Entscheidung die alte Rechtslage nach § 249 Abs. 1 BauGB a. F.<sup>4</sup> und ist somit grds. als rechtshistorisch anzusehen. Die Frage, ob der planerische Wille im Zusammenhang mit der Steuerung der Windenergie im Außenbereich auf eine erneute gesamträumliche Planung mit Konzentrationswirkung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gerichtet ist oder nicht, stellt sich für Planänderungen, die bis zum 1. Februar 2024 abgeschlossen werden, aber trotzdem weiterhin. Denn für entsprechende Planungen, gelten die Rechtswirkungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zunächst fort. Einem Planungsträger obliegt also bis 1. Februar 2024 weiterhin die Möglichkeit, den Planvorbehalt für das gesamte Plangebiet neu auszuüben. Zugleich ist die Möglichkeit der Ausweisung zusätzlicher Positivflächen nach dem Überleitungsrecht nunmehr in § 245e Abs. 1 Satz 5 BauGB geregelt. Darauf nimmt auch das BVerwG in seiner Entscheidung Bezug und verweist darauf, dass der Gesetzgeber die Darstellung weiterer Flächen für die Windenergie als Positivflächen demnach ausdrücklich anerkenne. Daneben besteht nach der Gemeindeöffnungsklausel i. S. d. § 245e Abs. 5 Satz 1 BauGB, die am 14. Januar 2024 in Kraft treten wird,<sup>5</sup> zudem die Möglichkeit einer erleichterten gemeindlichen Planung während des Übergangszeitraumes, auch wenn eine Kommune nicht selbst zuständiger Planungsträger ist und die Planung nicht mit einem Ziel der Raumordnung vereinbar ist. I. S. d. Regelung soll einem Antrag im Zielabweichungsverfahren stattgegeben

<sup>3</sup> Vgl. zum Diskussionsstand vor der höchstrichterlichen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts: Osing, Die Positivplanung von Windenergieflächen nach § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB – eine unterschätzte Chance für die Energiewende, NVwZ 2020, 749; Menne/Wegner, Bauleitplanerische Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie, ZfBR 2020, 336.

<sup>4</sup> In § 245e Abs. 1 Satz 5 BauGB ist inzwischen ausdrücklich die Befugnis geregelt, weitere Positivflächen darzustellen, ohne erneut eine gesamträumliche Planung vorzunehmen.

<sup>5</sup> Gesetz zur Änderung des LNG-Beschleunigungsgesetzes und zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und zur Änderung des Baugesetzbuchs (BGBl. 2023 Teil I Nr. 184, ausgegeben zu Bonn am 14. Juli 2023).

werden, wenn der Raumordnungsplan an der von der Gemeinde für die Windenergie geplanten Stelle kein Gebiet für mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen festlegt.

Für Neuplanungen wird sich die Frage zur Zulässigkeit einer isolierten Positivplanung nicht mehr stellen, da die bisherige Planungssystematik auf eine Positivplanung umgestellt wurde. Weist ein Planungsträger also weitere Flächen für die Windenergie aus, nachdem er seine Planung bereits abgeschlossen hat, wird dessen planerische Wille im Zusammenhang mit der Windenergieplanung im Außenbereich immer auf eine reine Positivplanung beschränkt sein. Eine Steuerung im Rahmen eines Bebauungsplans – und damit im Innenbereich – bleibt auch nach dem neuen Planungsregime möglich.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

<https://www.bverwg.de/de/240123U4CN6.21.0>

---