

## Normenkontrollverfahren, Teilregionalplan, Abwägungsmangel, Grundsätze der Raumordnung, Landschaftsschutzgebiet, fehlende Bekanntmachung

### OVG Schleswig, Urteil vom 22. März 2023 – 5 KN 53/21

**Die Regionalplan I-Teilaufstellung-VO leidet unter einem Abwägungsmangel und ist daher unwirksam. (amtlicher Leitsatz)**

#### Hintergrund der Entscheidung

Mit Runderlass des Ministerpräsidenten von Juni 2015 wurde die sachliche Teilfortschreibung des Landesentwicklungsplans Schleswig-Holstein (LEP) und die Teilaufstellung der Regionalpläne – Sachthema Windenergie – eingeleitet. Der Landrat des Kreises Nordfriesland erließ in der Folge zwei Kreisverordnungen über Landschaftsschutzgebiete, die im Mai 2020 vom 1. Senat des OVG Schleswig für unwirksam erklärt wurden. Eine erneute öffentliche Auslegung der neu gefassten Kreisverordnungen erfolgte nicht. Daraufhin trat im Oktober 2020 die LEP-Teilfortschreibungs-VO in Kraft, wonach in den Regionalplänen Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung festgelegt werden sollen. Eines der für die Flächenauswahl maßgeblichen weichen Tabukriterien lautete dabei: „Landschaftsschutzgebiete (LSG), sofern WKA nicht ausdrücklich zugelassen sind, sowie Gebiete, für die nach § 12a Absatz 2 LNatSchG i. V. m. § 26 BNatSchG das LSG-Verfahren eingeleitet ist.“ Dieses Tabukriterium wurde in der Landesverordnung für den Regionalplan für den Planungsraum I in Schleswig-Holstein Kap. 5.8 (Windenergie an Land) (Regionalplan I-Teilaufstellungs-VO) vom 29. Dezember 2020 auf zwei LSG angewendet.

Die Antragstellerin (potenzielle Betreiberin einer Windenergieanlage (WEA)) wandte sich im Wege des Normenkontrollverfahrens gegen die Regionalplan I-Teilaufstellungs-VO und beantragte diese für unwirksam zu erklären. Die Antragstellerin stützte ihre Begründung unter anderem auf eine fehlerhafte Abwägung im Zusammenhang mit zwei LSG, die trotz der gerichtlich festgestellten Nichtigkeit der zugrundeliegenden Kreisverordnungen als weiche Tabuzone behandelt wurden.

#### Inhalt der Entscheidung

Das OVG Schleswig erklärte die Regionalplan I-Teilaufstellungs-VO für unwirksam. Die Revision wurde nicht zugelassen. Die erlassene Landesverordnung für den Regionalplan sei mit höherrangigem Recht nicht vereinbar. Sie verstoße gegen das Abwägungsgebot gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG. Ein sich aus dem LEP ergebender Grundsatz der Raumordnung sei nicht fehlerfrei abgewogen worden. Dies habe zur Folge, dass die Landesverordnung insgesamt unwirksam sei. (Rn.27).

Das Gericht führte aus, dass zwei der geplanten LSG das im LEP formulierte Tabukriterium nicht erfüllen. Es fehle an einer wirksamen Unterschutzstellung der Gebiete, da die zugrundeliegenden Kreisverordnungen unwirksam seien. Die Feststellung der Unwirksamkeit der Kreisverordnungen im Rahmen des Normenkontrollverfahrens sei i. S. d. § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO allgemeinverbindlich und daher auch der Streitgegenständlichen Entscheidung zugrunde zu legen. (Rn. 31 f.) Es handele sich auch nicht um Gebiete, deren Unterschutzstellung i. S. d. § 12a Absatz 2 LNatSchG i. V. m. § 26 BNatSchG eingeleitet worden sei. In dem für die Abwägung maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Regionalplan habe keine Bekanntmachung der öffentlichen Auslegung des Entwurfs der Schutzgebietsverordnung vorgelegen. (Rn. 33) In zeitlicher Hinsicht knüpfe § 12a Abs. 2 LNatSchG an die Bekanntmachung der öffentlichen Auslegung des Verordnungsentwurfs nach § 19 Abs. 2 Satz 2 LNatSchG an. Das Tabukriterium des LEP nehme darauf uneingeschränkt Bezug und greife deshalb erst, wenn dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt sei. (Rn. 36) Der Tatbestand des im LEP normierten weichen Tabukriteriums sei im maßgeblichen Zeitpunkt nicht erfüllt gewesen. Das Tabu beziehe sich auch nicht auf alle Gebiete, für die das LSG-Verfahren bereits einmal eingeleitet war. Vielmehr müsste das Verfahren zur Unterschutzstellung noch andauern. Auf die im Jahr 2017 ausgelegten Entwürfe treffe das nicht zu, weil das Verfahren durch den Erlass der Kreisverordnungen im Jahr 2018 abgeschlossen worden sei. (Rn. 39) Das Tabukriterium sei auch nicht deshalb erfüllt, weil die untere Naturschutzbehörde die Absicht hatte, die Fehler der unwirksamen Kreisver-

ordnungen zu beheben. Mangels Sonderregelung greife das Tabu auch im Fall der Fehlerbehebung erst bei Bekanntmachung der Auslegung bzw. – falls von einer erneuten Auslegung abgesehen wird – im Zeitpunkt des Erlasses der neuen Schutzgebietsverordnung. (Rn. 40)

Es beruhe auf einem Abwägungsmangel, dass die (geplanten) LSG gleichwohl als weiche Tabuzonen behandelt worden seien. (Rn. 31) Der Plangeber des Regionalplans sei grundsätzlich nicht daran gehindert gewesen, ein weiches Tabu auch auf Flächen anzuwenden, für die der im LEP normierte Tatbestand nicht erfüllt werde. Die weichen Tabukriterien seien nämlich im LEP als Grundsätze der Raumordnung formuliert und folglich auf dieser Planungsebene nicht abschließend abgewogen worden. Damit seien sie einer weiteren Abwägung auf der nachgeordneten Ebene der Regionalplanung zugänglich gewesen. In diesem Rahmen hätte der Anwendungsbereich des Tabus ausgeweitet werden können. Dies sei allerdings nicht erfolgt. Vielmehr habe das gesamträumliche Plankonzept auf Ebene der Regionalplanung das Tabukriterium unverändert aus dem LEP übernommen und auch die dort getroffene Begründung lediglich wiederholt. Eine zu einer inhaltlichen Modifizierung führende Abwägung des weichen Tabukriteriums, habe in Bezug auf die zwei Landschaftsschutzgebiete somit nicht stattgefunden. Diese wäre erforderlich gewesen, um das Tabukriterium auf die betroffenen Landschaftsschutzgebiete anwenden zu können. (Rn. 42 f.)

Der Abwägungsmangel bewirke, dass die Teilaufstellung des Regionalplans insgesamt unwirksam sei. Es könne nicht mit der gebotenen Sicherheit angenommen werden, dass der Planungsträger den Plan auch mit dem eingeschränkten Inhalt beschlossen hätte. Ein Windenergiekonzept, das die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auslösen soll, sei zudem generell nicht teilbar. Die Herausnahme einer Teilfläche, für die keine Vorranggebiete festgesetzt sind, ändere im verbleibenden Planungsraum das Verhältnis von Positiv- und Negativflächen. Dadurch würde das im Wege der Abwägung gefundene gesamträumliche Plankonzept gestört. Dies mache eine erneute Abwägungsentscheidung erforderlich (Rn. 44, 45)

## Fazit

In diesem Urteil befasste sich das OVG Schleswig einmal mehr mit materiell-rechtlichen Fragestellungen der Konzentrationszonenplanung. Die Entscheidung hat zwar für Neuplanungen innerhalb des neuen Planungsregimes keine große Relevanz mehr, da im Wege der Positivplanung keine Konzentrationszonen mehr ausgewiesen werden und § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auf Windenergievorhaben nicht mehr anzuwenden ist (§ 249 Abs. 1 BauGB). Das Urteil ist aber insoweit von Bedeutung, als für die zukünftige Umsetzung einer Länderverpflichtung zur Erreichung der bundesgesetzlich vorgegebenen Flächenbeitragswerte von Relevanz ist, welcher Anteil der Landesfläche bereits wirksam für die Windenergie zur Verfügung gestellt wurde.

Das OVG Schleswig hat vorliegend die Revision nicht zugelassen. Innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils kann daher gegen die Nichtzulassung der Revision i. S. d. § 133 Abs. 1 VwGO eine Nichtzulassungsbeschwerde erhoben werden. Die Rechtskraft der Entscheidung ist bislang nicht bekannt. Folglich kann die Bedeutung der Entscheidung im Zusammenhang mit der zukünftigen Umsetzung der Länderverpflichtung im Planungsraum I in Schleswig-Holstein noch nicht abschließend beurteilt werden.

Für den jeweils zuständigen Planungsträger gelten allerdings i. S. d. § 249 Abs. 6 Satz 1 BauGB – wie auch bisher – die für die jeweilige Planungsebene geltenden Vorschriften für Gebietsausweisungen. Folglich ist weiterhin unabdingbar, auch bei der Positivplanung eine eigene Abwägung durchzuführen. Zu beachten ist zudem, dass i. S. d. § 249 Abs. 5 Satz 1 BauGB die Bindung an entgegenstehende Ziele der Raumordnung oder entgegenstehende Darstellungen in Flächennutzungsplänen vom jeweils zuständigen Planungsträger bei der Ausweisung von Windenergiegebieten nicht mehr beachtet werden müssen. Zukünftig ist dies wohl vor allem für die Regionalplanung von Relevanz, da sich in den meisten Bundesländern abzeichnet, dass die Regionen als zuständige Planungsträger bestimmt werden.<sup>1</sup> Eine eigene Abwägung auf Regionalplanungsebene ist dann ebenfalls durchzuführen, wenn beispielsweise über die kommunale Bauleitplanung bereits gesicherte Windenergieflächen als Vorranggebiete für die Windenergienutzung in die Regionalpläne aufgenommen werden sollen. Eine fehlende Abwägung zieht andernfalls die Unwirksamkeit eines (Teil-)Regionalplans nach sich.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu: [FA Wind \(fortlaufend in Aktualisierung\): Überblick zur Umsetzung der Flächenbeitragswerte des Windenergieflächenbedarfsgesetzes in den Bundesländern](#).

Für LSG gilt auf Zulassungsebene, dass diese gem. § 26 Abs. 3 Sätze 1 und 4 BNatSchG für WEA geöffnet sind, bis die Flächenbeitragswerte erreicht werden. Es ist hierfür nicht entscheidend, dass das LSG in einem Windenergiegebiet liegt. Nach dem Erreichen des Beitragswertes entfällt die baurechtliche Privilegierung für die Windenergienutzung außerhalb der Windenergiegebiete. Damit wird die Öffnung von LSG teilweise (wieder) eingeschränkt. Diese Einschränkung hat allerdings keine Auswirkung auf Planungsebene. Die zusätzliche Bereitstellung von Flächen kann nach Erreichung des Flächenbeitragswertes auch noch außerhalb von Windenergiegebieten innerhalb eines LSG erfolgen. Die Wirksamkeit der Unterschutzstellung hat dann nur noch bedingt Relevanz für die Wirksamkeit der Planung. Eine Verwendung von Tabukriterien ist bei der Positivplanung nicht erforderlich.

Es bleibt abzuwarten, wie es sich im Falle der Positivplanung zukünftig auswirken wird, wenn einzelne Flächen nicht wirksam ausgewiesen wurden. Die Gesamtnichtigkeit eines Plans kann jedenfalls nicht mehr daraus abgeleitet werden, dass sich das Verhältnis der Positiv- und Negativflächen insgesamt ändert, denn ein gesamträumliches Planungskonzept wird nicht vorausgesetzt.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter: <https://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/bssh/document/JURE230045367>

---