

*Was ist, wenn der Windenergie substanziell  
Raum verschafft wurde?*

**Fokus Umweltenergierecht**

10. März 2016

Kolping-Akademie, Würzburg

Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

[www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)

# I. FLÄCHENSICHERUNG UND -BEREITSTELLUNG

## Flächensicherung/-bereitstellung als planerische Aufgabe

- Flächensicherung/-bereitstellung als Aufgabe insbesondere der Raumordnung, § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 8 ROG
  - Schaffung der „räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau der erneuerbaren Energien“
  - Konzentrationszonenplanung als bedeutendstes Instrument; Positivplanung ohne Ausschlusswirkung bspw. in Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg
  - Sicherung- und Bereitstellung in Abhängigkeit von verwendeten Gebietstypen i.S.v. § 8 Abs. 7 ROG
- Aufgabenzuweisung auf Ebene der Bauleitplanung weniger deutlich, vgl. § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB; § 1a Abs. 5 BauGB
  - Bindung gegenüber Vorgaben der Raumordnung, §§ 1 Abs. 4, 35 Abs. 3 S. 2 und 3 BauGB

## Stand planerischer Flächensicherung

- Anstieg der regionalplanerisch gesicherten Flächen zwischen 2009 und 2014 von 1334 km<sup>2</sup> auf 1620 km<sup>2</sup>
  - 0,45 % der Bundesfläche; Zuwachs um 21,5 % ggü. 2009
- Bei Berücksichtigung von weiteren Flächen in Planentwürfen in 2014: möglicher Anstieg auf Flächenanteil von etwa 0,9 % der Bundesfläche
  - Entspricht dem Umfang nach in etwa dem Flächenbedarf für die Realisierung der Landesziele für 2020

Aber: Gerichtliche Aufhebung mehrerer Pläne; Einführung der 10 H-Regelung in Bayern

## **II. KONZENTRATIONSZONENPLANUNG UND SUBSTANZIALITÄT**

## Substantialität als Planungsziel

- Im Ergebnis ist in substantzieller Weise Raum für die Windenergie zu schaffen
- Versuch der Konkretisierung des Merkmals
  - Geringer materieller Gehalt
    - Abstrakt keine Ableitung einer quantifizierbaren Flächengröße möglich
    - Gerichtliche Prüfung kann nicht weitergehen als materielle Determinierung
  - Insbesondere prozedurale Funktion
    - Planerischer Beurteilungsspielraum gegen detaillierte prozedurale Vorgaben
- Bewirken einer Mindestflächensicherung nur in Umfang, der deutlich unterhalb des Flächenbedarfs liegt?

## „Dynamik der Substantialität“?

- Weiteres Potenzial für Flächensicherung durch dynamischen Charakter der Substantialität?
  - Koppelung mit dem Fortschritt des Windenergieausbaus i.S.e. Bundesdurchschnitts
  - Koppelung mit den gesetzlichen Ausbauzielen bzw. Zielen der Bundesregierung
  - Konsequenz eines dynamischen Charakters
- Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur finden sich Stimmen in Richtung einer Koppelung, aber auch entschiedener Widerspruch
  - OVG Magdeburg, 2 L 6/09, Rn. 40 (juris)
  - Bovet/Kindler, DVBl 2013, 488 (493); von Seht, DÖV 2011, 915 (920); Lau, LKV 2012, 163 (166); Köck, DVBl 2015, 3 (8 f.); ausdrücklich hiergegen Kümper, ZfBR 2015, 224 (231).

## Argumente für ein dynamisches Verständnis

- Ankoppelung des substanziellen Raums an bundesrechtlich festgelegte Ziele/Ausbaupfade der Energiewende kann materiellen Gehalt der Anforderung konturieren und damit berechen- und handhabbar machen (Rechtssicherheit)
- Privilegierung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sollte den Ausbau der Windenergie nicht um ihrer selbst willen, sondern mit Blick auf die Erreichung von Klimaschutzzielen fördern. Dem wird nur ein dynamisches Verständnis gerecht (Telos).
- Dahinter zurück bleibende Flächenausweisungen stellen sich in diesem Sinne als „Verhinderungsplanung“ dar, soweit sie nicht die räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau erneuerbarer Energie schaffen, § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 8 ROG; § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB

## Argumente für ein statisches Verständnis

- Anforderung der Substantialität als Konkretisierung des Verbots der Verhinderungsplanung
- Abhängigkeit der Substantialität von konkreten Raumgegebenheiten, nicht von EEG-Ausbauzielen
- Grenzen richterrechtlicher Rechtsfortbildung (Gewaltenteilungsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 3 GG)
  - Dynamisches Verständnis würde Mengenzielen gleichkommen, die aber der gesetzgeberischen oder planerischen Festlegung bedürfen
  - Weitergehende Beschränkung kommunaler Planungshoheit u.a. Rechtsgüter ohne parlamentarische Entscheidung
  - Wesentlichkeitslehre spricht für Bestehen eines Gesetzesvorbehalts

## Bedeutung eines statischen Verständnisses für Flächensicherung

- Keine bundesrechtliche Verpflichtung zur planerischen Sicherung und Bereitstellung von Flächen im für den weiteren Ausbau der Windenergie notwendigen Umfang
- Weitere Flächensicherung abhängig von politischen Zielen der Länder bei tendenzieller Zunahme der Konflikträchtigkeit vor Ort

# **III. ALTERNATIVE INSTRUMENTE – INSBESONDERE: MENGENZIELE**

## Alternative Instrumente

- Verschiebung der Flächensicherung auf die Ebene der Bauleitplanung wie faktisch in Bayern durch die 10 H-Regelung?
  - Regelung einer Planungspflicht
  - Regelung von Mengenzielen
    - Mengenziele als Mindestvorgaben oder Höchstgrenzen
    - Mengenziele als Flächen- oder Leistungsziele
    - Grundsätzliche Zulässigkeit von Mengenzielen in der Raumordnung
    - Anwendungsbeispiele insbesondere in Niedersachsen
- Regelung von Mengenzielen durch den Bund?

## Verankerung von Mengenzielen

- Gesetzliche Verankerung von Mengenzielen
  - Mengenziele als Orientierungswerte oder Ziele der Raumordnung im ROG
- Mengenziele in einem Bundesgrundsätzeplan, § 17 Abs. 1 ROG
  - Allenfalls als überwindbare Grundsätze der Raumordnung
  - Herbeiführung der Verbindlichkeit solcher Vorgaben wohl nicht ohne Gesetzesänderung möglich

## Echte Mengenziele in einem Bundesraumordnungsplan?

- Referentenentwurf des BMVI zum ROG vom 06.08.2015

§ 17 Abs. 2 ROG-RefE:

*„Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur kann im Einvernehmen mit den fachlich betroffenen Bundesministerien für bestimmte Nutzungen und Funktionen Raumordnungspläne für das Bundesgebiet als Rechtsverordnung aufstellen. Voraussetzung ist, dass dies für die räumliche Entwicklung und Ordnung des Bundesgebietes unter nationalen oder europäischen Gesichtspunkten erforderlich ist. Die Beratungs- und Unterrichtungspflicht nach § 24 Abs. 1 und 4 ist zu beachten.“*

*Aber: Möglichkeit des Widerspruchs gem. § 5 Abs. 4 ROG Ref-E*

## Anwendbarkeit § 17 Abs. 2 RefE-E auf Erneuerbare?

Begründung des RefE zählt nur beispielhaft Fälle auf. Der Ausbau der Windenergie wird nicht als Anwendungsfall benannt.

Voraussetzung ist:

Erforderlichkeit für „die räumliche Entwicklung und Ordnung des Bundesgebietes unter nationalen oder europäischen Gesichtspunkten gem. § 17 Abs. 2 RefE“?

- Tätigwerden des Bundes
  - zur Flächensicherung für die gesamtdeutsche Energiewende
  - für gerechte Lastenverteilung
  - zur Minimierung des Netzausbaubedarfs
  - zur Erfüllung europäischer und internationaler Klimaschutzvorgaben
- Erfordernis eines Ländergrenzen überschreitenden Bezuges?

## IV. DISKUSSIONSPUNKTE

## Diskussionspunkte

- Verpflichtet die Anforderung des substanziell Raum Schaffens nicht zur Sicherung und Bereitstellung von Flächen in dem Umfang, wie für den weiteren Ausbau der Windenergie nötig?
- Vorgaben gegenüber Ländern durch planerische Mengenziele als mögliches Instrument, für dessen Verankerung und Ausgestaltung verschiedene Möglichkeiten bestehen:
  - Verankerung von Mengenzielen unmittelbar im ROG oder in einem Bundesgrundsätze-/Bundesraumordnungsplan gem. § 17 Abs. 2 ROG-RefE?
  - Ausgestaltung als bloße Orientierungswerte oder verbindliche Ziele der Raumordnung?
  - Notwendigkeit vorbereitender Potenzialanalysen?

## Diskussionspunkte

- Wie ist der Bedarf für weitere planerische Bereitstellung von Flächen für den Ausbau der Windenergie einzuschätzen?
  - Abhängigkeit von künftiger Ausgestaltung des Referenzertragsmodells in der neuen Ausschreibungswelt?
  - Abhängigkeit von Ausbaupfad in § 3 Nr. 1 EEG?
- Abbau von Hemmnissen bei der Flächenbereitstellung auf Planungs- aber auch auf Genehmigungsebene

Stiftung

Umweltenergierecht

## Stiftung Umweltenergierecht

Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Tel.: +49 9 31.79 40 77-0

Fax: +49 9 31.79 40 77-29

E-Mail: [wegner@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:wegner@stiftung-umweltenergierecht.de)

[www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)

Unterstützen Sie unsere Arbeit durch Zustiftungen und Spenden für laufende Forschungsaufgaben

**Spenden:** Sparkasse Mainfranken Würzburg (IBAN DE16790500000046743183 / BIC BYLADEM1SWU)

**Zustiftungen:** Sparkasse Mainfranken Würzburg (IBAN DE83790500000046745469 / BIC BYLADEM1SWU)