

**Würzburger Studien zum
Umweltenergierecht**

**Übergreifende Entwicklungslinien
und aktuelle Herausforderungen im
Recht der Windenergie**

**Der Windenergieausbau zwischen Planung,
Genehmigung und Förderung**

erstellt von

Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)
Frank Sailer

unter Mitarbeit von

Viktoria Fülbier
Maximilian Schmidt

Entstanden im Rahmen des Vorhabens

„Windenergierecht – Planung, Genehmigung und Förderung im Föderalismus“ (WindPlan – FKZ 03MAP307)

Gefördert durch:

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

10

September 2018

Zitiervorschlag: *Nils Wegner/Frank Sailer, Übergreifende Entwicklungslinien und aktuelle Herausforderungen im Recht der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 10, September 2018.*

Stiftung Umweltenergierecht
Ludwigstraße 22
97070 Würzburg
Telefon +49 931 79 40 77-0
Telefax +49 931 79 40 77-29
E-Mail wegner@stiftung-umweltenergierecht.de
sailer@stiftung-umweltenergierecht.de
Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.
Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm
Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg, IBAN DE16790500000046743183,
BIC BYLADEM1SWU

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung: Hemmnisse und ihre Bewältigung für die Fortsetzung des Ausbaus der Windenergie	1
B. Akzeptanz und Bürgerbeteiligung	2
I. Akzeptanzsteigerung durch Verfahrensbeteiligung	3
1. Verfahrensbeteiligung auf Planungsebene	3
2. Verfahrensbeteiligung auf Genehmigungsebene	7
II. Akzeptanz durch stärkere Berücksichtigung des Willens Betroffener	9
1. Stärkere Berücksichtigung des Bürgerwillens auf Planungsebene	10
a) Unmittelbare Aufnahme des Bürgerwillens	10
b) Festsetzung pauschaler Siedlungsabstände	12
2. Berücksichtigung des Bürgerwillens auf Genehmigungsebene	14
III. Akzeptanzschaffung auf Förderebene und im Recht der erneuerbaren Energien	15
1. Die Einbindung von Bürgerenergiegesellschaften im Ausschreibungssystem, § 36g EEG 2017	16
2. Akzeptanz durch finanzielle Teilhabe	17
IV. Zwischenergebnis	21
C. Räumliche Steuerung des Windenergieausbaus	22
I. Räumliche Steuerung auf Planungsebene	22
1. Bedeutungszuwachs und funktionale Änderung von Regional- und Flächennutzungsplanung hin zu einer vorhabenbezogenen Außenbereichsplanung	22
2. Rechtssicherheit bei Konzentrationszonenplanungen – aktuelle Entwicklung	25
II. Räumliche Steuerung auf Genehmigungsebene	28
III. Räumliche Steuerung auf Förderebene	29
1. Allgemeine räumliche Steuerung des Windenergieausbaus im EEG	29
2. Netzbezogene räumliche Steuerung des Windenergieausbaus im EEG	31
D. Wechselwirkungen und rechtliche Verknüpfungen zwischen Förderrecht und Planungs- und Genehmigungsrecht	33
I. Rückwirkungen des Förderrechts auf das Planungsrechts?	33
1. Normative Konsequenzen aus der Verschränkung von Planungs- und Förderrecht	34
2. Anforderungen an die wirtschaftliche Nutzbarkeit von Flächen	35

II. Verknüpfung des Förderrechts mit dem Genehmigungsrecht	38
E. Windenergieausbau im föderalen System	40
F. Fazit: neue Herausforderungen und weiterer Forschungsbedarf.....	42
Anhang: Ergebnisse und Veröffentlichungen im Rahmen des Vorhabens WindPlan	44

A. Einleitung: Hemmnisse und ihre Bewältigung für die Fortsetzung des Ausbaus der Windenergie

Damit bereits eine einzelne Windenergieanlage errichtet und betrieben wird, müssen eine ganze Reihe von Voraussetzungen zusammenkommen. So setzt eine entsprechende unternehmerische Entscheidung nicht nur die (potenzielle) Wirtschaftlichkeit einer solchen Anlage voraus, die unter den derzeitigen Bedingungen am Strommarkt maßgeblich von den förderrechtlichen Bedingungen des EEG abhängt. Hinzukommen müssen vielmehr auch die Verfügbarkeit eines geeigneten Standortes, der planungsrechtlich gesichert und zur Verfügung gestellt wird, sowie die Erfüllung aller gesetzlich vorgesehenen Anforderungen, um die erforderliche immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu erhalten. Eine hohe Akzeptanz gegenüber dem Windenergievorhaben – von Seiten kommunaler Entscheidungsträger, Anwohner und Umweltverbände – kann zudem das Durchlaufen der notwendigen Prozesse unter Umständen durch Reduktion der zu bearbeitenden Konflikte vereinfachen und beschleunigen, darf aber nicht Bedingung für die Umsetzung des Einzelvorhabens auf gesetzlicher Grundlage sein¹.

Auch weil die vorstehend skizzierten Voraussetzungen in der Vergangenheit vielfach vorlagen oder herbeigeführt werden konnten, handelt es sich bei der Windenergie an Land heute um die zentrale Erzeugungsform erneuerbarer Energien der voranschreitenden Energiewende in Deutschland. Die installierte Leistung hat in den letzten Jahren durch hohe Zubauraten eine enorme Steigerung erfahren². 2017 wurden Windenergieanlagen mit einer Gesamtleistung von knapp 5.500 MW neu in Betrieb genommen (Bruttozubau), während gleichzeitig auch die Leistung der im Zuge von Repowering-Maßnahmen außer Betrieb genommenen und abgebauten Altanlagen mit rund 470 MW eine neue Höchstmarke erreichte³. Damit waren Ende des Jahres 2017 mehr als 28.000 Windenergieanlagen an Land mit einer Gesamtleistung von knapp 50.500 MW in Deutschland am Netz⁴. Die Stromerzeugung aus Windenergie an Land kam 2017 ebenfalls auf einen neuen Höchststand von 88,7 Mrd. kWh und hatte damit einen Anteil am Bruttostromverbrauch von 14,7 Prozent⁵. Aufgrund ihrer relativen Kostengünstigkeit und Leistungsfähigkeit soll die Windenergie an Land nach dem Willen der Bundesregierung und des

¹ Dies gilt ganz allgemein für grundrechtlich geschützte Tätigkeiten, zu denen auch die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen zählt.

² Vgl. die regelmäßigen Analysen des *Umweltbundesamtes* unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/erneuerbare-energien/erneuerbare-energien-in-zahlen> oder der *Fachagentur Windenergie an Land* unter: <https://www.fachagentur-windenergie.de/veroeffentlichungen/zubauentwicklung.html> sowie des *Fraunhofer Instituts ISE* unter: https://www.energy-charts.de/power_inst_de.htm.

³ UBA, Erneuerbare Energien in Deutschland, Daten zur Entwicklung im Jahr 2017, Hintergrund, März 2018, S. 9.

⁴ UBA, a. a. O., S. 9.

⁵ Zusammen mit der Windenergie auf See steht die Windenergie damit an zweiter Stelle der Stromerzeugung – hinter der Braunkohle, aber vor Steinkohle, Erdgas und Kernenergie, UBA, a. a. O., S. 10.

Gesetzgebers auch mittelfristig die mengenmäßig bedeutendste erneuerbare Energieerzeugungsform sein⁶.

Damit dieser Wille aber auch tatsächlich umgesetzt wird, müssen nicht nur die zuletzt stetig gestiegenen Herausforderungen sowohl bei der Ausweisung von Windenergieflächen als auch in den Genehmigungsverfahren bewältigt werden. Vielmehr zeichnet sich auch ab, dass nach der grundsätzlichen Umstellung des EEG-Fördersystems auf Ausschreibungen⁷ diesbezügliche Nachjustierungen etwa bei Vorhaben von Bürgerenergiegesellschaften i.S.v. § 36g EEG erforderlich sind, damit Vorhabenrealisierungen in relevanter Zahl zeitnah in Angriff genommen werden. Hinzu kommt: während die Akzeptanz Dritter zwar zu Vereinfachungen der Genehmigungsprozesse führen kann, jedoch für die Realisierung von Einzelanlagen auf Grundlage einer bestandskräftigen Genehmigung nicht entscheidend sein darf, ist sie für den weiteren Ausbau der Windenergie als solchen von erheblicher Bedeutung. Ohne die weiterhin hohe Zustimmung zum künftigen Ausbau der Windenergie können Bundesregierung und Gesetzgeber ihre Ausbauziele und die dahinterstehenden Klimaschutzziele wohl nur schwer umsetzen.

Ziel der vorliegenden *Studie* ist es daher, rechtsbereichsübergreifende Entwicklungslinien im Recht der Windenergie bei den zentralen Themen Akzeptanz und Bürgerbeteiligung einerseits (B.) und der räumlichen Steuerung des Windenergieausbaus andererseits (C.) darzustellen und die immer stärkere Verknüpfung und Wechselwirkungen zwischen dem Planungs- und Genehmigungsrecht sowie dem Förderrecht und dem Recht der erneuerbaren Energien aufzuzeigen (D.). Die Besonderheiten des föderalen Systems halten zusätzliche Herausforderungen bereit, die kurz anzusprechen sind (E.), bevor ein Ausblick auf künftige Herausforderungen und dadurch entstehenden Forschungsbedarf gewagt wird (F.).

B. Akzeptanz und Bürgerbeteiligung

Trotz hoher Akzeptanzwerte für die Energiewende als solche⁸ stoßen konkrete Windenergievorhaben vor Ort vielfach und zunehmend auf erheblichen – gut organisierten – Widerstand. Auch genehmigte Vorhaben lassen sich immer öfter erst nach langwierigen Gerichtsverfahren umsetzen⁹ – wenn ihre Realisierung dann noch wirtschaftlich sinnvoll möglich ist. Die Möglichkeiten der gerichtlichen Anfechtung wurden in diesem Bereich zuletzt durch die Reform des Umwelt-

⁶ Vgl. hierzu den Ausbaupfad in § 4 Nr. 1 EEG 2017. Die Windenergie an Land bleibt damit der bedeutendste „Volumenträger“ für den weiteren EE-Ausbau, vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 2.

⁷ Vgl. näher hierzu etwa *Altrock/Vollprecht*, ZNER 2017, 306, 307 ff.; *Frenz*, RdE 2016, 433 ff.; *Geiger*, REE 2016, 197 ff.; *FA-Wind*, EEG 2017: Ausschreibungsbedingte Neuerungen für Windenergieanlagen an Land, 2. Aufl. 2017.

⁸ Vgl. etwa die Ergebnisse einer repräsentativen Umfrage der *TNS Emnid* im Auftrag der Agentur für Erneuerbare Energien, Stand 9/2016, abrufbar unter: <https://www.unendlich-viel-energie.de/themen/akzeptanz-erneuerbarer/repraesentative-umfrage-weiterhin-rueckenwind-fuer-erneuerbare-energien>.

⁹ Vgl. *Brinktrine*, in: Ders./Harke/Ludwigs/Remien, Rechtsfragen der Windkraft zu Lande und zur See, 2016, 111 (112). Siehe auch *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 33.

Rechtsbehelfsgesetzes deutlich ausgeweitet¹⁰, sodass hier noch mit einer Zunahme an gerichtlichen Verfahren zu rechnen ist.

Um Konflikte möglichst frühzeitig zu lösen, sieht das Recht eine Vielzahl an Instrumenten vor. Auf Ebene der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen geht es in erster Linie darum, einen Ausgleich zwischen den verschiedenen betroffenen öffentlichen und privaten Interessen zu finden. Fällt dieser Ausgleich in den Augen der Betroffenen gerecht aus, so bestehen gute Chancen, dass er auch akzeptiert wird. Deshalb sind die gesetzlichen Vorgaben für die inhaltliche Entscheidung von Interessenkonflikten für die Akzeptabilität ihrer Lösungen von hoher Bedeutung. Als anerkannt gilt heute aber, dass die Schaffung eines gerechten und damit akzeptablen Ausgleichs zwischen den verschiedenen Interessen auch eine verfahrensrechtliche Dimension hat.

Zunächst sollen deshalb diejenigen verfahrensrechtlichen Vorgaben für Beteiligungsinstrumente in den Blick genommen werden, mit deren Hilfe auch die Akzeptanz von Planungs- und Genehmigungsverfahren durch eine Verbesserung der Verfahrensgerechtigkeit gesteigert werden soll (I.). Anschließend ist zu klären, inwieweit und in welcher Form der nicht zuletzt in Beteiligungsverfahren zum Ausdruck kommende Wille von Bürgern bei der inhaltlichen Konfliktlösung überhaupt Beachtung finden kann (II.). Schließlich ist einer Besonderheit des Windenergierechts nachzugehen: Während das Bemühen um eine Stärkung von Verfahrensrechten der Öffentlichkeit lange Zeit die deutsche Diskussion um eine verbesserte Teilhabe an Entscheidungen über Infrastrukturvorhaben bestimmt hat, werden für den Ausbau der Windenergie seit einiger Zeit vor allem Maßnahmen finanzieller Teilhabe diskutiert, die ihrerseits zahlreiche Rechtsfragen aufwerfen (III.).

I. Akzeptanzsteigerung durch Verfahrensbeteiligung

1. Verfahrensbeteiligung auf Planungsebene

Die Öffentlichkeitsbeteiligung ist schon lange Zeit fester Bestandteil auch bei der Aufstellung windenergierelevanter Raumpläne¹¹. Sie ist im Raumordnungsgesetz für die Verfahren zur Aufstellung der Raumordnungspläne jetzt gem. § 9 ROG¹² und für das Raumordnungsverfahren nach

¹⁰ Vgl. zur jüngsten Novellierung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes aufgrund mehrfacher Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschlands sowie Empfehlungen des Compliance Committee der sog. Aarhus Konvention *Schlacke*, NVwZ 2017, 905-912.

¹¹ *Hildebrand/Rau/Schweizer-Ries*, UVP-report 2018, 269, 269.

¹² Bislang ausgestaltet als einstufiges Beteiligungsverfahren, *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 10 Rn. 13. Für eine noch frühzeitigere Einbeziehung der Öffentlichkeit auch auf Raumordnungsebene *Roßnagel u. a.*, Entscheidungen über dezentrale Energieanlagen in der Zivilgesellschaft, 2016, S. 109 ff. Zur nunmehrigen Rechtslage unter dem ROG 2017, *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 9 Rn. 12.

§ 15 Abs. 3 S. 3 ROG – soweit diese bei Windenergieanlagen überhaupt durchzuführen sind¹³ – vorgesehen. Bei der Aufstellung von Bauleitplänen verlangen § 3 Abs. 1 S. 1 sowie Abs. 2 BauGB eine zweistufige Beteiligung der Öffentlichkeit, d. h. eine frühzeitige, sich in der Regel an den Aufstellungsbeschluss anschließende¹⁴ sowie eine weitere nach Fertigstellung der Entwürfe des jeweiligen Bauleitplans. Schon auf Planungsebene bestehen mithin recht umfangreiche Möglichkeiten der Öffentlichkeit, sich in die Verfahren einzubringen¹⁵.

Die einschlägigen Beteiligungsverfahren erfüllen auf Planungsebene jedoch ganz unterschiedliche Funktionen. Neben der Funktion eines vorbeugenden Rechtsschutzes kommt der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung, wie sie im Recht der Bauleitplanung umgesetzt ist, insbesondere die Aufgabe zu, eine vollständige Entscheidungs- und damit Abwägungsgrundlage für die Planungsträger zu vermitteln und so die Planungsentscheidungen inhaltlich zu verbessern sowie die Transparenz der Entscheidungen und damit auch ihre Überprüfbarkeit zu erhöhen¹⁶. In Deutschland lange Zeit weniger anerkannt oder gar abgelehnt, aber immer stärker im Fokus von Diskussionen, ist die demokratisch-legitimatorische Funktion der Partizipation der Öffentlichkeit an Verwaltungsentscheidungen¹⁷.

Akzeptanzsicherung ist hierneben zwar ebenfalls ein anerkannter Zweck von Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung¹⁸. In der Tat dürfte es sich bei der spezifischen Ausrichtung von Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung auf diesen Zweck aber eher um eine rechtspolitische Forderung als ein Gebot positiven nationalen, europäischen oder internationalen Rechts handeln¹⁹. Entsprechend stellt sich die Akzeptanzsicherung vielfach allein als Nebenprodukt solcher Verfahren dar, deren Hauptzweck aber weiterhin regelmäßig in der rechtsschutzwahrenden Funktion bzw. der Funktion der Sicherung eines Informationsgehalts liegt²⁰.

Ob die zahlreich vorhandenen Beteiligungsmöglichkeiten bereits auf Planungsebene wirklich zu einer nennenswerten Steigerung der Akzeptanz für konkrete Windenergievorhaben führen, weil sie die Einsicht in den (auch persönlichen) Nutzen der Vorhaben fördern sowie Selbstwirksamkeit und Identifikation mit dem Vorhaben ermöglichen²¹, wird unterschiedlich beurteilt. Während die

¹³ Nach § 16 Abs. 2 ROG kann von der Durchführung eines Raumordnungsverfahrens bei solchen Planungen und Maßnahmen abgesehen werden, für die sichergestellt ist, dass ihre Raumverträglichkeit anderweitig geprüft wird, wie etwa bei Konzentrationszonenplanungen, vgl. *Hinsch*, in: Schulz, Handbuch Windenergie, 2015, Kap. 3 Rn. 165 f. noch zum bisherigen § 15 Abs. 1 S. 4 ROG sowie *Goppel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 16 Rn. 32 ff.

¹⁴ *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 3 Rn. 8.

¹⁵ Vgl. *Erbguth*, UPR 2018, 121, 123.

¹⁶ Vgl. *Wegner*, Subjektiv-rechtliche Ansätze im Völkerrecht zum Schutz biologischer Vielfalt, 2018, S. 397 f. sowie Abs. 16 Präambel Aarhus-Konvention.

¹⁷ Vgl. zuletzt *Erbguth*, UPR 2018, 121, 121, der dieser Funktion aber skeptisch gegenübersteht; ausführlich zum Ganzen auch *Guckelberger*, VerwArch 103 (2012), 31 ff. sowie *Wegner*, Subjektiv-rechtliche Ansätze im Völkerrecht zum Schutz biologischer Vielfalt, 2018, S. 398 f.; *Bauer*, dms 2015, 273, 275 zu politikwissenschaftlichem Legitimationsverständnis einerseits und rechtswissenschaftlichem Verständnis andererseits.

¹⁸ Vgl. nur Abs. 10 Präambel Aarhus-Konvention.

¹⁹ *Erbguth*, UPR 2018, 121, 122.

²⁰ *Erbguth*, UPR 2018, 121, 122; *Bunge*, UVP-report 2018, 261, 264.

²¹ Zu diesen Voraussetzungen von öffentlicher Akzeptanz *Renn/Köck/Schweizer/Bovet/Benighaus/Scheel/Schröter*, ZUR 2014, 281, 281 f.

Bedeutung und das Potenzial gelungener Beteiligung auf Planungsebene für die unmittelbare Akzeptanzschaffung oder zumindest die Vorbereitung von Akzeptanzschaffung auf der späteren Zulassungsebene weitgehend allgemein anerkannt wird²², stehen sich hinsichtlich der Einschätzung der tatsächlichen und unmittelbaren Akzeptanzwirksamkeit solcher Verfahren unter den realen Bedingungen der Praxis²³ unterschiedliche Einschätzungen gegenüber²⁴.

Diese Unklarheit gilt auch im Bereich der Windenergie²⁵, obwohl bei den im Windbereich bedeutsamen Konzentrationszonenplanungen mit Ausschlusswirkungen i.S.v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB im Gegensatz zu sonstigen Raumplanungen bereits eine individuelle Betroffenheit gegeben ist. Insofern steht der akzeptanzsteigernden Wirkung hier nicht schon der hohe Abstraktionsgrad von Raumplanungen entgegen, der sonst die Erkennbarkeit individueller Betroffenheiten erschwert. Auch spricht die große Zahl an Einwendungen im Rahmen von Konzentrationsplanungen dafür, dass die Aktivierung jedenfalls der interessierten Öffentlichkeit hier durchaus gelingt. Jedoch dürften vielfach tatsächliche oder zumindest als solche wahrgenommene Mängel in der Kommunikation²⁶, Fehlvorstellungen über die Grenzen von Beteiligung, Zweifel an der Neutralität der Planungsbehörden und zeitliche Abstände zu konkreten Zulassungsverfahren eine akzeptanzsteigernde Wirkung verhindern oder jedenfalls stark beschränken²⁷.

Fraglich ist auch, ob eine akzeptanzsteigernde Wirkung stattdessen durch die Beteiligung der Öffentlichkeit an Raumordnungsverfahren in größerem Umfang erzielt wird. Dem Raumordnungsverfahren wird eine solche Wirkung teilweise aufgrund seiner Stellung zwischen Planungs- und Genehmigungsverfahren sowie der Interessenneutralität der Raumordnungsbehörde zugesprochen²⁸. Soweit ersichtlich fehlen aber noch nähere empirische Untersuchungen zur Stützung dieses Befunds. Für Windenergievorhaben wäre dies durchaus von Bedeutung. Gem. § 1 Nr. 1 ROV²⁹ fallen jedenfalls größere Windenergieprojekte in den Anwendungsbereich der

²² Siehe nur *Renn/Köck/Schweizer/Bovet/Benighaus/Scheel/Schröter*, ZUR 2014, 281, 283; *Hildebrand/Rau/Schweizer-Ries*, in: *Holstenkamp/Radtke*, Handbuch Energiewende und Partizipation, 2018, S. 195, 195.

²³ Anschaulich *Donnerstag*, UVP-report 2018, 287, 287 ff.

²⁴ Siehe *Erbguth*, UPR 2018, 121, 123 f. sowie *Renn/Köck/Schweizer/Bovet/Benighaus/Scheel/Schröter*, ZUR 2014, 281, 282 f. die je für sich Ansatzpunkte für akzeptanzbezogene Verbesserungen identifizieren. Differenzierend *Köck*, in: *JbUTR* 134 (2017), S. 129, 145, der eine akzeptanzschaffende Wirkung vor Ort allein der vorhabenbezogenen Ebene zutraut. Zu den Kritikpunkten und Herausforderungen auch *Hildebrand/Rau/Schweizer-Ries*, UVP-report 2018, 269, 269 f. und 271. Allgemein skeptisch gegenüber der Steuerungswirkung von Beteiligungsverfahren *Böhm*, NuR 2011, 614, 615; *Ekardt*, Information, Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2010, S. 152 f. Vgl. auch *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 106 f.

²⁵ Siehe FA-Wind, Beteiligungsprozesse bei der Windenergieplanung – Eine Fallevaluierung in Niedersachsen, November 2014, S. 3 ff. Trotzdem sehen die Autoren zahlreiche Möglichkeiten unter Nutzung gerade informeller Beteiligungskonzepte zu Verbesserungen zu gelangen, a. a. O. S. 10 ff. Zu den Voraussetzungen der Akzeptanzschaffung durch Beteiligungsverfahren aus sozialwissenschaftlicher Sicht *Hildebrand/Rau/Schweizer-Ries*, in: *Holstenkamp/Radtke*, Handbuch Energiewende und Partizipation, 2018, S. 195, 196 ff.

²⁶ Diesen Gesichtspunkt relativierend *Renn/Köck/Schweizer/Bovet/Benighaus/Scheel/Schröter*, ZUR 2014, 281, 282 f.; zu den Bemühungen in der Praxis *Donnerstag*, UVP-report 2018, 287, 287 ff.

²⁷ *Erbguth*, UPR 2018, 121, 124 ff.; siehe auch *Bauer*, dms 2015, 273, 274, der auf die Gefahr einer „Partizipationsverflechtungsfalle“ verweist.

²⁸ *Erbguth*, UPR 2018, 121, 125 m. w. N.

²⁹ Siehe Raumordnungsverordnung auf Grund des § 6a Abs. 2 Satz 1 des Raumordnungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Juli 1989 (BGBl. I S. 1461).

Raumordnungsverordnung. Zwar dürfen die Länder gem. § 16 Abs. 2 S. 2 ROG einen Verzicht auf die Durchführung eines Raumordnungsverfahrens vorsehen, soweit die Raumverträglichkeit eines Vorhabens auf andere Weise sichergestellt wird. Dies wäre etwa auch dann der Fall, wenn ein Windenergievorhaben innerhalb eines raumordnerisch ausgewiesenen Windeignungs- oder Windvorranggebiets platziert wird. Wegen der zahlreichen Aufhebungen solcher Pläne³⁰ und der hieraus resultierenden Zulassung auch größerer Windenergievorhaben ohne vorangehende wirkungsvolle Raumplanung ist hier jedoch in vielen Fällen ein Raumordnungsverfahren tatsächlich durchzuführen.

In jüngerer Zeit wurde die Ausweitung von Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen des Netzausbaus³¹, zuletzt anlässlich des Standortauswahlgesetzes³² breiter diskutiert. Diskussionen fanden und finden zudem zur Frage der SUP-Pflicht und damit einhergehender Pflicht zur Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Aufstellung von Windenergieerlassen³³ sowie nationalen Energieplänen statt³⁴, wie sie im Rahmen der geplanten Governance-VO der Europäischen Union vorgesehen sind. Auch die Diskussion um die stärkere Ausrichtung von Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung auf die Herbeiführung von Akzeptanz ist weiterhin aktuell. Ob allerdings die hierzu vorliegenden Erkenntnisse und Thesen der Sozialforschung in Zukunft stärker bei der rechtlichen Ausgestaltung von Öffentlichkeitsbeteiligung berücksichtigt werden, erscheint fraglich. Die Politik hat zuletzt zu erkennen gegeben, allgemein wieder mehr Gewicht auf Aspekte der Verfahrensbeschleunigung setzen zu wollen³⁵, deren vermeintliches Spannungsverhältnis zu Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung bereits im Zuge der Beschleunigungsgesetzgebung der 90er Jahre betont wurde³⁶.

³⁰ Siehe hierzu unten C. II. 2.

³¹ Zuletzt ausführlich *Stracke*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Übertragungsnetzausbau, 2017; *Peters*, DVBl 2015, 808 ff.

³² Kritisch hierzu *Böhm*, Bürgerbeteiligung in der Endlosschleife?, in: Durner u. a., Gedächtnisschrift für Arndt Schmehl, 2018, i.E.

³³ Hierzu *Wegner*, NuR 2017, 605 ff.

³⁴ Vgl. Erwägungsgründe 20 und 20bis des Vorschlags für eine Governance-VO.

³⁵ Vgl. *BMVI*, Strategie Planungsbeschleunigung, Mai 2017, sowie den Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich vom 18.7.2018; *BMWi*, Aktionsplan Stromnetz, August 2018, S. 4.

³⁶ Zu Inhalt und Hintergründen der Beschleunigungsgesetzgebung der 90er Jahre in Deutschland ausführlich *Schenderlein*, Rechtsschutz und Partizipation im Umweltrecht, 2013, S. 23 ff.; *Dolde*, NVwZ 2013, 769, 771; *Bunge*, UVP-report 2018, 261, 262; vgl. auch *Erbguth*, UPR 2018, 121, 123: „Rückbau von Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften“.

2. Verfahrensbeteiligung auf Genehmigungsebene

Auf Genehmigungsebene steht die verfahrensmäßige Beteiligung betroffener Bürger im Vordergrund³⁷. Auch hier dient diese vor allem den Behörden zur Informationsgewinnung³⁸ und den Betroffenen zur wirksamen Verteidigung ihrer Rechte³⁹. Einwendungen Betroffener richten sich daher primär auf eine Verhinderung oder zumindest Modifizierung des Vorhabens⁴⁰. Die Bürger wollen über eine Verfahrensbeteiligung auf das Vorhaben einwirken, was jedoch gerade bei gebundenen Entscheidungen wie der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung kaum möglich ist⁴¹. Der Vorhabenträger hat hier einen Anspruch auf Genehmigung und die materiell-rechtlichen Anforderungen an ihre Erteilung sind detailliert geregelt⁴². Die Öffentlichkeitsbeteiligung kann daher im schlechtesten Fall zu Frustration und Resignation führen⁴³ und im besten Fall der „Akzeptabilität“ des Verwaltungshandelns dienen⁴⁴. Ob sie darüber hinaus aber auch zu mehr Akzeptanz führt, wird bezweifelt⁴⁵ und darf außerdem auch nicht Maßstab des

³⁷ Jüngst etwa *Agora Energiewende*, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, 2018, S. 19 ff.; eingehend *Köck*, ZUR 2016, 643 ff.; allg. auch *Posch*, IR 2017, 243 ff. und IR 2017 269 ff.; *Guckelberger*, VerwArch 2015, 1 ff.; *dies.*, VerwArch 2012, 31, 35; *Wulfhorst*, DÖV 2014, 730 ff.; *Franzius*, GewArch 2012, 225 ff.; *Böhm*, NuR 2011, 614 ff.; aus der älteren Literatur *Würtenberger*, NJW 1991, 257, 259 f. Hier ist zudem auch noch auf die Neuregelung der DIN 45689 (1997) bzgl. Infraschall-Immissionen zu verweisen. Zwar wurde das Verfahren zur Neuregelung – entgegen der sonst üblichen Verfahrensweise – mit einer Öffentlichkeitsbeteiligung durchgeführt. Die immer wieder geäußerten Befürchtungen der Schädlichkeit von Infraschall-Immissionen haben aber nicht zu einer Herabsetzung der Grenzwerte geführt. Insoweit wurden zwar formelle Rechte eingeräumt, jedoch ohne materiell-rechtliche Konsequenzen, vgl. zu Infraschall-Fragen allg. *BReg*, BT-Drs. 19/3053, S. 2; *UBA*, *Mögliche gesundheitliche Effekte von Windenergieanlagen*, 2016; *Fülbier*, ZUR 2017, 399 ff.; *Agatz*, *Windenergie-Handbuch*, 14. Aufl. 2017, S. 121 f.

³⁸ Vgl. BVerwGE 28, 131, 132 f.; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, *Umweltrecht*, § 10 BImSchG Rn. 70; *Roßnagel/Hentschel*, in: *Führ*, GK-BImSchG, 2016, § 10 Rn. 31 f., 399; *Jarass*, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 10 Rn. 69; zur frühen Öffentlichkeitsbeteiligung BT-Drs. 17/9666, S. 17; *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, 745, 747.

³⁹ *Jarass*, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 10 Rn. 69; *Roßnagel/Hentschel*, in: *Führ*, GK-BImSchG, 2016, § 10 Rn. 50, 400; allg. auch *Rossen-Stadtfeld*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, GrVerwR, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 29 Rn. 35 ff.

⁴⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.11.2011 – 7 C 21/09, juris Rn. 34; BVerwG, Urt. v. 17.07.1980 – 7 C 101/78, juris Rn. 10; *Burgi*, NVwZ 2012, 277, 279 f.

⁴¹ Vgl. jüngst *Agora Energiewende*, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, 2018, S. 20; BWE, *Ermisch/Hildebrandt u. a.*, *Gemeinsam gewinnen – Windenergie vor Ort*, Mai 2018; allg. auch *Köck*, ZUR 2016, 643, 648; *Dolde*, NVwZ 2013, 769, 770: „Teilhabe am Verfahren, nicht jedoch Mitentscheidung“; *Renn/Köck*, ZUR 2014, 281 ff.; *Schink*, DVBl 2011, 1377 ff.; *Appel*, in: *Gesellschaft für Umweltecht*, *Dokumentation zur 35. wissenschaftlichen Fachtagung 2011, 2012*, 69, 106 f.; vgl. auch bereits *Hausmann-Grassel*, *Bürgerbeteiligung an gebundenen Verwaltungsentscheidungen*, 1985, S. 17, 77 ff., 108 ff.

⁴² *Köck*, ZUR 2016, 643, 648; *Dolde*, NVwZ 2013, 769, 770.

⁴³ *Agora Energiewende*, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, 2018, S. 20; so bereits auch *Hausmann-Grassel*, *Bürgerbeteiligung an gebundenen Verwaltungsentscheidungen*, 1985, S. 110 f.

⁴⁴ *Köck*, ZUR 2016, 643, 648 f.; *Renn/Köck/Schweizer/Bovet/Benighaus/Scheel/Schröter*, ZUR 2014, 281, 282 und 287; *Winter*, ZUR 2012, 329 f.; *Ekardt*, NVwZ 2012, 530, 533 (dort Fn. 28); vgl. auch *Siegel*, ZUR 2017, 451: „Akzeptabilität im Sinne einer Hinnehmbarkeit der Entscheidung“.

⁴⁵ *Köck*, ZUR 2016, 643, 648 f.; vgl. auch *Masser/Hamann/Ziekow*, *Evaluation Verwaltungsvorschrift Öffentlichkeitsbeteiligung des Landes Baden-Württemberg*, 2017, S. 14; *Dolde*, NVwZ 2013, 769, 771: „führt nicht zu einem allgemeinen Konsens“ und S. 775: „bleibt es Aufgabe vor allem der Vorhabenträger, (...) sich um Akzeptanz zu bemühen“.

Verwaltungshandelns sein (Art. 20 Abs. 3 GG)⁴⁶. Im Mittelpunkt des Verwaltungsverfahrens steht allein die Richtigkeitsgewähr⁴⁷.

Zudem findet im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren eine Öffentlichkeitsbeteiligung ohnehin lediglich im Falle eines förmlichen Verfahrens statt (vgl. § 10 Abs. 3 BImSchG, §§ 8 ff. der 9. BImSchV). Dieses ist wiederum nur bei einer Anlagenanzahl von „20 oder mehr Windkraftanlagen“⁴⁸ und damit nur bei der Notwendigkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung⁴⁹ vorgesehen⁵⁰. Beides ist in Deutschland eher selten der Fall⁵¹. Im vereinfachten Verfahren findet dagegen keine Öffentlichkeitsbeteiligung statt (§ 19 Abs. 2 BImSchG). Der Anlagenbetreiber kann zwar – vor allem aus Gründen der erhöhten Rechtssicherheit – freiwillig in ein förmliches Verfahren wechseln (§ 19 Abs. 3 BImSchG)⁵². Dies bedeutet aber einen erhöhten Zeit- und Kostenaufwand, dem Vorhabenträger und Genehmigungsbehörden gleichermaßen zurückhaltend gegenüberstehen können. Allerdings wird zunehmend von der Möglichkeit einer freiwilligen UVP Gebrauch gemacht (§ 7 Abs. 3 UVPG) und hierüber ins förmliche Verfahren gewechselt (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1c der 4. BImSchV). Der Gesetzgeber hält aber jedenfalls erst ab einer größeren Anlagenanzahl eine Öffentlichkeitsbeteiligung über das förmliche Verfahren für erforderlich⁵³.

Daneben soll über die 2013 eingeführte „frühe Öffentlichkeitsbeteiligung“ nach § 25 Abs. 3 VwVfG eine möglichst frühzeitige Beteiligung der Bürger stattfinden⁵⁴ und hierüber die Akzeptanz gefördert werden⁵⁵. Sie wird jedoch wohl nur in seltenen Fällen tatsächlich durchgeführt⁵⁶ und gilt als weitgehend ineffektiv⁵⁷ sowie als bloßer Akt symbolischer Gesetzgebung⁵⁸. Die Regelung sieht – als Ausdruck des Kooperationsprinzips⁵⁹ – insbesondere keine Verpflichtung des Vorhabenträgers zur Öffentlichkeitsbeteiligung vor, sondern lediglich die Verpflichtung der Behörde, darauf hinzuwirken, „dass der Träger bei der Planung von Vorhaben (...) die betroffene

⁴⁶ Köck, ZUR 2016, 643, 648 f.

⁴⁷ Dolde, NVwZ 2013, 769, 770; Siegel, ZUR 2017, 451 m. w. N.

⁴⁸ § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a i. V. m. Nr. 1.6.1 Anhang 1 der 4. BImSchV.

⁴⁹ § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1c i. V. m. Nr. 1.6 Anlage 1 zum UVPG.

⁵⁰ Ruppel, in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 7.

⁵¹ Siehe hierzu etwa Agatz, Windenergie-Handbuch, 14. Aufl. 2017, S. 10; Kupke/Magaard, ZUR 2016, 598, 604; FA Wind, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, 2015, S. 2 und 29, wonach beispielsweise lediglich bei 20 Prozent der untersuchten Projekte eine UVP durchzuführen war.

⁵² Der Anlagenbetreiber hat ein Wahlrecht und kann vom vereinfachten in das förmliche Verfahren wechseln, was ihm eine erhöhte Rechtssicherheit bietet, Agatz, Windenergie-Handbuch, 14. Aufl. 2017, S. 10; Hinsch, in: Schulz, Handbuch Windenergie, 2015, Kap. 3 Rn. 113; Ruppel, in: Maslaton, Windenergieanlagen, 2. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 8, 11 ff.; Fülbier, EnWZ 2015, 343, 347 f.

⁵³ Kritsch hierzu Roßnagel u. a., Entscheidungen über dezentrale Energieanlagen in der Zivilgesellschaft, 2016, S. 273, die die Grenze bei 6 Anlagen ziehen wollen; Köck, in: JbUTR 134 (2017), S. 129, 145 f.

⁵⁴ BT-Drs. 17/9666, S. 1 f., 15 ff.; vgl. weitergehend hierzu etwa Gard, Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, 2018; Hartmann, Jura 2017, 1359 ff.; Schwab, UPR 2014, 281 ff.; Ziekow, NVwZ 2013, 754 ff.; vgl. auch in Baden-Württemberg die VwV Öffentlichkeitsbeteiligung und hierzu etwa Arndt, VBIBW 2015, 192 ff.

⁵⁵ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Aufl. 2017, § 25 Rn. 29.

⁵⁶ Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, 2018, S. 21.

⁵⁷ Köck, in: JbUTR 134 (2017), S. 129, 144; ebenso Roßnagel u. a., Entscheidungen über dezentrale Energieanlagen in der Zivilgesellschaft, 2016, S. 10 f.: „wirkungslos“.

⁵⁸ Engel/Pfau, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 25 Rn. 49.

⁵⁹ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Aufl. 2017, § 25 Rn. 29, 30a.

Öffentlichkeit frühzeitig über die Ziele des Vorhabens, die Mittel, es zu verwirklichen, und die voraussichtlichen Auswirkungen des Vorhabens unterrichtet“⁶⁰. Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung ist damit gerade nicht als Instrument zur Beteiligung der Öffentlichkeit an der Verwaltungsentscheidung konzipiert, sondern nur als „eine erweiterte Beteiligung an der Entscheidungsvorbereitung“ des Vorhabenträgers⁶¹. Auch jüngst wurden daher wieder Anpassungen an der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich bestimmter Qualitätsanforderungen vorgeschlagen (vorherige Umfeldanalyse, Konflikt-Scoping, Berücksichtigung von Best-Practice-Erfahrungen etc.)⁶². Hiergegen werden jedoch wiederum gewisse grundrechtliche Bedenken vorgetragen, vor allem wenn Genehmigungsunterlagen auch gegen den Willen des Vorhabenträgers vor dem eigentlichen Genehmigungsantrag zugänglich zu machen sind⁶³. Zudem stellt sich allgemein die Frage, ob Anpassungen bei der Öffentlichkeitsbeteiligung – auch ausgehend von ihrer eingangs dargestellten Funktion – überhaupt zu mehr Akzeptanz führen können⁶⁴. Selbst wenn es nämlich gelingt, den Gesamtnutzen eines Projekts überzeugend zu kommunizieren, bleibt der Nutzen für die Allgemeinheit (z. B. Klimaschutz und Versorgungssicherheit) dennoch immer mit besonderen Lasten für Einzelne verbunden⁶⁵. Die Diskussion um Akzeptanz verlagert sich daher zunehmend auf Maßnahmen zur informellen Verfahrensbeteiligung (v. a. Information, Dialog, Mitbestimmung)⁶⁶ und vor allem zur finanziellen Teilhabe (siehe hierzu unten B. III.)⁶⁷.

II. Akzeptanz durch stärkere Berücksichtigung des Willens Betroffener

Um Akzeptanz für die getroffenen Entscheidungen zu erhöhen, können Entscheidungsträger versucht sein, den in den Beteiligungsverfahren oder anderweitig zum Ausdruck gekommenen Willen der Bürger auch maßgeblich in der inhaltlichen Entscheidung zu berücksichtigen. Möglichkeit und Grenzen eines solchen Tuns auf Planungs- (1.) und auf Genehmigungsebene (2.) sind im Folgenden aufzuzeigen.

⁶⁰ Kritsch daher etwa *Seibert-Fohr*, *VerwArch* 2013, 311, 322 ff.; *Dolde*, *NVwZ* 2013, 769, 773; *Burgi*, *NVwZ* 2012, 277, 278 ff.; *Roßnagel u. a.*, *Entscheidungen über dezentrale Energieanlagen in der Zivilgesellschaft*, 2016, S. 11.

⁶¹ *Söbbeke*, in: *Posser/Pünder/Schröder*, *Rechtsgestaltung im Öffentlichen Recht*, 2015, 303, 304; *Kallerhoff/Fellenberg*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 25 Rn. 67.

⁶² *Agora Energiewende*, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, 2018, S. 21; zuvor schon etwa *Köck*, in: *JbUTR* 134 (2017), S. 129, 145 f.; vgl. auch *Hildebrand/Rau/Schweizer-Ries*, *Akzeptanz und Beteiligung – ein ungleiches Paar*, in: *Holstenkamp/Radtke*, *Handbuch Energiewende und Partizipation*, 2018, 195, 202; *Hübner/Pohl*, in: *FA Wind*, *Mehr Abstand- mehr Akzeptanz?*, 2015, S. 20.

⁶³ Siehe *Schmitz/Prell*, *NVwZ* 2013, 745, 748; *Ziekow*, *NVwZ* 2013, 754, 756; *Kallerhoff/Fellenberg*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 25 Rn. 67; vgl. auch *Burgi*, *NVwZ* 2012, 277, 278 f.; anders *Engel/Pfau*, in: *Mann/Senekamp/Uechtritz*, *VwVfG*, 2014, § 25 Rn. 49.

⁶⁴ Zweifelnd *Köck*, in: *JbUTR* 134 (2017), S. 129, 146.

⁶⁵ *Köck*, in: *JbUTR* 134 (2017), S. 129, 146.

⁶⁶ Vgl. *BWE*, *Ermisch/Hildebrandt u. a.*, *Gemeinsam gewinnen – Windenergie vor Ort*, Mai 2018; allg. auch *Roßnagel u. a.*, *Entscheidungen über dezentrale Energieanlagen in der Zivilgesellschaft*, 2016.

⁶⁷ *Köck*, in: *JbUTR* 134 (2017), S. 129, 146 f.

1. Stärkere Berücksichtigung des Bürgerwillens auf Planungsebene

Trotz der planerischen Spielräume bei der in Planaufstellungsverfahren zu treffenden Abwägungsentscheidung lässt sich der Wille der Bürger hier unmittelbar kaum berücksichtigen [a)]. Es bedarf vielmehr zunächst der Übersetzung des geäußerten Willens in raumplanerisch relevante Kategorien. Dieses Vorgehen lässt sich am Beispiel der Festlegung größerer Siedlungsabstände verdeutlichen. Auch hier sind allerdings die Grenzen rechtlicher Spielräume zu beachten [b)].

a) Unmittelbare Aufnahme des Bürgerwillens

Im Rahmen windenergierelevanter Planaufstellungen müssen sowohl auf Raumordnungsebene als auch auf Ebene der Bauleitplanung alle relevanten öffentlichen und privaten Belange untereinander und gegeneinander gerecht abgewogen werden, § 7 Abs. 2 S. 1 ROG bzw. § 1 Abs. 7 BauGB⁶⁸. Das hierin zum Ausdruck kommende Abwägungsgebot kennzeichnet die Planverfahren als Formen rechtsstaatlicher Planungen, die gewissen materiell-rechtlichen Bindungen unterliegen⁶⁹. Solche Bindungen sind dort zwingend, wo sich – wie auf Bebauungsplanebene generell sowie auch auf Flächennutzungsplan- und Raumordnungsebene in Ausführung von Konzentrationsplanungen i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB – unmittelbare Eigentumsbindungen ergeben⁷⁰. So wird etwa durch Ausschlussflächen auf Planungsebene unmittelbar auf die Bebaubarkeit der Grundstücke für Windenergieanlagen eingewirkt.

Hieraus folgt, dass die Berücksichtigung des Bürgerwillens sowohl im Rahmen der Bauleitplanung als auch in der Raumordnung nur innerhalb der durch zwingende gesetzliche Vorgaben sowie das Abwägungsgebot gesteckten Grenzen möglich ist. Zunächst ist deshalb die Zweckbindung der Planung als äußerste gesetzliche Grenze zu beachten. So ist die Bauleitplanung gem. § 1 Abs. 5 BauGB allein darauf beschränkt, eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung und Ordnung zu verfolgen. Andere als städtebauliche Aufgaben dürfen mithin nicht verfolgt werden⁷¹. „Die Bauleitplanung muss einen bodenrechtlichen Bezug haben“⁷². Entsprechendes gilt für die Raumordnung: Mit der Aufstellung von Raumordnungsplänen dürfen allein raumordnerische Aufgaben erfüllt werden, wie sie in den §§ 1, 2 ROG zum Ausdruck kommen⁷³. Ein auf andere Ziele gerichteter Bürgerwille ist somit im Rahmen der Raumplanung von vorne herein nicht umsetzbar⁷⁴.

⁶⁸ Siehe allgemein *Koch*, in: Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. 2015, § 17; *Erbguth/Schubert*, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2015, § 5 Rn. 114 ff.; *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, 13. Aufl. 2016, § 1 Rn. 87 ff.; *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 2. Aufl. 2018, § 7 Rn. 29 ff.

⁶⁹ *Koch*, in: Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. 2015, § 17, Rn. 1; *Erbguth/Schubert*, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2015, § 5 Rn. 114; *Köck*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GrVerwR, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 37 Rn. 99, 104.

⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 52 = BVerwGE 117, 287; zuletzt OVG Koblenz, Urt. v. 6.2.18 – 8 C 11527/17, juris Rn. 58.

⁷¹ *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 1 Rn. 45; *Schröter/Wahlhäuser*, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 44.

⁷² *Söfker/Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 128. EL 2018, § 1 Rn. 32.

⁷³ *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 49, § 7 Rn. 12 f.

⁷⁴ Siehe hierzu auch *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 37 f. m. N. a. d. Rspr.

Als weitere (innere) Grenzen des Abwägungsgebots ist darüber hinaus zu beachten, dass im Rahmen einer Planaufstellung nicht nur überhaupt eine Abwägung der verschiedenen betroffenen Belange durchzuführen ist und deshalb eine Setzung eines wie auch immer geäußerten Bürgerwillens als absolut und damit „abwägungsfest“ ausscheiden muss⁷⁵. Vielmehr ist zu beachten, dass auch jenseits einer solchen Absolutheit ein abstrakter Vorrang eines bestimmten Bürgerwillens vor anderen betroffenen Belangen vom Planungsträger nicht angenommen werden darf⁷⁶. Das Gesetz geht vielmehr von einer abstrakten Gleichrangigkeit raumplanerischer Belange aus. Aufgabe der Planungsträger ist es gerade, den Ausgleich der konfligierenden Belange durch Zuweisung ihres Gewichts in der konkreten Situation vorzubereiten und schließlich durchzuführen.

Aus den aufgezeigten rechtlichen Grenzen folgt, dass eine Berücksichtigung des Bürgerwillens zunächst überhaupt nur insoweit möglich ist, wie sich die in der Willensäußerung widerspiegelnden Belange in städtebauliche (etwa die Belange des Umweltschutzes gem. § 1 Abs. 6 Nr. 7 BauGB) bzw. raumordnerische Belange (etwa die Versorgung mit Infrastrukturen der Daseinsvorsorge, § 2 Abs. 2 Nr. 3 S. 1 ROG) übersetzen lassen. Auch und gerade der Wunsch nach der bloßen Verhinderung eines Windenergievorhabens erfüllt diese Maßgabe nicht⁷⁷. Soweit eine Übersetzung grundsätzlich möglich ist, sind die herausgearbeiteten Belange konkret zu gewichten und mit entgegenstehenden betroffenen privaten und öffentlichen Belangen abzuwägen, soweit diese einer Abwägung zugänglich und dieser nicht gesetzlich entzogen sind. Letzteres gilt etwa für die artenschutzrechtlichen Tötungsverbote, weshalb es problematisch ist, wenn bei der Suche nach Flächen für die Windenergienutzung artenschutzrechtlich ungeeignete Flächen solchen vorgezogen werden, die aufgrund bestimmter raumplanerischer Präferenzen der Gemeindeeinwohner von einer Bebauung freigehalten werden sollen⁷⁸. Sind weitere, geeignetere Flächen für Windenergienutzungen nicht ersichtlich, so ist es möglich, dass die einzig zulässige Planungsalternative zur Ausweisung der von den Bürgern abgelehnten Fläche der vollständige Verzicht auf eine Raumplanung mit den Mitteln des Planvorbehalts gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB überhaupt ist⁷⁹. Dies hat dann die allgemeine Geltung der Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich zur Folge. Eine gestaltende räumliche Steuerung durch den Planungsträger muss in diesem Fall unterbleiben.

Es mag auf den ersten Blick verwundern, dass vor dem Hintergrund dieser klaren rechtlichen Vorgaben Planungen immer wieder daran scheitern, dass der explizite oder implizit geäußerte Bürgerwille stärker als zulässig berücksichtigt wird⁸⁰. Dies würde jedoch den vielfach erheblichen Druck auf Planungsträger verkennen, bestimmte politisch getroffene Entscheidungen in

⁷⁵ Vgl. OVG Schleswig, Urteil am 20.1.2015 – 1 KN 6/13, ZUR 2015, 498 (501) und hierzu *Willmann*, NordÖR 2015, 307 (312); *Wegner*, ZUR 2015, 468 (474 f.).

⁷⁶ *Koch*, in: Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. 2015, § 17, Rn. 11.

⁷⁷ *Schröter/Wahlhäuser*, in: Schröter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 44.

⁷⁸ Das Risiko der punktuellen Erfüllung artenschutzrechtlicher Verbote macht zwar bestimmte Flächen nicht per se ungeeignet zur Ausweisung als Raum für Windenergienutzungen, stellt jedoch ein Hemmnis dar, dass im Vergleich mit anderen Flächen zu berücksichtigen ist, vgl. OVG Schleswig, Urt. v. 20.1.2015 – 1 KN 6/13, ZUR 2015, 498, 501 f.

⁷⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 28 = BVerwGE 117, 287.

⁸⁰ *Wegner*, ZfBR 2016, 548 (552 f.).

rechtliche Formen zu gießen, was notwendigerweise scheitern muss. Neben Formen unzulässiger Einflussnahme kommt hier auch die Schwierigkeit zum Ausdruck, die in informellen Verfahren zur Beteiligung der Öffentlichkeit ausgehandelten Lösungen rechtlich umzusetzen. Das geltende und insoweit verfassungsrechtlich fundierte Planungsrecht lässt dies – wie gesehen – nur in engen Grenzen zu. Es ist deshalb entscheidend, bereits in den Beteiligungsverfahren die Grenzen des Einflusses auf die Planaufstellung deutlich zu machen⁸¹ und Planungsträger nicht zu Handlungen zu veranlassen, die in der gerichtlichen Kontrolle die Aufhebung der Pläne und damit die alleinige Geltung des planersetzenden Regimes des § 35 BauGB zur Folge hat.

b) Festsetzung pauschaler Siedlungsabstände

In den letzten Jahren gab es eine anhaltende Diskussion um Möglichkeit und Grenzen der Festlegung pauschaler Abstände zwischen Siedlungsgebieten und Windenergienutzung, die sich auch nach Auslaufen der Länderöffnungsklausel im Baugesetzbuch, von der einzig Bayern mit dem sog. 10 H-Abstand Gebrauch gemacht hatte⁸², fortsetzte. Unabhängig davon, inwieweit solche Festlegungen tatsächlich dem Willen betroffener Anwohner entsprechen und akzeptanzfördernd sind⁸³, sind solche Festlegungen zur Wahrung städtebaulicher bzw. raumordnerischer Belange begründbar. Allerdings müssen Festlegungen insbesondere in diesem Bereich einschlägige bundesrechtliche Grenzen beachten⁸⁴.

Pauschale Abstände zwischen Siedlungsgebieten und Windenergieanlagen mögen vielfach politisch durch den Willen zur Akzeptanzschaffung motiviert sein⁸⁵, rechtlich begründet werden sie hiermit jedoch nicht (allein)⁸⁶. Um den oben dargestellten Anforderungen zu genügen, wurden die zuletzt in mehreren Bundesländern zu beobachtenden Ausweitungen von Abständen insbesondere mit Vorsorgeerwägungen begründet. Insoweit sind die Landes- und Regionalplanungsträger und auch die kommunalen Planungsträger gerade nicht darauf beschränkt, die gesetzlich zwingend unter Gesichtspunkten etwa des Lärm- und sonstigen Immissionsschutzes oder aber bauplanungsrechtlich zur Verhinderung einer optisch bedrängenden Wirkung geforderten

⁸¹ Siehe *Renn/Köck/Schweizer/Bovet/Benighaus/Scheel/Schröter*, ZUR 2014, 281, 285.

⁸² Frühzeitig hierzu *Fülber/Grüner/Sailer/Wegner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 8 vom 29.7.2014.

⁸³ Bislang gibt es keine empirischen Belege für einen solchen Zusammenhang, vgl. Hübner/Pohl, in: FA Wind, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz? 2015, S. 20; *BReg*, BT-Drs. 19/3053, S. 1, 3; befürwortend etwa *Köck*, in: JbUTR 134 (2017), S. 129, 137 ff. und 154.

⁸⁴ Ausführlich hierzu *Wegner*, Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 28 vom 14.07.2017. Siehe außerdem das Gutachten im Auftrag des Landesverbands Erneuerbare Energien NRW von *Grigoleit*, Möglichkeiten und Grenzen der einschränkenden Steuerung des Windenergieausbaus mit den Mitteln der Landespolitik, September 2017. Im Internet nicht länger abrufbar.

⁸⁵ Vgl. zu den Plänen der schwarz-gelben Landesregierung in NRW zur schrittweisen Einführung u. a. eines Siedlungsabstands von 1.500 m LT-Drs. 17/526: Windenergieausbau in Nordrhein-Westfalen wieder in geordnete Bahnen lenken – Akzeptanz für die Windenergie sichern“.

⁸⁶ Vgl. die Begründung zum Siedlungsabstand von 1.000 m in Ziff. 4.4 LEP Hessen, Anlage zur zweiten Verordnung über die Änderung des Landesentwicklungsplans Hessen 2000 vom 27.6.2013, GVBl. Hessen vom 10.7.2013, S. 485; zur Begründung des Siedlungsabstandes von 1.000 – 1.100 m in Z 163 h LEP IV Rheinland-Pfalz siehe Dritte Landesverordnung zur Änderung der Landesverordnung über das Landesentwicklungsprogramm vom 12.7.2017, GVBl. Rheinland-Pfalz vom 20.7.2017, S. 172.

Mindestabstände umzusetzen⁸⁷. Der in § 50 BImSchG zum Ausdruck kommende Grundsatz der Trennung von miteinander unvereinbaren räumlichen Nutzungen⁸⁸ erlaubt und fordert vielmehr auch die Einbeziehung von Vorsorgegesichtspunkten bereits auf Planungsebene⁸⁹.

Solche Abstände dürfen allerdings insbesondere nicht dazu führen, dass die bundesrechtliche Vorgabe, der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen, nicht mehr eingehalten werden kann⁹⁰. Wo hier jedoch die Grenze zwischen noch zulässigen Abstandsvorgaben als Grundlage einer Flächenkontingentierung für die Windenergienutzung und einer unzulässigen Verhinderungsplanung verläuft, ist im Einzelfall zu ermitteln⁹¹ und etwa von der konkreten Siedlungsstruktur und dem Vorhandensein sonstiger Raumwiderstände abhängig.

Die wichtigsten ordnungsrechtlichen Vorgaben, die dann auch auf Planungsebene umgesetzt werden müssen und einer Pauschalisierung zugänglich sind, sind das Verbot der optisch bedrängenden Wirkung mit Abständen zwischen dem 2- bis 3-fachen der Anlagenhöhe, d. h. Abstände in der Größenordnung von etwa 400 bis 600 Metern, sowie das Verbot, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen, konkretisiert etwa durch die Grenzwerte der TA-Lärm, die je nach Gebietstypik (reines Wohngebiet, Mischgebiet etc.) variieren und in Abhängigkeit von Topographie, Hauptwindrichtung u. a. zu Abständen in der Größenordnung von etwa 400 bis 800 Meter führen können⁹². Nachdem der VGH Kassel die Festlegung eines Mindestabstands von sogar 1.000 Metern zwischen Windenergieanlagen und bestehenden sowie geplanten Siedlungsgebieten aufgrund der angestellten Vorsorgeerwägungen im hessischen Landesentwicklungsplan gebilligt hat⁹³, wurde inzwischen auch der LEP IV Rheinland-Pfalz im Wege der 3. Teilfortschreibung dahingehend geändert, dass künftig gem. Z 163 h bei der Errichtung von Windenergieanlagen ein Mindestabstand von 1.000 Metern zu reinen, allgemeinen und besonderen Wohngebieten, zu Dorf-, Misch- und Kerngebieten einzuhalten ist⁹⁴. Soweit es sich um Anlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 200 Meter handelt, ist gar ein Mindestabstand von 1.100 Metern zu den vorgenannten Gebieten einzuhalten⁹⁵. Auch in Schleswig-Holstein wird aufgrund der Vereinbarungen der „Jamaika-Koalition“ aus CDU, Bündnis90/Die Grünen und FDP nach Möglichkeiten gesucht, einerseits Siedlungsabstände gegenüber den bisherigen Festlegungen auf 1.000 Meter zu

⁸⁷ VGH Kassel, Urt. v. 23.9.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 48; Köck, in: JbUTR 134 (2017), S. 129, 139.

⁸⁸ Vgl. Schulze-Fielitz, in: Führ, GK-BImSchG, 2016, § 50 Rn. 35.

⁸⁹ Schulze-Fielitz, in: Führ, GK-BImSchG, 2016, § 50 Rn. 44 f.

⁹⁰ VGH Kassel, Urt. v. 23.9.2015 – 4 C 358/14.N, juris 4. Leitsatz und Rn. 58; Wegner, Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 28 vom 14.07.2017, S. 12 ff.; § 50 verleiht dem Immissionsschutz zwar besonderes Gewicht in der Abwägung, nicht aber einen absoluten Vorrang, Jarass, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 50 Rn. 19.

⁹¹ BVerwG, Urt. v. 24.1.2008 – 4 CN 2/07, juris Rn. 11; BVerwG, Urt. v. 20.5.2010 – 4 C 7/09, juris Rn. 28; OVG Bautzen, Urt. v. 19.7.2012 – 1 C 40/11, juris Rn. 55.

⁹² Vgl. Wegner, Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 28 vom 14.07.2017, S. 4 ff.; Köck, in: JbUTR 134 (2017), S. 129, 138 f.

⁹³ VGH Kassel, Urt. v. 23.9.2015 – 4 C 358/14.N.

⁹⁴ Siehe Dritte Landesverordnung zur Änderung der Landesverordnung über das Landesentwicklungsprogramm vom 12. Juli 2017, GVBl Rheinland-Pfalz Nr. 11 vom 20. Juli 2017, S. 162 ff.

⁹⁵ Im Gegensatz zum LEP in Hessen war diese Vorgabe in Rheinland-Pfalz nicht Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens. Das OVG Koblenz hat jedoch im Rahmen eines anderen Verfahrens wohl zu erkennen gegeben, dass es an der Rechtmäßigkeit der Vorgabe keine Zweifel hat, vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 6.2.18 – 8 C 11527/17, Rn. 84.

vergrößern (bzw. geringere Abstände für Repoweringstandorte) und gleichzeitig das selbst gesetzte und über das bundesrechtliche Gebot der Schaffung substantiellen Raums hinausgehende Flächenziel der Bereitstellung von 2 % der Landesfläche für den Ausbau der Windenergie zu erreichen⁹⁶.

Während sich die vorgenannten Ziele und Absichtserklärungen der Bundesländer mithin innerhalb des insbesondere durch die vorgenannte Entscheidung des VGH Kassel aufgezeigten Korridors an rechtlich zulässigen Abstandsfestlegungen orientieren, hatte die schwarz-gelbe Koalition in Nordrhein-Westfalen zunächst angekündigt, einen Siedlungsabstand von 1.500 Meter flächendeckend umsetzen zu wollen⁹⁷. Im Entwurf für eine Änderung des Landesentwicklungsplans ist eine solche Abstandsvorgabe der Landesplanung gegenüber nachfolgenden Planungsebenen nicht als striktes Ziel, sondern nur als Grundsatz für die nachfolgenden Abwägungsentscheidungen enthalten. Danach soll zu Allgemeinen Siedlungsbereichen und zu Wohnbauflächen ein den örtlichen Verhältnissen angemessener Vorsorgeabstand eingehalten werden⁹⁸. Weiter heißt es: „Hierbei ist ein Abstand von 1.500 Metern zu allgemeinen und reinen Wohngebieten vorzusehen. Dies gilt nicht für den Ersatz von Altanlagen (Repowering).“ Wichtig ist, dass mit der Anknüpfung des Vorsorgeabstandes an die örtlichen Verhältnisse und die Einstufung der Vorgabe als bloßer Grundsatz der Raumordnung es den Planungsträgern ermöglicht wird, der Windenergienutzung insbesondere das bundesrechtlich vorgesehene Mindestmaß an substantiellem Raum zu Verfügung zu stellen. Das Interesse an der Schaffung eines Vorsorgeabstands unterliegt damit generell – auch bei allgemeinen und reinen Wohngebieten – der Abwägung und muss von Planungsträgern zurückgestellt werden, wenn anders der Windenergie nicht ausreichend Raum gegeben werden kann. Für Repoweringstandorte gilt die Vorgabe zudem ohnehin nicht.

Es bleibt abzuwarten, welche Vorgaben für Siedlungsabstände in Nordrhein-Westfalen, aber auch in anderen Bundesländern letztlich getroffen werden. Angesichts dessen, dass sozialpsychologische Untersuchungen Anlass zu Zweifeln daran geben, dass solche Maßnahmen tatsächlich geeignet sind, die Akzeptanz des Ausbaus der Windenergie nennenswert zu steigern⁹⁹, sollte aber auch unabhängig von den rechtlichen Grenzen für solche Maßnahmen über Alternativen der Akzeptanzschaffung nachgedacht werden.

2. Berücksichtigung des Bürgerwillens auf Genehmigungsebene

Wie bereits bei der Verfahrensbeteiligung erwähnt, darf die Frage der Akzeptanz nicht Maßstab des Verwaltungshandelns für die Genehmigungsbehörde sein¹⁰⁰, sondern allein die Richtigkeit,

⁹⁶ CDU/Bündnis90/Die Grünen/FDP, Das Ziel verbindet – weltoffen – wirtschaftlich wie ökologische stark – menschlich, Koalitionsvertrag für die 19. Wahlperiode des schleswig-holsteinischen Landtages (2017-2022), S. 57 f.

⁹⁷ Koalitionsvertrag für Nordrhein-Westfalen, 2017-2022, S. 40.

⁹⁸ Siehe Grundsatz 10.2-3, Synopse zur Änderung des LEP, Stand: 17. April 2018, abrufbar unter: www.wirtschaft.nrw/landesplanung.

⁹⁹ Siehe noch einmal den Überblick über den Forschungsstand in *Hübner/Pohl*, in: FA Wind, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz? Ein umweltpsychologischer Studienvergleich, 2015, S. 20.

¹⁰⁰ Köck, ZUR 2016, 643, 648 f.; vgl. auch *Dolde*, NVwZ 2013, 769 ff.

d.h. Rechtmäßigkeit ihres Handelns bzw. ihrer Entscheidung¹⁰¹. Demgegenüber hat der Gesetzgeber im maßgeblichen Fachrecht zur Genehmigung von Windenergieanlagen durchaus schon Vorgaben geschaffen, die (auch) der Akzeptanz dienen und die Genehmigungsbehörden insoweit auch auf dieses Ziel verpflichten. Als Beispiel hierfür kann die Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen genannt werden. Auf Grund der Kritik von Bürgern wurde die sog. Befeuerung bereits in vielerlei Hinsicht angepasst, z. B. Synchronisierung der Blinkfolge (Nr. 13 AVV¹⁰²), bloße Peripheriebefeuerung (Nr. 14 AVV), Reduktion der Nennlichtstärke (Nr. 21 AVV) und Nutzung einer LED-Befeuerung bzw. eines lichtschwachen Feuers (Nr. 17.1 AVV)¹⁰³. Schließlich wurde jüngst die Möglichkeit einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung geschaffen (Nr. 17.4 AVV i. V. m. Anhang 6), wobei jedoch die Luftfahrtbehörde in jedem Einzelfall auf Basis einer gutachterlichen Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation (DFS) über die Einsatzmöglichkeit eines solchen Systems entscheiden muss¹⁰⁴. Eine weitere belästigende optische Wirkung kann auch die Reflexion des Sonnenlichts an den Rotorblättern verursachen (sog. „Disco-Effekt“). Auch dies wird mittlerweile durch Vorgaben zur standardmäßigen Verwendung mittelreflektierender Farben und matter Glanzgrade bei der Rotorbeschichtung vermindert und spielt heute keine Rolle mehr im Genehmigungsverfahren¹⁰⁵. Schließlich können womöglich auch die bereits erwähnten Abstandserfordernisse aus dem Fachrecht, insbesondere aus dem Immissionsschutz und dem baurechtlichen Rücksichtnahmegebot, für einen Interessenausgleich auch auf Genehmigungsebene stehen und damit zur Akzeptanz beitragen¹⁰⁶.

III. Akzeptanzschaffung auf Förderebene und im Recht der erneuerbaren Energien

Da weder die Regelungen zur Verfahrensbeteiligung der Öffentlichkeit an der planerischen Bereitstellung von Flächen für Windenergienutzungen noch an der Genehmigung konkreter

¹⁰¹ Siegel, ZUR 2017, 451 m. w. N.

¹⁰² Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen (AVV).

¹⁰³ Siehe hierzu Agatz, Windenergie-Handbuch, 14. Aufl. 2017, S. 129 f.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu FA Wind, Bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen, Juni 2016; FA Wind, On-Off: Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen, 2018; Agatz, Windenergie-Handbuch, 14. Aufl. 2017, S. 130; zur verpflichtenden Regelung in Mecklenburg-Vorpommern *Erbguth*, NordÖR 2018, 102 ff.; *Bringewat*, Bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen – Mecklenburg-Vorpommern weiter auf rechtsstaatlichen Abwegen?, jurOP, 21.08.2017, abrufbar unter: <http://www.juop.org/oeffbau-recht/bedarfsgerechte-nachtkennzeichnung-von-windenergieanlagen-mecklenburg-vorpommern-weiter-auf-rechtsstaatlichen-abwegen>; vgl. auch *Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume, Staatskanzlei, Innenministerium, Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie*, Grundsätze zur Planung von und zur Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung bei Windkraftanlagen, 11.07.2016, Nr. 4.4.

¹⁰⁵ Agatz, Windenergie-Handbuch, 14. Aufl. 2017, S. 128.

¹⁰⁶ Inwieweit es einen Zusammenhang zwischen Abständen und Akzeptanz gibt oder nicht eher andere Faktoren eine zentrale Rolle spielen (z. B. Sichtbarkeit der Anlagen in der Landschaft, Beteiligung und Gestaltungsspielraum der Anwohner im Planungsprozess, finanziell Beteiligungsmöglichkeiten, Verbleib der Wertschöpfung in der Region), ist aber unklar, siehe oben Fn. 83; befürwortend auch für die fachrechtlichen Abstandserfordernisse *Köck*, in: JbUTR 134 (2017), S. 129, 138 f. und 154.

Windenergieanlagen in den Augen der Politik die Widerstände vor Ort hinreichend adressiert und zu einem ausreichenden Level an vor-Ort-Akzeptanz geführt hat, soll diese auch auf andere Weise gestärkt werden. Der Gesetzgeber hat deshalb zum einen im Rahmen der Umstellung des EEG auf Ausschreibungsverfahren Maßnahmen ergriffen, um die in Deutschland eng mit dem Akzeptanzthema verbundene Frage der Akteursvielfalt zu adressieren (1.). Daneben haben sowohl die Windenergiebranche selbst, dann aber auch Landesgesetzgeber Instrumente für eine Stärkung der finanziellen Teilhabe von Bürgern und Kommunen am Ausbau der Windenergie geschaffen. Inzwischen wird für die Bundesebene zudem ein Instrument zur Stärkung gerade der kommunalen Teilhabe diskutiert (2.).

1. Die Einbindung von Bürgerenergiegesellschaften im Ausschreibungssystem, § 36g EEG 2017

Mit dem EEG 2017 hat der Gesetzgeber auch zur Bestimmung der Förderhöhe der Windenergie ein Ausschreibungssystem eingeführt (§§ 36 ff. EEG 2017). Gerade kleinere Akteure haben in diesem jedoch aufgrund der für sie geringeren Möglichkeit der Risikostreuung Nachteile im Umgang mit den ausschreibungsbedingten wirtschaftlichen Risiken¹⁰⁷. Weil aus Sicht des Gesetzgebers aber gerade lokal verankerte, bürgerschaftlich getragene Initiativen wesentlich zur notwendigen Akzeptanz von neuen Windenergieanlagen an Land beigetragen haben¹⁰⁸, hatte der EEG Gesetzgeber versucht diese Akteursgruppe mit Sonderregelungen zu unterstützen. Den in § 36g EEG definierten Bürgerenergiegesellschaften gestand der Gesetzgeber daher insbesondere zu, auch ohne eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung an Ausschreibungen teilzunehmen¹⁰⁹ und räumte ihnen für die Realisierung ihrer Vorhaben deutlich mehr Zeit – d. h. zusätzlich zu den 30 Monaten weitere 24 Monate und damit insgesamt 54 Monate bzw. 4,5 Jahre – ein (§ 36g Abs. 1 und 3 EEG 2017). Ziel der Regelung war daher nicht zuletzt der Erhalt der Akteursvielfalt auch im Ausschreibungssystem¹¹⁰.

In den ersten Ausschreibungsrunden entfiel in der Folge der ganz überwiegende Anteil der Zuschläge auf immissionsschutzrechtlich noch ungenehmigte und deshalb bzgl. ihrer Realisierung durchaus fragliche Bürgerenergievorhaben¹¹¹. Angesichts dieser Menge und nachdem die Privilegierungsregelungen in einer Weise genutzt wurden, die zwar den gesetzlichen Anforderungen

¹⁰⁷ BT-Drs. 18/8860, S. 4, 152.

¹⁰⁸ BT-Drs. 18/8860, S. 152.

¹⁰⁹ Vgl. allg. zur Berücksichtigung des Realisierungsrisikos im Ausschreibungsdesign, konkret bei der Auswahl der Präqualifikationsbedingungen für die Teilnahme an Ausschreibungen *Fülbier/Wegner/Sailer*, Planungs- und genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte als materielle Präqualifikationsmerkmale einer Ausschreibung für Windenergie an Land im „EEG 3.0“, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 3, Februar 2015, S. 6 f., 63 sowie *Fülbier*, EnWZ 2015, 343, 344.

¹¹⁰ BT-Drs. 18/8860, S. 4, 152; *Hoffmann*, Die Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften im EEG 2017, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 26 vom 02.05.2017, S. 2.

¹¹¹ In den ersten Ausschreibungsrunden entfielen zwischen 96 % und 99 % der Zuschlagsmengen auf Gebote von Bürgerenergiegesellschaften i.S.v. § 36g EEG.

wohl genügte¹¹², aber gleichwohl nicht der Intention des Gesetzgebers entsprach und auch dem Ziel der Gewährleistung der Akteursvielfalt nicht zuträglich gewesen sein dürfte, hat der Gesetzgeber Anpassungen vorgenommen¹¹³. Nunmehr können auch Bürgerenergiegesellschaften nur noch nach Erlangung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung an den Ausschreibungen teilnehmen, so dass sich der Anteil der Zuschlagsmenge für Bürgerenergiegesellschaften an der Gesamtzuschlagsmenge von anfangs 96 % auf mittlerweile 21,9 % bzw. 18,8 % deutlich reduziert hat¹¹⁴.

Die Zukunft der eigens in § 36g EEG geschaffenen Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften ist derzeit ungewiss. Abzuwarten bleibt, ob der Gesetzgeber den Anteil von Bürgerenergiegesellschaften an den Zuschlägen in den Ausschreibungen und damit auch die Akteursvielfalt auch nach Suspendierung ihrer Privilegien für hinreichend gewährleistet ansieht. Einstweilen hat sich die Diskussion über die Beteiligung der Bürger an der Energiewende dagegen weg von ihrer Einbindung als Vorhabenträger in eigener Sache und hin zu ihrer überwiegend rein finanziellen Teilhabe bewegt (siehe sogleich).

2. Akzeptanz durch finanzielle Teilhabe

Wie bei den gesetzgeberischen Bemühungen um eine Verbesserung der Position von Bürgerenergiegesellschaften in den Ausschreibungsverfahren geht es auch bei der Stärkung der finanziellen Teilhabe von Bürgern und Kommunen nicht um eine gleichmäßige Verteilung der aus der Energiewende entstehenden Belastungen, sondern des hieraus ebenfalls entstehenden – insbesondere finanziellen – Nutzens. Während über die Sicherung der Akteursvielfalt eine Teilhabe durch aktive unternehmerische Teilnahme am Ausbau der Windenergie gesichert werden soll, stehen hier Fragen der staatlichen Umverteilung im Vordergrund.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist eine von vielen Menschen wahrgenommene Schieflage bei der Verteilung der aus der EE-Stromerzeugung entstehenden finanziellen Gewinne und damit ein Problem mangelnder Verteilungsgerechtigkeit¹¹⁵. Während Anlagenhersteller, Projektierer und Flächeneigentümer hohe Gewinne einstrichen, die durch „Subventionen“ finanziert seien – so der Vorwurf – blieben bei den Menschen vor Ort allein die Belastungen durch den EE-Ausbau. An

¹¹² Vgl. *BNetzA*, Pressemeldung vom 15.8.2017 zu den Ergebnissen der zweiten Ausschreibungsrunde, S. 2, abrufbar unter www.bundesnetzagentur.de.

¹¹³ Siehe den durch Artikel 1 des Gesetzes zur Förderung von Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2532) eingeführten und inzwischen durch Artikel 1 des Dritten Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 21. Juni 2018 (BGBl. I S. 862) noch einmal geänderten § 104 Abs. 8 EEG 2017, wonach in den Ausschreibungsrunden bis einschließlich 1. Juni 2020 § 36g Abs. 1, 3 und 4 EEG nicht und Abs. 2 mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass die Zweitsicherheit erst zwei Monate nach Bekanntgabe der Zuschläge nach § 35 Abs. 2 EEG zu entrichten ist.

¹¹⁴ Berechnungen auf Grundlage der Analysen der Fachagentur Windenergie an Land, FA-Wind, *Quentin*, 5. Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land (Mai 2018), Juli 2018 sowie FA-Wind, *Quentin*, 4. Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land (Februar 2018), März 2018.

¹¹⁵ *Köck*, in: *JbUTR* 2017, S. 129, 134 ff.; vgl. auch die Daten des sozialen Nachhaltigkeitsbarometers des IASS, *Setton/Renn*, ET 25/2018, S. 27 (28).

der bisherigen Verteilung der Gewinne und ihrer Wahrnehmung hat auch die bereits 2009 erfolgte Reform des Gewerbesteuerrechts wenig geändert¹¹⁶.

Gem. § 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG gilt seitdem zwar die sog. 70/30-Regelung, wonach – vereinfacht ausgedrückt – die fällige Gewerbesteuer zu 70 % an die Standortkommunen von EE-Anlagen und nur zu 30 % an die Standortkommune des Verwaltungssitzes eines Windenergieanlagenbetreibers fließt. Aufgrund regelmäßig hoher steuerlicher Abschreibungen in der Anfangszeit von Windenergieprojekten, steuerrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Unternehmen und der landesrechtlichen Einbeziehung der zusätzlichen Gewerbesteuereinnahmen von Standortkommunen bei kommunalen Schlüsselzuweisungen und Kommunalumlagen hat sich eine finanzielle Besserstellung von Standortkommunen aber gleichwohl jedenfalls nicht im erhofften Maße eingestellt¹¹⁷. Eine flächendeckende Stärkung der Standortkommunen haben auch die zahlreichen Teilhabemodelle, die in der Branche selbst entstanden¹¹⁸ und vielfach auf die konkrete Situation vor Ort zugeschnitten sind, nicht gebracht.

Die Herausforderung bei der gesetzlichen Konzeption von finanziellen Teilhabemodellen besteht nicht nur darin, die verfassungsrechtlichen Anforderungen einzuhalten, die sich je nach Ausgestaltung unterscheiden. Zunächst ist es vielmehr notwendig zu entscheiden, wer in welchem Ausmaß Empfänger und wer Belasteter einer Umverteilung sein soll. Diese Entscheidung ist derzeit zudem nur auf unsicherer empirischer Grundlage möglich. So besteht in der Sozialforschung schon keine allgemeine Einigkeit darüber, dass die finanzielle Teilhabe betroffener Bürger und Kommunen überhaupt ein akzeptanzsteigernder Faktor ist¹¹⁹, auch wenn es zahlreiche Hinweise hierfür gibt¹²⁰. Zudem fehlt es bislang schon grundlegend an Forschung dazu, wie genau die Wirkung verschiedener Modelle in unterschiedlichen Konstellationen ist. Vor dem Hintergrund der bundesweit einheitlichen Ausschreibungen nach dem EEG müssen zudem auch die Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeitsberechnungen von Unternehmen berücksichtigt werden, um ungewollte Marktverzerrungen zu verhindern.

Von gesetzgeberischer Seite wurde zunächst Mecklenburg-Vorpommern mit dem Erlass des teils an dänischen Regelungen¹²¹ orientierten Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes

¹¹⁶ *Elxnat/Schilling*, Stadt und Gemeinde 11-12 2015, S. 519 ff.; hierzu auch *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 5 ff. m. w. N.

¹¹⁷ Zur Variabilität der Gewerbesteuerhöhe *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 9 f., zu den verschiedenen Umlagen S. 10 ff.

¹¹⁸ Zu zahlreichen Praxis-Beispielen BWE, *Ermisch/Hildebrandt u. a.*, Gemeinsam gewinnen – Windenergie vor Ort, Mai 2018 sowie *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 41 ff. m. w. N.

¹¹⁹ Kritisch etwa zur empirischen Datengrundlage *J. Bovet/N. Lienhoop*, ZNER 2015, 227, 227.

¹²⁰ Siehe die Auswertung von vier Studien in *Hübner/Pohl*, in: FA Wind, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz? Ein umweltpsychologischer Studienvergleich, 2015, S. 20, Tabelle 3 sowie *R. Ott/S. I. Keil*, ET 2017, Heft 9, 81, 84 f.

¹²¹ Hierzu *Papke*, Die Regelungen zur Förderung der Akzeptanz von Windkraft in Dänemark, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 32 vom 08.03.2018.

(BüGembeteilG M-V) aktiv¹²². Dieses sieht gem. §§ 4, 5 BüGembeteilG M-V primär eine bußgeldbewehrte Verpflichtung von Windvorhabenträgern zur Ermöglichung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung von Bürgern und Kommunen im Umkreis von 5 km um eine Windenergieanlage an der jeweiligen Betreibergesellschaft vor. Vorhabenträger können sich gegenüber den Bürgern jedoch gem. § 12 BüGembeteilG M-V auch dafür entscheiden, deren finanzielle Teilhabe mittels eines Sparprodukts zu gewährleisten. Mit Einverständnis der berechtigten Gemeinden sollen Vorhabenträger zudem gem. § 13 BüGembeteilG M-V die kommunale Teilhabe über eine Ausgleichsabgabe ermöglichen können. Neben zahlreichen durch das Gesetz aufgeworfenen Anwendungsfragen wurden die Regelungen bereits während des Gesetzgebungsverfahrens dahingehend kritisiert, weder kompetenziell mit den Vorgaben des Grundgesetzes in Einklang zu stehen¹²³ noch die grundrechtlichen Sicherungen der Verfassung¹²⁴ hinreichend zu beachten. Für die als Finanzierungsabgabe zu qualifizierende Ausgleichsabgabe gegenüber den Kommunen ist zudem ihre Vereinbarkeit mit den finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben äußerst fraglich¹²⁵. Aufgrund verschiedener Klagen werden sich mit diesen Fragen auch das Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern sowie das Bundesverfassungsgericht auseinanderzusetzen haben.

Ein hiervon bereits im Ansatz abweichendes Instrument wählte man demgegenüber in Thüringen¹²⁶. Dort vergibt die Servicestelle Windenergie der Thüringer Energie- und GreenTech Agentur (ThEGA) das Siegel „Faire Windenergie“ an Unternehmen, die sich auf Grundlage einer privatrechtlichen Siegelvereinbarung unter anderem zur Umsetzung von Teilhabemodellen verpflichten. Der hier zur Anwendung kommende anreizbasierte Ansatz, der keine Verpflichtung zur Teilhabe aufoktroiert, sondern mit der Werbewirksamkeit der Siegelträgerschaft einen Anreiz zu entsprechenden Selbstverpflichtungen schafft, ist insbesondere in grundrechtlicher Hinsicht weitaus weniger Zweifeln ausgesetzt als dies beim klassisch ordnungsrechtlichen Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz der Fall ist. Gleichwohl bestehen durchaus auch hier verfassungsrechtliche Zweifel insoweit, als dass der Vorbehalt des Gesetzes auch für ein solches Instrument

¹²² Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern und zur Änderung weiterer Gesetze, GVObI. M-V 2016, ausgegeben am 27. Mai 2016, S. 265.

¹²³ Siehe *Milstein*, ZUR 2016, 269, 274; *Böhlmann-Balan/Herms/Leroux*, ER 2016, 241, 247; für das Bestehen einer Länderkompetenz auch schon vor dem Erlass des § 36 Abs. 7 EEG *Ott/Schäfer-Stradowsky*, EnWZ 2016, 68, 76; *Bovet/Lienhoop*, ZNER 2015, 227, 231; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Zulässigkeit von Beteiligungsmöglichkeiten für betroffene Dritte Windparkvorhaben, WD 3 – 3000 – 026/16, S. 9; zu dieser und auch den folgenden Fragen ausführlich *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018, S. 10 ff.

¹²⁴ Ablehnend etwa *Milstein*, ZUR 2016, 269; a. A. dagegen *Bovet/Lienhoop*, ZNER 2015, 227, 231 f.; *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018, S. 20 ff. m. w. N.

¹²⁵ *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018, S. 40 ff. m. w. N.

¹²⁶ *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 54 ff. m. w. N.

des staatlichen Informationshandelns wegen dessen (intendierter) marktbeeinflussender Wirkung Geltung beanspruchen dürfte und daher eine gesetzliche Grundlage erforderlich erscheint¹²⁷.

Während die Diskussion in der Folge dieser Vorstöße der Länder zunächst darum kreiste, eines der vorgenannten Modelle auch in anderen Ländern oder als bundeseinheitliche Lösung nachzuahmen, hat der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD der Debatte eine neue Richtung gegeben. Darin hat sich die aktuelle Regierung vorgenommen,

„durch eine bundeseinheitliche Regelung beim weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien (EE) die Standortgemeinden stärker an der Wertschöpfung von EE-Anlagen [zu] beteiligen [...] ohne dass dies insgesamt zu Kostensteigerungen beim EE-Ausbau führt“¹²⁸.

Zur Frage der instrumentellen Umsetzung dieser politischen Verabredung sind seitdem unterschiedliche Vorschläge unterbreitet worden. Ihnen ist gemein, Vorhabenträger von Windenergieprojekten mit einer Abgabe zugunsten der Standort- und teilweise auch der Nachbarkommunen in einem bestimmten Umkreis um die Anlagen zu belasten. In ihrer rechtlichen Konstruktion weisen die Vorschläge jedoch erhebliche Unterschiede auf. Zu berücksichtigen haben sie neben Fragen der Gleichbehandlung, die aus der Belastung allein von Windenergievorhabenträgern erwachsen, insbesondere die Vorgaben der Finanzverfassung. Ob dies gelingt, ist Gegenstand der derzeitigen Diskussion. Zweifelhaft erscheint etwa die Verfassungskonformität der vorgeschlagenen Finanzierungsabgabe¹²⁹ dahingehend, ob die Begründung der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtfertigung einer Sonderabgabe notwendigen besonderen Finanzierungsverantwortung der Vorhabenträger gelingt¹³⁰. Zudem besteht Unsicherheit darüber, ob die ebenfalls notwendige Zweckbindung der aus der Abgabe erwachsenden Mittel der Kommune wegen der dadurch bestehenden Bindungen der Gemeinde in der Mittelverwendung nicht gegen das Aufgabenübertragungsverbot nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG verstößt¹³¹.

Da auch die weiteren bislang unterbreiteten Umsetzungsvorschläge verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt sind¹³², ihre politische Umsetzung unwahrscheinlich erscheint oder wegen

¹²⁷ Hoffmann/Wegner, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 7, März 2018, S. 60 ff.

¹²⁸ Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, Rz. 3301 ff.

¹²⁹ Siehe IKEM et. al., Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergie an Land, in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, 2018, S. 29 ff.

¹³⁰ Kahl/Wegner, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 9, Juni 2018, S. 8 ff.

¹³¹ Kahl/Wegner, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 9, Juni 2018, S. 12 ff.

¹³² Kahl/Wegner, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 9, Juni 2018, S. 15 ff. in Bezug auf den Vorschlag einer Konzessionierung des Windes als Bodenschatz von Schmidt-Eichstaedt. Siehe Ders., LKV 2018, 1 ff.

ihres begrenzten Anwendungsbereichs jedenfalls unter Akzeptanzgesichtspunkten keine ausreichende Lösung darstellen¹³³, wurde zuletzt ein Vorschlag auf der Grundlage der Figur der Ressourcennutzungsgebühr¹³⁴ vorgelegt¹³⁵. Verfassungsrechtlich besteht der Vorteil dieser Konstruktion insbesondere darin, anknüpfend an das knappe Gut der für die Windenergie geeigneten Außenbereichsflächen, keine besondere Finanzierungsverantwortung der Vorhabenträger begründen zu müssen. Zudem unterliegen die generierten Mittel auch keiner Zweckbindung, so dass die Gefahr eines Verstoßes gegen das Aufgabenübertragungsverbot nicht in gleicher Weise besteht.

IV. Zwischenergebnis

Ob der Windenergieausbau insgesamt und auch konkrete Vorhaben vor Ort akzeptiert werden, hängt von einer Vielzahl von Bedingungen ab¹³⁶. Im Kern geht es um eine gerechte Verteilung sowohl der Belastungen als auch des Nutzens aus dem Ausbau der Windenergie. Die Beteiligung der Öffentlichkeit an Planungs- und Genehmigungsverfahren verfolgt mit der Gewinnung von Informationen und der Gewährung vorgezogenen Rechtsschutzes primär andere Zwecke. Zudem sind einer inhaltlichen Berücksichtigung des Willens der Bürger enge Grenzen gesetzt.

In Bezug auf die Verteilung der aus der Windenergie erwachsenden Vorteile war der Gesetzgeber zuletzt bemüht, trotz Einführung von Ausschreibungsverfahren, gerade kleineren Akteuren auch weiterhin die Realisierung eigener Vorhaben und damit eine Teilhabe als Unternehmer zu ermöglichen. Hier bleibt abzuwarten, wie der Gesetzgeber auf die infolge dieser Bemühungen aufgetretenen Verzerrungen in den ersten Ausschreibungsrunden reagieren wird. Derzeit kreist die Akzeptanzdebatte stärker um eine allein finanzielle Teilhabe von betroffenen Kommunen. Ob sich der Gesetzgeber allerdings diesbezüglich zu einem Tätigwerden entschließen kann und welches der in der Diskussion befindlichen Modelle er schließlich wählt, bleibt ebenfalls abzuwarten.

¹³³ *Kahl/Wegner*, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 9, Juni 2018, S. 22 zur „Konzessionsabgabe Wind“, Vorschlag des Städte- und Gemeindebundes Brandenburg, siehe *Kunze*, Vorschlag zur Einführung einer Konzessionsabgabe auf Stromeinspeisungen, Mitteilungen des Städte- und Gemeindebundes Brandenburg Mai 2018 sowie *Kahl/Wegner*, a. a. O., S. 20 ff. zur Abschöpfung des planungsbedingten Sondervorteils, Vorschlag von Köck, vgl. *Ders.*, ZUR 2017, 684 ff.

¹³⁴ BVerfG, Beschluss vom 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, 2 BvR 1300/93 im Anschluss an *Murswiek*, NuR 1994, 170 ff.

¹³⁵ *Kahl/Wegner*, Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie: Das Instrument einer Außenbereichsabgabe, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 9, Juni 2018, S. 32 ff.

¹³⁶ *Peters*, Einführung in das Schwerpunktthema Förmliche Beteiligung im Rahmen der SUP und UVP, UVP-report 2018, 258 (259); *Hildebrand/Rau/Schweizer-Ries*, UVP-report 2018, 269, 270.

C. Räumliche Steuerung des Windenergieausbaus

Auch die räumliche Steuerung des Windenergieausbaus hat letztlich erhebliche Bedeutung für dessen Akzeptanz¹³⁷. Mittels Vorgaben für Siedlungsabstände, der Konzentration von Standorten für Windenergieanlagen oder ordnungsrechtlich bestimmten Grenzwerten sollen die Belastungen durch Windenergieanlagen ein gesetzgeberisch festgelegtes zumutbares Maß nicht übersteigen. Über eine gleichmäßige Lastenverteilung hinaus hat die räumliche Verteilung von Anlagenstandorten im Bundesgebiet aber etwa auch Auswirkungen auf die netzverträgliche Integration von Windstrom und das Maß eines notwendigen Netzausbaus. Zudem bedarf es einer Koordination des räumlichen Bedarfs des Windenergieausbaus mit vielfältigen anderweitigen Raumnutzungen. Im hierfür in erster Linie vorgesehenen Recht der Raumplanung zeigen sich neben einem Funktionswandel der Raumordnung hin zu einer Standortplanung erhebliche Schwierigkeiten bei der Anwendung des Instruments der Konzentrationszonenplanung (I.). Der Genehmigungsebene kommt demgegenüber lediglich eine vollziehende Rolle bei der räumlichen Steuerung durch die Raumplanung zu (II.). Daneben versucht der Gesetzgeber die vielgestaltigen Zwecke der räumlichen Steuerung des Windenergieausbaus zunehmend auch über Regelungen des Förderrechts (III.) zu adressieren.

I. Räumliche Steuerung auf Planungsebene

Die räumliche Steuerung des Windenergieausbaus erfolgt maßgeblich über die klassischen planungsrechtlichen Instrumente. Kennzeichnend für die windenergiespezifische Raumplanung der letzten Jahre sind dabei ein Bedeutungszuwachs sowie eine Funktionsänderung insbesondere von Regional- und Flächennutzungsplanung (1.). Problematisch ist, dass das Instrument der Konzentrationszonenplanung, das den Steuerungsanspruch mit Blick auf Windenergieanlagen sichern und so das Gegengewicht zur Eröffnung des Außenbereichs über die Privilegierung von Windenergienutzungen darstellen soll, im Falle der gerichtlichen Aufhebung entsprechender Pläne vielfach wirkungslos bleibt (2.).

1. Bedeutungszuwachs und funktionale Änderung von Regional- und Flächennutzungsplanung hin zu einer vorhabenbezogenen Außenbereichsplanung

Dem Idealtypus räumlicher Steuerung entspricht eine kaskadenförmig aufgebaute, sich allmählich von den höheren Ebenen der Raumordnungsplanung nach unten hin konkretisierende Steuerung bis zur Bebauungsplanung als einzig außenverbindlichem Instrument. Die abschließende planerische Steuerung von Windenergieanlagen findet demgegenüber im Regelfall in mehreren

¹³⁷ Kindler, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 121.

Bundesländern bereits auf der Ebene der Regionalplanung¹³⁸, in anderen auf der Ebene der Flächennutzungsplanung statt¹³⁹. Der Bebauungsplanung kommt hier nur eine untergeordnete Bedeutung zu¹⁴⁰. Praktisch wichtigstes Instrument ist die sog. Konzentrationszonenplanung i.S.v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Der hier zugunsten von Raumordnungs- und Flächennutzungsplanung geregelte Planvorbehalt erlaubt eine planerische Einschränkung der vom Bundesgesetzgeber vorgesehenen Außenbereichsprivilegierung über den sog. Planersatz nach § 35 Abs. 1, 3 BauGB, auf dessen Grundlage im Falle des Fehlens windenergiespezifischer Planungen eine bauplanerische Zulassung von Windenergieanlagen für einen konkreten Standort zu erfolgen hat.

Während die planersetzende Regelung des § 35 Abs. 1, 3 BauGB ursprünglich für die Bewältigung eng begrenzter Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der Bebauung des Außenbereichs konzipiert wurde¹⁴¹, geht es bei der Steuerung der Windenergie um die raumplanerische Bewältigung eines Massenphänomens¹⁴². Auch wenn die Privilegierung der Windenergie in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB den normativen Leitgedanken des § 35 BauGB – die weitestmögliche Schonung des Außenbereichs – unberührt gelassen hat¹⁴³, so führt der Ausbau der Windenergie allein auf Grundlage des gesetzlichen Planersatzmodells doch potenziell – entsprechende Standortgüten vorausgesetzt – zu einer dispersen Verteilung von Anlagen im gesamten Außenbereich¹⁴⁴. Die Konzentrationszonenplanung erlaubt demgegenüber theoretisch die weitestgehende Freihaltung (d. h. von etwa 98 %) des Plangebietes von Windenergieanlagen durch die planungsrechtliche Beschränkung ihrer Zulässigkeit auf einer oder mehreren Außenbereichsflächen als Konzentrationszone¹⁴⁵. Eine Verhinderung der Windenergie im gesamten Plangebiet ermöglicht das Instrument hingegen nicht. Voraussetzung einer wirksamen Konzentrationsplanung ist nicht zuletzt, dass der Windenergie insgesamt substantiell Raum verschafft und damit der bundesgesetzgeberischen Entscheidung für ihre Privilegierung genüge getan wird¹⁴⁶.

¹³⁸ So insbesondere in Hessen, Niedersachsen (allerdings auf Kreisebene), Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Thüringen, Sachsen-Anhalt, Sachsen.

¹³⁹ Dies sind die Bundesländer Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz, Saarland und Nordrhein-Westfalen.

¹⁴⁰ Nach einer Erhebung der Fachagentur Windenergie an Land e.V. im Jahr 2015 wurden lediglich etwa 1/5 bis 1/6 der erhobenen Projekte auf der Grundlage eines Bebauungsplans umgesetzt, vgl. FA-Wind, *Pietrowicz/Quentin*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, 2015, S. 18 f.

¹⁴¹ Vgl. zur Entwicklung nur *Rieger*, in: Schrödter, *Baugesetzbuch*, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 3 f. Siehe außerdem zum Wandel der Privilegierungsregelung *B. Kümper*, *ZfBR* 2015, 224 ff.

¹⁴² So bereits BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 27. Dies liegt bereits im gesetzgeberischen Motiv für die Einführung der Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB (damals Nr. 7) begründet, mithilfe des Ausbaus der Windenergie einen wesentlichen Beitrag zur Reduktion der CO₂-Emissionen zu leisten, vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 6 und hierzu *Schröter*, *Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich*, 2013, S. 319.

¹⁴³ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 52.

¹⁴⁴ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 27: „Dies gilt nicht nur für die Windenergienutzung, bei der sich allein anhand der Kriterien des § 35 Abs. 1 BauGB eine „Verspargelung“ der Landschaft nicht verhindern ließe [...].“

¹⁴⁵ Zwar ordnet § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die Unzulässigkeit außerhalb von Konzentrationszonen nur als Regelfolge an, Ausnahmen dürften jedoch allenfalls in eng begrenzten Härtefällen oder sonstigen Sonderkonstellationen möglich sein.

¹⁴⁶ Siehe nur *Wegner*, *ZfBR* 2016, 548, 551 f.

Zum vorgenannten normativen Zusammenhang zwischen der Privilegierungsregelung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und dem Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 BauGB und ihrer Bezogenheit auf das Gebiet einer Gemeinde bzw. Region, der Konzentrationsplanungen zur Steuerung der raumbedeutsamen Windenergieanlagen als besonders geeignet erscheinen lässt, tritt ein Umstand hinzu, der im Falle von Konzentrationsplanungen zur Funktionsänderung von Flächennutzungs- und Regionalplanung führt. Sowohl Darstellungen von Konzentrationszonen in gemeindlichen Flächennutzungsplänen als auch entsprechende Ziele der regionalen Raumordnungsplanung schlagen über die Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB unmittelbar auf die Genehmigungsebene durch. Ihre Ausschlusswirkung ist von Genehmigungsbehörden bei ihren Zulassungsentscheidungen zu beachten. Ihnen kommt so mittelbar Außenwirkung zu¹⁴⁷. Flächennutzungs- und Regionalplanung haben sich insoweit in Rechtswirkung und Funktion der Bebauungsplanung angenähert und erledigen ein Stück weit das dieser nach der Idealtypik gestufter Planungen zukommende Geschäft¹⁴⁸. In der Flächennutzungsplanung stellt die Konzentrationszonenplanung insoweit eine Ausnahme von ihrem einfachgesetzlich bestimmten Charakter als lediglich vorbereitende Bauleitplanung dar (§ 1 Abs. 2 BauGB) und auch die Regionalplanung entspricht insoweit nicht dem Bild einer nur rahmensetzenden Raumordnung.

Im Ergebnis zeigt sich, dass der von kommunalen und regionalen Planungsträgern vielfach als unzureichend empfundene Interessenausgleich in der planerisierenden Regelung des § 35 Abs. 1, 3 BauGB und das Fehlen einer der Bebauungsplanung entsprechenden Außenbereichssteuerung zu einer (teil-)kompensatorischen Nutzung des Instruments der Konzentrationszonenplanung und damit zu einer Hochzonung der Ausübung einer abschließenden planerischen Steuerung von der Bebauungsplanebene auf die Flächennutzungs- bzw. Regionalplanungsebene geführt hat¹⁴⁹. Diese bereits seit längerem zu beobachtende Hochzonung¹⁵⁰ wurde zusätzlich etwa durch verwaltungsinterne Instrumente der Landesebene wie die sog. Windenergieerlasse gestützt. Auch wenn normativ ein Einfluss darin enthaltener Vorgaben kaum zu begründen ist¹⁵¹, kommt hier doch ein starkes Bemühen der Landesregierungen zur Vereinheitlichung der Planungspraxis zum Ausdruck.

In Reaktion auf die insoweit gegebene Funktionsänderung von Flächennutzungs- und Regionalplanung, deren Außenwirkung ihnen eine unmittelbare Grundrechtsrelevanz verleiht, hat die Rechtsprechung Rechtsschutzmöglichkeiten Planbetroffener eröffnet¹⁵². Wirksamkeits- und Rechtmäßigkeitsanforderungen sind zudem deutlich verschärft worden, um die

¹⁴⁷ Anders BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 52, das terminologisch abweichend von einer unmittelbaren Außenwirkung spricht.

¹⁴⁸ Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013, Rn. 179; vgl. auch Hentschel, Umweltschutz bei Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen, 2010, S. 225; Bartlsperger, Raumplanung zum Außenbereich, 2003, S. 45; OVG Koblenz, Urte. v. 6.2.18 – 8 C 11527/17, juris Rn. 58.

¹⁴⁹ Vgl. Münkler, VerwArch 2015, 475, 492 ff.

¹⁵⁰ Wagner, ZfBR 2016, 537, 541; Münkler, VerwArch 2015, 475, 493.

¹⁵¹ Saurer, NVwZ 2016, 201, 203 f.; Schwarzenberg/Ruß, ZUR 2016, 278, 279 f.; Wegner, NuR 2017, 605, 606.

¹⁵² BVerwG, Urteil vom 20.11.2003 – 4 CN 6/03; BVerwG, Urteil vom 26.04.2007 – 4 CN 3/06; bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 31.01.2013 – 4 CN 1/12; siehe auch Bringewat, NVwZ 2013, 984 ff.

Verfassungskonformität bereits auf dieser Ebene erfolgreicher Eigentumsbeschränkungen sicherzustellen¹⁵³. Der Gewinn an theoretischer Steuerungseffektivität von Flächennutzungs- und Regionalplanungen durch Konzentrationsplanungen geht insoweit mit ihrer stärkeren rechtlichen Angreifbarkeit einher.

2. Rechtssicherheit bei Konzentrationszonenplanungen – aktuelle Entwicklung

Die Anpassung der rechtlichen Anforderungen an die gestiegene Grundrechtsrelevanz von Konzentrationsplanungen durch Anerkennung ihrer Außenwirkung erfolgte nicht durch Gesetz, sondern im Wege einer iterativ ergehenden Rechtsprechung. Zunächst um einen Missbrauch des Instruments der Konzentrationsplanung zu unterbinden, formulierte das Bundesverwaltungsgericht bereits 2002 die Anforderung, dass im Ergebnis solcher Planungen der Windenergie substantiell Raum verschafft werden müsse¹⁵⁴. Der gestiegenen Grundrechtsrelevanz trug das Gericht dann erst in einem Beschluss von 2009¹⁵⁵ und schließlich in der sog. Wustermark-Entscheidung von 2012¹⁵⁶ durch weitere Wirksamkeits- und Rechtmäßigkeitsanforderungen Rechnung. Danach setzt die planerische Kontingentierung der Flächen für die Windenergie nicht nur voraus, dass die Flächenausweisung auf der Grundlage eines sich auf den gesamten Außenbereich erstreckenden schlüssigen planerischen Gesamtkonzepts beruht. Dieses ist vielmehr auch stufenweise im Wege der Ausschlussmethode auszuarbeiten. Im ersten Arbeitsschritt hat hierbei eine Unterscheidung der sog. harten und weichen Tabuzonen stattzufinden. Hinzu kommen Dokumentationspflichten an die Planungsträger, die, wie auch die planungsmethodischen Vorgaben, die Überprüfbarkeit und Willkürfreiheit der grundrechtsrelevanten Flächenkontingentierung sicherstellen sollen¹⁵⁷. Nicht zuletzt wurden im Zuge der in weiteren Entscheidungen fortgeführten Rechtsprechungslinie auch die Anforderungen an die notwendige Tiefe bei der Untersuchung des relevanten Abwägungsmaterials sowie die Abwägungstiefe selbst nicht unerheblich sowohl auf Flächennutzungs- als auch Regionalplanungsebene ausgeweitet. Dabei unterblieb es jedoch, diese mit einem erheblichen Mehraufwand für die Planungsträger verbundene Änderung hinreichend dogmatisch durch ein explizites Abrücken von der hergebrachten Dogmatik über die Besonderheiten einer „nur“ rahmensetzende Planung kenntlich und damit für die rechtsunterworfenen Planungsträger verständlich zu machen¹⁵⁸.

¹⁵³ BVerwG, Urte. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 52 = BVerwGE 117, 287-304.

¹⁵⁴ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 29.

¹⁵⁵ BVerwG, Beschluss vom 15.09.2009 – 4 BN 25/09, juris Rn. 6 ff.

¹⁵⁶ BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris Rn. 9 ff. = BVerwGE 145, 231.

¹⁵⁷ Zusammenfassend *Wegner*, ZUR 2015, 458, 469; ausführlich hierzu *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 45 ff.

¹⁵⁸ *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 49 ff.; vgl. auch bereits *Wegner*, ZfBR 2016, 548, 551 f.

In der Folge des vorstehend knapp skizzierten Rechtsprechungswandels¹⁵⁹ hoben die Verwaltungsobergerichte zahlreiche Konzentrationszonenplanungen wegen Mängeln insbesondere im Abwägungsvorgang auf¹⁶⁰, was in den betroffenen Plangebieten zu einem Wiederaufleben des planeretzenden Zulassungsregimes des § 35 Abs. 1, 3 BauGB und damit zur privilegierten Zulässigkeit der Anlagen jeweils im gesamten Plangebiet führte. Mit jeder weiteren Planaufhebung wurde die an der Rechtsprechung von Teilen der Literatur geübte und auch etwa vom OVG Münster¹⁶¹ ausdrücklich übernommene Kritik schärfer¹⁶². Diese warf der Rechtsprechung nicht nur dogmatische Schwächen, sondern auch die Verursachung eines kaum zu rechtfertigenden Planungsaufwands bei den Planungsträgern vor und machte sie dafür verantwortlich, dass in der Folge der Aufhebungs-Entscheidungen ein „unkontrollierter“ Zubau an Windenergieanlagen drohe. Das Bundesverwaltungsgericht rückte von seinem Kurs in der Folge gleichwohl nicht wieder ab. Korrekturen wurden lediglich im Detail¹⁶³, nicht aber bei der grundlegenden Ausrichtung vorgenommen. Insbesondere wurde auch die Anforderung der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen und -kriterien im ersten Arbeitsschritt sowie die richterrechtliche Anordnung der Ausschlussmethode aufrechterhalten¹⁶⁴.

Eine nähere Analyse der Rechtsprechung zu Konzentrationszonenplanungen für die Jahre zwischen 2009 und Ende 2015 zeigt, dass die streitgegenständlichen Planwerke in zahlreichen Fällen gleich wegen einer Vielzahl verschiedener Fehler aufgehoben wurden¹⁶⁵. Diese lassen sich nicht allein und nicht in erster Linie auf eine Überforderung mit den Details der durchaus diffizilen Rechtsprechung zurückführen. Zunächst dürften Fehler vielmehr dadurch entstanden sein, dass die Gerichte nach dem Wandel der Rechtsprechung einen Maßstab bei der Prüfung der Pläne anlegten, der während der Aufstellung des Planes den Planungsträgern selbst noch nicht bekannt war und dementsprechend schon ganz grundsätzlich nicht befolgt wurde bzw. werden konnte¹⁶⁶. Ob die hieraus abgeleitete Hoffnung, dass Planaufstellungen nach dem Rechtsprechungswandel nicht in gleichem Maße der Aufhebung unterliegen würden, auch heute noch begründet ist,

¹⁵⁹ Diese Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen. In der Rechtsprechung gibt es weiterhin Diskussionen darüber, welche Folgerungen aus der veränderten Wirkung von Konzentrationsplänen zu ziehen sind, vgl. aus jüngster Zeit einerseits OVG Lüneburg, Urt. v. 5.3.2018 – 12 KN 144/17, Rn. 41 ff. und OVG Münster, Urt. v. 6.12.2017 – 7 D 100/15.NE, Rn. 40 f. sowie andererseits OVG Koblenz, Urt. v. 6.2.2018 – 8 C 11527/17, Rn. 72.

¹⁶⁰ Vgl. die Nachweise bei *Wegner*, ZfBR 2016, 548 ff.

¹⁶¹ OVG Münster, Urteil vom 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE, Rn. 43, dass sich den Anforderungen des BVerwG ausdrücklich nur „aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit“ anschließe, „auch wenn an deren Tauglichkeit und praktischer Umsetzbarkeit gezweifelt werden kann.“

¹⁶² Siehe insbesondere *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, 1369, 1371 f., 1376; *Erbguth*, DVBl 2015, 1346, 1346; *Tyczewski*, BauR 2014, 934, 934.

¹⁶³ Siehe etwa den selbstkritischen Umgang mit der Kategorie der „weichen Tabuzonen“ im Fachbeitrag des Richters am Bundesverwaltungsgericht *Gatz*, DVBl 2017, 461, 461 f.

¹⁶⁴ *Gatz*, DVBl 2017, 461 (462): „Soweit es um die Trennung von harten und weichen Tabukriterien geht, ist die Anwendung der „Ausschlussmethode“ alternativlos. Zur Kritik hieran etwa auch aus den Planungswissenschaften vgl. *Köppel/Biehl/Hebrank/Weber*, Handlungsfeld Windenergie – Schlussbericht des Vorhabens „Innovative Ansätze zur umwelt- und sozialverträglichen Windenergieentwicklung – eine inter- und transdisziplinäre Handlungsfeldanalyse“, 2018, S. 34.

¹⁶⁵ *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergie-recht Nr. 14 vom 7. September 2015 sowie *Ders.*, ZfBR 2016, 548 ff.

¹⁶⁶ *Wegner*, ZfBR 2016, 548, 554.

erscheint jedenfalls insoweit fraglich, als mittlerweile auch eine Reihe an Plänen aufgehoben wurde, die erst nach dem Jahr 2012 aufgestellt wurden und somit alle Anforderungen der Rechtsprechung jedenfalls theoretisch hätten berücksichtigen können. Um Schlussfolgerungen aus diesem Befund ziehen zu können, bedarf es einer Analyse auch dieser neuen Entscheidungen, um die maßgeblichen Fehlerquellen zu identifizieren und Rückschlüsse auf notwendige Veränderungen, ggf. auch des gesetzlichen Rahmens, ziehen zu können.

Das Unterfangen, die Rechtssicherheit von Konzentrationsplanungen herzustellen, ist jedenfalls in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: Zum einen können solcherlei Planungen nur in diesem Fall wieder die ihnen zugedachten Steuerungsfunktionen erfüllen, etwa das öffentliche Interesse an einer möglichst weitgehenden Freihaltung des planerischen Außenbereichs zum Schutz seiner Erholungsfunktion wahren sowie großräumige Freiraumverbundsysteme aus Artenschutzgründen erhalten¹⁶⁷. Zum anderen handelt es sich bei Konzentrationszonenplanungen i.S.v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB um dasjenige Instrument, mit dessen Hilfe in den letzten Jahren Flächen in substantiellem Umfang für die Windenergienutzung gesichert und in Verbindung mit dem Zulassungsregime des § 35 Abs. 1, 3 BauGB schließlich auch zur Verfügung gestellt wurden¹⁶⁸.

Ob Konzentrationszonenplanungen diese letztgenannte Funktion über den bislang erreichten Stand hinaus auch in der Zukunft ausfüllen können, scheint gleichwohl fraglich. Nach geltendem Recht ist die für diese Funktion maßgebliche dogmatische Anforderung, nämlich die Voraussetzung der Verschaffung substantiellen Raums, nicht in einem dynamischen Sinne zu verstehen¹⁶⁹, sodass mit dem Fortschritt der Energiewende auch mehr Flächen für den Ausbau der Windenergie zur Verfügung zu stellen wären. Nach dem herrschenden Verständnis in der Rechtsprechung ist es in der Regel vielmehr allein erforderlich – in Abhängigkeit von den konkreten topographischen Umständen, Siedlungsdichte und Naturgegebenheiten – nicht mehr als eine Flächenausweisung für die Windenergie im Umfang von 1 – 1,5 % des Plangebietes vorzunehmen, um dem Substanzkriterium zu genügen¹⁷⁰. Soweit diese aber bereits durch gegenwärtig geltende Planwerke erreicht wurde, fehlt bei künftigen Planfortschreibungen wohl jede bundesrechtliche Vorgabe für die Ausweisung zusätzlicher Flächen¹⁷¹, sodass dies dann allein vom (rechts-)politischen Willen der Landes- und ggf. Regionalplanungsträger oder aber den Kommunen abhinge.

¹⁶⁷ Vgl. zu dieser Aufgabe der Konzentrationsplanung auf Regionalplanungsebene *Spannowsky*, NuR 2013, 773, 780.

¹⁶⁸ BBSR, *Zaspel-Heisters*, Steuerung der Windenergie durch die Regionalplanung – gestern, heute, morgen, BBSR-Analysen KOMPAKT 09/2015, S. 8 und 14.

¹⁶⁹ In Richtung eines dynamischen Verständnisses gingen dagegen die Erwägungen bei OVG Magdeburg, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09, Rn. 40; *Spitz*, Planung von Standorten für Windkraftanlagen, 2016, S. 78 ff.; siehe auch *Bovet/Kindler*, DVBl 2013, 488, 493; *Lau*, LKV 2012, 163, 166; *Köck*, DVBl 2015, 3, 8 f.; ausdrücklich hiergegen etwa auch *Kümper*, ZfBR 2015, 224, 231.

¹⁷⁰ *Sydow*, NVwZ 2010, 1534, 1534; *Kümper*, ZfBR 2015, 224, 228. Vgl. auch *Wegner*, ZfBR 2016, 548, 552.

¹⁷¹ So auch schon *Hentschel*, Umweltschutz bei Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen, 2010, S. 324.

II. Räumliche Steuerung auf Genehmigungsebene

Auf Genehmigungsebene ist keine (weitere) räumliche Steuerung durch die Genehmigungsbehörde vorgesehen. Diese Steuerung obliegt – wie oben dargestellt – allein den Planungsträgern auf Raumordnungs- und Bauleitplanebene. Ihre „Angebotsplanung“¹⁷² wird über die konkrete Standortwahl des Vorhabenträgers umgesetzt. Die Entscheidung über die Realisierung von Windenergieanlagen auf den „angebotenen“ Flächen kommt hierbei allein den Vorhabenträgern zu¹⁷³.

Die Genehmigungsebene fungiert damit lediglich als Instrument zur Durchsetzung der planungsrechtlichen Vorgaben gegenüber den Vorhabenträgern. So bedürfen Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, bei deren Erteilung auch die Einhaltung „anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften“ zu prüfen ist (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Hierzu zählen auch die bauplanungsrechtlichen Vorgaben der §§ 30 ff. BauGB¹⁷⁴, die ihrerseits über die bodenrechtlichen¹⁷⁵ Öffnungsklauseln des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB (Widerspruch zu Darstellungen im Flächennutzungsplan), des § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB (Widerspruch zu Zielen der Raumordnung)¹⁷⁶ sowie des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB (Planvorbehalt) planerische Einwirkungsmöglichkeiten der Kommunen und Raumordnungsträger auf die Vorhabenzulassung eröffnen. Anders als bei der Raumordnungs- und Flächennutzungsplanebene üblich, kommt den planerischen Vorgaben über diese Klauseln unmittelbar auf die Genehmigungsebene durchschlagende und so mittelbare Außenwirkungen zu¹⁷⁷. So sind Windenergieanlagen auf Ausschlussflächen außerhalb von Konzentrationszonen regelmäßig unzulässig. Umgekehrt können letztabgewogene Ziele der Raumordnung Zulassungshindernisse auf Genehmigungsebene in verbindlicher Weise ausräumen.

Sofern über die Planungsebene keine räumliche Steuerung vorhanden ist, gilt im Genehmigungsverfahren das bereits oben erwähnte „planerisetzende“ Steuerungsregime des § 35 BauGB¹⁷⁸. Danach sind Windenergieanlagen an Standorten im Außenbereich planungsrechtlich grundsätzlich überall privilegiert zulässig, soweit ihnen nicht (überwiegende) öffentliche Belange entgegenstehen. Dieses Entscheidungsprogramm sichert die Berücksichtigung des in der Privilegierung zum Ausdruck kommenden Interesses an der Realisierung von Windenergievorhaben und soll zugleich verhindern, dass die Genehmigungsbehörde quasi-planerisch-gestaltende

¹⁷² Vgl. Köck, DVBl. 2012, 3, 5.

¹⁷³ Hermes, ZUR 2014, 259; Ders., in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 7 Rn. 13.

¹⁷⁴ Wasielwski, in: Führ, GK-BImSchG, 2016, § 6 Rn. 30 ff.; Jarass, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 6 Rn. 34.

¹⁷⁵ Wetzel, Rechtsfragen einer projektbezogenen Raumordnung, 2011, S. 22; Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 79.

¹⁷⁶ Hierzu Wegner, ZNER 2018, S. 179 ff.

¹⁷⁷ Vgl. Bartlsperger, Raumplanung zum Außenbereich, 2003, S. 45. Entgegen der Ansicht des VG Kassel ist ein Durchschlagen abstandsbezogener Vorgaben der Landesraumordnungsebene über § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB auf die Genehmigungsebene aber nicht möglich, vgl. VG Kassel, Urt. v. 25.10.2017 – 7 K 117/15.KS mit Anmerkung von Wegner, ZNER 2018, 179 ff.

¹⁷⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 CN 3/06, juris Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 17.09.2003 – 4 C 14.01, juris Rn. 12 m. w. N.; BVerwG, Beschl. v. 19.09.2000 – 4 B 49/00, juris Rn. 8; BVerwG, Urt. v. 12.03.1998 – 4 C 10/97, juris Rn. 22; VGH München, Urt. v. 28.04.2017 – 9 N 14.404, juris Rn. 26; VGH Mannheim, Urt. v. 26.06.2014 – 5 S 203/13, juris Rn. 53; Franßen, DVBl 2016, 956.

Überlegungen anstelle der Kommune umsetzt¹⁷⁹. Die Prüfung der Voraussetzungen in § 35 BauGB durch die Genehmigungsbehörde beschränkt sich daher auf eine lediglich nachvollziehende Abwägung¹⁸⁰. Gemeinden können sich zwar daher grundsätzlich darauf verlassen, dass die planeretzende Vorschrift des § 35 BauGB zur Steuerung der städtebaulichen Entwicklung ausreicht, sind jedoch nicht hierauf festgelegt und entscheiden im Rahmen ihrer Planungshoheit selbst, „wie“, „ob“ und „wann“ sie planerisch gestaltend tätig werden¹⁸¹. Die abstrakt im Gesetz angelegte „schemenhafte Steuerung“ wirkt nämlich primär kleinräumig bzw. standortbezogen und ist auf die Verarbeitung derjenigen Interessen beschränkt, die der Gesetzgeber verallgemeinernd festgelegt hat (z. B. Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen, Funktionsfähigkeit von Radaranlagen, Natur-, Landschafts-, Boden- und Denkmalschutz)¹⁸². Sie erlaubt weder die Konzentration von Anlagen auf bestimmte Flächen noch das Freihalten von Flächen und auch nicht die Berücksichtigung großräumiger Steuerungsinteressen¹⁸³.

III. Räumliche Steuerung auf Förderebene

1. Allgemeine räumliche Steuerung des Windenergieausbaus im EEG

Die räumliche Steuerung des Windenergieausbaus erfolgt zunehmend auch über das Förderrecht im EEG¹⁸⁴. So knüpfte die Förderung der Windenergie an Land bereits im EEG 2000 an den Ertrag der Anlage an und bevorzugte damit allein schon über die Förderstruktur windhöfliche bzw. ertragskräftige Standorte¹⁸⁵. Um aber einen allzu einseitigen Ausbau der Windenergie an besonders ertragreichen Standorten im Norden zu verhindern, erfolgte über das Instrument des

¹⁷⁹ Zum Bedeutungsgehalt der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB BVerwG, Urt. v. 25.10.1967 – IV C 86.66, juris Rn. 12 und teilweise einschränkend hierzu BVerwG, Urteil vom 20.01.1984 – 4 C 43/81, juris Rn. 19, wo betont wird, dass die Entscheidung über die Zulässigkeit am konkreten Standort der Genehmigungsbehörde vorbehalten bleibt und das Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs auch hier gilt; vgl. auch *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 121. EL 2016, § 35 Rn. 21.

¹⁸⁰ *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rn. 70.

¹⁸¹ BVerwG, Urt. v. 17.09.2003 – 4 C 14.01, juris Rn. 9; VGH München, Urt. v. 28.04.2017 – 9 N 14.404, juris Rn. 26.

¹⁸² Siehe zum Unterschied zwischen der multipolaren Abwägungsentscheidung echter Planung und dem demgegenüber beschränkten Entscheidungsprogramm einer nur nachvollziehenden Abwägung nach § 35 BauGB *Münkler*, *VerwArch* 2015, 475, 477 f.

¹⁸³ Vgl. auch *Münkler*, *VerwArch* 2015, 475, 492 f.; *Schröter*, *Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich*, 2013, S. 93.

¹⁸⁴ Eingehend *Grüner/Sailer*, *ZNER* 2016, 122, 126 ff.; zur Flächenkulisse bei der PV-Freiflächenanlagen auch *Breuer/Lindner*, *REE* 2014, 10, 11 f. Hier hatte die Öffnung von Acker- und Grünflächen durch Bayern und Baden-Württemberg (§ 37c EEG) in der Ausschreibungsrunde Juni 2017 zum bis dato niedrigsten Preis geführt (5,66 statt zuvor 6,58 Cent/kWh), aber auch zu einer einseitigen Standortkonzentration auf besonders wirtschaftliche Flächen in Bayern, vgl. *BNetzA*, *Ergebnisse der EEG Ausschreibung für Solaranlagen vom 01. Juni 2017*, Hintergrundpapier, 24.07.2017, S. 4 und 6.

¹⁸⁵ Vgl. nur *Prall*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 29 Rn. 45; *Kahle/Reshöft*, in: *Reshöft/Schäfermeier*, EEG, 4. Aufl. 2014, § 29 Rn. 32.

(zweistufigen¹⁸⁶) Referenzertragsmodells ein gewisser Ausgleich zwischen den Standortqualitäten (vgl. § 46 Abs. 2 EEG 2017). So sollte über eine verlängerte Anfangsvergütung der wirtschaftliche Betrieb von Windenergieanlagen auch an windschwächeren Standorten im Binnenland und damit im gesamten Bundesgebiet ermöglicht werden¹⁸⁷. Windschwache Standorte unterhalb eines bestimmten Niveaus bzw. sehr windstarke Standorte waren von diesem Anreizsystem aber nicht umfasst¹⁸⁸.

Diesem Anliegen versucht der Gesetzgeber auch im Rahmen der seit 2017 eingeführten Ausschreibungen Rechnung zu tragen. Nachdem sich verschiedene Vorschläge, wie etwa eine Nord-/Süd-Aufteilung des Ausschreibungsvolumens, nicht durchgesetzt hatten¹⁸⁹, wurde letztlich ein einstufiges Referenzertragsmodell umgesetzt, das vergleichbare Wettbewerbsbedingungen in ganz Deutschland schaffen und einen bundesweiten Ausbau der Windenergie sicherstellen sollte¹⁹⁰. In diesem Modell wird der Angebotspreis über einen standortabhängigen Korrekturfaktor angepasst, um auf diese Weise die Wettbewerbsbedingungen windschwächerer Standorte in der Ausschreibung zu verbessern (§ 36h EEG 2017)¹⁹¹. Gleichzeitig sollen aber windhöffigere Standorte stärker angereizt werden¹⁹². Trotz Forderung aus der Branche, auch 60-Prozent-Standorte in das Referenzertragsmodell aufzunehmen, beginnt u. a. dieser Standortausgleich daher erst bei 70-Prozent-Standorten und besser. Bei gemeinsamen Ausschreibungen von Wind und PV wird dieses System wiederum durch regional differenzierte Höchstwerte ersetzt (§§ 3, 14 ff. GemAV¹⁹³)¹⁹⁴.

Bei den bisherigen Ausschreibungsverfahren zeigte sich jedoch insgesamt ein Schwerpunkt der Zuschläge in den nord-östlichen Bundesländern¹⁹⁵. So vereinten etwa in den Ausschreibungen von August und November 2017 die vier Bundesländer Brandenburg, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern und Thüringen mehr als 80 Prozent der gesamten Zuschlagsmenge auf sich,

¹⁸⁶ Beim zweistufigen Referenzertragsmodell legte der Gesetzgeber einen niedrigeren Grundwert und einen höheren Anfangswert fest, der für weniger windhöffigere Standorte länger gezahlt wurde.

¹⁸⁷ BT-Drs. 16/8148, S. 57; BT-Drs. 14/2341, S. 9; *Grüner/Sailer*, ZNER 2016, 122, 127; *Prall*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 29 Rn. 59; *Kahle/Reshöft*, in: *Reshöft/Schäfermeier*, EEG, 4. Aufl. 2014, § 29 Rn. 32 ff.

¹⁸⁸ *Grüner/Sailer*, ZNER 2016, 122, 127: „an den ‚Rändern‘ bewusst ‚blind‘ ausgestaltet“; *Prall*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 29 Rn. 60; *Kahle/Reshöft*, in: *Reshöft/Schäfermeier*, EEG, 4. Aufl. 2014, § 29 Rn. 32 und 37.

¹⁸⁹ Vgl. *Grüner/Sailer*, ZNER 2016, 122, 127 f.

¹⁹⁰ BT-Drs. 18/8860, S. 2, 148 f.: „Die Korrekturfaktoren wurden so gewählt, dass ein deutschlandweiter Ausbau unterstützt und gleichzeitig windhöffigere Standorte stärker angereizt werden. (...) Dieses fortentwickelte Modell schafft vergleichbare Wettbewerbsbedingungen in ganz Deutschland und trägt dadurch zu einem bundesweiten Zubau neuer Windenergieanlagen bei.“ und 214 f.; vgl. auch BR-Drs. 511/15.

¹⁹¹ Näher hierzu etwa *Frenz*, RdE 2016, 433, 438 f.

¹⁹² Siehe oben Fn. 190.

¹⁹³ Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land und Solaranlagen (Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen - GemAV) vom 10. August 2017 (BGBl. I S. 3167, 3180).

¹⁹⁴ BT-Drs. 18/12375, S. 107 ff.; *Frenz*, REE 2017, 57, 58.

¹⁹⁵ *BNetzA*, Ergebnisse der Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land vom 1. November 2017, Hintergrundpapier, 19.12.2017, S. 6; *BNetzA*, Ergebnisse der Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land vom 1. August 2017, 04.09.2017, Hintergrundpapier, S. 5; *FA Wind*, Analyse der 5. Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land, 2018, S. 11 und 19 ff.

wohingegen ihr Anteil bei den Geboten bei lediglich etwa der Hälfte lag¹⁹⁶. Nach der fünften Ausschreibungsrunde im Mai 2018 liegen 91 Prozent der bislang bezuschlagten Windprojekte nördlich der Mainlinie; nur neun Prozent der Projekte befinden sich in Süddeutschland – trotz reger Teilnahme an den Ausschreibungen¹⁹⁷. Die regionale Verteilung konzentriert sich damit weitaus stärker in der Nordhälfte Deutschlands als dies beim Zubau der letzten Jahre vor der Einführung von Ausschreibungen der Fall war¹⁹⁸. Nach dem Koalitionsvertrag soll daher eine bessere regionale Steuerung des Ausbaus der erneuerbaren Energien eingeführt und für die Ausschreibungen südlich des Netzengpasses ein Mindestanteil über alle Erzeugungsarten festgelegt werden¹⁹⁹. Die Konkretisierung und Umsetzung dieser Pläne steht noch aus.

2. Netzbezogene räumliche Steuerung des Windenergieausbaus im EEG

Im EEG – wie auch im EnWG – gilt der allgemeine Grundsatz, dass der Netzausbau dem Erzeugungsausbau folgt²⁰⁰. Die Standortwahl bei der Stromerzeugung soll sich nicht an „Transportfaktoren“, sondern primär an „Erzeugungsfaktoren“ orientieren (Windhöufigkeit, Sonneneinstrahlung, Wassergefälle, Erdwärmevorkommen)²⁰¹. Es gilt nach wie vor als langfristig günstiger, die kostengünstigsten Potenziale für Windenergie an Land zu erschließen und die hierfür erforderlichen Netze zu errichten²⁰². Dem Netz wird daher eine primär „dienende“ Funktion beigemessen²⁰³. Dennoch ist eine netzbezogene Steuerung des Ausbaus der erneuerbaren Energien nicht neu²⁰⁴. Bereits bei der EEG-Novelle 2012 schaffte der Gesetzgeber hierzu ein erstes Instrument, indem er die Entschädigungszahlungen für Anlagen, die im Rahmen des Einspeisemanagements wegen eines Netzengpasses abgeregelt wurden, auf 95 Prozent reduzierte (jetzt § 15 Abs. 1 S. 1 EEG 2017)²⁰⁵. Damit sollte für Anlagenbetreiber ein Anreiz geschaffen werden, sich bereits bei der Standortplanung mit der örtlichen Netzsituation auseinanderzusetzen und ggf. auch umzuplanen²⁰⁶. Der Ausbau der erneuerbaren Energien sollte auf diese Weise stärker an der

¹⁹⁶ *BNetzA*, a. a. O.; *FA Wind*, Analyse der 5. Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land, 2018, S. 20.

¹⁹⁷ *FA Wind*, Analyse der 5. Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land, 2018, S. 21.

¹⁹⁸ *FA Wind*, Regionale Verteilung bezuschlagter Windprojekte in den Ausschreibungen 2017 versus Ausbau der Windenergie seit 2010, Dezember 2017, S. 2.

¹⁹⁹ *CDU/CSU/SPD*, Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode, 12.03.2018, S. 71. Hierzu auch der Antrag der Grünen-Fraktion zur Einführung einer Regionalquote in BT-Drs. 19/3142.

²⁰⁰ *Hermes*, ZUR 2014, 259, 260 f.; *Grüner/Sailer*, ZNER 2016, 122, 123 und 128; *Rodi*, ZUR 2017, 658, 660 f.

²⁰¹ Wie auch bei konventionellen Kraftwerken (z. B. Nähe zu Kühlwasser- oder Kohlevorkommen), vgl. *Grüner/Sailer*, ZNER 2016, 122, 130.

²⁰² BT-Drs. 18/8860, S. 210.

²⁰³ *Hermes*, ZUR 2014, 259, 260 und 267; *Büdenbender*, in: Pielow, Sicherheit in der Energiewirtschaft, 2007, 165, 182; vgl. auch BVerwGE 140, 359, 371 f. (Rn. 35) bzgl. des Schienennetzes.

²⁰⁴ Im Bereich der Offshore-Windenergie hatte dies schon immer hohe Bedeutung, vgl. nun z. B. § 5 Abs. 4 Wind-SeeG und weitergehend zum neuen „zentralen Modell“ etwa *Schulz/Appel*, ER 2016, 231, 232 ff.; zuvor *Wustlich*, ZUR 2007, 122, 126 f.: „Steckdose im Meer“; *Ohms*, Recht der Erneuerbaren Energien, 2014, Rn. 774 f.

²⁰⁵ *Grüner/Sailer*, ZNER 2016, 122, 124.

²⁰⁶ BT-Drs. 17/6071, S. 65.

Netzsituation ausgerichtet und Netzausbaukosten reduziert werden²⁰⁷. In der Praxis aber scheint dies allein zu verhältnismäßig geringen Einnahmeausfällen zu führen und daher wohl keinen nennenswerten Einfluss auf die Standortwahl zu haben – auch da Abregelungen in größerem Umfang wieder zu einer vollständigen Entschädigung führen (§ 15 Abs. 1 S. 2 EEG 2017)²⁰⁸.

Im Zuge der Einführung von Ausschreibungen wurde die Verknüpfung von EE- und Netzausbau nun erheblich ausgeweitet und soll nach dem Koalitionsvertrag von 2018 auch noch weiter erhöht werden²⁰⁹. Zunächst wurden Ausbaupfade festgelegt (§ 4 EEG 2017), die ausdrücklich auch dem Ziel dienen, EE- und Netzausbau besser zu synchronisieren und dem Netzausbau Zeit zu verschaffen²¹⁰. Instrumentell unterlegt wurde dies dann durch die Bestimmung von Ausschreibungsmengen (§ 28 EEG 2017), die ein Überschreiten des Ausbaupfades verhindern sollen²¹¹ sowie dem – ausdrücklich als Übergangslösung gedachten²¹² – Instrument des Netzausbaugebiets (§ 36c EEG 2017, § 8 GemAV), in dessen Bereich der weitere Zubau von Windenergieanlagen wegen des dort besonders stark überlasteten Übertragungsnetzes begrenzt wird²¹³. Beides soll der besseren „Verzahnung“ und Abstimmung von EE- und Netzausbau dienen²¹⁴. Dabei setzt die steuernde Wirkung des Netzausbaugebiets erst bei Überschreitung der Ausbaugrenze für dieses Gebiet ein, was bislang nur in der ersten Ausschreibung von Mai 2017 der Fall war²¹⁵. Unterhalb dessen findet keine netzbezogene räumliche Steuerung hierüber statt. Der Gesetzgeber sieht dann (noch) keinen diesbezüglichen Steuerungsbedarf.

Bei gemeinsamen Ausschreibungen von Wind und PV wurden diese Instrumente 2017 um die sog. Verteilernetzkomponente nach §§ 10 f. GemAV ergänzt, da hier das Referenzertragsmodell nicht zur Anwendung kommt (§ 3 GemAV). Diese Komponente gilt in zuvor festgelegten Verteilernetzausbaugebieten, in denen im Verhältnis zur Last bereits viele EE-Anlagen errichtet wurden²¹⁶. Sie fungiert als Gebotsaufschlag, über den die Kosten der Netz- und Systemintegration in

²⁰⁷ Hoppenbrock, in: Altröck/Oschmann/Theobald (Hrsg.), EEG, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 6, 42; vgl. auch König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 6, 4. Aufl. 2018, § 15 EEG Rn. 5: „gesamtwirtschaftlich effiziente Standortwahl“ und Rn. 28.

²⁰⁸ Zurückhaltend auch schon Hoppenbrock, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 6; hierauf verweisend Ruge/Hennig, in: Gabler/von Hesler, EEG 2014, 6. EL 2017, § 15 Rn. 7 (dort Fn. 3).

²⁰⁹ CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode, 12.03.2018, S. 70 f.: „netzsynchroner (...) Ausbau der Erneuerbaren Energien“ und „besseren Synchronisierung von Erneuerbaren Energien und Netzkapazitäten“; zuvor war in den Koalitionsverhandlungen sogar noch die Rede von einer verbindlichen Synchronisierung von EE- und Netzausbau auf Basis von regelmäßig stattfindenden Netzverträglichkeitsprüfungen bzw. Stresstests.

²¹⁰ BT-Drs. 18/1304, S. 88 f.; BT-Drs. 18/8860, S. 151 f.: „Der Ausbaubaukorridor ist von zentraler Bedeutung für die Synchronisation mit dem Ausbau der Stromnetze.“

²¹¹ BT-Drs. 18/8860, S. 147.

²¹² BT-Drs. 18/8860, S. 210: „den Zubau im Norden in einer Übergangszeit zu begrenzen“; Baker, in: Greb/Boewe, EEG, 2018, § 36c Rn. 1.

²¹³ Näher hierzu BT-Drs. 18/8860, S. 210 f.; Bourwieg, ER 2018, 91, 95 f. mit Hinweis auf das Instrument der freiwilligen Selbstverpflichtung „Nutzen statt Abregeln“ gemäß § 13 Abs. 6a EnWG; Frenz, RdE 2016, 433, 435 f.; kritisch Rodi, ZUR 2017, 658: „notdürftig“ und „wenig systematisch im Rahmen des Regulierungsrechts“ und 661: „diese ‚Bedarfsplanung durch die Hintertür‘ und ‚im Kleide des Regulierungsrechts““.

²¹⁴ BT-Drs. 18/8860, S. 1, 3 f., 146, 151 f.; 210 f.: „besser mit dem Ausbau der Stromnetze zu verzahnen.“

²¹⁵ BNetzA, Ergebnisse der Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land vom 1. Mai 2017, Hintergrundpapier, 19.06.2017, S. 5 f.

²¹⁶ 98 Landkreise verteilt über das gesamte Bundesgebiet.

den Verteilernetzen aufgrund des Zubaus neuer Windenergie- und Solaranlagen berücksichtigt werden sollen (vgl. auch § 39i Abs. 2 S. 2 Nr. 4 EEG 2017)²¹⁷. Seine Wirkung für den Windenergieausbau konnte dieses Steuerungsinstrument bislang nicht zeigen, da bei der bisher einzigen gemeinsamen Ausschreibung allein PV-Gebote erfolgreich waren. Bei der PV scheint es jedenfalls keine großen Auswirkungen gehabt zu haben²¹⁸. Schließlich soll noch darauf hingewiesen werden, dass 2016 die Netzausbauvorgaben für Verteilnetzbetreiber in § 14 Abs. 1b EnWG angepasst wurden, wonach Betreiber von 110 kV-Hochspannungsnetzen nun jährlich Netzkarten mit den Engpassregionen ihres Hochspannungsnetzes und ihre Planungsgrundlagen zur Entwicklung von Ein- und Ausspeisungen in den nächsten zehn Jahren auf ihrer Internetseite veröffentlichen müssen. Dies soll u. a. auch potenziellen Anschlussnehmern von EE-Anlagen bei ihrer Standortentscheidung dienen²¹⁹.

D. Wechselwirkungen und rechtliche Verknüpfungen zwischen Förderrecht und Planungs- und Genehmigungsrecht

Während das Planungs- und Genehmigungsrecht von jeher viele Berührungspunkte haben²²⁰ und sich in diesem Zusammenhang vor allem Fragen der Problemabschichtung stellen²²¹, sind zunehmend auch Wechselwirkungen mit dem Förderrecht erkennbar und mit dem EEG 2017 sogar gesetzliche Verknüpfungen zum Genehmigungsbescheid geschaffen worden.

I. Rückwirkungen des Förderrechts auf das Planungsrechts?

Eine normative Verknüpfung zwischen dem Förderrecht und dem Planungsrecht besteht allerdings – anders als etwa bei der PV²²² – bei der Windenergie nicht. Insbesondere wurde weder im

²¹⁷ BT-Drs. 18/12375, S. 3, 52, 105 f.; *Frenz*, REE 2017, 57, 61.

²¹⁸ *BNetzA*, Pressemitteilung vom 12. April 2018: „Sonderregelung hatte keine erheblichen Auswirkungen auf die erfolgreichen Projekte. Die meisten Zuschläge befinden sich in den Verteilernetzausbaubereichen.“

²¹⁹ BT-Drs. 18/10209, S. 125.

²²⁰ So ist etwa die planungsrechtliche Zulässigkeit gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG Voraussetzung für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, während die Planungsträger bei der Flächenausweisung wiederum die spätere Genehmigungsfähigkeit der Anlagen im Blick haben müssen, vgl. *Battis*, in: *Ders./Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 1 Rn. 28.

²²¹ Auf der Planungsebene abschließend abgewogene Belange können im Genehmigungsverfahren grundsätzlich nicht mehr aktiviert und daher der Genehmigung nicht entgegengehalten werden, vgl. BVerwGE 137, 74, 82; VG Düsseldorf, Urt. v. 07.09.2015 – 10 K 5701/13 und OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12; zu der Thematik jeweils auch *Fülbier*, ZNER 2017, 89, 94 m. w. N.; *Fülbier*, ZNER 2015, 620, 622.

²²² Hier setzt die Förderung in der Regel am Vorhandensein eines Bebauungsplans an (vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 3 EEG 2017); vgl. auch *Wegner*, EnWZ 2015, S. 301, 303 ff.

Ausschreibungsverfahren selbst noch bei den hierfür formulierten Präqualifikationsbedingungen an einen planungsrechtlichen Tatbestand angeknüpft²²³.

Eine Verschränkung tatsächlicher Art zwischen Planungsrecht und Förderrecht besteht gleichwohl. Sie resultiert aus der Zielrichtung eines möglichst hohen Wettbewerbs in den Ausschreibungsrunden und damit eines Überangebots im Verhältnis zur Ausschreibungsmenge. Notwendige, wenn auch nicht hinreichende Bedingung für eine ausreichende Zahl an präqualifizierten Vorhaben ist aber die planerische Bereitstellung von genügend Flächen für die Windenergienutzung. Die Flächenverfügbarkeit war zwar auch vor der Einführung von Ausschreibungen Voraussetzung für den Fortschritt des Windenergieausbaus. Nun aber ist die Verfügbarkeit von Flächen zusätzlich Voraussetzung für das wettbewerbliche Funktionieren des Ausschreibungssystems. Das Planungsrecht ist nun in diesem Sinne ein Stück weit „systemrelevant“ geworden.

1. Normative Konsequenzen aus der Verschränkung von Planungs- und Förderrecht

Es stellt sich insoweit die Frage, ob aus dieser hinzugewonnenen Bedeutung auch normativ Konsequenzen zu ziehen sind. Dem steht nicht entgegen, dass die Flächenbereitstellung derzeit immerhin noch über die allgemeine Außenbereichsprivilegierung von Windenergieanlagen gelingt, wenn Konzentrationsplanungen, die deren Reichweite beschränken, regelmäßig erfolgreich beklagt werden. Im Falle der angestrebten Funktionstüchtigkeit von Konzentrationsplanungen könnte das Flächenangebot aufgrund der verhältnismäßig geringen Anforderungen des Substanz-Raum-schaffens an die auszuweisende Mindestfläche nämlich durchaus unterhalb dessen liegen, was für den weiteren Windenergieausbau nach Vorstellungen des EEG-Gesetzgebers benötigt wird²²⁴. Aufgrund der fehlenden normativen Verschränkungen handelt es sich bei der planungsrechtlichen Flächenbereitstellung einerseits und dem Ausschreibungssystem mit den hier über die Ausbaupfade des EEG vorgegebenen Ausschreibungsmengen andererseits um zwei unabhängig voneinander bestehende und funktionierende Systeme. Theoretisch denkbar wäre es aber durchaus, eine Synchronisierung des planerisch bereitzustellenden Flächenangebots mit der Flächennachfrage des Ausschreibungssystems normativ vorzunehmen.

Für eine solche normative Verschränkung bietet sich hier in erster Linie das Bundesrecht an, da auf dieser Ebene ein Gleichlauf mit den bundesrechtlichen Vorgaben des EEG sichergestellt werden kann. Rechtstechnisch käme hierfür eine schon früher erwogene Stärkung der in § 17 ROG

²²³ Zu entsprechenden Überlegungen *Wegner*, EnWZ 2015, S. 301 ff.; *Fülbiel/Wegner/Sailer*, Planungs- und genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte als materielle Präqualifikationsmerkmale einer Ausschreibung für Windenergie an Land im „EEG 3.0“, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 3, Februar 2015, S. 16 ff.

²²⁴ Als durch die Rechtsprechung für ausreichend befunden wurden etwa Ausweisungen von Flächen für die Windenergie im Umfang von 1,2 %, VGH München, Urt. 17.11.2011 – 2 BV 10.2295, juris Rn. 37; 1 %, OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.9.2010 – 2 A 4.10, juris Rn. 32 oder auch 0,61 %, OVG Lüneburg, Urt. v. 28.1.2010 – 12 KN 65/07, juris Rn. 45. Es zeigt sich, dass die Rechtsprechung insoweit allein deutliche Ausreißer beanstandet, vgl. *Bruns et al.*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 54.

angesiedelten Bundesraumordnung in Frage. Über hier vorzusehende Regelungsmöglichkeit des Bundes von Mengenzielvorgaben in der Form von Flächen- oder Leistungszielen könnten den Ländern Vorgaben für die Flächenausweisung gemacht werden. Zwar ist eine strikte Bindungswirkung einer solchen Vorgabe in der Form von „Zielen der Raumordnung“ denkbar²²⁵. Praktisch stehen dem jedoch nicht nur erhebliche rechtspolitische, sondern schon rechtspraktische Bedenken entgegen. Voraussetzung des Zielcharakters wäre nämlich die abschließende Abwägung der Zielvorgaben bereits auf Bundesebene²²⁶. Dies aber dürfte einen erheblichen Untersuchungsaufwand bedeuten, der auf dieser Planungsebene kaum zu erfüllen wäre. Naheliegender wäre es daher, allein Orientierungswerte zu formulieren²²⁷, die von den Ländern zur Richtschnur ihrer Abwägung gemacht werden, ggf. aber auch zugunsten anderer Belange überwunden werden können. Letztlich wären aber selbst solche Orientierungswerte von einer Vielzahl künftiger Entwicklungen und komplexer systemischer Fragen abhängig (z. B. Wahrung der Versorgungssicherheit, Entwicklung des Stromverbrauchs). Zudem wäre zu bedenken, ob ein solcher – wenn auch in seiner Bindungswirkung abgeschwächter – top-down-Ansatz vor dem Hintergrund der Akzeptanzdebatte um den Ausbau der Windenergie überhaupt ratsam ist oder nicht eher die Eigenständigkeit der Länder bei der Entwicklung ihrer Planungsvorstellung bewahrt werden sollte.

Auch eine Verknüpfung der Systeme jedenfalls über ihre zeitliche Synchronisierung scheint nur schwer denkbar. Die Ausschreibungsrunden unterliegen einer relativ schnellen Abfolge, während schon die Regionalplanung – nicht zu sprechen von der Landes- oder einer zu ertüchtigenden Bundesraumordnung – für die Steuerung räumlicher Entwicklungen in mittelfristigen Zeiträumen von 10 bis 15 Jahren angelegt ist²²⁸. Wie auch immer eine Angleichung zeitlicher Abläufe aussehen könnte, so wäre es kaum möglich, adäquat zu berücksichtigen, dass sich das Ausschreibungsdesign in Zukunft – ggf. auch europarechtlich veranlasst – ändern und damit auch die zeitlichen Abläufe und der Flächenbedarf für den Ausbau der Windenergie wandeln könnte. Hinzu kommt, dass vor dem Hintergrund der langen Planungszeiträume die zum Teil rasanten Entwicklungen im Gesamtumfeld der Energiewende nur schwer auf Planungsebene erfasst werden können (z. B. weiter gesunkene Gestehungskosten von Windstrom, Erreichen der Netzparität mit konventionell erzeugtem Strom, künftiger Bedarf für ein Ausschreibungssystem).

2. Anforderungen an die wirtschaftliche Nutzbarkeit von Flächen

Sehr viel konkreter sind mögliche Konsequenzen aus der tatsächlichen Verschränkung von Planungs- und Förderrecht für die Rechtsanwendung erkennbar.

²²⁵ Siehe zur hierauf bezogenen Diskussion *Bruns et al.*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 279.

²²⁶ Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG.

²²⁷ *Köck*, DVBl 2012, 3, 8 f.; *Bovet/Kindler*, DVBl 2013, 488, 493; *von Seht*, DÖV 2011, 915, 919; *Bruns et al.*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 279.

²²⁸ Vgl. etwa § 5 Abs. 3 S. 1 HLPG – 10 Jahre; § 5 Abs. 7 S. 1 NROG: Überprüfung der Änderungsbedürftigkeit vor Ablauf von 10 Jahren.

Gem. § 1 Abs. 3 BauGB ist eine Planung dann nicht erforderlich, wenn die vorgesehenen Nutzungen auf unabsehbare Zeit aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht umsetzbar sind²²⁹. Im Falle der Ausweisung von Flächen für Windenergienutzungen gehört zu den tatsächlichen Umständen daher auch die Wirtschaftlichkeit der Nutzung²³⁰. Anders als früher treten aber über das Ausschreibungssystem heute verschiedene Standorte im Rahmen der Ausschreibungen in unmittelbare Konkurrenz zueinander. Jedenfalls unter den jetzigen Bedingungen am Strommarkt kann nur diejenige Fläche wirtschaftlich genutzt werden, für die ein Vorhabenträger einen Zuschlag und damit einen Anspruch auf die Förderung nach dem EEG erhält²³¹. Unterhalb einer bestimmten „Standortgüte“ war in den ersten Ausschreibungsrunden ein Zuschlag trotz des teilweise nivellierenden Referenzertragsmodells in den bisherigen Ausschreibungsrunden aber kaum zu erlangen²³². Würde es vor diesem Hintergrund bereits an der wirtschaftlichen Nutzbarkeit der planungsrechtlich ausgewiesenen Flächen auf unabsehbare Zeit fehlen, so müsste man anhand des Maßstabs des § 1 Abs. 3 BauGB zum Schluss kommen, dass die Flächenausweisungen insoweit schon nicht erforderlich waren und der jeweilige Plan deshalb rechtswidrig ist.

Würde man diese Konsequenz tatsächlich ziehen, hätte dies erhebliche Folgen für die Flächenausweisungen in der Raumplanung: Diese müssten detaillierte Prognosen zur Durchsetzungsfähigkeit von Vorhaben auf den auszuweisenden Flächen in den Ausschreibungsverfahren erstellen. Eben diese Anforderung ist aber bereits von *Grigoleit* formuliert worden. Nach ihm ist letztlich „die vollständige Simulation der Gebotsermittlung seitens des Plangebers notwendig. Bis hin zur Ermittlung der Güte- und Korrekturfaktoren erscheint dies zwar aufwendig, aber – jedenfalls durch Hinzuziehung externen Sachverständigen – wohl noch darstellbar.“²³³ Nur so könne „eine flächenscharfe Prognose des noch wettbewerbsfähigen Gebots“ erreicht werden²³⁴. Dabei würden „auch künftige Schwankungen der Bezuschlagungsschwelle berücksichtigt werden müssen, soweit sie für den Plangeber absehbar sind“²³⁵. Bei einer solchen Verschärfung der Anforderungen müssten die Gerichte folglich den Erforderlichkeitsmaßstab des § 1 Abs. 3 BauGB dahingehend konkretisieren, dass eine Planung nur dann erforderlich ist, wenn mit einer bestimmten

²²⁹ St. Rspr. BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – Az.: 4 CN 1/11, Rn. 12; Urteil vom 20.01.2003 – Az.: 4 CN 14/01, juris Rn. 12 m. w. N.; *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 1 Rn. 28; zur Vollzugsunfähigkeit aus tatsächlichen Gründen *Schrödter/Wahlhäuser*, in: *Schrödter*, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 47; *Söfker/Runkel*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 128 EL 2018, § 1 Rn. 35.

²³⁰ Siehe nur OVG Berlin Brandenburg, Urteil vom 24.02.2011 – Az.: 2 A 2/09, juris Rn. 62; OVG Münster, Urteil vom 01.07.2013 – Az.: 2 D 46/12.NE, juris Rn. 52; *Gatz*, in: *Hoppenberg/de Witt*, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Stand Oktober 2013, Z. V Rn. 16.

²³¹ Vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 147.

²³² Vgl. die Analyse der Fachagentur Windenergie an Land, wonach 91 % der in den ersten fünf Ausschreibungsrunden bezuschlagten Gebote sich auf Anlagen nördlich, nur 9 % südlich der Mainlinie beziehen, FA-Wind, *Quentin*, 5. Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land (Mai 2018), Juli 2018, S. 20.

²³³ FA-Wind, *Grigoleit*, Rechtliche Bewertung der Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen, Mai 2018, S. 16.

²³⁴ FA-Wind, *Grigoleit*, Rechtliche Bewertung der Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen, Mai 2018, S. 15.

²³⁵ FA-Wind, *Grigoleit*, Rechtliche Bewertung der Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen, Mai 2018, S. 15.

Wahrscheinlichkeit bzw. unter bestimmten Voraussetzungen sich ein Vorhaben auf einer ausgewiesenen Fläche zu einem bestimmten Zeitpunkt durchsetzen kann²³⁶.

Bislang hatte die Rechtsprechung mit Blick auf die Wirtschaftlichkeit von Flächen regelmäßig nur kontrolliert, ob Standorte eine hinreichende Windhöflichkeit aufwiesen, d.h. zumindest die Anlaufgeschwindigkeit für moderne Windräder erreichten und so überhaupt ein wirtschaftlicher Betrieb möglich ist²³⁷. Eine Pflicht zur Förderung der Windenergienutzung durch Ausweisung allein der wirtschaftlich am besten nutzbaren Flächen in einem Plangebiet, so hat die Rechtsprechung vielfach festgehalten, besteht dagegen gerade nicht²³⁸. Lediglich in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung hat die Rechtsprechung in der Tendenz auch weitergehende Anforderungen formuliert und den Planungsträgern abverlangt, nicht nur den Anschaffungspreis aktueller Anlagen, sondern auch Finanzierungsparameter, sonstige Wetterdaten sowie den Förderrahmen nach dem EEG zu berücksichtigen, um die hinreichende Wirtschaftlichkeit der Flächen sicher zu stellen²³⁹. Blicke es bei der bislang im Regelfall aber eher eingeschränkten Kontrolle der wirtschaftlichen Nutzbarkeit von Flächen, entstünde hier ohne Frage ein Potenzial für Feigenblattplanungen durch die Ausweisung solcher Flächen, die zwar für sich genommen einen wirtschaftlichen Betrieb grundsätzlich ermöglichen, jedoch im Ausschreibungswettbewerb auf absehbare Zeit nicht zum Zuge kämen.

Allein aber bereits eine solche Zuschlags-Prognose zu treffen, dürfte – erst Recht für Planer und unter Berücksichtigung des zeitlichen Planungshorizonts von 10 bis 15 Jahren – im Allgemeinen kaum möglich sein und daher auch nicht gefordert werden können. Diese hängt zudem von einer Vielzahl kaum absehbarer Faktoren, insbesondere dem aktuellen Ausschreibungsdesign und der jeweiligen Wettbewerbssituation, ab. So zeigte sich etwa in den jüngsten Ausschreibungen von Mai und August 2018, dass trotz eines bislang deutlichen Überhangs bezuschlagter Projekte in Nord- und Ostdeutschland alle Angebote aus Süddeutschland zum Zuge kamen. In diesen Ausschreibungsrunden hatte – für viele überraschend – jedes zugelassene Gebot einen Zuschlag erhalten. Ebenso ist kaum vorauszusehen, welche Änderungen der Gesetzgeber am Ausschreibungsdesign in Zukunft vornimmt und damit eine Änderung einer ohnehin kaum als linear zu beschreibenden Entwicklung bewirkt. Zudem ist noch nicht absehbar, wann Windenergieanlagen bei Vorliegen welcher Flächengüte aufgrund erreichter Netzparität womöglich gänzlich ohne EEG-Förderung realisierbar sind und deshalb gar nicht mehr in unmittelbarer Konkurrenz zu

²³⁶ Die schrittweise Konkretisierung eines solchen Maßstabs durch die Rechtsprechung könnte nur anhand der Kontrolle konkreter Pläne erfolgen. Bis auf diese Weise ein gefestigter Maßstab gefunden wäre, könnte daher ein längerer Zeitraum vergehen und würde die ohnehin schon äußerst fehleranfälligen Planaufstellungsverfahren zusätzlich mit Rechtsunsicherheit belasten. Unter Umständen müsste dann über eine gesetzliche Formulierung der Anforderungen nachgedacht werden.

²³⁷ OVG Berlin Brandenburg, Urteil vom 24.02.2011 – Az.: 2 A 2/09, juris Rn. 62; OVG Münster, Urteil vom 01.07.2013 – Az.: 2 D 46/12.NE, juris Rn. 52.

²³⁸ OVG Lüneburg, Urteil vom 16.11.2009 – 12 LC 181/07, juris Rn. 34; BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 24; Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 4/02, juris Rn. 15.

²³⁹ OVG Münster, Urt. v. 4.7.2012 – 10 D 47/10.NE, juris Rn. 50.

Standorten in ganz Deutschland stehen²⁴⁰. Gegen einen zu strengen Maßstab spricht nicht zuletzt auch, dass Ausschreibungsverfahren gerade darauf angelegt sind, dass sich nicht alle Vorhaben in dem Verfahren durchsetzen können. Es bedarf gerade auch nicht erfolgreicher Vorhaben, um die gewünschte Wettbewerbssituation zu erreichen. Ziel der gerichtlichen Kontrolle von Flächenausweisungen kann es deshalb nicht sein, nur die Ausweisung solcher Flächen zuzulassen, auf denen sich Vorhaben auch wirklich durchsetzen. Es muss vielmehr um eine gerade noch vorhandene Durchsetzungschance gehen. Erst bei einer Flächengüte, die selbst eine solche theoretische Möglichkeit nicht mehr zulässt, schiene der Einwand mangelnder Planungserforderlichkeit gerechtfertigt. Um dem hinreichend Rechnung zu tragen und dem Risiko von Feigenblattplanungen wirksam zu begegnen, dürften jedoch nicht derart weitgehende Modifikationen des Prüfungsmaßstabs erforderlich sein, wie sie bislang vorgeschlagen wurden.

II. Verknüpfung des Förderrechts mit dem Genehmigungsrecht

Die Verknüpfung des Förderrechts mit dem Genehmigungsrecht ist im EEG im Allgemeinen nicht neu²⁴¹. Dabei dient das Anknüpfen an genehmigungs- bzw. fachrechtliche Anforderungen häufig dazu, ein Vollzugsdefizit im jeweiligen Fachrecht auszugleichen oder ein Zurückfallen der Förderregelungen hinter den allgemeinen umweltrechtlichen Standard zu vermeiden (z. B. Gewässerschutz, Naturschutz) bzw. sogar über diesen Standard hinauszugehen (z. B. Biomasseanbau)²⁴². Den Förderregelungen kann auf diese Weise eine hohe Steuerungskraft zur Umsetzung fachrechtlicher Belange zukommen²⁴³ – auch wenn zum Ausgleich fehlender Vollzugsbehörden im EEG dann meist mit umfangreichen Nachweispflichten gearbeitet werden muss²⁴⁴.

Bei der Windenergie an Land ist eine solche Verknüpfung erst über das EEG 2017 im Zuge der Einführung von Ausschreibungen geschaffen worden. Hier finden sich nun zahlreiche Verweise vor allem zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung²⁴⁵, z. B. als Präqualifikationsbedingung für die Teilnahme am Ausschreibungssystem: „die Genehmigungen nach dem Bundes-

²⁴⁰ Vgl. Rede von Wirtschaftsminister Altmaier im Rahmen der Energiekonferenz in Berlin am 17.4.2018, wonach er davon ausgeht, dass die Wettbewerbsfähigkeit und damit ein Ende der staatlichen Subvention in den nächsten 4-5 Jahren erreicht werde, vgl. <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/mehr-wirtschaft/bald-keine-subventionen-fuer-erneuerbare-energien-mehr-15546122.html>, zuletzt abgerufen am 24.7.18.

²⁴¹ So ist etwa die Förderung der Wasserkraft bereits früh an wasserrechtliche Anforderungen geknüpft worden (vgl. § 40 Abs. 4 EEG 2017) und auch bei anderen erneuerbaren Energien finden sich teils zahlreiche Verweise ins Planungs- und Genehmigungsrecht, vgl. hierzu *Salje*, EEG 2017, 8. Aufl. 2018, § 40 Rn. 26 ff.; *Kahle*, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG, 4. Aufl. 2014, § 23 Rn. 39 ff.; BT-Drs. 18/1304, S. 140; *Sailer/Kantenwein*, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG, 4. Aufl. 2014, Einl. Rn. 32 ff.

²⁴² *Sailer/Kantenwein*, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG, 4. Aufl. 2014, Einl. Rn. 34, 36; vgl. auch BT-Drs. 18/1304, S. 140: „In der historischen Entwicklung des EEG wurde dies – auch mangels hinreichender Vorgaben im Fachrecht – durch die Regelung gewässerökologisch motivierter Fördervoraussetzungen umgesetzt“.

²⁴³ Am Beispiel der Offshore-Förderregelungen *Grüner/Sailer*, ZNER 2016, 122, 125.

²⁴⁴ *Sailer/Kantenwein*, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG, 4. Aufl. 2014, Einl. Rn. 37.

²⁴⁵ Bei Pilotwindenergieanlagen wird zudem auf die bauordnungsrechtlich relevante Typenprüfung abgestellt (§§ 22 Abs. 2, 3 Nr. 37 EEG 2017).

Immissionsschutzgesetz müssen (...) erteilt worden sein“ (§ 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017)²⁴⁶. Die Bezugspunkte zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung dienen hier primär der Sicherstellung einer hohen Realisierungswahrscheinlichkeit der im Ausschreibungsverfahren bezuschlagten Projekte (§ 36 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2017) und damit letztlich dem Erreichen der Ausbauziele (§ 4 Nr. 1 EEG 2017)²⁴⁷. Hierdurch wird aber auch das Förderrecht der Windenergie komplexer und es treten vergleichbare Fragestellungen wie auch sonst bei Verknüpfungen mit dem Fachrecht auf²⁴⁸. So können zum einen damit fachrechtliche Fragestellungen ins EEG hineingetragen werden²⁴⁹. Zum anderen schafft der Gesetzgeber hierdurch auch unterschiedliche Gerichtszuständigkeiten, da über die Auslegung und Anwendung der Begriffe im EEG nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die Zivilgerichte entscheiden²⁵⁰. Zudem stellen sich schwierige Auslegungsfragen, insbesondere ob ein Begriff, der aus dem Fachrecht übernommen wurde, im EEG anders auszulegen ist („energierechtliche Auslegung“)²⁵¹.

Letzteres hatte sich bereits kurz nach Inkrafttreten des EEG 2017 auch am Beispiel der Übergangsregelung des § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 2a EEG 2017 gezeigt. Hiernach sind Windenergieanlagen vom Ausschreibungserfordernis befreit und können im bisherigen Fördersystem bleiben, wenn sie u. a. „vor dem 1. Januar 2017 nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt worden sind“. Von der Regelung hat der Großteil der Betreiber entsprechender Vorhaben Gebrauch gemacht, da die Kalkulation ihrer Projekte häufig noch auf den bisherigen Fördersätzen beruhte²⁵². Auf der Grundlage einer immissionsschutzrechtlichen Auslegung dürfte für das „genehmigt worden sein“ und damit für die Fristwahrung die Zustellung an den Antragsteller erforderlich gewesen sein (vgl. § 10 Abs. 7 BImSchG)²⁵³. Entscheidend ist die Bekanntgabe gegenüber dem

²⁴⁶ Darüber hinaus auch etwa noch in §§ 22 Abs. 2 EEG 2017, § 102 Nr. 3 EEG 2014 (Genehmigung für Anwendung Übergangsregelung: „vor dem 1. Januar 2017 nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigt worden sind“), in § 36e EEG 2017 (Fristverlängerung bei Zuschlägen: „gegen die angegebene Genehmigung (...) ein Rechtsbehelf Dritter eingelegt worden ist“, „sofortige Vollziehbarkeit der Genehmigung (...) angeordnet“, „höchstens für die Dauer der Gültigkeit der Genehmigung“), in § 36f EEG 2017 (Änderung nach Erteilung des Zuschlags: Zuordnung der Zuschläge über „angegebene Genehmigung“, dürfen nicht „auf andere Genehmigungen übertagen werden“, Zuschlag bleibt „auf die geänderte Genehmigung bezogen“), in § 36g EEG 2017 (Bürgerenergiegesellschaften: „bereits vor der Erteilung der Genehmigung“, Zuordnung des Zuschlags „nach der Erteilung der Genehmigung“).

²⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 209; *Frenz*, in: *Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus*, EEG, 5. Aufl. 2018, § 36 Rn. 1; im Vorfeld bereits *Fülbier*, *EnWZ* 2015, 343, 344 und 347 f.; *Wegner*, *EnWZ* 2015, 301, 302 und 309; *Mohr*, *EnWZ* 2015, 99, 101 f.

²⁴⁸ Allg. *Sailer/Kantenwein*, in: *Reshöft/Schäfermeier*, EEG, 4. Aufl. 2014, Einl. Rn. 37.

²⁴⁹ Siehe zur Frage des Bestehens einer Genehmigung *Salje*, EEG 2017, 8. Aufl. 2018, § 22 Rn. 11; zur Wasserkraft auch BT-Drs. 18/1304, S. 140: „klare Abgrenzung zwischen der rechtlichen Ausgestaltung des Förderregimes und den ordnungsrechtlichen Anforderungen“, „redundante Regelungen zum Fachrecht im EEG 2014“.

²⁵⁰ Vgl. LG Konstanz, Urt. v. 25.09.2006 – 5 O 253/06 M, juris Rn. 20.

²⁵¹ Vgl. jüngst *Endell/Quentin*, in: *FA Wind, Ausschreibungen für Genehmigungsbehörden*, 2018, S. 19; *Operhalsky/Fechler*, *NVwZ* 2017, 13 ff.; am Beispiel der Wasserkraft auch *Kahle*, in: *Reshöft/Schäfermeier*, EEG, 4. Aufl. 2014, § 23 Rn. 39; allg. *Sailer/Kantenwein*, in: *Reshöft/Schäfermeier*, EEG, 4. Aufl. 2014, Einl. Rn. 35.

²⁵² Rund 95 Prozent der vor 2017 genehmigten Windenergieleistung nutzte die Übergangsregelung, *Endell/Quentin*, in: *FA Wind, Ausschreibungen für Genehmigungsbehörden*, 2018, S. 20.

²⁵³ So auch *Frenz*, in: *Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus*, EEG, 5. Aufl. 2018, § 22 Rn. 9; *Salje*, EEG 2017, 8. Aufl. 2018, § 36 Rn. 4.

Adressaten (vgl. § 41 VwVfG)²⁵⁴. Die *Clearingstelle EEG* hält dagegen auf der Grundlage einer am EEG orientierten Auslegung eine Zustellung gerade nicht für erforderlich²⁵⁵. Entscheidend sei das Ausstellungsdatum der Genehmigung. Vergleichbare Auslegungsfragen stellen sich etwa auch beim Begriff der „geänderten Genehmigung“ in § 36f Abs. 2 S. 1 EEG 2017, wonach der Zuschlag auf die Genehmigung bezogen bleibt, auch wenn „die Genehmigung nach der Erteilung des Zuschlags geändert“ wird. Auch hier wird ein „eigenständiges, EEG-konformes Verständnis“ gefordert²⁵⁶.

E. Windenergieausbau im föderalen System

Das Recht der Windenergie ist zwar in weiten Teilen Bundesrecht (z. B. ROG, BauGB, BImSchG, EEG 2017). Es besteht jedoch zum einen auch aus etlichen landesrechtlichen Vorgaben (z. B. Baurecht, Waldrecht, Denkmalschutzrecht²⁵⁷). Zum anderen können den Ländern bei der Ausführung von Bundesrecht nicht unerhebliche Spielräume zustehen (z. B. bei der Ersatzgeldzahlung nach der Eingriffsregelung²⁵⁸ oder bei artenschutzrechtlichen Abstandsempfehlungen²⁵⁹). Letztlich zeigt sich damit (auch) bei der Windenergie ein ausgeprägter rechtlicher „Flickenteppich“²⁶⁰.

Besonders deutlich wird dies etwa anhand der Windenergieerlasse und sonstigen windspezifischen Leitfäden, Rundschreiben, Hinweise und Handreichungen der Bundesländer²⁶¹. Die Landesregierungen versuchen dadurch noch stärker in ihrem Sinne Einfluss auf die weitere Entwicklung der Windenergie zu nehmen – nicht selten eine Reaktion auf geänderte Regierungsverhältnisse. Vor allem durch die thematisch meist sehr umfassenden Erlasse kann das Windenergieericht einerseits an Übersichtlichkeit oder gar an Konsistenz gewinnen, wenn dadurch eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Rechts unterstützt und damit zur Rechtssicherheit beitragen wird. Andererseits können damit aber auch rechtliche Schwierigkeiten verbunden sein, wenn sie fälschlicherweise wie Rechtsnormen als bindend oder abschließend eingeordnet

²⁵⁴ Allg. *Jarass*, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 10 Rn. 129 f.; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 10 BImSchG Rn. 258 („Unentbehrlich für die Wirksamkeit“).

²⁵⁵ *Clearingstelle EEG*, Hinweis 2017/6 vom 30.05.2017, S. 1, 20 ff.; dem zustimmend *Endell/Quentin*, in: FA Wind, Ausschreibungen für Genehmigungsbehörden, 2018, S. 20 f.

²⁵⁶ So *Endell/Quentin*, in: FA Wind, Ausschreibungen für Genehmigungsbehörden, 2018, S. 19; ähnlich *Operhalsky/Fechler*, NVwZ 2017, 13, 15 ff.: „unter Berücksichtigung der energiewirtschaftlichen Zielsetzung des EEG 2017 zu betrachten“; vgl. auch *Clearingstelle EEG*, Hinweis 2017/6 vom 30.05.2017, S. 22 ff.; dagegen auf eine „immissionsschutzrechtliche“ Änderung abstellend *Frenz*, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Hennig/Schomerus, EEG, 5. Aufl. 2018, § 36f Rn. 5; ähnlich auch *Salje*, EEG 2017, 8. Aufl. 2018, § 36f Rn. 10 f., der maßgeblich auf §§ 16 und 17 BImSchG abstellt; *Schulz*, in: Säcker, EEG, 4. Aufl. 2018, Bd. 6, § 36f Rn. 4 f.; vgl. zudem noch *Clearingstelle EEG*, Empfehlung 2014/27 vom 30.04.2015, S. 24 ff.

²⁵⁷ Hierzu etwa *Fülbier*, ZNER 2017, 89 ff.

²⁵⁸ Hierzu etwa *Fülbier*, NuR 2017, 804, 809 ff.

²⁵⁹ Vgl. dazu *Ruß*, NuR 2016, 803 ff.; *Ruß*, NuR 2016, 686 ff.

²⁶⁰ *Schwarzenberg/Ruß*, ZUR 2016, 278, 285.

²⁶¹ Eingehend *Schwarzenberg/Ruß/Sailer*, Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder, Würzburger Berichte zum Umweltenergieericht Nr. 19 vom 5. Februar 2016 sowie *Schwarzenberg/Ruß*, ZUR 2016, 278 ff.

werden, was etwa zu einem Abwägungsausfall bei Planungsträgern führen kann²⁶². Zudem sind sie auch für die Gerichte nicht bindend, d. h. diese können auch zu einer anderen Auslegung der verbindlichen Rechtsnormen gelangen²⁶³. Schließlich zeigen sich in der Gesamtschau durchaus auch unterschiedliche Vorgaben oder sogar divergierende Tendenzen in den einzelnen Bundesländern.

Beispiele aus der jüngeren Zeit sind etwa die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen, die auf Bundesebene im Luftverkehrsgesetz als freiwillige Möglichkeit vorgesehen ist²⁶⁴, während sie in Mecklenburg-Vorpommern jüngst als Verpflichtung im dortigen Baurecht statuiert wurde²⁶⁵, die Vorgaben zur Lärmberechnung auf Bundesebene nach der TA Lärm bzw. der DIN ISO 9613-2 (sog. alternatives Verfahren) und die Abweichung der Bundesländer hiervon durch Anwendung der Empfehlungen der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI-Hinweise bzw. sog. Interimsverfahren²⁶⁶), oder die bereits oben aufgezeigten Akzeptanz- und Beteiligungsinstrumente auf Länderebene. In planungsrechtlicher Hinsicht lassen sich paradigmatisch nicht nur die 10 H-Regelung in der bayerischen Bauordnung, sondern ganz generell die unterschiedlichen Vorgaben über Abstände von Windenergieanlagen zu Siedlungsgebieten oder aber die teils auf Regional- teils auf Flächennutzungsebene verortete abschließende räumliche Steuerung von Windenergieanlagen in den Ländern nennen. Verstärkt werden diese Unterschiede im Falle einer uneinheitlichen obergerichtlichen Rechtsprechung²⁶⁷. Vorhabensträger müssen daher mit zum Teil sehr unterschiedlichen Rechtsregimen in den Bundesländern umgehen, was im föderalen System zwar nicht ungewöhnlich ist, dennoch für die Energiewende nicht förderlich sein kann. Dies gilt umso mehr, wenn dadurch zusätzlich

²⁶² Vgl. etwa OVG Schleswig, Urt. v. 20.01.2015 - 1 KN 6/13, juris Rn. 62 ff.; OVG Weimar, Urt. v. 08.04.2014 - 1 N 676/12, juris Rn. 84; OVG Weimar, Urt. v. 27.05.2015 - 1 N 318/12, juris Rn. 78; näher hierzu etwa *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 14 vom 07.09.2015; allg. auch schon *Klinski*, Überblick über die Zulassung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien, 2005, S. 42.

²⁶³ Vgl. jüngst etwa VG Münster, Beschl. v. 27.09.2017 –10 L 1324/17, juris Rn. 14.

²⁶⁴ Vgl. *Agatz*, Windenergie-Handbuch, 14. Aufl. 2017, S. 130.

²⁶⁵ Siehe *Erbguth*, NordÖR 2018, 102 ff.; jüngst auch der Vorstoß in Brandenburg, siehe *Staatskanzlei Land Brandenburg*, Pressemitteilung vom 04.09.2018: „Die Landesregierung will noch in diesem Jahr die so genannte Bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung in der Landesbauordnung festschreiben“; kritisch zur Frage der Gesetzgebungskompetenz der Länder *Bringewat*, Bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen – Mecklenburg-Vorpommern weiter auf rechtsstaatlichen Abwegen?, jurOP, 21.08.2017, abrufbar unter: <http://www.ju-rop.org/oeffbaurecht/bedarfsgerechte-nachtkennzeichnung-von-windenergieanlagen-mecklenburg-vorpommern-weiter-auf-rechtsstaatlichen-abwegen/>.

²⁶⁶ Eingehend hierzu *Schmidt/Sailer*, Die Anwendung der neuen LAI-Hinweise in der Rechtsprechung und in den Bundesländern, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 33 vom 20.03.2018 sowie *Schmidt/Sailer*, ZNER 2018, 124 ff.

²⁶⁷ Vgl. etwa zur Einordnung einer Typenänderung ins immissionsschutzrechtliche Änderungsregime VGH München, Beschl. v. 11.08.2016 – 22 CS 16.1052; OVG Koblenz, Urt. v. 03.08.2016 – 8 A 10377/16; OVG Münster, Urt. v. 25.02.2015 – 8 A 959/10; zur Diskussion um die Möglichkeit einer typenunabhängigen Genehmigung *Agatz*, Windenergie-Handbuch, 14. Aufl. 2017, S. 62 f.; *Kerkmann/Schröter*, ZNER 2018, 118 ff.

Wettbewerbsverzerrungen im Ausschreibungssystem entstehen²⁶⁸. Der Plan der Bundesregierung, einen erneuten Anlauf zur Umsetzung einer Bundeskompensationsverordnung für die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung zu unternehmen und damit auch einheitlichere Regelungen zu schaffen²⁶⁹, ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen.

F. Fazit: neue Herausforderungen und weiterer Forschungsbedarf

Übergreifende Entwicklungen im Planungs-, Genehmigungs- sowie im Förderrecht für die Windenergie spiegeln die vielfältigen Verknüpfungen dieser Rechtsmaterien wider. Neuartige Problemlagen beim Ausbau der Windenergie lassen sich deshalb unter Umständen nicht mehr allein durch Rechtsänderungen in einem Rechtsbereich effektiv adressieren. Sie verlangen dann vielmehr die Suche nach einer neuen Gesamtkonfiguration des Rechts der Windenergie insgesamt.

Herausforderungen des fortschreitenden Ausbaus der Windenergie entstehen etwa dadurch, dass konfliktarme Flächen mit sehr guter Eignung bereits bebaut sind und die Suche nach weiteren Flächen auch solche mit geringerer Eignung und höherer Konfliktrichtigkeit in den Blick nimmt. Dies zeigte sich bereits zuletzt durch das vermehrte Auftreten bekannter sowie neu auftretende Konflikte zwischen Windenergievorhaben und anderen Belangen, die vielfach erst auf Genehmigungsebene einer Lösung zugeführt werden konnten²⁷⁰. Diese Entwicklung vergrößert nicht nur den Druck auf Planer, bereits bei der Flächenausweisung Konflikte zu antizipieren und vorausschauend zu lösen, sondern auch auf den Gesetzgeber, aus der bisherigen Akzeptanzdebatte Konsequenzen zu ziehen und ggf. neue Instrumente umzusetzen. Auch eine Überprüfung der bisherigen Regulierung des Gerichtszugangs oder der Organisation der Genehmigungsverfahren kann vor diesem Hintergrund angezeigt sein. Beides – Gerichtszugang und Verwaltungsverfahren – könnte gerade auch aus dem Europarecht neue Impulse erfahren.

Die in den letzten Jahren in verschiedenen Ländern umgesetzten größeren Siedlungsabstände mögen zudem die Konflikte mit Anwohnern ein Stück weit entschärfen können. Sie führen jedoch gleichzeitig zu einer deutlichen Verkleinerung der Suchräume für neue Flächen und vergrößern den Druck gerade auch auf Bereiche mit höherer ökologischer Wertigkeit, was naturschutzrechtliche Konflikte provoziert. Ein adäquater Ausgleich zwischen dem Interesse am

²⁶⁸ Am Beispiel der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung *BMUB*, Schriftlicher Bericht für die 59. Amtschefkonferenz und die 88. Umweltministerkonferenz, 10.04.2017, TOP 20: Bedarfsgerechte Hinderniskennzeichnung von Windkraftanlagen, S. 3; *Endell*, in: FA Wind, On-Off: Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen, 2018, S. 6 f.

²⁶⁹ *CDU/CSU/SPD*, Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode, 12.03.2018, S. 139.

²⁷⁰ Siehe nur zum Konflikt mit Einrichtungen der Flugsicherung BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15; VG Düsseldorf, Urt. v. 24.07.2014 – 11 K 3648/13; VG Frankfurt, Urt. v. 08.10.2014 – 8 K 3509/13.F; *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, S. 403 ff.; *Hendler*, ZNER 2015, S. 501 ff.; *Kindler*, NVwZ 2016, S. 1459 ff. Zu Wetterradaranlagen VG Düsseldorf, Urt. v. 07.09.2015 – 10 K 5701/13; *Fülbier*, ZNER 2015, 620 ff. Zu Erdbebenmessstationen OVG Münster, Beschl. v. 9.6.2017 – 8 B 1264/16, juris Rn. 77 ff.; *Schrader*, NVwZ 2016, S. 584 ff. Zum Denkmalschutz OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 03.07.2014 – OVG 11 B 5.13; OVG Lüneburg, Urt. v. 16.02.2017 – 12 LC 54/15; *Fülbier*, ZNER 2017, 89 ff.

Windenergieausbau aus Gründen des Klimaschutzes einerseits und dem Interesse des Artenschutzes andererseits sollte dabei im Blick behalten werden.

Eine weitere Konsequenz der Vergrößerung von Siedlungsabständen ist auch die Betroffenheit vieler Standorte, an denen eine Windenergienutzung bereits seit langer Zeit etabliert, und deren Fortführung mittels neuer Anlagen nun vielfach planungsrechtlichen Hindernissen ausgesetzt ist. Dass diese Standorte für die künftige Windenergienutzung nicht verloren gehen, ist sowohl im Interesse der Vorhabenträger und Flächeneigentümer und vielfach auch der jeweiligen Standortkommune. Dies zu gewährleisten setzt einen flexibleren Einsatz von Planungsinstrumenten, ggf. sogar die Schaffung neuer Instrumente voraus.

Um den vorstehend aufgezeigten Herausforderungen gerecht zu werden, bedarf es neben der punktuellen Änderung einzelner rechtlicher Regelungen wegen ihres Einflusses auf andere Rechtsbereiche schließlich auch einer neuen Gesamtkonfiguration beim Zusammenspiel der einzelnen Rechtsbereiche. Angesichts dessen markiert auch dieser Bericht allein einen Zwischenstand beim Bemühen um ein adäquates Energiewenderecht zur Förderung des Windenergieausbaus.

Anhang: Ergebnisse und Veröffentlichungen im Rahmen des Vorhabens WindPlan

Viktoria Fülbier

Der Beurteilungsspielraum in § 18 a LuftVG im Lichte des Windenergieausbaus – Voraussetzungen und Reichweite

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2018, S. 453-457

Anna Papke

Die Regelungen zur Förderung der Akzeptanz von Windkraft in Dänemark

Zeitschrift für die gesamte Energierechtspraxis (ER) 2018, S. 64-68

Anna Papke

Die Regelungen zur Förderung der Akzeptanz von Windkraft in Dänemark

Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 32 vom 8. März 2018

Nils Wegner

Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern

Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 8, März 2018

Ilka Hoffmann, Nils Wegner

Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie

Würzburger Studien zum Umweltenergie recht, März 2018

Nils Wegner

Regionale Teilhabe, Ergebnisse aus dem Projekt WindPlan – Ausblick auf NeuPlan

Vortrag, 27. Sitzung der Bund-Länder-Initiative Windenergie, WindPlan, Berlin, 27. Februar 2018

Sylvia Ruß

Artenschutzrechtliche Monitoring-Auflagen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen – Teil II: Monitoring als Bestandteil eines Risikomanagements

Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2018, S. 18-23

Viktoria Fülbier

Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Windenergieanlagen

Natur und Recht (NuR) 2017, S. 804-812

Frank Sailer

Die Typenänderung im Genehmigungsrecht von Windenergieanlagen

Vortrag, Fokus Umweltenergierecht „Das Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen – Zwischen Flexibilität, Beschleunigung und Rechtssicherheit“, Expertenworkshop, Stiftung Umweltenergierecht, Würzburg, 14. November 2017

Sylvia Ruß

Artenschutzrechtliche Monitoring-Auflagen bei der Genehmigung von Windenergieanlagen – Teil I: Monitoring ohne Risikomanagement

Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2017, S. 602-607

Nils Wegner

Keine SUP-Pflicht für Windenergieerlasse – Analyse der neueren Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsbereich der SUP-RL mit Blick auf die Windenergieerlasse der Bundesländer

Natur und Recht (NuR) 2017, S. 605-611

Viktoria Fülbier

Aktuelle Fragen zu Infraschall-Immissionen von Windenergieanlagen

Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2017, S. 399-404

Nils Wegner

SUP-Pflicht für Windenergieerlasse?

Vortrag, 26. Sitzung der Bund-Länder-Initiative Windenergie (BLWE), Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin, 16. Mai 2017

Präsentation

Nils Wegner

SUP-Pflicht für Windenergieerlasse? – Überlegungen anlässlich EuGH – C-290/15 (D’Oultremont/Wallonie)

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 27 vom 10.05.2017

Ilka Hoffmann

Die Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften im EEG 2017

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 26 vom 2. Mai 2017

Viktoria Fülbier

Windenergieanlagen und Denkmalschutzrecht

Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER) 2017, S. 89-94

Frank Sailer

Genehmigungsrechtliche Voraussetzungen für einen Weiterbetrieb von Windenergieanlagen (Bau- und Immissionsschutzrecht)

Vortrag, Workshop „Betrieb von Windenergieanlagen außerhalb der EEG-Förderung“, ARGE Netz, Rendsburg, 31. Januar 2017

Sylvia Ruß

Das Neue Helgoländer Papier – ein weiterer Fachbeitrag

Natur und Recht (NuR) 2016, S. 803-809

Sylvia Ruß

Windenergie und Artenschutz – Größere Abstände für den Rotmilan nach dem Neuen Helgoländer Papier und dem bayerischen Winderlass 2016

Natur und Recht (NuR) 2016, S. 686-690

Nils Wegner

Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – Analyse aktueller Gerichtsentscheidungen

Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (ZfBR) 2016, S. 548-555

Sylvia Ruß

Anwendbarkeit der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG auf Vorhaben der Windenergie – eine Quadratur des Kreises?

Natur und Recht (NuR) 2016, S. 591-597

Sylvia Ruß, Frank Sailer

Anwendung der artenschutzrechtlichen Ausnahme auf Windenergievorhaben

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 21 vom 8. April 2016

Präsentation zum Vortrag aus dem Webinar vom 31. Mai 2016

Nils Wegner

Was ist, wenn der Windenergie substantiell Raum verschafft wurde? – Die künftige Rolle des Planungsrechts bei der Bereitstellung von Flächen für den Ausbau der Windenergie

Impulsreferat, Fokus Umweltenergierecht „Windkonzentrationszonenplanungen – gegenwärtige Herausforderungen und künftige Rolle“, Expertenworkshop, Stiftung Umweltenergierecht, Würzburg, 10. März 2016

Präsentation

Nils Wegner

Wie können Windkonzentrationszonenplanungen rechtssicher gemacht werden?

Vortrag, Einführung zum 14. Würzburger Bericht, Fokus Umweltenergierecht „Windkonzentrationszonenplanungen – gegenwärtige Herausforderungen und künftige Rolle“, Expertenworkshop, Stiftung Umweltenergierecht, Würzburg, 10. März 2016

Präsentation

Lars Schwarzenberg, Sylvia Ruß

Die Windenergieerlasse der Länder – Überblick und neue Entwicklungen

Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2016, S. 278-286

Lars Schwarzenberg, Sylvia Ruß, Frank Sailer

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 19 vom 5. Februar 2016

Viktoria Fülbier

Zur Vereinbarkeit von Windenergieanlagen mit Radaranlagen (Anmerkung zu VG Düsseldorf, Ur. v. 07.09.2015 – 10 K 5701/13)

Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER) 2015, S. 620-622

Nils Wegner

Aktuelle Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen

Vortrag, Bundeswirtschaftsministerium im Rahmen der Bund-Länder-Initiative Windenergie (BLWE), Berlin, 10. September 2015

Präsentation

Nils Wegner

Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 14 vom 7. September 2015

Nils Wegner

**Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen –
Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015**

Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2015, S. 468-476

Viktoria Fülbier

Zur Vereinbarkeit von Windenergieanlagen mit Radaranlagen (Urteilsanmerkung zu den Urteilen des OVG Lüneburg vom 03.12.2014 und des VG Trier vom 23.03.2015)

Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2015, S. 432-436

Viktoria Fülbier

**Genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte für materiell-rechtliche Präqualifikationen beim
künftigen Ausschreibungsmodell für Windenergieanlagen an Land**

Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2015, S. 343-348

Nils Wegner

Planungsrechtliche Präqualifikationen auch für die Ausschreibung der Förderung von Windenergie?

Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2015, S. 301-309

Frank Sailer

Planungs- und genehmigungsrechtliche Präqualifikationsmerkmale bei einem Ausschreibungsdesign für Windkraft an Land

Vortrag, 8. Windenergietag Rheinland-Pfalz des rheinland-pfälzischen Wirtschaftsministeriums und der Transferstelle für Rationelle und Regenerative Energienutzung Bingen (TSB), Bingen, 25. Juni 2015

Präsentation

Viktoria Fülbier, Nils Wegner

Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern

Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2015, S. 149-156

Anna-Maria Grüner

Die Länderöffnungsklausel im BauGB. Weiter Spielraum der Länder bei der Entprivilegierung der Windenergie im Außenbereich

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2015, S. 108-122

Marcel Raschke

Die Windenergieerlasse der Länder

Thorsten Müller/Hartmut Kahl (Hrsg.), *Energiewende im Föderalismus*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, S. 261-289

Frank Sailer

Planungs- und genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte als materielle Präqualifikationsmerkmale einer Ausschreibung für Windenergie an Land im „EEG 3.0“

Vortrag, 17. Sitzung der Bund-Länder-Initiative Windenergie (BLWE), Berlin, 21. Januar 2015

Präsentation

Viktoria Fülbier, Nils Wegner, Frank Sailer, Thorsten Müller

Planungs- und genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte als materielle Präqualifikationsmerkmale einer Ausschreibung für Windenergie an Land im „EEG 3.0“

Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 3, Februar 2015

Frank Sailer

Länderöffnungsklausel – Rechtliche Anforderungen an Abstandsflächen der Länder

Vortrag, Fachtagung „Windenergie in der Regional- und Bauleitplanung: Rechtsprechung und Planungspraxis“ der Fachagentur Windenergie an Land, Erfurt, 14. Oktober 2014

Viktoria Fülbier, Anna-Maria Grüner, Frank Sailer, Nils Wegner

Die Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht vom 29. Juli 2014

Marcel Raschke

Privilegierter Föderalismus – Länderöffnungsklausel im BauGB?

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2014, S. 414-418