

Würzburger Studien zum Umweltenergierecht

# Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen

Eine rechtliche Einordnung aktueller Reformvorschläge und Handlungsoptionen des Gesetzgebers

# 26 | 11.02.2022

erstellt von  
**Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)**

## II Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen

### Zitiervorschlag:

Wegner, Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 26 vom 11.02.2022.

Der Verfasser dankt zahlreichen Gesprächspartnerinnen und Gesprächspartnern, insbesondere Monika Agatz (Kreis Borken), Dr. Ivo Gerhards (RP Gießen), Ralf Krüger (juwi AG), Prof. Dr. Marcel Raschke (HSP NRW), Urta Steinhäuser (Abo Wind), Ulrich Tasch (MILIG S-H), Franz-Josef Tigges (Engemann & Partner) sowie Hauke von Seht (Bezirksregierung Düsseldorf) für wertvolle Hinweise und praktische Einblicke.

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:  
„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (NeuPlan Wind)“

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages

**Stiftung Umweltenergierecht**  
Friedrich-Ebert-Ring 9  
97072 Würzburg

Telefon  
**+49 931 79 40 77-0**

Telefax  
**+49 931 79 40 77-29**

E-Mail  
**wegner@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**  
**Prof. Dr. Markus Ludwigs**  
**Prof. Dr. Sabine Schlacke**

Spendenkonto  
**Sparkasse Mainfranken Würzburg**  
**IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83**  
**BIC: BYLADEM1SWU**

## Zusammenfassung

Die erneuerbaren Energien sollen drastisch ausgebaut werden. Nach der „Eröffnungsbilanz Klimaschutz“ des BMWK ist bis zum Jahr 2030 für die Windenergie an Land eine installierte Leistung von 100 GW angepeilt. Neben den Zulassungsverfahren<sup>1</sup> ist die ausreichende Flächenbereitstellung für die Windenergie an Land ein Schlüsselbereich für das Erreichen dieses Ausbauziels. In der vorliegenden Würzburger Studie, die unser im Oktober 2021 veröffentlichtes Hintergrundpapier vertieft<sup>2</sup>, werden die aktuell diskutierten Reformvorschläge sowie Handlungsoptionen des Bundesgesetzgebers zur Weiterentwicklung des maßgeblichen planungsrechtlichen Rahmens umfassend beleuchtet und rechtlich eingeordnet.

Zentrale Maßnahmen, die der Gesetzgeber dringend angehen sollte, sind:

- ▶ Die Implementierung einer bundesrechtlichen Mengenvorgabe zur Umsetzung des im Koalitionsvertrag vereinbarten Ziels, zwei Prozent der Landesflächen für die Windenergie auszuweisen sowie
- ▶ die Reform der sog. Konzentrationszonenplanung als zentralem Instrument der Flächenbereitstellung, um die Planungsverfahren zu beschleunigen und zugleich rechtssicherer zu machen.

Beide Bereiche sind dabei eng miteinander verknüpft. Sie müssen als stimmiges Gesamtkonzept konzipiert werden. Eine Vereinfachung der Planungsverfahren ist umfänglich nur dann möglich, wenn diese zugleich auf quantitativ bestimmte Mengenvorgaben hin ausgerichtet werden. Die isolierte Umsetzung allein einzelner Maßnahmen droht dagegen neue Blockademöglichkeiten zu schaffen.

Die aktuell diskutierten, teils im Raumordnungsrecht, teils im Fachplanungsrecht wurzelnden Ansätze zur Konzeption von Mengenvorgaben, weisen zahlreiche Unterschiede auf, haben sich jedoch in vielen Punkten auch gegenseitig angenähert. Der Gesetzgeber sollte bei ihrer Umsetzung

insbesondere die Gesichtspunkte der Verbindlichkeit gegenüber Ländern und Planungsträgern einerseits sowie des notwendigen Zeitbedarfs für ihre Implementierung andererseits in den Blick nehmen. Wegen kompetenzrechtlicher Unsicherheiten der verschiedenen Vorschläge sollte die Verbindlichkeit der Mengenvorgaben durch ihre Verknüpfung mit der Ausschlusswirkung der Konzentrationszonenplanungen abgesichert werden. Dies entspricht der im Koalitionsvertrag angekündigten Umsetzung der Mengenvorgabe im Baugesetzbuch. Wird die Verbindlichkeit auf diesem Weg herbeigeführt, ist auch eine Adressierung der Vorgaben an Ebenen unterhalb der Länder möglich. Dies kann die Implementierung der Mengenvorgabe beschleunigen.

Damit die Mengenvorgaben effektiv in konkrete Flächenausweisungen umgesetzt werden, müssen auf Umsetzungsebene gleich mehrere Stellschrauben neu justiert werden: Die Einführung der Mengenvorgaben ist durch Überleitungsvorschriften zu begleiten, um Fadenrisse bei der Flächenbereitstellung zu vermeiden, die durch die angestoßene Neuaufstellung und Fortschreibung von Plänen drohen. Zudem ist die Flächenausweisung selbst weiterzuentwickeln. Dabei ist eine Reform der existierenden Konzentrationszonenplanungen einem vollständigen Systemwechsel hin zu einer fachplanerischen Zulassung mittels Planfeststellungsentscheidungen genauso wie einer rein vorhabenbezogenen Zulassung auf Grundlage der Außenbereichsprivilegierung (derzeit noch) vorzuziehen.

Die Konzentrationszonenplanung kann durch gesetzgeberische Modifikation in Richtung einer Positivplanung weiterentwickelt werden. Dies erlaubt einen Verzicht auf die bislang erforderliche strenge Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen als Teil des bislang geforderten gesamt-räumlichen, schlüssigen Planungskonzepts. Eine Fokussierung der Verfahren auf

<sup>1</sup> Hierzu siehe *Schmidt/Sailer*, Reformansätze zum Genehmigungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 25 vom 28.01.2022.

<sup>2</sup> *Schmidt/Wegner/Sailer/Müller*, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie an Land, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 53 vom 28.10.2021.

diejenigen Flächen, die der Windenergie tatsächlich zu Verfügung gestellt werden, wird dadurch ermöglicht und die bislang relevanteste Fehlerquelle von Konzentrationszonenplanungen beseitigt. Planungsaufwand und Fehleranfälligkeit des Instruments können so deutlich reduziert werden. Die zentralen Eigenschaften des bisherigen Planungssystems – namentlich die Funktion der allgemeinen Außenbereichsprivilegierung der Windenergie – muss dabei unbedingt erhalten bleiben. Auch dürfen keine zusätzlichen Anreize für Klagen geschaffen werden.

Über diese grundsätzlichen Änderungen hinaus kann und sollte der Gesetzgeber weitere planungsrechtliche Themen adressieren: Die Gerichtsfestigkeit der reformierten Konzentrationszonenplanungen kann zusätzlich durch die Anpassung vorhandener und die Schaffung einer neuen Fehlerfolgenregelung erhöht werden. Wo Pläne gleichwohl aufgehoben werden, könnte eine subsidiäre, befristete Rückfalloption geschaffen werden, um langwierige Flächensperrungen im Rahmen von Planneuaufstellungen zu vermeiden. Die effektive Adressierung landesrechtlicher Moratorien bleibt gleichwohl drängend.

Hilfreich wäre zudem eine Klarstellung des Gesetzgebers zur Durchsetzungsfähigkeit von Konzentrationszonenplanungen gegenüber kommunalen Planungen. Verzögerungen bei der Umsetzung klarer planerischer Vorgaben würden so in relevanten Fällen deutlich reduziert.

Sofern die umfassenden Vereinfachungen des Planungssystems nicht ohnehin weiter gehen, könnten zudem Möglichkeit und Grenzen einer erleichterten Ausweisung zusätzlicher Flächen neben bereits vorhandenen Konzentrationszonenplanungen ausdrücklich sowohl für die Bauleitplanungs- als auch die Raumordnungsebene geregelt werden. Zudem kann der Erhalt von Repoweringstandorten sowohl in bestehenden als vor allen Dingen auch in künftigen Planungsverfahren zusätzlich gefördert werden. Die Einführung von Mengenvorgaben würde allerdings ohnehin den Druck erhöhen, vielfach akzeptierte und etablierte Standorte zu erhalten. Die Einführung einer Mengenvorgabe stellt sich hier, aber auch bei der Diskussion um weitere, bislang den Planungsverfahren

pauschal entzogene Flächentypen als regulatorische Option des Bundes dar, die eine unmittelbare bundesgesetzliche Regelung erübrigen und landesrechtliche Spielräume erhalten kann. Unter Beschleunigungsgesichtspunkten könnte die Beseitigung von Hemmnissen unmittelbar durch den Bund gleichwohl vorzugswürdig sein.

Bei allen Bemühungen um Vereinfachungen bleiben Planungsverfahren für die Ausweisung von Flächen für die Windenergie an Land komplex. Eine ausreichende Flächenbereitstellung wird deshalb nur dann gelingen, wenn hierfür auch die personellen und sonstigen außerrechtlichen Voraussetzungen geschaffen werden.

### Kernergebnisse

- ▶ Der Gesetzgeber muss ein schlüssiges Gesamtkonzept schaffen, das zum einen das Zwei-Prozent-Flächenziel mittels Mengenvorgaben umsetzt und zum anderen die Planungsverfahren vereinfacht und beschleunigt. Beim Übergang zu einem reformierten Planungssystem sind Fadenrisse in der Flächenbereitstellung zu vermeiden.
- ▶ Die Verbindlichkeit der Mengenvorgaben sollte über ihre Verknüpfung mit der Ausschlusswirkung der reformierten Konzentrationszonenplanungen (heute § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) abgesichert werden.
- ▶ Die Konzentrationszonenplanung kann in Richtung einer Positivplanung weiterentwickelt und so Planungsaufwand und Fehleranfälligkeit dieses zentralen Instruments deutlich reduziert werden. Über flankierende Regelungen lassen sich Gerichtsfestigkeit und Durchsetzungsfähigkeit der Pläne weiter erhöhen.
- ▶ Die grundlegendere Reform der Flächenbereitstellung kann durch weitere Regelungen flankiert werden, um Möglichkeit und Grenzen der Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie zu klären, Repoweringstandorte in bestehenden und zukünftigen Planungen zu fördern und weitere Flächentypen für die planerischen Suchprozesse zu öffnen.

# Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	III
<b>A. Status quo und Anforderungen an ein System der Flächenbereitstellung</b>	<b>1</b>
<b>I. Ausbau der Windenergie im Zielsystem des Klimaschutzes</b>	<b>1</b>
<b>II. Anforderungen an ein System der Flächenbereitstellung für die Windenergie</b>	<b>2</b>
<b>III. Aktuelle Rechts- und Problemlage sowie Handlungsoptionen des Gesetzgebers im Überblick</b>	<b>4</b>
1. Aktuelle Rechts- und Problemlage im Überblick	4
2. Handlungsoptionen des Gesetzgebers im Überblick	7
<b>B. Verbindliche bundesrechtliche Mengenvorgaben implementieren</b>	<b>9</b>
<b>I. Status quo und Reformziele</b>	<b>9</b>
<b>II. Konzeptionelle Ansätze für die Schaffung von Mengenvorgaben</b>	<b>11</b>
1. Raumordnerische Verankerung bundesrechtlicher Mengenvorgaben (Handlungsoptionen 1 und 2)	11
2. Bedarfsplanerische Mengenvorgaben und fachplanerische Umsetzung (Handlungsoption 3)	14
3. Fachgesetzliche Anknüpfung an bedarfsplanerische „Windenergie-Beitragswerte“ (Handlungsoption 4)	14
4. Vergleichende Betrachtung	15
a) Bindungswirkung gegenüber Ländern und Planungsträgern	16
b) Prinzipien für die Zuweisung von Teilmengen	17
c) Zeitlicher Bedarf der Umsetzung	18
d) Bezugspunkt der Mengenvorgaben	20
e) Mengenvorgaben als neue Fehlerquelle	22
f) Kommunale Planungshoheit	22
<b>III. Übergang zu bundesweiten Mengenvorgaben gestalten</b>	<b>23</b>
1. Zeitliche Staffelung der Umsetzungsfristen	24
2. Antizipation zukünftiger Flächenausweisungen in Gebieten mit Altplänen	25
3. Verhinderung von Flächensperrungen insbesondere in Gebieten ohne Bestandspläne	26
<b>C. Flächensicherung und -bereitstellung vereinfachen und beschleunigen</b>	<b>29</b>
<b>I. Status quo und Reformziele</b>	<b>29</b>
1. Wechsel zu fachplanerischer Zulassung?	30

## VI Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen

2. Wechsel zu rein vorhabenbezogener Steuerung? _____	32
3. Beibehaltung reformierter Konzentrationszonenplanungen? _____	33
<b>II. Komplexität und Planungsaufwand bei Konzentrationszonenplanungen reduzieren _</b>	<b>34</b>
1. Status quo und Reformziele _____	34
2. „Kleine Lösung“: Konkretisierung der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen _____	35
3. „Große Lösung“: Verzicht auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen__	37
a) Verzicht durch Umgestaltung der Privilegierung der Windenergie in Anlehnung an § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB _____	37
b) Notwendigkeit einer Mengensteuerung bei Verzicht auf die Unterscheidung _____	38
4. Alternative Lösung: „Reine Positivplanung“ mit bedingter Teilentprivilegierung ____	39
5. Klärung von Maßstäben für Untersuchungs- und Abwägungstiefe _____	41
6. Klare Mengenvorgaben statt unklares „Substanziell Raum Schaffen“ _____	42
7. Klärung formeller Anforderungen _____	43
<b>III. Umgang mit Planungsfehlern bei Konzentrationszonenplanungen – Vermeidung von Verzögerungen für die Flächenbereitstellung _____</b>	<b>44</b>
1. Status quo und Reformziele _____	44
2. Fehlerfolgen bei harten und weichen Tabuzonen _____	45
3. Zeitlich befristete Fortgeltung fehlerhafter Pläne _____	47
<b>IV. Umgang mit Planaufhebungen und -anpassungen bei Konzentrationszonenplanungen – Vermeidung von Verzögerungen für die Flächenbereitstellungen _____</b>	<b>48</b>
1. Status quo und Reformziele _____	48
2. Schaffung einer alternativen befristeten Rückfalloption _____	49
3. Durchsetzungskraft von Zielen der Raumordnung bis zur Anpassung von Bauleitplänen _____	50
<b>D. Ausweisung zusätzlicher Flächen vereinfachen _____</b>	<b>52</b>
<b>I. Status quo und Reformziele _____</b>	<b>52</b>
<b>II. Schaffung oder (ergänzende) Klärung gesetzlicher Grundlagen _____</b>	<b>53</b>
<b>E. Repoweringstandorte erhalten _____</b>	<b>55</b>
<b>I. Status quo und Reformziele _____</b>	<b>55</b>
<b>II. Förderung des Repowerings in künftigen Planungsprozessen _____</b>	<b>56</b>
<b>III. Erhalt von Repoweringstandorten entgegen momentaner Flächenausweisungen ____</b>	<b>58</b>
<b>F. Hemmnisse bei bestimmten Flächentypen beseitigen _____</b>	<b>61</b>
<b>I. Status quo und Reformziele _____</b>	<b>61</b>
<b>II. Öffnung der Flächenkulisse auf Bundes- und Landesebene _____</b>	<b>61</b>
1. Wohnumfeldschutz _____	61

a) Pauschale Mindestabstandsregelungen i. S. v. § 249 Abs. 3 BauGB _____	62
b) Pauschale Mindestabstandsregelungen i. S. v. landesplanerischer Festlegungen _____	63
c) Abstandsvorgaben aufgrund „optisch bedrängender Wirkung“ _____	64
<b>2. Gewerbliche und anderweitig vorbelastete Flächen _____</b>	<b>65</b>
<b>3. Wind im Wald _____</b>	<b>66</b>
<b>4. Wind in Landschaftsschutzgebieten _____</b>	<b>66</b>
<b>5. Rotorblattspitzen innerhalb der Gebietsgrenzen _____</b>	<b>67</b>
<b>III. Mengenvorgaben des Bundes als regulatorische Alternative bei landesrechtlichen Hemmnissen _____</b>	<b>68</b>
<b>G. Randbedingungen erfolgreicher Flächenbereitstellung verbessern _____</b>	<b>71</b>
<b>I. Personalausstattung in den Planungsbehörden _____</b>	<b>71</b>
<b>II. Datengrundlagen in den Ländern _____</b>	<b>71</b>
<b>III. Akzeptanz _____</b>	<b>72</b>
<b>H. Fazit: Flächenbereitstellung konsistent reformieren _____</b>	<b>73</b>

# A. Status quo und Anforderungen an ein System der Flächenbereitstellung

Der Mangel an planerisch ausgewiesenen geeigneten Flächen ist bereits heute eine Ursache für den stockenden Windenergieausbau<sup>3</sup>. Mittelfristig wird dieser Mangel immer mehr zum Flaschenhals für die Umsetzung des Ausbaus im erforderlichen Umfang<sup>4</sup> – erst recht im Lichte der durch die neue Bundesregierung angekündigten Ausbauziele<sup>5</sup>. Wegen der Länge der Verfahren zur Flächenbereitstellung von über fünf Jahren<sup>6</sup> muss heute gehandelt werden, damit die bestehenden Hemmnisse noch rechtzeitig beseitigt und der Windenergieausbau zielgemäß stattfinden kann<sup>7</sup>.

Die vorliegende Würzburger Studie stellt aktuell diskutierte Reformvorschläge für das heutige planungsrechtliche System der Flächenbereitstellung zusammen, ergänzt sie, ordnet sie ein und bewertet sie insbesondere dort, wo Vorschläge sich nicht gegenseitig ergänzen, sondern in einem Alternativitätsverhältnis zueinander stehen. Die Reformvorschläge zielen darauf ab, die Flächenbereitstellung zu beschleunigen, die Planungen rechtssicherer zu machen und einen Umfang an Flächenausweisungen zu gewährleisten, wie er erforderlich ist, um die Windausbauziele zu erreichen. Für vertiefte Analysen einzelner Vorschläge samt umfänglichen Nachweis der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung wird auf vorhandene eigene Untersuchungen verwiesen.

## I. Ausbau der Windenergie im Zielsystem des Klimaschutzes

In § 3 Abs. 2 S. 1 des novellierten Bundes-Klimaschutzgesetzes ist das Ziel der Netto-Treibhausgasneutralität für das Jahr 2045 nunmehr ausdrücklich verankert. Bis zum Jahr 2040 sollen die Treibhausgasemissionen um mindestens 88 Prozent gegenüber dem Basisjahr 1990 gesenkt werden<sup>8</sup>. Als Beitrag der Energiewirtschaft müssen als Zwischenziel die zulässigen Jahresemissionsmengen in diesem Sektor von 280 Millionen Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalent im Jahr 2020 auf 108 Millionen Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalent im Jahr 2030 absinken<sup>9</sup>.

Nach dem derzeitigen § 4 Nr. 1 e) Erneuerbare-Energien-Gesetz 2021 (EEG 2021) soll bis zum Jahr 2030 eine Steigerung der installierten Leistung von Windenergieanlagen an Land auf 71 Gigawatt (GW) stattfinden. Laut verschiedener Szenarien dürfte dagegen für das Erreichen der Klimaschutzziele ein Ausbau auf 80-120 GW installierte Leistung erforderlich sein<sup>10</sup>. Dadurch soll eine Stromerzeugung von 140-145 Terrawattstunden pro Jahr erreicht

<sup>3</sup> SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 12.

<sup>4</sup> *Bons/Pape u.a.*, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, UBA, Climate Change 38/2019, S. 146 ff.; siehe auch zu aktuellen Untersuchungsergebnissen <https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/erneuerbare-energien/windenergie-an-land#flaeche>.

<sup>5</sup> Danach sollen bei einem erwarteten Strombedarf im Jahr 2030 von 680-750 TWh 80 % aus erneuerbaren Energien gewonnen werden. Idealerweise soll zudem der Kohleausstieg bereits bis 2030 gelingen, vgl. SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/FDP, Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag 2021 – 2025, 2021, im Weiteren: Koalitionsvertrag 2021, S. 56; BMWK, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, 2022, S. 14.

<sup>6</sup> Aktuell ca. 5-7 Jahre im Falle von Gesamtfortschreibungen, 5,3 Jahre im Falle von sachlichen Teilfortschreibungen, siehe BMI, Riedl/Materne/Hage, Planungsbeschleunigung, MORO Informationen Nr. 20/1, 2021, S. 13, 17.

<sup>7</sup> Vgl. BMWK, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, 2022, Kernaussage Nr. 4 sowie S. 3.

<sup>8</sup> Vgl. *Scheuing/Müller*, Die Koordination von Klimaschutzziele: Analyse des Klimaschutzgesetzes und der Maßnahmengesetze am Beispiel des EEG, UBA, Climate Change 64/2021, S. 20 f.

<sup>9</sup> Anlage 2 zu § 4 KSG.

<sup>10</sup> Vgl. *Prognos/Öko-Institut/Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie*, Klimaneutrales Deutschland 2045, 2021, S. 31 f.; *Fraunhofer ISE*, Wege zu einem klimaneutralen Energiesystem 2050, Update unter einer Zielvorgabe von 65% CO<sub>2</sub>-Reduktion in 2030 und 100% in 2050, 2020, S. 5, 11 f.

## 2 Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen

werden<sup>11</sup>. In der Eröffnungsbilanz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) wurde nunmehr ein Ausbauziel für die Windenergie von 100 GW installierter Leistung aus dem Koalitionsvertrag abgeleitet<sup>12</sup>. Da zu dieser Zielformulierung die im EEG enthaltenen jährlichen Ausschreibungsmengen im Zeitraum bis 2028 von durchschnittlich 3,9 GW noch nicht passen, Studien vielmehr einen jährlichen Zubau zwischen 4,5-8,4 GW für erforderlich halten<sup>13</sup>, wurde eine Erhöhung der Ausschreibungsmengen im EEG 2021 bereits für Frühjahr 2022 durch die neue Bundesregierung ins Auge gefasst<sup>14</sup>.

Aktuell ist der Windenergieausbau von diesem Pfad jedoch deutlich entfernt. Während der Zubau in den Jahren 2014-2018 im Durchschnitt noch bei 4185 Megawatt (MW) brutto lag, ist er in den letzten Jahren auf unter 1000 MW (2019) bzw. unter 1500 MW (2020) zurückgegangen<sup>15</sup>, und erholt sich bislang nur langsam<sup>16</sup>, ohne zu den Größenordnungen der Vergangenheit zurückzukehren. Als ein Grund für den gegenwärtig stockenden Ausbau wird u. a. auch ein Mangel an Flächen identifiziert, auf denen Windenergieanlagen planungsrechtlich zulassungsfähig sind. Mittelfristig reichen die gegenwärtig ausgewiesenen und in Planentwürfen vorhandenen Flächen für die Windenergie im Umfang von 0,9 Prozent der Gesamtfläche Deutschlands nicht zur Umsetzung des notwendigen Zubaus aus<sup>17</sup>. Wegen Beschränkungen der Nutzbarkeit auch der bereits ausgewiesenen Flächen und weiterer Gründe besteht für das Jahr

2030 mindestens eine Ziellücke von 600-1000 km<sup>2</sup><sup>18</sup>. Damit bis zum Jahr 2030 die notwendige Anzahl an Windenergieanlagen realisiert ist, müsste die Ausweisung zusätzlicher Flächen zeitnah auf Grundlage eines reformierten Rechtsrahmens in Angriff genommen werden, da die notwendigen Planungs-, Projektierungs-, Genehmigungs- und Realisierungsphasen andernfalls nicht rechtzeitig abgeschlossen werden können<sup>19</sup>. Die neue Bundesregierung hat angekündigt, hierfür erforderliche Maßnahmen noch im ersten Halbjahr 2022 anzustoßen<sup>20</sup>.

## II. Anforderungen an ein System der Flächenbereitstellung für die Windenergie

### Überblick

- ▶ Planerische Untätigkeit darf auch weiterhin keine Option zur Verhinderung von Standorten sein.
- ▶ Klageanreize für Windenergiegegner müssen weiterhin vermieden werden.
- ▶ Erforderliche Flächenmengen sind bereitzustellen.
- ▶ Eine ausreichende Flächeneignung ist zu gewährleisten.

<sup>11</sup> Zur Herleitung der Sektorenziele sowie das daraus abgeleitete Zielmodell für den Ausbau erneuerbarer Energien, *Scheuing/Müller*, Die Koordination von Klimaschutzzielen: Analyse des Klimaschutzgesetzes und der Maßnahmengesetze am Beispiel des EEG, UBA Climate Change 64/2021, S. 24 f.

<sup>12</sup> BMWK, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, 2022, S. 14.

<sup>13</sup> Von durchschnittlich 4,5 GW gehen aus *Prognos/Öko-Institut/Wuppertal Institut für Klima*, Klimaneutrales Deutschland 2045, 2021, S. 31; von 7,4 – 8,4 GW geht aus Fraunhofer ISE, Wege zu einem klimaneutralen Energiesystem 2050 – Update unter einer Zielvorgabe von 65 % CO<sub>2</sub>-Reduktion in 2030 und 100% in 2050, S. 5, 12.

<sup>14</sup> BMWK, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, 2022, S. 36.

<sup>15</sup> FA-Wind, *Quentin*, Ausbausituation der Windenergie an Land im Jahr 2020, 2021, S. 5.

<sup>16</sup> FA-Wind, *Quentin*, Ausbausituation der Windenergie an Land im 1. Halbjahr 2021, 2021, S. 4; vgl. auch BMWK, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, 2022, S. 13.

<sup>17</sup> *Bons/Pape u.a.*, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, UBA, Climate Change 38/2019, S. 146 ff.; siehe auch zu aktuellen Untersuchungsergebnissen <https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/erneuerbare-energien/windenergie-an-land#flaeche> sowie BMWK, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, 2022, S. 14.

<sup>18</sup> Vgl. Bericht des Bund-Länder-Kooperationsausschusses zum Stand des Ausbaus der erneuerbaren Energien sowie zu Flächen, Planungen und Genehmigungen für die Windenergie an Land an die Bundesregierung gemäß § 98 EEG 2021, Berichtsjahr 2021, 22.10.2021, S. 47.

<sup>19</sup> Zum zeitlichen Bedarf der Planungsphasen, siehe die Aufschlüsselung in BMI, Riedl/Materne/Hage, Planungsbeschleunigung, MORO Informationen Nr. 20/1, 2021, S. 13 ff.; zum zeitlichen Bedarf der Zulassung von Windenergieanlagen FA-Wind, *Pietrowicz/Quentin*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, 2015.

<sup>20</sup> Koalitionsvertrag, 2021, S. 57.

- ▶ Der hohe politische Steuerungsanspruch muss erfüllt werden.
- ▶ Komplexität und Planungsaufwand sind zu minimieren.
- ▶ Die Gerichtsfestigkeit von Plänen muss gestärkt werden – Planungsfehler dürfen möglichst nicht zu Lasten des Windenergieausbaus gehen.

Ein System der planerischen Flächenbereitstellung<sup>21</sup> muss verschiedenen Anforderungen genügen. Bei einer Reform des gegenwärtigen Rechtsrahmens geht es zunächst darum, positive Eigenschaften des bestehenden Systems zu bewahren und die Voraussetzungen für eine quantitativ wie qualitativ ausreichende sowie rechtzeitige Flächenausweisung dort zu schaffen, wo bislang Defizite bestehen.

Unter den zu bewahrenden Eigenschaften des gegenwärtigen Systems ist insbesondere der Umstand zu nennen, dass planerische Untätigkeit nach dem gegenwärtigen Rechtsrahmen keine Option darstellt, um den Windenergieausbau zu blockieren. Erreicht wird dies nach der geltenden Rechtslage dadurch, dass der rechtliche „Normalfall“ die Privilegierung der Windenergie im gesamten Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 Baugesetzbuch (BauGB) ist und sich diese Privilegierung nur unter Beachtung hoher Anforderungen auf bestimmte Flächen konzentrieren lässt (sog. Konzentrationszonenplanung)<sup>22</sup>. Planungsträger sind durch diese Konzeption gezwungen, konstruktiv planerisch tätig zu werden, wenn sie den Ausbau der Windenergie steuern wollen. Unterbleibt dies, kann der Windenergieausbau gleichwohl auf Grundlage der allgemeinen Außenbereichsprivilegierung im Rahmen der planerisierenden Regelung des § 35 BauGB stattfinden. Diese

Ausgestaltung hat zugleich zur Folge, dass auch erfolgreiche Klagen gegen Konzentrationszonenplanungen – jedenfalls für sich genommen<sup>23</sup> – nicht zu einer räumlichen Beschränkung der Zulässigkeit von Windenergievorhaben, sondern zur Wiederherstellung der Privilegierungswirkung im gesamten Außenbereich führt. Ein Anreiz für Klagen gegen entsprechende Planungen mit dem Ziel, den Windenergieausbau zu verhindern, wird so vermieden.

In quantitativer Hinsicht muss das Planungssystem zudem einen ausreichenden Umfang der ausgewiesenen Flächen gewährleisten. Ausreichend ist der Umfang der Flächen dann, wenn dieser – entsprechend der Zielvorgaben – die Realisierung von hinreichend vielen Windenergieanlagen mit den erforderlichen Leistungsmerkmalen zulässt. Für die Bestimmung der notwendigen Flächenmenge ist dabei nicht allein darauf abzustellen, auf wie vielen Flächen letztlich Windenergieanlagen betrieben werden müssen. Vielmehr sind bereits hier nie ganz zu vermeidende Mängel der Flächeneignung einzupreisen. Demgegenüber kann das Erfordernis, stets nicht nur gerade genug, sondern so viele Flächen verfügbar zu haben, dass ein ausreichender Wettbewerb in den Ausschreibungsverfahren nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz gestaltet werden kann, allenfalls von untergeordneter Bedeutung sein<sup>24</sup>. Insofern erscheint schon fraglich, inwieweit allein zu diesem Zweck die Ausweisung weiterer Flächen gerechtfertigt werden kann.

Um das Maß notwendiger Flächen zu begrenzen, muss die Eignung der ausgewiesenen Flächen so weit wie möglich sichergestellt werden. Untersuchungen zeigen, dass von den zuletzt ausgewiesenen Flächen ein größerer Anteil letztlich nicht genutzt werden konnte<sup>25</sup>, was hier einen

<sup>21</sup> Mit Flächenbereitstellung ist vorliegend das Herbeiführen der planungsrechtlichen Voraussetzungen für die Zulassung von Windenergieanlagen gemeint. Dies geht über die bloße Flächensicherung hinaus, die allein verhindert, dass auf Flächen Nutzungen stattfinden, die mit Windenergienutzungen nicht vereinbar wären.

<sup>22</sup> Hierzu sogleich ausführlicher unter A. III. 1.

<sup>23</sup> Im Einzelfall kann eine Beschränkung aber von ggf. vorhandenen Planungen auf Flächennutzungsplänebene ausgehen. Zur Problematik von Ausbaumoratorien und Plansicherungsinstrumenten siehe unten unter B. III. 3. sowie C. IV.

<sup>24</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission vom 27.01.2022 C(2022) 481 final, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, Ziff. 107 a) zur Rechtfertigung von Ausnahmen von der Verpflichtung, die Beihilfen auf der Grundlage einer Ausschreibung zu gewähren.

<sup>25</sup> Aktuelle Untersuchungen zeigen, dass ca. 30 % der zwischen 2016 und 2020 auf Flächen geplanten Leistung nicht umgesetzt werden konnte, siehe UBA, <https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/erneuerbare-energien/windenergie-land#flaeche>; Bericht des Bund-Länder-Kooperationsausschusses zum Stand des Ausbaus der erneuerbaren Energien sowie zu Flächen, Planungen und

## 4 Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen

Handlungsbedarf nahelegt. Zu beachten wird bei der Adressierung dessen allerdings nicht nur sein, dass dieses Problem in vielen Fällen nur durch Veränderungen im Zulassungsrecht – namentlich eine erhöhte Durchsetzungsfähigkeit von Windenergienutzungen gegenüber anderen öffentlichen Belangen – und nicht bereits auf Planungsebene gelöst werden kann<sup>26</sup>. Soweit das Problem auf Planungsebene adressierbar ist, muss zudem berücksichtigt werden, dass eine verstärkte Prüfung der Flächeneignung auf Planungsebene fast zwingend zu einer Erhöhung des Planungsaufwands und damit letztlich auch zu einer Verlängerung der Planungsverfahren führt, so dass hier letztlich eine Optimierung gegenläufiger Ziele erforderlich ist.

In qualitativer Hinsicht genügt es zudem nicht, wenn die ausgewiesenen Flächen nur geeignet sind. Der mit den Konzentrationszonenplanungen verfolgte Steuerungsanspruch geht vielmehr dahin, dass der Ausbau auf den geeignetsten Flächen stattfinden soll, das heißt auf denjenigen, auf denen Windenergienutzungen andere Raumnutzungen wie das Wohnen und die Landwirtschaft sowie Raumfunktionen wie die Erholungsfunktion oder die Bedeutung des Raums für Natur- und Artenschutz möglichst wenig beeinträchtigen und zudem aufgrund der Windverhältnisse eine Nutzung auch wirtschaftlich sinnvoll ist. Auch an diesem hohen Steuerungsanspruch sind Planungen in der Vergangenheit vielfach gescheitert, da er mit entsprechend hohen Rechtfertigungsanforderungen der Rechtsprechung an die Flächenauswahl einherging. Es stellt eine erhebliche Herausforderung dar, diesen Steuerungsanspruch mit den quantitativen und zeitlichen Anforderungen des Windenergieausbaus in Einklang zu bringen.

Gleichzeitig müssen neben der Erfüllung des vorgenannten Steuerungsanspruchs nämlich Komplexität und Aufwand der Verfahren zur Flächenausweisung erheblich reduziert werden. Ziel muss es sein, eine Verkürzung der Verfahrensdauer bei

gleichzeitiger Steigerung der Rechtssicherheit und damit auch Gerichtsfestigkeit der Planungen zu erreichen. Hierfür ist es nicht nur nötig, deren Fehleranfälligkeit zu beschränken, sondern auch den Umgang mit gleichwohl möglichen Fehlern so zu verändern, dass diese nicht zu langwierigen Beschränkungen des Windenergieausbaus in den betroffenen Plangebieten führen.

Wie diese verschiedenen Anforderungen miteinander in Einklang und in Ausgleich gebracht werden, stellt in erster Linie eine politische Frage dar. Die nachfolgenden Ausführungen gehen davon aus, dass der bislang formulierte Steuerungsanspruch aufrecht erhalten bleibt und weiterhin eine Konzentration des Windenergieausbaus in bestimmten Gebieten angestrebt wird. Würde der Steuerungsanspruch ganz oder auch nur teilweise aufgegeben, eröffnete dies zahlreiche Möglichkeiten, die Planungsverfahren weitergehend als hier dargestellt zu vereinfachen und zu beschleunigen<sup>27</sup>.

### III. Aktuelle Rechts- und Problemlage sowie Handlungsoptionen des Gesetzgebers im Überblick

#### 1. Aktuelle Rechts- und Problemlage im Überblick

Das gegenwärtige System der Flächenbereitstellung für die Windenergie funktioniert im Wesentlichen über das sog. Außenbereichsregime des § 35 BauGB. Der Bebauungsplanung kommt demgegenüber nur eine untergeordnete Bedeutung zu<sup>28</sup>. In aller Regel vollzieht sich der Ausbau im planerischen Außenbereich. § 35 BauGB umfasst in Absatz 1 Nr. 5 sowie Absatz 3 S. 1 sowohl eine gesetzgeberische planerisetzende Regelung, welche für sich stehen kann und einen Ausbau der Windenergie

Genehmigungen für die Windenergie an Land an die Bundesregierung gemäß § 98 EEG 2021, Berichtsjahr 2021, 22.10.2021, S. 23.

<sup>26</sup> Vgl. zu Überlegungen in diese Richtung *Schmidt/Sailer*, Reformansätze im Genehmigungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umwelte-recht Nr. 25, Januar 2022, S. 18 ff.

<sup>27</sup> Zu einem in diese Richtung gehenden Vorschlag siehe unter C. I. 2.

<sup>28</sup> FA-Wind, *Pietrowicz/Quentin*, Dauer und Kosten des Planungs- und Genehmigungsprozesses von Windenergieanlagen an Land, 2015, S. 23.

ermöglicht. Daneben enthält sie aber mit dem Planvorbehalt des Absatz 3 Satz 3 zugleich die zentrale Regelung der sog. Konzentrationszonenplanung, mittels derer sich die räumliche Wirkung der Privilegierung der Windenergie weitergehend steuern und insbesondere räumlich konzentrieren lässt.

Aus der Privilegierung der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB folgt im Ausgangspunkt, dass jede Windenergieanlage im Außenbereich planungsrechtlich zulassungsfähig ist, sofern ihr nicht im Einzelfall ein öffentlicher Belang nach § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB (Naturschutz, Denkmalschutz etc.) entgegensteht. Davon ist aber nicht schon dann auszugehen, wenn einer der in § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB genannten öffentlichen Belange nur beeinträchtigt wird. Der betroffene Belang muss vielmehr in Abwägung mit dem Realisierungsinteresse an der Windenergieanlage im konkreten Fall höher zu gewichten sein und dieser der Zulassung der Windenergieanlage im so verstandenen Sinne entgegenstehen<sup>29</sup>.

Bereits auf Grundlage dieser Regelung, die eine vorhabenbezogene Prüfung im Einzelfall und damit eine primär kleinräumige Koordinierung von Windenergievorhaben mit öffentlichen Belangen ermöglicht<sup>30</sup>, können Windenergievorhaben planerisch zugelassen werden. Eine gewisse Steuerungswirkung wird so durchaus erreicht, eine Koordinierung des Windenergieausbaus bleibt jedoch unvollständig. Insbesondere eine Konzentration der Vorhaben in bestimmten Bereichen lässt sich auf der Grundlage der gegenwärtigen Privilegierung nicht erreichen.

Zur Wahrung der Steuerungsinteressen der Kommunen, aber auch der übergeordneten Ebenen hat der Gesetzgeber deshalb bereits 1996, gleichzeitig mit Einführung der Außenbereichsprivilegierung von Windenergievorhaben, den sog. Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB und damit das

Instrument der sog. Konzentrationszonenplanung geschaffen<sup>31</sup>. Mit deren Hilfe kann die Privilegierungswirkung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB letztlich auf bestimmte Bereiche im Plangebiet konzentriert und solche Vorhaben im übrigen Plangebiet gleichzeitig ausgeschlossen werden.

Diese Steuerung der Standorte mittels Konzentrationszonenplanungen kann von Gesetzes wegen gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB sowohl auf Flächennutzungsplanebene (Gemeindeebene) als auch auf Raumordnungsebene (Landes- und Regionalebene) vorgenommen werden. Wird sie auf Raumordnungsebene als abschließende Planung betrieben<sup>32</sup>, haben die Kommunen schon heute nur sehr wenig bei den Fragen des „Ob“, des „Wieviel“ oder auch des „Wo“ einer Flächenausweisung im jeweiligen Plangebiet mitzubestimmen. Während in den Flächenbundesländern

- Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen und Teilen von Niedersachsen

auf Ebene der Regionalplanung eine solche abschließende Steuerung mit Ausschlusswirkung stattfindet, werden auf dieser Ebene in

- Baden-Württemberg, Teilen von Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, dem Saarland und den übrigen Teilen von Niedersachsen

nur bestimmte Mindestgebiete für die Windenergienutzung ausgewiesen. In diesen Ländern verbleibt die abschließende Steuerung bei den Kommunen. Diese entscheiden mithin über die Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie und treffen die Entscheidung über das Herbeiführen einer Ausschlusswirkung jenseits der raumordnerisch vorgegebenen Mindestgebietsausweisungen.

<sup>29</sup> Siehe nur *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 68.

<sup>30</sup> Vgl. *Münkler*, *Ansiedlungssteuerung im Außenbereich*, *VerwArch* 2015, S. 475 (477, 492) sowie *Bruns/Futlerlieb/Wenzel* u. a., *Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien*, 2016, S. 42.

<sup>31</sup> Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30.07.1996, BGBl I, S. 1189 sowie hierzu *Kümper*, *Zur Privilegierung erneuerbarer Energien in § 35 Abs. 1 BauGB:*

*Funktionswandel der Privilegierung und Perspektiven planerischer Steuerung*, *ZfBR* 2015, S. 224 (228).

<sup>32</sup> Abschließend meint hier, dass das gesamte Plangebiet einer „Schwarz-Weiß-Planung“ unterzogen und vollständig in Bereiche eingeteilt wird, in denen Windenergievorhaben vorgesehen werden (regelmäßig weniger als 2 % des Plangebietes) und solche, in denen sie ausgeschlossen sind (regelmäßig mehr als 98 % des Plangebietes).

## 6 Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen

Aus Gründen im Zusammenhang mit der planerischen Abwägung und um zu verhindern, dass Konzentrationszonenplanungen als Instrument zur Verhinderung von Windenergieanlagen genutzt werden, hat das Bundesverwaltungsgericht an die Herbeiführung der Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen strenge Anforderungen formuliert<sup>33</sup>. Insbesondere muss danach ein schlüssiges gesamtträumliches Planungskonzept aufgestellt werden, in dessen Rahmen nicht nur begründet wird, warum bestimmte Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden. Vielmehr muss auch der Ausschluss aller anderen Flächen, der sog. harten Tabuzonen sowie letztlich nicht ausgewiesener Potenzialflächen<sup>34</sup>, gerechtfertigt werden. Dieser Ausschluss ist zudem nur dann zulässig, wenn der Windenergie insgesamt substantziell Raum verschafft wird (sog. Substanzgebot). Eine Mengenvorgabe, die an die Ausbauziele für die Windenergie rückgekoppelt ist, liegt hierin jedoch nicht<sup>35</sup>. Das Substanzgebot ist vielmehr stark von den jeweiligen sonstigen Nutzungen und Raumfunktionen im Plangebiet abhängig und wurde in der Vergangenheit vielfach bereits dann als erfüllt angesehen, wenn in Plangebieten ca. ein Prozent der Fläche oder gar weniger für die Windenergie ausgewiesen wurde<sup>36</sup>. Anderweitige quantitative Vorgaben für die Flächenausweisung finden sich im Bundesrecht nicht. In einzelnen Ländern sind solche zwar vorhanden<sup>37</sup>. Zu einer mit Blick

auf die Bundesziele ausreichenden Flächenausweisung hat dies jedoch bislang nicht geführt.

Auch an die Eignung der ausgewiesenen Flächen werden bereits heute Anforderungen gestellt. Nach der Rechtsprechung muss gewährleistet werden, dass sich die Windenergie auf diesen Flächen regelmäßig und nicht nur im Einzelfall durchsetzen kann. Dies ist zugleich Voraussetzung für die Rechtfertigung des Ausschlusses von Windenergienutzungen im übrigen Plangebiet<sup>38</sup>. Eine Pflicht, die am besten geeigneten Flächen für die Windenergie auszuweisen, geht damit aber nicht einher<sup>39</sup>. Untersuchungen zeigen, dass trotz dieser Anforderungen ein nicht geringer Anteil der ausgewiesenen Flächen aus verschiedenen Gründen dauerhaft nicht genutzt werden kann<sup>40</sup>.

Die Verfahren von Konzentrationszonenplanungen sind nicht zuletzt aufgrund der an sie gerichteten rechtlichen Anforderungen äußerst zeitaufwändig. Die zumeist als sachliche Teilfortschreibungen zustande kommenden Planungen dauern aktuell im Durchschnitt 5,3 Jahre<sup>41</sup>. Trotz des nicht nur zeitlich hohen Planungsaufwands weisen zahlreiche Pläne formelle und/oder inhaltliche Fehler auf<sup>42</sup>. Insbesondere die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen bereitet Schwierigkeiten. Die entsprechende Anforderung der in Teilen uneinheitlichen Rechtsprechung ist erheblicher Kritik ausgesetzt<sup>43</sup>. Viele Pläne werden vor

<sup>33</sup> Grundlegend BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01; BVerwG, Beschl. v. 15.09.2009 – 4 BN 25/09; BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11.

<sup>34</sup> Vgl. zur Unterscheidung harter Tabuzonen einerseits und Potenzialflächen andererseits Gatz, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, DVBl 2017, S. 461 (461 f.).

<sup>35</sup> Siehe hierzu unten unter B. I. und ausführlich bei Wegner, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, 2021, S. 20 f.

<sup>36</sup> Vgl. die Nachweise bei Bruns/Futterlieb/Wenzel u. a., Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 54.

<sup>37</sup> Vgl. die Übersicht in der Stellungnahme der FA-Wind vom 25.01.2019 zum „Fragenkatalog der Koalitions-AG Akzeptanz/Energiewende“, S. 3 f., abrufbar unter FA\_Wind\_Stellungnahme\_AG Akzeptanz\_25012019.pdf (fachagentur-windenergie.de).

<sup>38</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 23. 06.2016 – 12 KN 64/14, juris Rn. 85; OVG Schleswig, Urt. v. 20.01.2015 – 1 KN 7/13, juris

Rn. 59; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.09.2010 – 2 A 5.10, juris Rn. 35; Gatz, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, DVBl 2017, S. 461 (467).

<sup>39</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 26.05.2021 – 8 C 11151/20, juris Rn. 146; OVG Lüneburg, Urt. v. 15.03.2018 – 12 KN 38/17, juris Rn. 76; Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rn. 105.

<sup>40</sup> Siehe bereits oben unter Fn. 25.

<sup>41</sup> Siehe bereits oben unter Fn. 6.

<sup>42</sup> Zu der Fehlerquelle der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen siehe noch unten unter C. II. 3 a) und b.) siehe Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 14 vom 07.09.2015 sowie das Update in Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 37 vom 14.12.2018 und Wegner, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 04.08.2021 jeweils mit Verweis auf weitere Untersuchungen.

<sup>43</sup> Statt vieler Tyczewski, Konzentrationszonen für Windenergieanlagen rechtssicher planen – Illusion

Gericht angegriffen und schließlich jedenfalls hinsichtlich ihrer Ausschlusswirkung aufgehoben<sup>44</sup>. Um einen Rückfall auf den rechtlichen Ausgangszustand der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im gesamten Außenbereich zu verhindern, werden von den Planungsträgern in solchen Fällen vielfach erneut Planungsverfahren begonnen. Zur zwischenzeitlichen Sicherung der neuen Planung werden dann landesrechtlich sog. Windenergiemoratorien<sup>45</sup> erlassen oder es wird ein zwischenzeitlicher Ausbau außerhalb der künftigen Flächenkulisse mittels der (auch) bundesrechtlich geregelten sog. Plansicherungsinstrumente verhindert. Praktisch kann dies in den betroffenen Plangebieten zu einem Jahre währenden Ausbaustopp führen.

Neben diesen grundlegenden Schwierigkeiten bei der Handhabung des Instruments der Konzentrationszonenplanung bestehen weitere Problemfelder<sup>46</sup>: Rechtlich umstritten ist nach wie vor, inwieweit der hohe Aufwand von Konzentrationszonenplanungen dann verringert ist, insbesondere auf eine erneute Gesamtabwägung verzichtet werden kann, wenn neben einer bereits bestehenden Planung allein zusätzliche Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden sollen. Ungeklärt sind zudem Fragen im Konkurrenzverhältnis zwischen Flächenausweisungen auf den Ebenen der Raumordnung einerseits und der Bauleitplanung andererseits. Auch ist die planerische Auswahl der geeignetsten Flächen erheblich dadurch erschwert, dass zahlreiche Flächentypen den Planungsverfahren von vorne herein entzogen, die Suchräume der Planer damit erheblich verkleinert werden. Der generelle Ausschluss zahlreicher Repoweringstandorte aufgrund weitreichender Abstandsregelungen sowie der vollständige Ausschluss von Windenergienutzung im Wald in verschiedenen

Bundesländern sind hier nur die augenscheinlichsten Beispiele.

## 2. Handlungsoptionen des Gesetzgebers im Überblick

In der fachlichen Diskussion zur Stärkung der Flächenbereitstellung werden verschiedene Handlungsoptionen des Gesetzgebers diskutiert, um die vorstehend skizzierten Hemmnisse für eine ausreichende Flächenbereitstellung zu minimieren oder zu beseitigen und damit den oben beschriebenen Anforderungen an ein System der Flächenbereitstellung für die Windenergie<sup>47</sup> zu entsprechen. Zur Gewährleistung einer ausreichenden Flächenbereitstellung bei gleichzeitig verbesserter Koordination der Standorte liegen verschiedene Vorschläge für die Schaffung bundesrechtlicher Mengenvorgaben vor (dazu unter B.). Wie diese Vorgaben in Zukunft in konkrete Flächenausweisungen umgesetzt werden sollen, wird ebenfalls kontrovers diskutiert (dazu unter C.).

Hier stellt sich zunächst die Frage, ob das Instrument der Konzentrationszonenplanungen überhaupt noch genutzt und hierfür lediglich reformiert werden sollte oder ob es eines Systemwechsels hin zu einer räumlichen Steuerung allein auf Grundlage der Außenbereichsprivilegierung der Windenergie oder einer fachplanerischen Steuerung bedarf (dazu unter C. I.). Hält man am Instrument der Konzentrationszonenplanungen fest, so liegen verschiedene Vorschläge vor, wie deren Komplexität und der erforderliche Planungsaufwand reduziert und ihre Gerichtsfestigkeit gesteigert werden kann (dazu unter C. II.).

Selbst wenn die Fehleranfälligkeit von Konzentrationszonenplanungen bedeutend gesenkt wird, müssen Vorkehrungen auch für die Fälle geschaffen werden, in denen

oder Wirklichkeit?, BauR 2014, S. 934 (934); *Hendler/Kerkmann*, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2014, S. 1369 (1376).

<sup>44</sup> Siehe einerseits BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3/18, juris Rn. 29 und hierzu *Kerkmann*, NVwZ 2019, S. 494 ff. und *Raschke*, Die Reichweite der Statthaftigkeit der Normenkontrolle gegen Planungen mit Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, ZfBR 2019, S. 329 ff. sowie andererseits OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 02.03.2021 – OVG 10 A 17.17.

<sup>45</sup> In Schleswig-Holstein galt ein solches Moratorium auf landesrechtlicher Grundlage zwischen 2016 und Ende 2020. Es ist dort nach mehrfacher Verlängerung mit Inkrafttreten der neuen Regionalpläne ausgelaufen. In Brandenburg gilt in Regionen ohne wirksame Konzentrationszonenplanung seit Mai 2019 ein vergleichbares Moratorium.

<sup>46</sup> Zusammenfassend *Kümper*, Perspektiven einer Fachplanung für Windenergieanlagen, DÖV 2021, S. 1056 (1058 f.).

<sup>47</sup> Siehe oben unter A. II.

Fehler gleichwohl passieren. Insoweit werden spezielle Fehlerfolgenregelungen diskutiert, die verhindern, dass gerade praktisch relevante Fehler zur Aufhebung entsprechender Pläne führen (dazu unter C. III.). Gesetzliche Änderungen werden zudem diskutiert um zu verhindern, dass in Fällen, in denen es trotzdem zu Planaufhebungen kommt, langwierige Neuaufstellungen begleitet von Moratorien und Plan-sicherungsinstrumenten zu erheblichen Verzögerungen des Windenergieausbaus führen (dazu unter C. IV.).

Vorschläge existieren vor dem Hintergrund der Komplexität von Konzentrationszonenplanungen zudem für eine rechtssichere Ausgestaltung der Frage, in welchen Fällen unter erleichterten Voraussetzungen zusätzliche Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden können, ohne dass hierfür vorhandene Konzentrationszonenplanungen aufwendig geändert oder neu vorgenommen werden müssen (dazu unter D.). Schließlich werden Regelungsmöglichkeiten diskutiert, wie die Nutzung von Repoweringstandorten weitergehend als bislang gewährleistet werden kann (dazu unter E.).

Da alle betrachteten Instrumente nur solche Flächen für die Windenergie ausweisen können, die nicht von Gesetzes wegen planerischen Abwägungsprozessen entzogen sind, werden weiterhin Vorschläge aufgegriffen, wie bestimmte Flächen überhaupt wieder für Planungsprozesse geöffnet werden können (dazu unter F.). Abschließend wird zudem auf zentrale Randbedingungen einer erfolgreichen Flächenbereitstellung hingewiesen (dazu unter G) und ein Fazit gezogen (dazu unter H.).

## B. Verbindliche bundesrechtliche Mengenvorgaben implementieren

Zur Steigerung der Flächenbereitstellung auf ein Niveau, das zum Erreichen der Ausbauziele für die Windenergie geeignet ist, wird vielfach die Einführung bundesrechtlicher Mengenvorgaben gefordert<sup>48</sup>. Im Koalitionsvertrag der Ampelparteien ist ihre Umsetzung nun ausdrücklich vorgesehen, ohne dass hiermit bereits eine Festlegung in Detailfragen getroffen scheint<sup>49</sup>.

### I. Status quo und Reformziele

#### Überblick

##### Status quo:

- ▶ Fehlen einer echten quantitativen Steuerung der Flächenbereitstellung im Bundesrecht.
- ▶ Geltung von Mengenvorgaben allein in einzelnen Ländern, die jedoch nicht an die Ausbauziele des Bundes rückgekoppelt, sondern allein am jeweiligen Ambitionsniveau des Landes beim Ausbau der Windenergie orientiert sind.
- ▶ Erhebliche Unterschiede im Umfang der Flächenbereitstellung zwischen den Ländern in Relation zu den jeweils vorhandenen Flächenpotenzialen.

##### Ziele:

- ▶ Schaffung einer bundesweiten Mengenvorgabe, die

- ▶ sich in ihrem Umfang an den Ausbau- bzw. Klimaschutzzielen von EEG bzw. KSG orientiert,
- ▶ für eine stärkere Gleichverteilung der Flächenausweisungen zwischen den Ländern sorgt,
- ▶ zeitlich abgestuft wird und bei Ausbleiben der benötigten Windstrommengen nachgesteuert werden kann,
- ▶ die Bundesländer und auch die Planungsträger bindet,
- ▶ eindeutige mengenmäßige Vorgaben für die Planungsebene macht und die unklare Anforderung des Substanziell-Raum-Schaffens insoweit ablöst.

Der derzeitige bundesrechtliche Rahmen für die Ausweisung von Flächen für die Windenergie umfasst keine bezifferten quantitativen Vorgaben für die Länder. Einziges quantitatives Element ist das Gebot, der Windenergie substanziell Raum zu schaffen. Das Planungsergebnis von Konzentrationszonenplanungen wird hieran gemessen. Seine Erfüllung ist Voraussetzung für die Ausschlusswirkung solcher Planungen. Das Substanzgebot lässt sich aber weder verallgemeinernd quantifizieren noch ist es seinem Umfang nach an die bundesrechtlichen Ziele für den Windenergieausbau oder die Klimaschutzziele gekoppelt<sup>50</sup>. Laut der Rechtsprechung stellt diese Voraussetzung für die Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen allein eine Grenze zu verbotenen Verhinderungsplanungen dar. Wo diese

<sup>48</sup> Siehe unter anderem SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 16 ff.; Stiftung Klimaneutralität, Wie kann die Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergie an Land schnell und rechtssicher erhöht werden?, Januar 2021; Agora Energiewende/Agora Verkehrswende/Stiftung Klimaneutralität, Das Klimaschutz-Sofortprogramm, August 2021, S. 15; bdew, Positionspapier, Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, August 2021, S. 16;

DNR/BUND/DUH/Germanwatch/NABU, Machbar. Erneuerbar. Die Energiewende jetzt voranbringen, August 2021; kritisch dagegen Stellungnahme des Präsidiums der ARL zur Forderung nach einem Fachrecht für Windenergieanlagen vom 06.10.2020, Ziff. 3.

<sup>49</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 57.

<sup>50</sup> Wegner, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 20.

Anforderung verfehlt wird, so die Rechtsprechung, wird das Planungsergebnis der Bedeutung der Windenergienutzung nicht gerecht, die der Gesetzgeber dieser durch ihre Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB mitgegeben hat<sup>51</sup>. Unter Verweis auf das Substanzgebot wurden so in der Vergangenheit Planungen für rechtmäßig erklärt, die gerade einmal oder gar deutlich weniger als ein Prozent des jeweiligen Planungsgebiets für Windenergienutzungen auswiesen<sup>52</sup>. Eine gewisse quantitative Steuerung geschieht hier mithin allein reflexhaft. Die Vorgabe ist weit davon entfernt, als rechtlicher Hebel zur Erfüllung des bestehenden Flächenbedarfes von durchschnittlich ca. zwei Prozent zu fungieren.

Das Substanzgebot kann auch nicht in einer dynamisierenden Auslegung durch die Rechtsprechung doch noch bei seiner Anwendung an die Ausbauziele für die Windenergie rückgekoppelt werden. Dies nicht nur, weil dem der sogenannte Vorbehalt des Gesetzes entgegensteht, der verlangt, dass wesentliche Entscheidungen durch den Gesetzgeber selbst und nicht durch die Gerichte getroffen werden dürfen<sup>53</sup>. Vielmehr dürfte im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle einzelner Planungen auch kaum ein räumlicher Verteilungsmaßstab zu gewinnen sein, so dass jedenfalls unklar bliebe, welcher Anteil der insgesamt notwendigen Flächen in welchem Planungsgebiet auszuweisen wäre. Demselben

Einwand begegnen auch Versuche, eine stärkere Mengensteuerung durch Verortung des Substanzgebots im planerischen Abwägungsgebot zu lösen<sup>54</sup>.

Damit in den einzelnen Planungsgebieten Flächen in einem Umfang ausgewiesen werden, die in Summe zum Erreichen der Ausbauziele genügen, aber auch zum Erreichen einer gerechteren Lastenverteilung zwischen den Ländern geeignet sind<sup>55</sup>, braucht es deshalb höherrangige Zielvorgaben sowie Vorgaben für deren anteilige Zuweisung auf nachgelagerte Ebenen. Entsprechende Vorgaben finden sich bislang allein in einzelnen Ländern<sup>56</sup>, nicht jedoch auf Bundesebene<sup>57</sup>. Ein Herunterbrechen dieser Vorgaben in den Ländern auf Planungsregionen und Gemeinden findet regelmäßig auf dieser Ebene (noch) nicht statt, was die Bindungswirkung der Vorgaben stark relativiert. Eine formalisierte Koordinierung zwischen Bund und Ländern findet dagegen erst in Ansätzen und bislang allein als informatorischer Austausch im Rahmen des nunmehr in § 97 EEG 2021 vorgesehenen Kooperationsausschusses statt<sup>58</sup>. Dieser soll in Zukunft eine Aufwertung erfahren<sup>59</sup>. Erforderlich ist eine weitergehende Koordination auf der Grundlage quantitativer Vorgaben, soll das Erreichen der bundesweiten Ziele als Summe der Länderbeiträge gewährleistet werden.

<sup>51</sup> BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 29.

<sup>52</sup> Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 09.06.2005 – 3 S 1545/04, juris Rn. 54, wonach eine Ausweisung im Promillebereich gehalten wurde; vgl. zudem zur Billigung einer Ausweisung von 0,61 % des Plangebietes OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.09.2010 – 2 A 4.10, juris Rn. 32. Siehe auch *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien, 2016, S. 54.

<sup>53</sup> *Wegner*, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergie-recht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 20.

<sup>54</sup> So der Versuch bei *Wagner*, Das Gebot substanzialer Flächenausweisung zugunsten der Windenergie als abwägungsrechtliche Wirkung des Klimaschutzbe-langs, ZfBR 2020, S. 20 (27f.); kritisch hierzu *von Seht*, Ausreichend Raum für die Windenergienutzung an Land. Ein Vorschlag für neue regulative Rahmenbedin-gungen, RuR 2021, S. 606 (613); *Wegner*, Ansätze zur Be-grenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergie-recht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 20 f.

<sup>55</sup> *Von Seht*, Raumordnung für die Windkraftnutzung an Land, DÖV 2011, S. 915 (920); SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 12.

<sup>56</sup> Vgl. erneut die Übersicht in FA-Wind, Stellungnahme zum Fragenkatalog der Koalitions AG Akzeptanz/Energie-wende vom 25.01.2019 (Tabelle 1).

<sup>57</sup> Zum Fehlen einer zentralen Energiebedarfs- oder Anlagenplanung im Bundesrecht insgesamt *Hermes*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfs-planung, ZUR 2014, S. 259 ff.; *Rodi*, Das Recht der Wind-kraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, S. 658 ff.; *Köck*, Flächensicherung für erneuerbare Ener-gien durch die Raumordnung, DVBl 2012, S. 3 (6).

<sup>58</sup> Siehe Bericht des Bund-Länder-Kooperationsaus-schusses zum Stand des Ausbaus der erneuerbaren Energien sowie zu Flächen, Planungen und Genehmi-gungen für die Windenergie an Land an die Bundesre-gierung gemäß § 98 EEG 2021, Berichtsjahr 2021, 22.10.2021.

<sup>59</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 57.

## II. Konzeptionelle Ansätze für die Schaffung von Mengenvorgaben

Für die Schaffung bundesrechtlicher Mengenvorgaben, die eine echte quantitative Steuerung der Flächenbereitstellung darstellen würden, liegen sowohl Vorschläge vor, die auf einen raumordnerischen Ansatz setzen (dazu unter 1.) als auch solche, die Mengenvorgaben im Fachplanungsrecht verankern wollen (dazu unter 2 und 3.). Auch Kombinationen wurden vorgeschlagen. Eine vergleichende Betrachtung (dazu unter 4.), zeigt die Unterschiede der Ansätze sowie gemeinsame Fragen der rechtlichen Konstruktion auf.

### 1. Raumordnerische Verankerung bundesrechtlicher Mengenvorgaben (Handlungsoptionen 1 und 2)

#### Inhalt

- ▶ Handlungsoption 1: Schaffung einer an die Landes- oder Regionalplanungen adressierten Orientierungsvorgabe durch Konkretisierung der Grundsätze der Raumordnung nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 8 ROG. Begründung einer bloßen Berücksichtigungspflicht für nachgeordnete Planungsträger.
- ▶ Handlungsoption 2: Schaffung einer an die Landes- oder Regionalplanungen adressierten, verbindlichen

### Mengenzielvorgabe in einem Bundesraumordnungsplan.

Erste Konzeptionen bundesrechtlicher Mengenvorgaben sahen deren Umsetzung im Raumordnungsrecht des Bundes vor<sup>60</sup>. Regelungstechnisch werden nachfolgend im Wesentlichen zwei Varianten diskutiert, die sich mit Blick auf die Bindungswirkung gegenüber nachgeordneten Planungsträgern unterscheiden. Innerhalb dieser Varianten gibt es zudem verschiedene konzeptionelle Unterschiede hinsichtlich ihrer rechtstechnischen Umsetzung.

#### Handlungsoption 1

Vorgeschlagen wird zum einen, die Regelung bundesrechtlicher Mengenvorgaben durch eine Konkretisierung der Grundsätze der Raumordnung nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 8 Raumordnungsgesetz (ROG) umzusetzen, wonach schon bislang durch die Raumordnung „die räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau der erneuerbaren Energien“ zu schaffen sind. Zwei Untervarianten werden hier diskutiert: Zum einen könnte die Konkretisierung durch eine Präzisierung in § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 8 ROG<sup>61</sup> bzw. durch neue Sätze 9 und 10 in Kombination mit einer gesetzlichen Anlage zu § 2 Abs. 2 Nr. 8 ROG<sup>62</sup> vorgenommen werden oder auch ausschließlich als gesetzliche Anlage zu § 2 Abs. 2 Nr. 8 ROG<sup>63</sup> erfolgen. Neben diesen unmittelbar im Gesetz ansetzenden Festlegungen wird erwogen, dass die Konkretisierung in einem Bundesraumordnungsplan (Bundesgrundsatzplan) gemäß § 17 Abs. 3 ROG stattfindet, der die Grundsätze der Raumordnung gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 8 ROG näher ausbuchstabieren würde<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Von Seht, Eine neue Raumordnung: erforderlich für den Klimaschutz – Bedingungen und Chancen einer aktiven Unterstützung des Ausbaus erneuerbarer Energien, RaumPlanung 2010, S. 277 (278); von Seht, Raumordnung für die Windkraftnutzung an Land, DÖV 2011, S. 915 (919 f.); Köck, Flächensicherung für erneuerbare Energien durch die Raumordnung, DVBl. 2012, S. 3, (6 ff.); Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter u. a., Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau Kurzgutachten, UBA, Climate Change 21/2020, S. 21 ff.; siehe auch Verheyen, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauehemmnissen im öffentlichen Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy, Mai 2020, S. 22, 24; zusammenfassend Wormit, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Festlegung von bundesraumordnerischen Flächenvorgaben für den Windkraftausbau an Land, ZfU 2021, S. 334 ff.

<sup>61</sup> Vgl. Bovet/Dross/Kindler, Bundesweite Flächenvorgaben für den Ausbau von Windenergie an Land, NVwZ 2020, S. 754 (756); Wormit, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Festlegung von bundesraumordnerischen Flächenvorgaben für den Windkraftausbau an Land, ZfU 2021, S. 324 (343).

<sup>62</sup> Von Seht, Ausreichend Raum für die Windenergienutzung an Land. Ein Vorschlag für neue regulative Rahmenbedingungen, RuR 2021, S. 606 (611 und 614).

<sup>63</sup> Köck, Flächensicherung für erneuerbare Energien durch die Raumordnung, DVBl. 2012, S. 3 (8).

<sup>64</sup> Wagner, Raumordnerische Mengenvorgaben für den Ausbau erneuerbarer Energien, ZfBR 2021, S. 385 (389); Grotefels, Integrative Steuerung in der Energie- und Verkehrswende durch Raumordnung, insbesondere Regionalplanung: Stand und Fortentwicklung, ZUR 2021, S. 25 (31); Erbguth, Kraftwerkssteuerung

Nach beiden Untervarianten wären die als Grundsätze der Raumordnung ausgestalteten Mengenvorgaben gemäß § 4 Abs. 1 ROG in Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen lediglich zu berücksichtigen. Das heißt, dass sie von nachgeordneten Planungsträgern im Einzelfall bei Vorliegen entsprechend gewichtiger Belange auch weggewogen und überwunden werden könnten. Die Mengenvorgaben wären hier eher Orientierungsvorgaben, hätten aber ebenfalls, wenn auch schwächer ausgeprägte Rechtspflichten zur Folge und würden die Planungsträger zu einer Auseinandersetzung mit den Vorgaben anhalten<sup>65</sup>. Im Falle der Missachtung dieser Vorgaben, wären Pläne wegen dann vorliegender Abwägungsfehler auch angreifbar.

### Handlungsoption 2

Zur Herbeiführung einer im Vergleich zu Handlungsoption 1 weitergehenden Bindungswirkung wird zum anderen die Normierung bundesrechtlicher Mengenvorgaben in der Gestalt eines Ziels der Raumordnung diskutiert<sup>66</sup>. Im Gegensatz zu Grundsätzen der Raumordnung sind Ziele der Raumordnung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG gemäß § 4 Abs. 1 ROG von nachgeordneten Planungsträgern zu beachten. Sie sind in ihrem Kern der Abwägung entzogen und damit verbindlich.

§ 17 Abs. 2 ROG enthält inzwischen zwar eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Bundesraumordnungsplänen samt zielförmiger Vorgaben, erstreckt sich bislang aber nicht auf den Ausbau erneuerbarer Energien. Der Gesetzgeber müsste den Anwendungsbereich von § 17 Abs. 2 ROG zunächst ausweiten<sup>67</sup>. Zudem setzt die Festlegung eines verbindlichen Ziels

voraus, dass dieses im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG abschließend abgewogen ist. Dies wiederum verlangt, dass bereits der Bundesraumordnungsträger die mit einer Mengenvorgabe konfligierenden Belange erkennt und diese abschließend abwägt, was für die Bundesebene allgemein als erhebliche Herausforderung gesehen wird<sup>68</sup>.

### Implementierung

Bei beiden Varianten würde bei einem klassischen gestuften Vorgehen nach der Zuweisung von Teilmengen an die jeweilige Landesplanung auf den nachfolgenden raumordnerischen Ebenen eine weitere räumliche Ausdifferenzierung der Mengenvorgaben stattfinden<sup>69</sup>. Hier könnte von den Trägern der Landesraumordnung auch der bloßen Orientierungsvorgabe nach Handlungsoption 1 eine Verbindlichkeit für die nachfolgenden Planungsebenen verliehen werden, indem diese als Ziele der Raumordnung ausgestaltet werden. Eine Verpflichtung hierzu bestünde aber, anders als bei den bundesraumordnerischen Zielvorgaben, nicht.

Die Implementierung der Mengenvorgabe bis hin zu den Ebenen der Regionalplanung oder gar der Flächennutzungsplanung, auf denen die konkreten Gebietsfestlegungen bzw. Flächendarstellungen für die Windenergie stattfinden, würde mithin in mehreren Schritten erfolgen, was einen durchaus erheblichen zeitlichen Aufwand bedingt. Überzeugend wird deshalb vorgeschlagen, entgegen dem sonst geltenden Leitbild gestufter Planung die Vorgaben seitens des Bundes unmittelbar an die Ebene der Regionalplanung zu adressieren und so Zeit einzusparen<sup>70</sup>. Jenseits dessen müsste der Schaffung einer

durch räumliche Gesamtplanung, NVwZ-extra 2013, S. 1 (5).

<sup>65</sup> Vgl. *Wagner*, Raumordnerische Mengenvorgaben für den Ausbau erneuerbarer Energien, ZfBR 2021, S. 385 (388).

<sup>66</sup> Beirat für Raumentwicklung beim BMVI, Empfehlung des Beirats für Raumentwicklung – Unterstützung der Energiewende auf regionaler Ebene durch den Bund, 2015, Ziff. 5; *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter u. a.*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau Kurztgutachten, UBA, Climate Change 21/2020, S. 29 f. m. w. N.

<sup>67</sup> Vgl. auch zur Gesetzgebungshistorie des jetzigen § 17 Abs. 2 ROG *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter u. a.*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger

Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau Kurztgutachten, UBA, Climate Change 21/2020, S. 23, 30.

<sup>68</sup> Vgl. *Wormit*, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Festlegung von bundesraumordnerischen Flächenvorgaben für den windkraftausbau an Land, ZfU 2021, S. 324 (345); Köck, Flächensicherung für erneuerbare Energien durch die Raumordnung, DVBl 2012, S. 3 (9).

<sup>69</sup> *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter u. a.*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, UBA, Climate Change 21/2020, S. 31 m. w. N.

<sup>70</sup> *von Seht*, Ausreichend Raum für die Windenergienutzung an Land. Ein Vorschlag für neue regulative Rahmenbedingungen, RuR 2021, S. 1 (9); vgl. auch SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen

raumordnerischen Mengenvorgabe zudem der Implementierungsschritt einer Ermittlung oder anderweitigen Festlegung des insgesamt bestehenden Flächenbedarfs, mithin eine fachliche Unterlegung des Zwei-Prozent-Ziels vorausgehen. Eine Anpassung der Vorgabe in ihrer Höhe könnte in diesem Schritt insbesondere erforderlich sein<sup>71</sup>, um den erheblichen Anteil nicht nutzbarer Flächen zu berücksichtigen.

### Verbindlichkeit

Grenzen bestehen bei dieser raumordnerischen Anknüpfung von Mengenvorgaben im rechtssicheren Erreichen einer abweichungsfesten formellen Bindungswirkung gegenüber den Ländern. Die Vorschläge stützen sich kompetenzrechtlich auf den Titel zur Regelung der Raumordnung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG). Für diese Materie steht den Ländern ein – nach überwiegender Auffassung unbegrenzt – Abweichungsrecht selbst mit Blick auf Vorgaben einer Bundesraumordnung zu<sup>72</sup>. Jedenfalls bestünde mangels klarer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage eine erhebliche Unsicherheit darüber, ob und inwieweit sich die Länder einer entsprechenden Mengenvorgabe entziehen könnten<sup>73</sup>.

Da wegen dieser kompetenzrechtlichen Lage bei raumordnerischer Anknüpfung einer Mengenvorgabe ohnehin eine Verständigung zwischen Bund und Ländern erforderlich scheint, ist in der Diskussion stets auch die Variante von Vorgaben in der Form von Grundsätzen der Raumordnung vorgeschlagen worden, die von vorne herein nicht auf eine strenge Verbindlichkeit abzielten und insoweit das Risiko einer Abweichung durch die Länder verringerten<sup>74</sup>.

Allerdings kann auch bei gegebener Abweichungsmöglichkeit der Länder eine verbindliche Vorgabe des Bundes durchaus sinnvoll sein: Abweichungswillige Länder wären dann zumindest gezwungen, eine politische Mehrheit für ein Abweichen zu organisieren und sich politisch zu rechtfertigen. Zudem würde die Verantwortlichkeit im politischen Prozess durch die Notwendigkeit zur formalen Abweichung transparent gemacht.

Um trotz der Grenzen für eine formelle Bindungswirkung einen hohen Grad an faktischer Verbindlichkeit zu erreichen, wurde vorgeschlagen, eine Verknüpfung der Mengenvorgabe mit dem Instrument der Konzentrationszonenplanung, genauer mit deren Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB vorzunehmen<sup>75</sup>. Diese Wirkung, die einen Ausschluss von Windenergieanlagen auf einem Großteil des Plangebiets zur Folge hat und deren Zulässigkeit auf bestimmte Flächen konzentriert, könnte dann nur noch unter einer Bedingung erreicht werden. Voraussetzung wäre, dass der jeweils für das Plangebiet heruntergebrochene Zielwert innerhalb einer zu setzenden Frist durch Flächenausweisungen erreicht wird. Dies änderte zwar formal nichts daran, dass die Länder die Möglichkeit haben, von den raumordnerischen Mengenvorgaben des Bundes abzuweichen. Da in diesem Fall die bodenrechtliche Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB aber nicht mehr erreicht werden könnte, würde sich der Ausbau im betreffenden Land in der Folge allein auf der Grundlage der privilegierten Zulässigkeit von Windenergievorhaben im gesamten planerischen Außenbereich vollziehen. Dieser Rechtsfolge können die Länder durch die

---

konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 21. Zur Vereinbarkeit dieses Vorgehens mit dem Aufgabenübertragungsverbot nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG siehe unten unter B. II. 4. c).

<sup>71</sup> *Wagner*, Integration von fachgesetzlichen und fachplanerischen Ausbauzielen für Erneuerbare Energien in der Raumplanung, ZUR 2021, S. 460 (463).

<sup>72</sup> Siehe zuletzt aber für eine eng verstandene abweichungsfeste Kompetenz des Bundes für die Bundesraumordnung *Guckelberger*, Höherrangige Vorgaben integrativer räumlicher Steuerung: Verfassungsrecht und Unionsrecht, ZUR 2021, S. 6 (9); zusammenfassend zu dieser Diskussion *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter u. a.*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, UBA, Climate Change 21/2020, S. 24.

<sup>73</sup> Siehe aber OVG Schleswig, Urt. v. 29.03.2017 – 1 LB 2/15, juris Rn. 54, das davon ausgeht, dass ein abweichungsfester Kern bei der Ausgestaltung der Raumordnung generell nicht besteht.

<sup>74</sup> *Köck*, Flächensicherung für erneuerbare Energien durch die Raumordnung, DVBl 2012, S. 3 (8); *von Seht*, Ausreichend Raum für die Windenergienutzung an Land. Ein Vorschlag für neue regulative Rahmenbedingungen, RuR 2021, S. 606 (610).

<sup>75</sup> *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter u. a.*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, UBA, Climate Change 21/2020, S. 42. Zu den Details dieser Konstruktion siehe unten unter C. II. 3. und 4.

Abweichung nicht entgehen. Die Ausschlusswirkung ist dem Bodenrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zuzuordnen. Ein Abweichungsrecht nach Art. 72 Abs. 3 GG besteht hier für die Länder gerade nicht.

### 2. Bedarfsplanerische Mengenvorgaben und fachplanerische Umsetzung (Handlungsoption 3)

#### Inhalt

- ▶ Bedarfsplanerische Festlegung von Mengenvorgaben.
- ▶ Fachplanerische Ausweisung von Flächen durch eine Bundesbehörde in Anlehnung an das Wind-auf-See-Gesetz.
- ▶ Zulassung jedenfalls größerer Windfarmen im Wege der Planfeststellung.

*Verheyen* hat im Kontrast zu den raumordnerischen Ansätzen in einem Gutachten für Greenpeace Energy die bedarfsplanerische Festsetzung von Mengenvorgaben in einem Windenergie-an-Land-Gesetz vorgeschlagen<sup>76</sup>. Ein solches Gesetz solle auf die konkurrierenden Kompetenztitel des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft inklusive der Energiewirtschaft) und Nr. 24 (Recht der Luftreinhaltung) gestützt werden können. Ein Abweichungsrecht stünde den Ländern danach gerade nicht zu.

Für die Umsetzung der Mengenvorgabe in konkrete Flächen werden von *Verheyen* verschiedene Möglichkeiten erwogen. Im Mittelpunkt stehen aber fachplanerische Ansätze, die nicht allein die Flächensuche und -ausweisung betreffen würden, die bislang über das gestufte System aus Raumordnung und Bauleitplanung funktioniert, sondern auch die Anlagenzulassung, die bislang als gebundene Entscheidung im immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahren ergeht. In Anlehnung an das

Flächensicherungsverfahren nach dem Wind-auf-See-Gesetz solle danach ein Verfahren der Flächensuche abstrakt auf Grundlage vorhandener Winddaten und ausgewählter Ausschlussflächen durch eine Bundesbehörde durchgeführt werden. Für die ausgewählten Flächen solle dann der Bedarf für ihre weitere Entwicklung zur Zulassung von Windenergienutzungen festgestellt werden. Der Bedarf stünde dann für die Zulassung einzelner Windenergieanlagen fest, die mittels Planfeststellungsverfahren erfolgen solle („Planrechtfertigung“).

Soll dagegen die Flächensuche auf Bundesebene vermieden werden, erwägt *Verheyen* stattdessen allein den Bedarf an konkreter Windenergie-Leistung in Gigawatt gesetzlich festzustellen und als Vorgabe an die Raumordnung der Länder zu adressieren. Die Umsetzung des Bedarfs, das heißt die Flächenauswahl und -ausweisung, würde hiernach mithin nicht zentral, sondern in den bekannten Bahnen der Raumordnung der Länder verlaufen. Dabei geht der Vorschlag davon aus, dass Raumordnungspläne, die sich hieran nicht halten, automatisch rechtswidrig wären. Ein Abweichungsrecht der Länder liege auch insoweit nicht vor<sup>77</sup>.

### 3. Fachgesetzliche Anknüpfung an bedarfsplanerische „Windenergie-Beitragswerte“ (Handlungsoption 4)

#### Inhalt

- ▶ Festlegung bedarfsplanerischer „Windenergie-Beitragswerte“ in einem Windenergie-an-Land-Gesetz für jedes Gemeindegebiet.
- ▶ Verknüpfung der „Windenergie-Beitragswerte“ mit der Ausschlusswirkung der Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauehemmnissen im öffentlichen Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy e. G. vom Mai 2020.

<sup>77</sup> *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauehemmnissen im öffentlichen

Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy e. G., Mai 2020, S. 23, 24.

<sup>78</sup> Für einen konkreten Formulierungsvorschlag siehe *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuches zur Förderung von Flächenausweisungen für

- ▶ Ausbau der Windenergie auf Grundlage ihrer Außenbereichsprivilegierung, sofern „Windenergie-Beitragswerte“ nicht fristgemäß umgesetzt werden.

Der Vorschlag der Stiftung Klimaneutralität, dem ein Gutachten *Kments* zugrunde liegt, sieht ebenfalls die Festschreibung eines konkreten Bedarfs an Flächen für die Windenergie durch den Bundesgesetzgeber vor. Danach würde aber weder der Bund selbst bereits konkrete Flächen ausweisen, wie dies *Verheyen* vorschlägt, noch würde die Umsetzung der Flächenausweisung der Raumordnung aufgegeben, wie dies nach den obigen Vorschlägen vorgesehen ist. Der Gesamtbedarf würde vielmehr als rechnerisch ermittelter sog. Windenergie-Beitragswert unmittelbar auf die Gemeinden heruntergebrochen<sup>79</sup>. Diese Werte würden in einer Anlage zum Bedarfsgesetz festgelegt<sup>80</sup>. Kompetenzrechtlich soll sich auch dieser Vorschlag auf eine konkurrierende Kompetenz des Bundesgesetzgebers stützen lassen, nämlich diejenige zur Regelung des Rechts der Energiewirtschaft nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG<sup>81</sup>. Ein Abweichungsrecht soll den Ländern auch hiernach nicht zustehen.

Gleichwohl wird betont, dass mit dem Vorschlag auch keine Planungspflicht der Gemeinden begründet, mithin keine rechtliche Pflicht der Gemeinden zur Umsetzung der Beitragswerte geschaffen würde<sup>82</sup>. Stattdessen sollen die Beitragswerte auch hiernach mit der Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB derart verknüpft werden, dass diese nur unter der Voraussetzung erzielbar ist, dass der jeweils zugewiesene

Windenergie-Beitragswert erfüllt wird. Wie bereits mit Blick auf die raumordnerische Variante dieses Vorschlags vorgestellt, sollen die Gemeinden so einen hohen Anreiz haben, die Ausweisungen innerhalb einer ihnen gesetzten Frist von 2 Jahren vorzunehmen, da ihnen nur so eine detaillierte Steuerung des Ausbaus möglich wäre.

Wird der jeweilige Beitragswert dagegen nicht oder nicht rechtzeitig erreicht, soll der Zubau auch nach diesem Vorschlag ausschließlich auf Grundlage der allein vorhabenbezogen steuernden Außenbereichsprivilegierung stattfinden. Ob der Windenergie-Beitragswert und damit die Voraussetzung einer Ausschlusswirkung erfüllt ist, soll auf der Grundlage einer summarischen Prüfung durch die Bundesnetzagentur festgestellt werden<sup>83</sup>.

Die Erfüllung der Beitragswerte soll allerdings nicht allein den Gemeinden möglich sein. Auch wenn die Windenergie-Beitragswerte unmittelbar an diese adressiert sind, soll ihre Umsetzung auch interkommunal oder auf raumordnerischer Ebene möglich sein. Auf diesem Weg sollen die Planungsräume vergrößert werden, um den Planungsträgern eine Auswahl der bestgeeignetsten Flächen zu ermöglichen und andere Bereiche von Windenergienutzungen freihalten zu können<sup>84</sup>.

#### 4. Vergleichende Betrachtung

Eine vergleichende rechtliche Betrachtung der Handlungsoptionen zur Umsetzung von Mengenvorgaben kann unter verschiedenen Gesichtspunkten erfolgen. Im Folgenden soll auf die zentralen Aspekte

Windenergieanlagen, im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Dezember 2020, S. 103 ff.

<sup>79</sup> Vgl. zum Verfahren der Festlegung des Beitragswertes Stiftung Klimaneutralität, Wie kann die Verfügbarkeit für die Windenergie an Land schnell und rechtssicher erhöht werden?, Januar 2021, S. 3 ff.

<sup>80</sup> Stiftung Klimaneutralität, Wie kann die Verfügbarkeit für die Windenergie an Land schnell und rechtssicher erhöht werden?, Januar 2021, S. 2 Ziff. 2.

<sup>81</sup> *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuches zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Dezember 2020, S. 59.

<sup>82</sup> *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuches zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, im Auftrag der Stiftung

Klimaneutralität, Dezember 2020, S. 62; Stiftung Klimaneutralität, Wie kann die Verfügbarkeit für die Windenergie an Land schnell und rechtssicher erhöht werden?, Januar 2021, S. 2.

<sup>83</sup> *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuches zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Dezember 2020, S. 64 ff.

<sup>84</sup> *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuches zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Dezember 2020, S. 67 f.; Stiftung Klimaneutralität, Wie kann die Verfügbarkeit für die Windenergie an Land schnell und rechtssicher erhöht werden?, Januar 2021, S. 2 Ziff. 5, 6.

- ▶ der Bindungswirkung der Vorgaben gegenüber Ländern und Planungsträgern,
  - ▶ der Prinzipien für die Zuweisung von Teilmengen an die Länder,
  - ▶ des zeitlichen Bedarfs für die Implementierung der Vorgaben,
  - ▶ des Bezugspunkts der Mengenvorgaben,
  - ▶ des Risikos, mit den Mengenvorgaben eine neue Fehlerquelle zu schaffen sowie
  - ▶ des Verhältnisses der Handlungsoptionen zur kommunalen Planungshoheit
- eingegangen werden.

### a) Bindungswirkung gegenüber Ländern und Planungsträgern

Die Frage nach der Bindungswirkung der Mengenvorgaben ist für ihre kohärente und zeitnahe Umsetzung zentral. Die Einschätzung, ob eine möglichst starke Bindungswirkung von Mengenvorgaben anzustreben ist oder ob ein Orientierungswert, von dem im Einzelfall begründet abgewichen werden kann, zur Gewährleistung hinreichender Flächenausweisungen ausreicht, hat aber auch eine fachlich-politische Dimension. Es stellt sich nämlich die Frage, ob ein rechtlich weicherer Orientierungswert gerade deshalb vorteilhaft ist, weil dieser die notwendige Flexibilität für Einzelfallbetrachtungen erlaubt und jedenfalls ein politischer Verständigungsprozess zwischen Bund und Ländern über eine einvernehmliche Lösung ohnehin erforderlich ist<sup>85</sup>.

Rein rechtlich betrachtet gilt jedoch: Je geringer die Verbindlichkeit ist, desto eher können einzelne Länder und/oder Planungsträger von den Vorgaben abweichen und sich diesen entziehen. Verhindert werden kann dies nur mittels einer besonders rechtssicheren Lösung. Schon das Fehlen von Rechtsprechung zu einzelnen Fragen und die daraus resultierenden

Unsicherheiten würde Ländern und Planungsträgern die Möglichkeit bieten, im politischen Prozess Sonderlösungen zu fordern und Verfahren zu verzögern. Dies hat nicht zuletzt die Diskussion über die Verbindlichkeit der Bundesfachplanung nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) gegenüber der Landesraumordnung einerseits<sup>86</sup> und auf Grundlage der dortigen Unsicherheiten letztlich erfolgreich durchgesetzte politischen Forderungen nach einer weitreichenden Erdverkabelung auch im Höchstspannungsbereich (vgl. § 2 Energieleitungsausbaugesetz) andererseits gezeigt.

Entscheidet sich der Bund vor diesem Hintergrund für eine möglichst verbindliche Umsetzung von Mengenvorgaben, ist festzustellen, dass sich die diskutierten Handlungsoptionen teils stark gegenseitig angenähert haben. Dies gilt sowohl für die raumordnerische als auch die Umsetzung mit sog. Windenergie-Beitragswerten insofern, als hier die Bindungswirkung nicht über eine förmliche Verpflichtung der Planungsträger, sondern über eine Verknüpfung der Mengenvorgaben mit der Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB hergestellt werden soll<sup>87</sup>. Beide Ansätze wollen eine faktische Bindungswirkung mithin über denselben Anreiz erreichen, der darin liegt, dass die hohe Steuerungsintensität einer Ausschlusswirkung nur bei Erfüllung der Mengenvorgaben für die Planungsträger zu erreichen ist.

Während dieser Weg bei einer raumordnerischen Umsetzung wegen der kompetenzrechtlichen Unsicherheiten über ein Abweichungsrecht der Länder erforderlich ist, sollen im Falle der Windenergie-Beitragswerte, die sich unmittelbar an die Kommunen richten, wohl Diskussionen über eine Verletzung des

<sup>85</sup> Vgl. zu dieser Überlegung auch *Wormit*, Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Festlegung von bundesraumordnerischen Flächenvorgaben für den Windkraftausbau an Land, ZfU 2021, S. 324 (346).

<sup>86</sup> Siehe nur zuletzt *Wagner*, Zum Verhältnis von Raumordnung und Bundesfachplanung beim Stromleitungsausbau im Höchstspannungsbereich, DVBl 2019, S. 883 ff.; *Schmidtchen*; Die Bedeutung der Landesraumordnung für den Ausbau der Übertragungsnetze, BayVBl 2017, S. 361 ff.; *Reidt/Augustin*, Welche Bedeutung haben Ziele der Raumordnung für Leitungsvorhaben nach dem NABEG, UPR 2016, S. 121 ff.;

*Kümper*, Zur Bindung der Planfeststellung für Vorhaben nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) an landesplanerische Ziele der Raumordnung, DVBl 2016, S. 1572 ff.

<sup>87</sup> Inwieweit S. 57 des Koalitionsvertrags der Ampelparteien („Die nähere Ausgestaltung des Flächenziels erfolgt im Baugesetzbuch“) als politische Festlegung auf diese Umsetzung verstanden werden kann, bleibt abzuwarten, scheint aber durchaus möglich.

Aufgabenübertragungsverbots nach Art. 84 Abs. 7 S. 1 GG vermieden werden<sup>88</sup>.

Zugleich wird damit auch verhindert, dass sich die hier nicht abschließend zu beantwortende kompetenzrechtliche Frage, ob die für die Windenergie-Beitragswerte in Anspruch genommene Kompetenzgrundlage des Rechts der Energiewirtschaft allein ausreichend ist, in aller Schärfe stellt. Insofern fällt auf, dass die Kompetenz für die Windenergie-Beitragswerte oder ähnliche Konstruktionen in der Literatur bislang eher thesenartig behauptet, denn ausführlich begründet wird<sup>89</sup>. Eine eingehende Begründung bräuchte es aber jedenfalls dann, wenn, wie im Falle der Vorschläge *Verheyens*, die Bindungswirkung einer Flächenausweisung nach dem Vorbild des Windenergie-auf-See-Gesetzes bzw. einer an die Raumordnung adressierten Mengenvorgabe<sup>90</sup> allein normativ erzeugt und gerade nicht um eine über das Bodenrecht erzeugte faktische Anreizwirkung ergänzt würde. Die allein normativ erzeugte Bindung ist dann vollständig davon abhängig, dass kein Abweichungsrecht der Länder besteht und auch eine Bindung der Raumordnung der Länder bei dieser Konstruktion rechtssicher begründet werden kann. Hierfür ist die Frage zu beantworten, ob eine Regelung auch dann allein auf die Kompetenztitel der Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und Nr. 24 GG gestützt werden kann, wenn diese nicht auf die Festlegung eines insgesamt bundesweit bestehenden Bedarfs beschränkt ist, sondern Teilvorgaben zur Bedarfsdeckung räumlich differenziert bestimmten Planungsräumen auf der Grundlage räumlicher Analysen zuweist<sup>91</sup>. Sollte der Gesetzgeber den Weg einer allein normativ herbeigeführten Bindung einschlagen wollen, bräuchte es deshalb in diesem

Punkt einer weitergehenden Absicherung der Wahl der Kompetenzgrundlage.

### b) Prinzipien für die Zuweisung von Teilmengen

Die Zuteilung von Teilmengen des insgesamt bestehenden Flächenbedarfs an einzelne Planungsträger kann auf verschiedene Prinzipien gestützt werden. Im Vordergrund der Diskussion steht bislang eine Zuteilung anhand der vorhandenen Flächenpotenziale. Diese müssten auf Bundesebene zunächst definiert und anschließend ermittelt werden. Bei der Definition geeigneter Flächen und der Ausbildung des genauen Zuteilungsmaßstabs käme dem Bund ein erheblicher Einschätzungsspielraum zu. Insbesondere wäre er dabei nicht an die im Landesrecht zum Ausdruck kommenden Wertungen gebunden und könnte auch solche Flächen als Potenziale definieren und seiner Verteilung zugrunde legen, die im Landesrecht aufgrund gesetzgeberischer oder planerischer Ausschlüsse (Mindestabstände zu Siedlungsgebieten; Verbot von Waldumwandlungen für Windenergienutzungen) dem Windenergieausbau nicht zur Verfügung stehen<sup>92</sup>.

Als Alternative wird aber – trotz der unterschiedlichen räumlichen Ausgangsbedingungen und Potenziale – auch eine gleichmäßige Aufteilung der Verpflichtung zwischen allen Ländern erwogen<sup>93</sup>, wodurch die Flächenbereitstellung für die Windenergie stärker als Gemeinschaftsaufgabe ausgewiesen würde. Ob sich der Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung für dieses Verteilungsprinzip ausspricht, ist jedenfalls nicht eindeutig. Der Wortlaut weist jedoch

<sup>88</sup> Vgl. Stiftung Klimaneutralität, *Wie kann die Verfügbarkeit für die Windenergie an Land schnell und rechtssicher erhöht werden?*, Januar 2021, S. 2 Ziff. 3. sowie hierzu auch oben unter B. II. 1.

<sup>89</sup> Vgl. *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Dezember 2020, S. 59. Siehe aber auch zur Konstruktion einer Energiefachplanung des Bundes *Hermes*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, ZUR 2014, S. 259 (267). Vgl. aber auch *Wagner*, Integration von fachgesetzlichen und fachplanerischen Ausbauzielen für Erneuerbare Energien in der Raumplanung, ZUR 2021, S. 460 (461): „Bei gesetzlichen Ausbauzielen für erneuerbare Energien handelt es sich materiell um

Planungsnormen des Raumordnungsrechts“; S. 463: „planungsrechtliche Fachplanungsklausel“).

<sup>90</sup> *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy e. G., Mai 2020, S. 23.

<sup>91</sup> Vgl. auch die kritischen Erwägungen des SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 19.

<sup>92</sup> Zu der sich hieraus ergebenden regulatorischen Option des Bundesgesetzgebers siehe unten unter F. III.

<sup>93</sup> Kritisch dazu *von Seht*, Ausreichend Raum für die Windenergienutzung an Land. Ein Vorschlag für neue regulative Rahmenbedingungen, RuR 2021, S. 605 (611).

durchaus in diese Richtung<sup>94</sup>. Auch bei diesem Vorgehen ist eine anderweitige Aufteilung zwischen den Ländern aber nicht ausgeschlossen. Durch die Eröffnung von Abreden zwischen den Ländern über die konkrete Lastenverteilung könnte neben der Berücksichtigung der jeweils vorhandenen Flächenpotenziale etwa der bislang erreichte Stand der Flächenausweisung sowie politische Präferenzen nachgelagert zu dem bundesweit einheitlichen Ziel Eingang in die genaue Aufteilung der Mengenvorgaben finden<sup>95</sup>. In diesem Aushandlungsprozess obläge die Definition der Flächenpotenziale den Ländern stärker selbst. Der Prozess wäre, soweit nicht weitere Rahmenbedingungen geregelt werden, stark den politischen Kräftespielen ausgesetzt und würde sich von einer Zuweisung von Teilmengen entsprechend objektiverer, raumbezogener Kriterien entfernen.

Unabhängig von der Wahl eines Verteilungsprinzips sollte bei der konkreten Ausgestaltung der Zuteilung von Teilmengen unbedingt darauf geachtet werden, dass vorhandene Dynamiken in den Ländern bei der Ausweisung von Flächen nicht ausgebremst werden. Anderenfalls könnte ansonsten gerade in bislang ambitioniert agierenden Ländern und Planungsregionen ein Druck entstehen, weitere Flächenausweisungen jedenfalls zunächst oder gar endgültig zu unterlassen, wenn die hierauf bezogenen Teilziele bereits erfüllt wären. Dies gilt es unbedingt zu vermeiden und dürfte eine gewisse Flexibilität in der Anwendung von Verteilungsprinzipien verlangen. Auf der anderen Seite sollte bei allem Bemühen um eine gerechte Lastenverteilung darauf geachtet werden, dass Länder, die bislang relativ wenige Flächen ausgewiesen haben, mit den Verpflichtungen nicht überfordert, sondern bspw. über die zeitliche Staffelung der Vorgaben an die ambitionierteren Ziele herangeführt werden.

### c) Zeitlicher Bedarf der Umsetzung

Für einen Vergleich des zeitlichen Umsetzungsbedarfs der einzelnen Ansätze sollte nicht isoliert auf die Festlegung der Mengenvorgaben geblickt, sondern auch die Umsetzung dieser Vorgaben in konkrete Flächen entsprechend dem jeweiligen Vorschlag mit einbezogen werden. Grund hierfür ist, dass beide Schritte in einem gewissen gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen und der Zeitgewinn bei einem der Schritte unter Umständen mit einem erhöhten Zeitaufwand bei dem anderen Schritt erkauft wird.

So scheint hinsichtlich des zeitlichen Implementierungsaufwands auf den ersten Blick ein rein fachplanerisches Vorgehen, wie es *Verheyen* mit einer Anlehnung an das Windenergie-auf-See-Gesetz vorschlägt, vorteilhaft zu sein. Hiernach würde nämlich nicht nur die Mengenvorgabe durch den Bund gesetzlich festgelegt, sondern auch die Flächenausweisung zur Umsetzung dieser Vorgabe und die Prüfung ihrer Raumverträglichkeit unmittelbar durch eine Bundesbehörde erfolgen. Insoweit werden von Planungspraktikern jedoch nicht nur erhebliche Zweifel geltend gemacht, dass es von der Bundesebene aus unmittelbar möglich wäre, konkrete Flächen für Windenergievorhaben zu identifizieren. Selbst wenn dies aber möglich und ein so stark zentralisiertes Vorgehen auch unter Akzeptanzgesichtspunkten sinnvoll wäre, müssten für den Schritt der Flächenauswahl zunächst erhebliche institutionelle und personelle Kapazitäten auf Bundesebene aufgebaut werden, was einen entsprechenden zeitlichen Vorlauf erforderlich machte und angesichts der Knappheit entsprechender Experten und Expertinnen auch insgesamt nur schwer umzusetzen sein dürfte<sup>96</sup>.

Stellt man dagegen die diskutierten raumordnerischen Ansätze dem Vorschlag bedarfsplanerischer Windenergie-Beitragswerte gegenüber, so dürfte nur dann ein deutlicher zeitlicher Vorteil bei letzterem Ansatz liegen, wenn man bei der raumordnerischen Zuweisung der Teilmengen

<sup>94</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 57: „Für die Windenergie an Land sollen zwei Prozent der Landesflächen ausgewiesen werden“ (Unterstreichung durch den Verfasser).

<sup>95</sup> Siehe SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 16, 18.

<sup>96</sup> Vgl. auch SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 20.

streng entlang der einzelnen Stufen der Gesamtplanung vorgeht. Wie bereits ausgeführt, wäre es nach Einschätzung aus der Planungspraxis jedoch ebenso möglich, dieses „Herunterbrechen“ der Mengenvorgabe dadurch zu beschleunigen, dass die Bundesebene diese unmittelbar an die Regionalplanungsträger adressiert, das heißt, die Ebene der Landesplanung überspringt, ohne dadurch eine ausreichende Abgewogenheit der Mengenvorgaben zu gefährden<sup>97</sup>. Auf der regionalen Ebene könnte dann bereits in Umsetzung der Vorgabe die Ausweisung der Gebiete für die Windenergie abschließend oder als Mindestvorgabe erfolgen. Dies dürfte auch mit dem Aufgabenübertragungsverbot nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht in Konflikt geraten, wonach durch Bundesgesetz weder Gemeinden noch Gemeindeverbänden – worunter auch kommunal strukturierte Regionalplanungsgemeinschaften fallen<sup>98</sup> – Aufgaben übertragen werden dürfen. Im Grundsatz ist diese Vorgabe auch im vorliegenden Zusammenhang zu beachten, weil die Aufgabe der Regionalplanung, anders als die Bauleitplanung im Falle der Gemeinden<sup>99</sup>, unzweifelhaft zu den von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG erfassten Aufgaben gehört. Nicht eindeutig erscheint es aber schon, dass es sich bei einer an die Regionalplanung adressierten Mengenvorgabe des Bundes um eine neue Aufgabe im Sinne von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG oder eine dieser gleichgestellte funktional-äquivalente Erweiterung der bundesgesetzlich bereits übertragenen Aufgabe der Regionalplanung (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 ROG) handelt<sup>100</sup>. Selbst wenn man davon aber ausgeht, dass dies so ist, dürfte das Aufgabenübertragungsverbot jedenfalls dann im Ergebnis nicht durchgreifen, wenn – wie oben beschrieben wurde – der Regionalplanung die Umsetzung der Mengenvorgabe

nicht eigens im Sinne einer normativen Verpflichtung aufgegeben wird, sondern die Verbindlichkeit der Mengenvorgabe allein faktisch über ihre bodenrechtliche Verknüpfung mit der Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanung hergestellt wird. Auf dieser Weise wird die Umsetzung der Mengenvorgabe allein zur Voraussetzung für die Eröffnung der Ausschlusswirkung gemacht, diese mithin als Anreiz für eine Umsetzung ausgestaltet. Die Umsetzung der Mengenvorgabe erweitert die Steuerungsmöglichkeiten der Regionalplanung. Zur „Aufgabe“ im Sinne des gesetzlichen Aufgabenübertragungsverbots dürfte sie dagegen gerade nicht werden.

Im Vergleich zu der Umsetzung der raumordnerisch konzipierten Mengenvorgabe sollen die Windenergie-Beitragswerte nach Stiftung Klimaneutralität zwar abschließend auf Bundesebene festgelegt und sogar unmittelbar an die Kommunen adressiert werden<sup>101</sup>. Dies bedeutet gleichwohl nicht, dass damit nicht auch die Raumordnungsebene zu involvieren ist. Nicht nur soll nämlich die Erfüllung der Beitragswerte auch auf regionaler Ebene gestattet werden, was eine Änderung der Regionalpläne bedingt. Vielmehr ist eine vorangehende Anpassung der Regionalpläne in denjenigen Bundesländern geradezu Voraussetzung auch für die Umsetzung der Beitragswerte durch die Kommunen, wo schon bislang eine abschließende Steuerung der Windenergie durch die Raumordnung stattfindet. Ohne Anpassung der Regionalpläne dürfen die Kommunen nach § 4 ROG, § 1 Abs. 4 BauGB nämlich nicht über die Flächenausweisungen der Raumordnung hinausgehen – unabhängig davon, was die Beitragswerte ihnen auferlegen. Auch hier müssen mithin Anpassungen auf verschiedenen Raumplanungsebenen

<sup>97</sup> Von Seht, Ausreichend Raum für die Windenergienutzung an Land. Ein Vorschlag für neue regulative Rahmenbedingungen, RuR 2021, S. 606 (614); anders noch Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter u. a., Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, UBA, Climate Change 21/2020, S. 26.

<sup>98</sup> Vgl. F. Kirchhoff, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL 2021, Art. 84 Rn. 172.

<sup>99</sup> Zur Auseinandersetzung, ob die Aufgabe der Bauleitplanung vom Aufgabenübertragungsverbot ausgenommen ist, siehe einerseits BT-Drs. 16/2069, S. 4, 13; Broß/Mayer, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 84 Rn. 28; Winkler, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021,

Art. 84 Rn. 13 sowie andererseits Hermes, in: Dreier, GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 73; Kment, in: Jarrass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 84 Rn. 14; F. Kirchhoff, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL 2021, Art. 84 Rn. 179 f.

<sup>100</sup> Siehe BVerfG, Beschl. v. 7.7.2020 – 2 BvR 636/12, juris Rn. 86.

<sup>101</sup> Insoweit soll die hier angesetzte Übergangsfrist von zwei Jahren wohl vor allen Dingen eine Anpassung der Bauleitpläne ermöglichen, vgl. Kment, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, 2020, S. 103.

vorgenommen werden, so dass sich der zeitliche Vorteil einer abschließenden gesetzlichen Festlegung der Beitragswerte bei ihrer Umsetzung wiederum stark relativiert.

Dies macht deutlich: Maßgeblich für den jeweiligen zeitlichen Implementierungsaufwand ist weniger die Konzeption der Mengenvorgabe selbst, als vielmehr ihre Umsetzung, das heißt die Flächenausweisung. Soweit diese im Rahmen des Systems der Gesamtplanung aus Raumordnung und Bauleitplanung stattfinden soll, wird stets ein nicht unerheblicher zeitlicher Aufwand erforderlich sein, um eine inhaltliche Übereinstimmung der Ebenen herbeizuführen<sup>102</sup>. Der Versuch dem mittels einer Verlagerung auch der Umsetzung auf die Bundesebene zu entgehen, löst seinerseits den anders gearteten, aber gleichwohl bedeutsamen zeitlichen Bedarf für den Aufbau von Kapazitäten aus. Erst ein Verzicht auf eine raumordnerische Vorsteuerung insgesamt, wie dies der noch vorzustellende Vorschlag impliziert<sup>103</sup>, die Flächenbereitstellung allein auf Grundlage der vorhabenbezogenen gesetzlichen Ersatzplanung nach § 35 BauGB vorzunehmen, würde dies ändern. Dieser Weg wird hier wegen der damit verbundenen erheblichen Verringerung der Steuerungsleistung im Vergleich zu echten planerischen Ansätzen zum jetzigen Zeitpunkt gleichwohl nicht präferiert.

### d) Bezugspunkt der Mengenvorgaben

Unterschiede zwischen den Vorschlägen bestehen weiterhin hinsichtlich der Frage des genauen Bezugspunkts der Mengenvorgabe. Vorgeschlagen wird einerseits, die Vorgabe planungstypisch auf eine bestimmte auszuweisende Flächenmenge zu beziehen. Die Arbeit mit Flächenvorgaben sei in der Praxis am geläufigsten und

insoweit eine erhöhte Umsetzungswahrscheinlichkeit und -geschwindigkeit zu erwarten<sup>104</sup>.

Erwogen wird daneben aber auch, die Vorgabe als Leistungs- oder Strommengenziel zu formulieren<sup>105</sup>. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die Vorgabe, eine bestimmte Menge von Flächen auszuweisen, gerade noch nicht sicherstellt, dass auch die benötigte Anzahl an Windenergieanlagen mit der notwendigen Leistung errichtet und der benötigte Windstrom tatsächlich erzeugt wird. Ein Ausblenden des Leistungsaspekts würde vernachlässigen, dass zuletzt circa 30 Prozent der geplanten Leistung auf den planerisch ausgewiesenen Flächen aus verschiedenen Gründen nicht realisiert werden konnte<sup>106</sup>. Die alleinige Anknüpfung am Leistungsaspekt übersähe wiederum, dass auch die leistungsstärksten Anlagen auf windarmen oder aus anderen Gründen ungeeigneten Flächen nicht auf die nötigen Volllaststunden kommen und damit nicht die benötigten Strommengen produzieren. Auf den ersten Blick scheint deshalb allein ein Strommengenziel geeignet das eigentlich angestrebte Ziel bestimmter Strommengen zu gewährleisten. Werden die Strommengen nicht erreicht, blieben nur hiernach die Planungsträger weiterhin zur Ausweisung von Flächen verpflichtet, während Flächen- und auch Leistungsvorgaben zunächst aufwändig angehoben werden müssten.

Während ein Strommengenziel insoweit unter zeitlichen Aspekten vorteilhaft erscheint, darf nicht übersehen werden, dass die Feststellung der Zielverfehlung in allen Fällen zunächst eine Kontrolle der Zielerfüllung voraussetzt. Abschließend möglich ist diese aber gerade bei einem Strommengenziel erst mit erheblichem zeitlichem Nachlauf zur Flächenausweisung. Ihr

<sup>102</sup> Zurecht wird deshalb erwogen, kurzfristig eher pauschale Mengenvorgaben einzuführen und diese erst mittelfristig auszudifferenzieren, SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 18 f.

<sup>103</sup> Siehe hierzu unten C. I. 2. und 3.

<sup>104</sup> *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Dezember 2020, S. 58 f.; *von Seht*, Ausreichend Raum für die Windenergienutzung an Land. Ein Vorschlag für neue regulative Rahmenbedingungen, RuR 2021, S. 606 (611).

<sup>105</sup> *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter u. a.*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimarechten Windenergieausbau, UBA, Climate Change 21/2020, S. 29.

<sup>106</sup> UBA, Thementext Windenergie an Land, abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/erneuerbare-energien/windenergie-an-land#flaeche>, unter Bezug auf vorläufige Ergebnisse des UBA-Vorhabens „Flächenverfügbarkeit und Flächenbedarfe für den Ausbau der Windenergie an Land“.

zunächst identifizierter Vorteil dürfte sich so weitgehend auflösen. So kann bei einem Flächenziel unmittelbar nach Abschluss des Planungsverfahrens kontrolliert, d. h. gemessen werden, ob die vorgegebene Flächenmenge erreicht wurde oder nicht. Dies kann auch mittels einer Plausibilitätskontrolle geschehen<sup>107</sup>. Die Frage der Flächeneignung bliebe hier (weitgehend) ausgeklammert und einer späteren gerichtlichen Überprüfung der Flächenausweisung vorbehalten<sup>108</sup>.

Bei einem Leistungs- bzw. einem Strommengenziel ist dies jedoch anders, da die Ziele hier definitionsgemäß eine bestimmte Flächeneignung voraussetzen. Im Rahmen einer Erfüllungskontrolle solcher Ziele müsste zum einen geprüft werden, ob die Flächen ausreichend bemessen und geeignet sind, damit hier Windenergieanlagen mit der verlangten Leistung errichtet bzw. die verlangten Strommengen auch tatsächlich produziert werden können. Ob diese Anlagen dann auch tatsächlich errichtet werden und ausreichend Strom produzieren und damit das Strommengenziel erfüllt wird, kann aber nicht schon unmittelbar nach Abschluss der Planungsverfahren abschließend geklärt werden. Dies schon deshalb, weil es sich bei den Ausweisungen allein um Angebotsplanungen handelt. Eine Verpflichtung von Flächeneigentümern oder Vorhabenträgern, die vorgesehenen Vorhaben auch zu realisieren, besteht mit hin nicht. Zudem kann bei der Flächenausweisung auf Grundlage einer prognostischen Beurteilung allein sichergestellt werden, dass sich Windenergievorhaben auf den Flächen regelmäßig und nicht nur im Einzelfall auch im Zulassungsverfahren werden durchsetzen können. Wie viele Anlagen aber letztlich installiert werden, dürfte erst etwa fünf Jahre nach Abschluss der Planungsverfahren weitestgehend feststehen. Die Kontrolle, ob diese Anlagen auch die erforderlichen Strommengen

produzieren, dürfte wiederum angesichts der jährlich schwankenden Windverhältnisse erst nach weiteren Jahren möglich sein.

Zwar kann versucht werden, die jeweiligen Nachteile der möglichen Bezugspunkte von Mengenvorgaben auszugleichen. Dies bliebe jedoch nicht ohne Auswirkungen auf Verfahrensdauer und Rechtssicherheit der Planungsverfahren und dürfte zudem nur teilweise möglich sein. Im Falle von reinen Flächenvorgaben könnte insbesondere bei der Berechnung des Flächenziels von vorne herein berücksichtigt werden, dass ein gewisser Anteil der ausgewiesenen Flächen trotz Prüfung der Flächeneignung im Planungsverfahren später nicht bebaut wird und dies entsprechend „eingepreist“ bzw. „aufgeschlagen“ werden. Dies könnte auch bei Strommengenzielen Berücksichtigung finden und zwar bei den Vorgaben, die hier den Planungsträgern für die Umrechnung der Strommengenziele in auszuweisende Flächenmengen zu machen wären.

Entscheidender als der konkrete Bezugspunkt der Mengenvorgabe dürfte wegen der verbleibenden Schwierigkeiten einer hinreichend zeitnahen Erfüllungskontrolle aber sein, dass die Mengenvorgaben im Rahmen einer zeitlichen Stufung der Ziele regelmäßig auf Grundlage des erreichten Windenergiezubaues und der erreichten Strommengen evaluiert und auf der Grundlage dann aktueller Bedarfsabschätzungen und des aktuellen Stands der Technik fortgeschrieben werden<sup>109</sup>. Maßgeblich ist hierfür nicht die Fehlerlosigkeit der ursprünglich getroffenen Prognose im Rahmen der Planaufstellungsverfahren, sondern der tatsächlich erreichte Ausbau. Rechtstechnisch kann dies durch eine Befristung der Zielformulierung und der an sie anknüpfenden Ausschlusswirkung der Konzentrationszonenplanung erreicht werden<sup>110</sup>. Soweit die Mengenvorgaben ohnehin zusätzlich noch

<sup>107</sup> Zum Vorschlag, mit dieser Prüfung die Bundesnetzagentur zu betrauen *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Dezember 2020, S. 64 ff. Unklar scheint allerdings das Verhältnis einer solchen Kontrolle zur ohnehin stattfindenden behördlichen Prüfung von Flächennutzungsplänen und Regionalplänen vor ihrem Inkrafttreten.

<sup>108</sup> Insoweit bestünde kein Unterschied zur gegenwärtigen Rechtslage, vgl. dazu oben bei Fn. 38.

<sup>109</sup> In diese Richtung auch SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S.18.

<sup>110</sup> So auch der Vorschlag *Kments*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Dezember 2020, S. 66 f.

zeitlich gestuft werden sollen<sup>111</sup>, kann an diese Zeiträume angeknüpft und die Zwischenziele auf Grundlage der Evaluierung für die anstehende Plananpassung angepasst werden, und so eine Annäherung und schließlich das Erreichen der erforderlichen Strommengen gelingen.

### e) Mengenvorgaben als neue Fehlerquelle

Von geringer Aussagekraft erweist sich auch der Vergleich der verschiedenen Vorschläge mit Blick darauf, ob die konkrete Umsetzung der Mengenvorgabe zu einer neuen Fehlerquelle zu werden droht. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn die Mengenvorgabe und ihre Konkretisierungen auf den einzelnen Planungsstufen je für sich gerichtlich angegriffen werden könnten.

Im Falle einer gesetzlichen Fixierung der in verschiedenen Varianten diskutierten fachplanerischen Mengenvorgabe könnte diese aber von vorne herein – jenseits einer rein fachgerichtlichen Evidenzkontrolle<sup>112</sup> – ausschließlich vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffen werden. Hier wären dann auch die weiten Spielräume des Gesetzgebers bei fachplanerischen Prognoseentscheidungen zu berücksichtigen<sup>113</sup>. Soweit der Bundesgesetzgeber seine Mengenvorgabe mit entsprechenden Bedarfsuntersuchungen unterlegt, erscheint die Angreifbarkeit einer solchen Vorgabe deshalb als eher gering<sup>114</sup>.

Ebenso könnte aber auch ein alternativ aufzustellender Bundesraumordnungsplan mit einer Mengenzielvorgabe in Gesetzesform verabschiedet werden. Dies bietet sich schon deshalb an, um der Entscheidung über Mengenvorgaben eine

besonders hohe demokratische Legitimation zu verleihen<sup>115</sup>. Auch ein solcher Plan in Gesetzesform wäre allein vor dem Bundesverfassungsgericht angreifbar. Auch hier wären die entsprechenden Spielräume des Gesetzgebers bei Entscheidungen mit Prognosecharakter zu berücksichtigen. Dass insoweit ein erheblicher Unterschied zwischen den Vorschlägen besteht, ist nicht erkennbar.

### f) Kommunale Planungshoheit

Mit Blick auf die nach Art. 28 Abs. 2 GG geschützte Planungshoheit der Gemeinden würde die intensivste Beeinträchtigung von einer rein fachplanerischen Flächenausweisung nach dem Vorbild des Windenergie-auf-See-Gesetzes ausgehen. Nur hiernach würde das Fachplanungsprivileg des § 38 BauGB eingreifen, wonach unter anderem das Erfordernis für ein gemeindliches Einvernehmen im Zulassungsverfahren entfiel. Zwischen einem raumordnerischen Vorgehen und der Zuweisung von Windenergie-Beitragswerten beständen diesbezüglich dagegen eher geringe Unterschiede. Insgesamt stünde die Planungshoheit der Gemeinden einer Umsetzung der Vorschläge nicht entgegen, müsste aber bei der Ausgestaltung natürlich berücksichtigt werden<sup>116</sup>.

Entscheidend ist für diese Bewertung zum einen, dass es für Art. 28 Abs. 2 GG in der Ausprägung als subjektive Rechtsstellungsgarantie individueller Kommunen gerade nicht von Bedeutung ist, dass der Windenergieausbau absolut betrachtet und über alle Gemeindegebiete hinweg eine erhebliche Fläche einnehmen soll. Relevant ist vielmehr allein der den einzelnen Kommunen zukommende Flächenanteil. Mit

<sup>111</sup> Siehe hierzu sogleich unter B. III. 1.

<sup>112</sup> Vgl. etwa BVerwG 4 A 5/14, juris Rn. 52.

<sup>113</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 08.06.1998 – 1 BvR 650/97 u. a., juris Rn. 11 f.; *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, 2020, S. 56 ff.

<sup>114</sup> Ausführlich zu den insoweit bestehenden Anforderungen *Köck/Bovet/Fischer u. a.*, Das Instrument der Bedarfsplanung – Rechtliche Möglichkeiten für und verfahrensrechtliche Anforderungen an ein Instrument für mehr Umweltschutz, UBA-Texte 55/2017 sowie *Köck*, Die Bedarfsplanung im Infrastrukturrecht, ZUR 2011, S. 579 ff.

<sup>115</sup> Diese Konstellation ist nicht vergleichbar mit sog. Legalplanungen, bei denen es um die Zulassung

konkreter Projekte mittels Gesetz geht. Anders als dort wird durch eine gesetzliche Ausgestaltung der Mengenvorgaben der Rechtsschutz gegen Einzelvorhaben nicht beschnitten. Zu den deutlich problematischen Legalplanungen und den damit zusammenhängenden Rechtsschutzfragen siehe *Wegener*, Verkehrsinfrastrukturgenehmigungen durch Gesetz und ohne fachgerichtlichen Rechtsschutz?, ZUR 2020, S. 195 ff. sowie *Wegener*, Subjektiv-rechtliche Ansätze im Völkerrecht zum Schutz biologischer Vielfalt, 2018, S. 416 f.

<sup>116</sup> *Köck*, Flächensicherung für erneuerbare Energien durch die Raumordnung, DVBl 2012, S. 3 (8); Zur Notwendigkeit einer Anhörung der Gemeinden *Guckelberger*, Höherrangige Vorgaben integrativer räumlicher Steuerung: Verfassungsrecht und Unionsrecht, ZUR 2021, S. 6 (10).

durchschnittlich 2 % läge dieser aber jedenfalls weit unterhalb dessen, was bei der fachplanerischen Zulassung anderer Infrastrukturen üblich ist. So nimmt bspw. die Zuweisung von Standorten für Flughäfen regelmäßig erheblich größere Flächenanteile ein, ohne dass dies vor Art. 28 Abs. 2 GG aufgrund der bestehenden Beschränkungsmöglichkeiten der kommunalen Planungshoheit zum unüberwindlichen Problem würde<sup>117</sup>.

Die überschlägige Bewertung wird – zum anderen – bereits auch mit Blick auf die gegenwärtige Rechtslage bei der Flächenausweisung für die Windenergie bestätigt: Nach dieser haben Kommunen gerade in denjenigen Bundesländern, in denen eine abschließende Steuerung der Windenergie auf raumordnerischer Ebene stattfindet, schon heute nur einen geringen Einfluss auf die Fragen, wo, zu welchem Zeitpunkt und wie viel Fläche der Windenergie zur Verfügung gestellt wird, ohne dass insoweit eine Verletzung der kommunalen Planungshoheit festgestellt wird. Eine Verstärkung der Beeinträchtigung der kommunalen Planungshoheit gegenüber dem heutigen Zustand würde aber sowohl bei der raumordnerischen Umsetzung von Mengenzielvorgaben als auch bei der Umsetzung von Windenergie-Beitragswerten allein darin liegen, dass die auszuweisenden Flächen im Durchschnitt größer würden. Sofern dadurch im Einzelfall überhaupt von einem Eingriff in die kommunale Planungshoheit auszugehen wäre<sup>118</sup>, könnte dieser mit Blick auf das hohe Interesse am Ausbau der Windenergie und die Notwendigkeit von dessen Koordinierung zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit und dem Erreichen der Klimaschutzziele gerechtfertigt werden<sup>119</sup>.

### Zwischenergebnisse auf einen Blick

- ▶ Für die Ausgestaltung der bundesrechtlichen Vorgabe, zwei Prozent der

Landesflächen für die Windenergie auszuweisen, kommen sowohl raumordnungs- als auch fachplanungsrechtliche Ansätze in Frage.

- ▶ Unabhängig von der Wahl des rechtlichen Ansatzes sollte aufgrund von kompetenzrechtlichen Unsicherheiten die Verbindlichkeit der Vorgabe jedenfalls zusätzlich durch ihre Verknüpfung mit der Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen abgesichert werden.
- ▶ Bei der Zuweisung von Teilmengen an Länder, Planungsregionen oder Kommunen muss verhindert werden, dass dort bestehende Planungsdynamiken beeinträchtigt werden und die Flächenausweisung damit zurückgeworfen wird.
- ▶ Die Implementierung einer bundesweiten Mengenvorgabe und ihre konkrete Umsetzung in Flächen braucht Zeit. Es ist eine politische Entscheidung, ob dieser Aufwand betrieben werden soll, um auf Grundlage der Mengenzuweisung eine planerisch-räumlich differenzierte Steuerung des notwendigen Windenergieausbaus zu erreichen.

### III. Übergang zu bundesweiten Mengenvorgaben gestalten

Die Einführung einer Mengenvorgabe durch den Bundesgesetzgeber und ihre Verknüpfung mit der Ausschlusswirkung der Flächenausweisungen würde darauf abzielen, überall dort Planfortschreibungen bzw. Planneuaufstellungen auszulösen, wo die aufgegebenen Flächenmengen bislang nicht bereitgestellt wurden. Der Übergang zu einem so veränderten Planungssystem und Planungen, die diesen Mengenvorgaben genügen, bringt zahlreiche Fragen mit sich, die in Übergangsregelungen zu adressieren sind<sup>120</sup>. Diese Regelungen müssten

<sup>117</sup> Vgl. VGH München, Urt. v. 19.02.2014 – 8 A 11.40040, juris Rn. 652; VerGH NRW, Urt. v. 11.02.1992 – 6/91, juris Rn. 23.

<sup>118</sup> Zu den Anforderungen vgl. zuletzt VerGH NRW, Urt. v. 1.12.2020 – 10/19, juris Rn. 64; allgemein Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 35.

<sup>119</sup> So im Ergebnis auch *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von

Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, 2020, S. 71.

<sup>120</sup> Dies muss ggf. abweichend zu den allgemeinen planungsrechtlichen Überleitungsvorschriften geschehen. Gem. § 233 Abs. 1 BauGB sind bereits vor dem Inkrafttreten von Rechtsänderungen begonnene Verfahren nach den bislang geltenden Regelungen zu Ende zu führen. Gem. § 233 Abs. 3 BauGB gelten auf Grundlage

sowohl die bestehenden Raumpläne der verschiedenen Planungsebenen und deren Rechtswirkungen<sup>121</sup> als auch die auf Grundlage der bisherigen Regelungen begonnenen Planungsverfahren erfassen.

In dem Maße wie die Einführung von Mengenvorgaben ihre Wirkung entfalteten, könnten zeitgleich zahlreiche Planungsverfahren in ganz Deutschland ausgelöst werden und es zu deren Absicherung wiederum zu langwierigen Beschränkungen des Windenergieausbaus in den betroffenen Plangebieten kommen. Dabei könnten sich diese Verfahren auch dadurch weiter verzögern, dass nicht allein die Planungsträger, sondern auch die in diesem Bereich tätigen Planungsbüros erheblich beansprucht würden. Personelle Engpässe wären deshalb auch hier möglich.

Sofern nicht abweichend in Übergangsbestimmungen geregelt, folgte in diesem Fall in Gebieten mit wirksamen Konzentrationszonenplanungen aus deren Ausschlusswirkung, dass eine Realisierung von Anlagen jenseits der ausgewiesenen Flächen bis zum Abschluss der Neuplanungen oder Planfortschreibungen nicht möglich wäre. In Gebieten ohne wirksame Ausschlussplanung bestünde die Möglichkeit, dass die Träger der Planungsverfahren bzw. die Landesgesetzgeber die künftigen Planungen zu schützen versuchten. Erreichen könnten sie dies mittels der gesetzlich vorgesehenen Plansicherungsinstrumente (Zurückstellung von Baugesuchen bzw. Untersagung raumbedeutsamer Maßnahmen) bzw. mittels sog. Windenergiemoratorien, so dass bis zum Inkrafttreten der neuen Pläne bzw. bis zum Ablauf der Fristen der Sicherungsinstrumente die Zulassung von Windenergievorhaben auch hier weitreichend beschränkt werden könnte.

Wegen der Gleichzeitigkeit zahlreicher Verfahren und entsprechend weitreichender paralleler Beschränkungen drohte dann ein Fadenriss auf Zulassungsebene. Dies würde

eine erhebliche Verzögerung des weiteren Ausbaus der Windenergie bedeuten, dem der Gesetzgeber aktiv vorbeugen sollte. Hierfür bieten sich verschiedene regulatorische Optionen an.

### 1. Zeitliche Staffelung der Umsetzungsfristen

#### Inhalt

- ▶ **Zeitliche Staffelung der Umsetzungsfristen zur Entzerrung von Planungsverfahren und daran anknüpfender Plansicherungsinstrumente.**

Eine Entzerrung der Planungsverfahren und daran anknüpfender Sicherungsinstrumente kann durch die zeitliche Staffelung der Fristen für die Umsetzung der Mengenvorgaben erreicht werden. Eine zeitliche Staffelung sollte dafür auch aus diesem Grund<sup>122</sup> nicht so erfolgen, dass die Mengenvorgaben unmittelbar auf das Gesamtziel der Klimaneutralität hin ausgerichtet werden und damit zur Ausweisung entsprechend umfangreicher Flächen verpflichten. Vielmehr sollten für mehrere Zeitpunkte Zwischenziele formuliert werden. Diese Zeitpunkte müssten einerseits so gewählt werden, dass bis dahin genügend Zeit besteht, die Planungsverfahren durchzuführen, und zum anderen ausreichend Zeit verbleibt, auf den ausgewiesenen Flächen Anlagen zu realisieren, so dass die Klimaschutz- und Ausbauziele nach KSG und EEG 2021 erreicht werden können. Dadurch könnten diejenigen Planungsträger zunächst auf eine Fortschreibung der Pläne verzichten, die das erste zu setzende Zwischenziel bereits mit den vorhandenen Plänen erreicht haben. Jenseits der Vermeidung von Fadenrissen in der Projektierung dürfte dieses Vorgehen auch unter Akzeptanzgesichtspunkten vorteilhaft sein, da

bisheriger Fassung des Gesetzes wirksame Pläne und Satzungen fort.

<sup>121</sup> Insbesondere ihre bislang vorhandene Ausschlusswirkung, die nach hiesigen Vorstellungen jedenfalls bis zum Ablauf einer Frist zur Anpassung von Plänen an die Mengenvorgaben fortgelten würde. Zudem stellt sich aber auch bei Plänen ohne Ausschlusswirkung die Frage, ob diesen künftig bei Erreichen der Mengenziele eine Ausschlusswirkung zukommen sollte bzw. ob diese nach Umstellung der bisherigen

Konzentrationszonenplanung in Richtung einer Positivplanung auf vereinfachtem Weg herbeigeführt werden kann.

<sup>122</sup> Zum weiteren Grund, die unterschiedlichen Planungsdynamiken in den Ländern zu berücksichtigen, siehe oben unter B. II. 4. b). Dies würde allerdings eine zeitlich differenzierte Staffelung nach einzelnen Ländern bedingen.

Zwischenziele dazu beitragen können, Anwohner vor Ort und auch die betroffenen Planungsträger nicht zu überfordern. Zudem fördern sie einen gleichmäßigeren Zubau über alle Planungsregionen hinweg und erlauben ein Nachsteuern auf der Grundlage des jeweils erreichten Zubaus und ggf. vorhandener technischer Innovationen.

Eine zeitliche Staffelung der Mengenziele könnte zudem im Hinblick auf einzelne Planungsträger stattfinden. So könnten die Mengenvorgaben für solche Planungsträger durch Verschiebung der Fristen erst zu einem späteren Zeitpunkt greifen, die sich aktuell bereits in laufenden Planungsverfahren zur Erweiterung der Flächen für die Windenergie befinden. Für diese Fälle könnte entweder pauschal davon ausgegangen werden, dass hier ohnehin weitergehende Flächenausweisungen und damit jedenfalls eine Annäherung an die jeweilige Mengenvorgabe stattfinden wird. Unter dieser Annahme schiene es nicht sachgerecht, die bereits begonnenen Planungsverfahren abzubrechen oder auch nur dadurch zu verzögern, dass das Abwägungsgerüst der Planung wegen neuer Mengenvorgaben erheblich zu modifizieren ist. Denkbar wäre es aber auch, allein solche Planungsverfahren von den Mengenvorgaben befristet auszunehmen, die entweder schon einen bestimmten Planungsstand erreicht haben und deshalb kurz vor dem Abschluss stehen, und/oder die nach dem aktuellen Stand der Planentwürfe auf einen Flächenumfang für die Windenergie abzielen, der den künftigen Vorgaben zumindest nahekommt. Die Abschätzung, wie viele Planungsverfahren hiervon betroffen wären, wäre zwar aufwändiger. Auf der anderen Seite bestünde aber auch Sicherheit darüber, dass allein solche Verfahren fortgesetzt werden, die der Windenergie zeitnah Flächen bereitstellen, die in ihrem Umfang den künftigen Zielen jedenfalls nahekommen. Je nach Ausgestaltung dürfte eine mehr oder weniger große Entzerrung der Planungsverfahren erreicht werden.

## 2. Antizipation zukünftiger Flächenausweisungen in Gebieten mit Altplänen

### Inhalt

- Relativierung der Ausschlusswirkung von Altplänen bei Vorliegen von Planentwürfen.

Für diejenigen Plangebiete, in denen Pläne fortgeschrieben werden und bis zum Abschluss der Fortschreibung noch Altpläne mit Ausschlusswirkung i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gelten, könnte der Übergang zudem durch Verkürzung der Zeiträume einer „Flächensperrung“ abgemildert werden. Zwar werden in diesen Fällen regelmäßig keine Plansicherungsinstrumente aktiviert oder gesetzliche Moratorien erlassen, da der vorhandene Altplan noch Steuerungskraft entfaltet. Dessen fortgeltende Ausschlusswirkung führt aber zugleich dazu, dass neue Flächen für die Windenergie erst mit Abschluss der Planfortschreibung genutzt werden können, da die Zulassung von Vorhaben auf den in den Planentwürfen bereits vorgesehenen Flächen bis dahin noch an der Ausschlusswirkung der Altpläne scheitert.

Rechtstechnisch könnte eine Verkürzung des Übergangs in diesen Fällen dadurch geschehen, dass den Planentwürfen in einem fortgeschrittenen Planungsstadium bereits eine Wirkung beigemessen wird, welche die Ausschlusswirkung des noch bestehenden Altplans beschränkt. Dies geht über das bestehende Recht hinaus, nach dem Planentwürfen allein eine mittelbar vorhabenversagende Wirkung beigemessen wird. Diese entfalten sie zum einen, wenn sie Anknüpfungspunkt für Plansicherungsinstrumente sind oder, zum anderen, im Falle von in Aufstellung befindlichen Zielen der Raumordnung, wenn deren Entwurf als ungeschriebener öffentlicher Belang nach § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB der Zulassung von Vorhaben entgegenstehen kann.

Im Unterschied hierzu könnte eine planerisch vorhabenbejahende (nicht zulassende) Wirkung von Planentwürfen gesetzgeberisch begründet werden. Diese vorhabenfördernde Wirkung läge allein in der Aufhebung der Ausschlusswirkung des Altplans für solche Flächen, die in den

Planentwürfen für Windenergienutzungen vorgesehen sind. Eine vorhabenzulassende Wirkung kommt den Planentwürfen damit nicht zu<sup>123</sup>, was angesichts ihres noch ausstehenden Beschlusses auch problematisch wäre. Die Zulassung einzelner Vorhaben erfolgte hiernach vielmehr allein auf Grundlage der Privilegierung von Windenergievorhaben, das heißt unter dem Vorbehalt des Entgegenstehens von öffentlichen Belangen im Einzelfall nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB. Allein der Umstand, dass der noch gültige Altplan am beantragten Standort gerade keine Windenergienutzung vorsieht, könnte den Vorhaben nicht mehr entgegengehalten werden und so bereits eine Zulassung vor dem erst später erfolgenden Beschluss des neuen Plans stattfinden. Eine entsprechende Regelung zur Relativierung der Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen, die in ihrer Zielrichtung an die Regelung nach § 33 BauGB (Zulässigkeit von Vorhaben während der Planaufstellung) angelehnt ist, könnte systematisch im Rahmen von § 35 Abs. 3 BauGB umgesetzt werden.

### 3. Verhinderung von Flächensperrungen insbesondere in Gebieten ohne Bestandspläne

#### Inhalt

- ▶ Beschränkung der „Flächensperrungen“ insbesondere in Gebieten ohne Bestandspläne durch die Begrenzung von Plansicherungsinstrumenten und „Moratorien“.
- ▶ Schaffung einer befristeten subsidiären planersetzenden Regelung als mögliche Auffanglösung gegenüber

#### der Beschränkung landesrechtlicher Moratorien.

Die zeitnahe planerische Bereitstellung von mehr Flächen ist aber vor allen Dingen dort gefährdet, wo Planungsträger oder Landesgesetzgeber zu den gesetzlich geregelten Plansicherungsinstrumenten greifen oder landesrechtliche „Windenergiemoratorien“ erlassen. Deren Verzögerungspotenzial liegt insbesondere darin, dass sie eine Fristsetzung für die Umsetzung der bundesrechtlichen Mengenvorgaben<sup>124</sup> unterlaufen könnten<sup>125</sup>: Plansicherungsinstrumente und landesrechtliche Moratorien sichern Planungsverfahren im Wege eines Durchgriffs auf die Zulassungsebene. Greifen sie, wäre eine Zulassung von Windenergievorhaben auf Grundlage ihrer Außenbereichsprivilegierung selbst dann nicht möglich, wenn die Frist für die Umsetzung der Mengenvorgaben bereits abgelaufen ist und nunmehr das Außenbereichsregime greifen soll. Der Mechanismus einer Verknüpfung von Mengenvorgaben und Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen droht ins Leere zu laufen.

#### Zurückstellung von Baugesuchen und Veränderungssperren

Um dies zu verhindern, kann der Gesetzgeber zunächst das Sicherungsinstrument der Zurückstellung von Baugesuchen nach § 15 Abs. 3 BauGB umgestalten. So könnte die schon bislang vorhandene zeitliche Befristung<sup>126</sup>, die allerdings einen wiederholten Einsatz der Zurückstellung nicht verhindert („Kettenzurückstellungen“), zusätzlich mit der Umsetzungsfrist für die bundesrechtliche Mengenvorgabe abgestimmt werden, um deren Unterlaufen zu verhindern<sup>127</sup>. Eine weitergehende Beschränkung wäre zudem für Fälle denkbar, in denen die im Grundsatz abschließende räumliche Steuerung von Windenergievorhaben bereits auf Raumordnungsebene stattfindet. Die

<sup>123</sup> Eine vorhabenfördernde Wirkung kommt allerdings auch den beschlossenen Konzentrationszonenplanungen nur sehr eingeschränkt zu, da auch bei deren Vorliegen eine Zulassung weiterhin nach Maßgabe von § 35 BauGB erfolgt.

<sup>124</sup> Siehe hierzu oben unter B. II. 1. sowie 3.

<sup>125</sup> So auch SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 19.

<sup>126</sup> Gem. § 15 Abs. 3 BauGB: Zurückstellung für längstens ein Jahr sowie Möglichkeit der Verlängerung um ein

weiteres Jahr bei Vorliegen besonderer Umstände. Aufgrund der Antragsfrist nach § 15 Abs. 3 S. 3 BauGB kann ein weiteres halbes Jahr verstreichen, aufgrund des Anrechnungsverbots nach § 15 Abs. 3 S. 2 BauGB adiert sich dieser Zeitraum zu der Zurückstellung hinzu.

<sup>127</sup> Ansätze für Veränderungen könnten zudem die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung der Zurückstellung sein, namentlich der hierfür notwendige Verfahrensstand des Planungsprozesses sowie die Antragsfrist.

Flächennutzungsplanung vollzieht hier in erster Linie die Grenzziehungen der Raumordnung nach und darf nur noch sehr begrenzt Konkretisierungen der raumordnerischen Gebietsfestlegungen vornehmen. Wegen des hier nur sehr eingeschränkt anzuerkennenden Sicherheitsbedürfnisses schiene es auch möglich, für diese Fälle insgesamt das Instrument der Zurückstellung von Baugesuchen, das in diesen Konstellationen nach § 15 Abs. 1 BauGB Anwendung findet, für unanwendbar zu erklären.

Vergleichbar werden durch die Kommunen in solchen Konstellationen auch Veränderungssperren nach § 14 BauGB beschlossen, um Bebauungsplanungen abzusichern, die eine Feinsteuerung der Windenergiestandorte innerhalb ausgewiesener Konzentrationszonen umsetzen sollen. Solche Planungen sind fraglos legitim. Fraglich erscheint allerdings, ob angesichts des bestehenden Zeitdrucks solche Feinsteuerungen über das Instrument der Veränderungssperre auch zu Verzögerungen von Anlagenrealisierungen von zwei Jahren und mehr<sup>128</sup> führen können sollten.

### Plansicherung auf Raumordnungsebene

Die Abstimmung des Mechanismus einer Verknüpfung von Mengenvorgaben und Ausschlussplanung einerseits und den Plansicherungsinstrumenten andererseits fällt dem Bundesgesetzgeber dagegen von vorne herein dort schwer, wo diese Sicherungsinstrumente in der Raumordnung verankert sind. Zwar könnte der Bundesgesetzgeber das Instrument der Untersagung raumordnerischer Maßnahmen nach § 12 Abs. 2 ROG anpassen und zeitlich mit den Fristen für die Umsetzung der bundesrechtlichen Mengenvorgaben synchronisieren. Fraglich scheint aber, ob nicht die Länder von einer solchen Regelung wiederum

abweichen könnten oder ob die Länder eine solche Beschränkung des zeitlichen Anwendungsbereichs von § 12 Abs. 2 ROG nicht mittels eines landesrechtlichen Windenergiemoratoriums nach dem Vorbild der Regelung in Brandenburg<sup>129</sup> sowie der inzwischen außer Kraft getretenen Regelung in Schleswig-Holstein<sup>130</sup> zeitweise unterlaufen könnten<sup>131</sup>. Diese sind in ihrer Wirkungsweise parallel zu den bundesrechtlich normierten Plansicherungsinstrumenten ausgestaltet, erlauben jedoch darüber hinaus eine generelle im Gegensatz zu einer bloß einzelfallbezogenen Untersagung von Windenergievorhaben.

Ob die Länder eigene abweichende Regelungen schaffen können, hängt davon ab, ob sie sich hierfür auf ihre Abweichungskompetenz im Bereich der Raumordnung (Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG) berufen können. In der Literatur wird dies insbesondere unter Verweis auf die hier beschriebene Gefahr bestritten, dass dann die bauplanungsrechtliche Außenbereichsprivilegierung der Windenergie ausgehebelt werden kann<sup>132</sup>. Die Oberverwaltungsgerichte von Schleswig-Holstein und Brandenburg sind dem gleichwohl nicht gefolgt und haben die Landesgesetzgebungskompetenz für die Moratorien bestätigt<sup>133</sup>. Eine verfassungsgerichtliche Entscheidung hierzu liegt gleichwohl nicht vor<sup>134</sup>.

### Weitere Handlungsoptionen des Bundesgesetzgebers

Dem Bundesgesetzgeber bleiben vor diesem Hintergrund gleichwohl unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten. Zum einen könnte er von seiner durchaus bestehenden Vollkompetenz für den Bereich der Raumordnung Gebrauch machen und die vorstehend beschriebene Synchronisierung zwischen Plansicherungsregelung im

<sup>128</sup> Vgl. § 17 BauGB.

<sup>129</sup> Vgl. § 2c RegBKPIG.

<sup>130</sup> § 18a Abs. 1 S. 2 LaplaG S-H in seiner bis zum 31.12.2020 gültigen Fassung, Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein 2019, Nr. 8, S. 98.

<sup>131</sup> Ein Unterlaufen wäre deshalb nur zeitweise möglich, weil die Plansicherungsinstrumente Grundrechtseingriffe darstellen und die Verhältnismäßigkeit solcher Regelungen allein ihre zeitlich begrenzte Geltung erlaubt, vgl. OVG Schleswig, Urt. v. 26.02.2020 – 5 LB 6/19, juris Rn. 69 f.

<sup>132</sup> *Bringewat*; Recht- und Verfassungsmäßigkeit des Windenergieplanungssicherungsgesetzes (WEPSG), NordÖR 2016, S. 240 (245); *Kindler*, Zur

Steuerkraft der Raumordnungsplanung, 2018, S. 171 f.; *Zachow*, Windenergieplanungssicherungsgesetz, 2018, S. 136 ff.

<sup>133</sup> OVG Schleswig, Urt. v. 29.03.2017 – 1 LB 2/15, juris Rn. 52 ff.; Urt. v. 26.02.2020 – 5 LB 6/19, juris Rn. 52 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.01.2020 – OVG 11 B 5.18, juris Rn. 33 f.

<sup>134</sup> Auch das Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein hat mangels Zulässigkeit einer gegen § 18a LaplaG S-H geführten Klage über die inhaltliche Frage der einschlägigen Gesetzgebungskompetenz nicht geurteilt, vgl. LVerfG SH, Beschl. v. 17.06.2016 – 3/15, 1/16.

Raumordnungsgesetz und Frist zur Umsetzung der Mengenvorgabe auch hier herbeiführen. Würden hiervon nun einzelne Länder mit eigenen Regelungen abweichen, könnte hiergegen ein Verfahren beim Bundesverfassungsgericht angestrengt und so eine endgültige Klärung der in Literatur und landesgerichtlicher Rechtsprechung abweichend beantworteten Rechtsfrage herbeigeführt werden<sup>135</sup>.

Alternativ könnte der Bund aber auch versuchen, neben einer Regelung zur zeitlichen Synchronisierung von Plansicherung und Umsetzung der Mengenvorgaben eine Regelung zu schaffen, welche die Sicherungsbedürfnisse der Planungsträger und Landesgesetzgeber so weitgehend erfüllt, dass diese auf die Schaffung eigener Regelungen verzichten.

Um dies zu erreichen könnte eine subsidiäre, planersetzende Regelung geschaffen werden<sup>136</sup>. Diese wäre in ihrer Konstruktion an die Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB angelehnt, würde jedoch weitergehend als dort auf diejenigen Steuerungsinteressen hin ausgerichtet, welche die Länder mittels der Moratorien primär zu schützen suchen. Dies könnte etwa dadurch geschehen, dass die Regelung nur für die Zulassung einer bestimmten Mehrzahl von Anlagen (bspw. mindestens drei Windenergieanlagen) gilt, um so auch ohne wirksamen Raumordnungsplan eine gewisse Konzentrationswirkung zu gewährleisten. Zudem könnte sie räumlich von vorne herein auf Bereiche außerhalb bestimmter Siedlungsabstände beschränkt werden, um ein generelles Heranrücken von Windenergievorhaben an Wohnnutzungen zu verhindern.

In diesem Punkt erinnert eine solche Regelung zwar an die „Mindestabstandsregelungen“ in den Ländern, die dort auf Grundlage von § 249 Abs. 3 BauGB geschaffen wurden und die Wirkung der Außenbereichsprivilegierung der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB räumlich beschränken. Anders als diese wäre die hier

skizzierte Regelung jedoch gegenüber Konzentrationszonenplanungen subsidiär, würde also durch deren Fertigstellung wieder verdrängt. Diesen subsidiären Charakter würde man dadurch erreichen, dass sie zum einen auflösend durch das Inkrafttreten einer Konzentrationszonenplanung bedingt sind, und zum anderen dadurch, dass ihre Geltung einer Befristung unterliegen sollte. Auf diesem Weg bliebe ein Anreiz der Planungsträger erhalten, die beabsichtigte Planung auch tatsächlich zu betreiben und zeitnah fertigzustellen.

Da eine solche Regelung nichtsdestotrotz in ihrer Sicherungswirkung und auch in ihrer zeitlichen Geltung hinter den bislang geschaffenen landesrechtlichen Moratorien zurückbleiben müsste, bliebe aber letztlich fraglich, ob Länder sich von der Schaffung eigener Sicherungsinstrumente auf diesem Weg abhalten ließen.

<sup>135</sup> Prozessual wäre hier das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG einschlägig.

<sup>136</sup> Angelehnt an *Albrecht/Zschiegner*, Noch einmal landesgesetzliche Abstandsregelungen für Windkraftanlagen nach § 249 III BauGB, NVwZ 2015, S. 1254 (1254 ff.). Siehe auch bereits *Wegner*, Ansätze zum Umgang mit

Fehlern und zur Begrenzung der Fehlerfolgen bei Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 39 vom 06.03.2019, S. 19 ff.

# C. Flächensicherung und -bereitstellung vereinfachen und beschleunigen

## I. Status quo und Reformziele

### Überblick

#### Status quo:

- ▶ Mithilfe von Außenbereichsprivilegierung und Konzentrationszonenplanungen wurde der heutige Stand der Flächenausweisung und des Zubaus außerhalb ausgewiesener Flächen erreicht.
- ▶ Als äußerst hilfreich hat sich die Außenbereichsprivilegierung als rechtlicher „Normalfall“ des Planungssystems erwiesen.
- ▶ Das Gebot, der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen, ist weder rechtssicher handhabbar noch ist es an die Ausbauziele rückgebunden.
- ▶ Die Steuerung des Ausbaus mittels Konzentrationszonenplanungen funktioniert auch sonst vielfach nicht, da
  - ▷ Konzentrationszonenplanungen einerseits aktuell zu komplex und fehleranfällig sowie andererseits zu aufwändig und damit langwierig sind,
  - ▷ allgemeine Fehlerfolgenregelungen vielfach nicht greifen, so dass vielfältige Planungsfehler meist auch zur Aufhebung von Konzentrationszonenplanungen führen und
  - ▷ bis zur Neuaufstellung von Plänen Plansicherungsinstrumente und Moratorien ergriffen werden, die die Flächenbereitstellung stark verzögern.

#### Ziele:

- ▶ Erhaltung der positiven Eigenschaften des bisherigen Planungssystems (Planerische Untätigkeit darf keine

Option sein; Klageanreize für Windenergiegegner dürfen nicht geschaffen werden),

- ▶ Reduktion von Komplexität und Planungsaufwand,
- ▶ Erhöhung der Gerichtsfestigkeit der Pläne durch neue Fehlerfolgenregelungen sowie
- ▶ Vermeidung von Verzögerungen der Flächenbereitstellungen im Falle von Planaufhebungen.
- ▶ Verknüpfung der reformierten Flächenbereitstellung mit einer bundesrechtlichen Mengenvorgabe (siehe oben).

Das derzeitige Planungsrechtssystem hat zur Bereitstellung von Flächen in erheblichem, wenn auch – gemessen an den künftigen Ausbauzielen – nicht ausreichendem Umfang beigetragen. Hierfür ursächlich war zum einen ganz wesentlich die allgemeine Außenbereichsprivilegierung der Windenergie, die den rechtlichen Ausgangspunkt, den „Normalfall“ des Systems markiert und dessen „Rückfallebene“ darstellt, sofern Konzentrationszonenplanungen aufgehoben werden. Wegen ihres Bestehens ist Untätigkeit der Planungsträger keine Option zur Verhinderung der Flächenbereitstellung. Diese sind vielmehr zur konstruktiven Planung gezwungen und das heißt, dass sie der Windenergie im Mindestmaß substanziell Raum verschaffen müssen. Zum anderen bestehen durch die Außenbereichsprivilegierung als Rückfallebene für „Windenergiegegner“ keine Klageanreize, weil das „Wegklagen“ von Konzentrationszonenplänen zur Öffnung des gesamten Außenbereichs auf Basis der Außenprivilegierung führt, sofern nicht im Einzelfall eine wirksame Ausschlussplanung auf Flächennutzungsplanebene vorliegt. Beide Merkmale des derzeitigen Systems der Flächenbereitstellung sind deshalb erhaltungswürdig und sollten allenfalls gegen funktionale Äquivalente ausgetauscht werden.

Trotz dieser aus Windenergiesicht positiven Eigenschaften wurden mit dem bisherigen System der Flächenbereitstellung nicht in ausreichendem Umfang Flächen ausgewiesen, um die mittel- und langfristigen Ausbauziele der Windenergie zu erfüllen. Die Verfahren zur Steuerung des Ausbaus, die sog. Konzentrationszonenplanungen, sind zu komplex und langwierig. Vor Gericht erweisen sich die Planungen vielfach aus inhaltlichen wie formalen Gründen als fehlerhaft. Weil Fehlerfolgenregelungen nur selten greifen, werden die Planungen bzw. ihre Ausschlusswirkung häufig gerichtlich aufgehoben. Lange Zeiträume der Neuaufrichtung von Plänen schließen sich an, in denen Planungsträger Sicherungsinstrumente aktivieren oder landesrechtliche Moderatorienregelungen greifen.

Ziel einer Reform des Systems der Flächenbereitstellung ist es letztlich, eine ausreichende Menge an geeigneten Flächen dem Windenergieausbau zur Verfügung zu stellen. Teilweise wird hierfür ein vollständiger Systemwechsel und damit ein Abschied von der gesamtplanerischen Konzentrationszonenplanung für erforderlich gehalten (I. 1. und 2.). Auch wenn man sich für eine systemimmanente Reform von Konzentrationszonenplanungen entscheidet (I. 3.), können Komplexität und Aufwand von Konzentrationszonenplanungen aber ganz erheblich reduziert (II.) und der Umgang mit Planungsfehlern so verändert werden, dass eine Aufhebung der Pläne regelmäßig auch im Falle ihrer Fehlerhaftigkeit insgesamt oder jedenfalls bis zu dem Zeitpunkt vermeidbar ist, in dem neue Planungsgrundlagen vorliegen (III.). Auch soweit sich dies im Einzelfall nicht vermeiden lässt, dürfen Planaufhebungen nicht zur Verzögerung von Flächenbereitstellungen führen (IV.).

### 1. Wechsel zu fachplanerischer Zulassung?

#### Inhalt

- Aufgabe der Konzentrationszonenplanungen zugunsten einer fachplanerischen Flächenausweisung und Zulassung von Windenergievorhaben mittels Planfeststellungsverfahren.

Nach teilweise vertretener Ansicht weist die planerische Steuerung des Windenergieausbaus mittels Konzentrationszonenplanungen strukturell bedingte Probleme auf, die nicht mittels Reform der gesamtplanerischen Steuerung des Windenergieausbaus, sondern allein durch einen Systemwechsel hin zu einer fachplanerischen Steuerung überwunden werden könnten<sup>137</sup>. Die Zulassung von Vorhaben – jedenfalls von größeren Windparks – solle dann im Wege der Planfeststellung stattfinden<sup>138</sup>. Planungs- und Zulassungsentscheidung werden hier in einem Zuge getroffen.

Das Ziel dieser Systemumstellung liegt zum einen vor allen Dingen darin, die fehleranfälligen und langwierigen Konzentrationszonenplanungen hinter sich zu lassen. Zum anderen soll mit der Umstellung eine Gleichstellung von Windenergievorhaben mit anderen Infrastrukturvorhaben im öffentlichen Interesse wie Straßen oder Schienenwegen erreicht werden, für die ebenfalls die Planfeststellung eröffnet ist<sup>139</sup>. Windenergievorhaben sollen so auf Grundlage eines Sonderbodenrechts, das gem. § 38 BauGB die Bindung an die Zulassungstatbestände der §§ 29 ff. BauGB und damit auch des § 35 BauGB löst, zugelassen werden.

Auf diesem Weg soll Windenergievorhaben eine erhöhte Durchsetzungskraft dadurch zuteilwerden, dass sie an der

<sup>137</sup> Siehe *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy e. G. vom Mai 2020, S. 9 ff.; *Kümper*, Perspektiven einer Fachplanung für Windenergieanlagen, DÖV 2021, S. 1056 (1059 ff.).

<sup>138</sup> *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy e. G. vom Mai 2020, S. 17 f.; *Kümper*, Integrative Steuerung in der Energie- und Verkehrswende durch

städtebauliche Instrumente: Stand und Fortentwicklung, ZUR 2021, S. 33 (35 ff.) sowie *ders.*, Perspektiven einer Fachplanung für Windenergieanlagen, DÖV 2021, S. 1056 (1061 ff.); *Rodi*, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, S. 658 (661 f.).

<sup>139</sup> *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauhemmnissen im öffentlichen Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy e. G. vom Mai 2020, S. 14 ff.; *Kümper*, Perspektiven einer Fachplanung für Windenergieanlagen, DÖV 2021, S. 1056 (1061 f.).

Überwindungsfunktion der Planfeststellung teilhaben. Diese erlaubt in der Tat eine weitergehende Überwindung städtebaulicher und anderer Raumbelange im Rahmen der hier stattfindenden echten planerischen Abwägung. Diese geht über die bloß nachvollziehende Abwägung bei einer Zulassung auf Grundlage von § 35 BauGB hinaus<sup>140</sup>. Als weiterer Vorteil wird zudem auf die enteignungsrechtliche Vorwirkung von Planfeststellungen verwiesen, auf deren Grundlage die Beschaffung der Anlagengrundstücke notfalls enteignungsrechtlich durchgesetzt werden könnte<sup>141</sup>.

Die konkreten Vorschläge bzw. Erwägungen für eine solche Umstellung weichen in der Frage voneinander ab, inwieweit der vorhabenzulassenden Planfeststellung auch eine fachplanerische Flächenausweisung in Anlehnung an das Windenergieauf-See-Gesetz inklusive Bedarfsfeststellung für die ausgewiesenen Flächen vorgeschaltet werden sollte, wie dies *Verheyen* vorgeschlagen hat<sup>142</sup>. Gemeinsam ist den Vorschlägen aber die Loslösung vom bauplanungsrechtlichen Zulassungsregime des § 35 BauGB und dessen bodenrechtliche Anknüpfung an die raumordnerisch durchgeführte Konzentrationszonenplanung<sup>143</sup>.

Dabei scheint jedoch fraglich, ob der durch Umstellung auf eine fachplanerische Steuerung erhoffte Zugewinn an Durchsetzungskraft den Windenergieausbau, wie beabsichtigt, deutlich voranbringt. Zwar ist zuzugeben, dass die zulassungsfördernde Wirkung der Gebiets- bzw. Flächenausweisung mittels Raumordnung bzw. Flächennutzungsplanung in der Tat begrenzt ist, da die Zulässigkeit der Windenergievorhaben weiterhin unter dem Vorbehalt des Entgegenstehens öffentlicher Belange im

Einzelfall steht. Auch wirkt die derzeit vorgenommene planerische Ausweisung trotz der „Abschichtungsregelung“ in § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB nicht abschließend. Viele Raumkonflikte werden auf Zulassungsebene vielmehr erneut aufgeworfen<sup>144</sup>. Hier bräuchte das Fachplanungsregime eine wirkliche Verbesserung. Soweit bestimmte Belange jedoch einer Abwägung nicht zugänglich sind, wie dies insbesondere für das für Windenergieanlagen besonders relevante Artenschutzrecht der Fall ist, würde jedoch auch eine Planfeststellung keinen Vorteil bringen, da der Vorrang des Gesetzes hier ebenso zu beachten wäre und bei einer prognostizierten Verbotsverletzung auch hier allein der Weg über die artenschutzrechtliche Ausnahme führen würde<sup>145</sup>. Ein „Wegwägen“ dieses Belangs ist auch in der Planfeststellung nicht möglich<sup>146</sup>. Hinzu kommt, dass § 38 BauGB die Planfeststellung zwar von der Beachtung der Zulassungsvoraussetzungen nach §§ 29 BauGB entbindet. Es sind aber nicht nur städtebauliche Belange immer noch im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, vielmehr sind auch raumordnerische Vorgaben, insbesondere Gebietsausweisungen mit Ausschlusswirkung für weite Teile des Plangebietes, im Falle ihrer Zielförmigkeit weiterhin zu beachten (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ROG), sodass die verfügbare Flächenkulisse nicht automatisch erweitert würde.

Hinzu kommen eher allgemeine Erwägungen sowie solche, die sich allein auf die Zulassungsebene beziehen, die hier nicht im Mittelpunkt steht<sup>147</sup>. So bezweifeln Kritiker eines solchen Systemwechsels, dass die Einführung von Planfeststellungen den Ausbau der Windenergie beschleunigen würde. Sie verweisen auf das

<sup>140</sup> *Kümper*, Perspektiven einer Fachplanung für Windenergieanlagen, DÖV 2021, S. 1056 (1063); siehe auch *ders.* Integrative Steuerung in der Energie- und Verkehrswende durch städtebauliche Instrumente: Stand und Fortentwicklung, ZUR 2021, S. 33 (34).

<sup>141</sup> *Kümper*, Perspektiven einer Fachplanung für Windenergieanlagen, DÖV 2021, S. 1056 (1064 f.).

<sup>142</sup> Hierzu bereits oben unter B. II. 2.

<sup>143</sup> So *Kümper*, Perspektiven einer Fachplanung für Windenergieanlagen, DÖV 2021, S. 1056 (1059 ff., 1066 f.).

<sup>144</sup> Insoweit ist auch über Ausweitungen der Abschichtungsregelung des § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB sowie Abschichtungen in der Sache zwischen Planungs- und Zulassungsebene nachzudenken. Für den Artenschutz könnte etwa die Figur der Dichtezentren/Schwerpunkträume Ansätze liefern, vgl. hier *Wegner*,

Rechtliche Einordnung von Dichtezentren auf Planungsebene, ZUR 2021, S. 469 (470).

<sup>145</sup> Vgl. *Verheyen*, Ausbau der Windenergie an Land: Beiseitigung von Ausbauehemmnissen im öffentlichen Interesse, Gutachten im Auftrag von Greenpeace Energy e. G. vom Mai 2020, S. 27 f.

<sup>146</sup> Dasselbe gilt für anderweitige gesetzliche Regelungen, die bestimmte Flächentypen dem Windenergieausbau von vorne herein entziehen und einer Abwägung nicht zugänglich sind, hierzu unten unter F. Gerade hier liegen aber die Hemmnisse für den Ausbau der Windenergie.

<sup>147</sup> Siehe hierzu *Schmidt/Sailer*, Reformansätze zum Genehmigungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 25 vom 28.01.2022.

„abschreckende“ Beispiel des Netzausbaus<sup>148</sup>, der im Bereich der Hoch- und Höchstspannung mittels Bundesfachplanung und anschließender Planfeststellungsentscheidungen erfolgt. Zudem habe es sich bei der derzeitigen Zulassung von Windenergievorhaben durchaus bewährt, dass die immissionsschutzrechtliche Entscheidung eine gebundene Entscheidung sei, Antragsteller mithin einen Genehmigungsanspruch besäßen und diesbezüglich gerade kein fachplanerisches Ermessen bestehe, wie dies bei Planfeststellungen der Fall wäre<sup>149</sup>. Schließlich erscheint es auch fraglich, ob unter Akzeptanzgesichtspunkten eine Erleichterung eines enteignungsrechtlichen Zugriffs auf Flächen wirklich zielführend wäre.

Neben diesen Bedenken, die den spezifischen Vorschlag für den Wechsel von einer gesamtplanerischen Steuerung zu einer fachplanerischen Flächenausweisung und Zulassung betreffen, ist auch der zeitliche Bedarf für die Umsetzung eines so weitreichenden Systemwechsels zu beachten, der die „Habenseite“ solcher Vorschläge erheblich schmälert. Mit dem Wechsel hin zur Fachplanung wären nicht zuletzt Verschiebungen in der Behördenzuständigkeit sowohl bei der Flächenausweisung als auch bei der Vorhabenzulassung verbunden. Dann aber dürfte ein erheblicher Zeit- und Ressourcenaufwand erforderlich sein, bis in den zuständigen Behörden die notwendige Kompetenz für die reibungslose Durchführung der Verfahren aufgebaut wäre. Dasselbe gilt für die Justiz, die sich in einem langwierigen Prozess mit den neuen rechtlichen Maßgaben auseinandersetzen hätte. Jedenfalls bei Berücksichtigung dieser Aspekte könnten die mit einem Systemwechsel verbundenen Nachteile die erhofften Vorteile schnell überwiegen.

Die neue Bundesregierung hat in ihrem Koalitionsvertrag angekündigt, den Windenergieausbau mit einem Vorrang auszustatten und so die Durchsetzungskraft von

Vorhaben zu erhöhen<sup>150</sup>. Auch wenn noch nicht vollständig klar ist, wie dies umgesetzt werden soll, scheint ein Systemwechsel hin zu einer fachplanerischen Steuerung auch hiernach nicht beabsichtigt.

## 2. Wechsel zu rein vorhabenbezogener Steuerung?

### Inhalt

- ▶ Aufgabe der Konzentrationszonenplanungen zugunsten einer rein vorhabenbezogenen Steuerung des Windenergieausbaus auf Grundlage ihrer Außenbereichsprivilegierung.

Maßgeblich mit Bezug auf den hohen Zeitdruck beim Ausbau der Windenergie wird zudem diskutiert<sup>151</sup> und zuletzt auch im politischen Raum konkret vorgeschlagen<sup>152</sup>, jedenfalls befristet auf eine gesamtplanerische Steuerung des Ausbaus der Windenergie mittels Konzentrationszonenplanungen vollständig zu verzichten. Stattdessen solle die Steuerung rein vorhabenbezogen stattfinden, indem sich der Ausbau ab sofort allein auf Grundlage der Außenbereichsprivilegierung der Windenergie und des Planersatzregimes vollzieht und hier nur noch im Einzelfall geprüft wird, inwieweit konkreten Vorhaben öffentliche Belange entgegenstehen.

Rechtstechnisch wäre die Umsetzung dieses Vorschlags nicht schon dadurch zu erreichen, dass § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB als bodenrechtliches Einfallstor der Konzentrationszonenplanungen vollständig oder jedenfalls befristet gestrichen würde. In der Folge würde sich nämlich die Frage stellen, ob zielförmige Vorgaben der Raumordnung nunmehr nach § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB zu beachten wären, wonach raumbedeutsame Vorhaben den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen dürfen. Da diese

<sup>148</sup> Stellungnahme des Präsidiums der ARL zur Forderung nach einem Fachrecht für Windenergieanlagen vom 06.10.2020, Ziff. 1

<sup>149</sup> Stellungnahme des Präsidiums der ARL zur Forderung nach einem Fachrecht für Windenergieanlagen vom 06.10.2020, Ziff. 1

<sup>150</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 56.

<sup>151</sup> Kritisch *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen

für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, 2020, S. 44 ff. sowie SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 16.

<sup>152</sup> Vgl. die Presseerklärung des Niedersächsischen Ministeriums für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz zu den Überlegungen von *Minister Olaf Lies* vom, 3.11.2021, PI 138/2021.

Regelung nach Streichung des Planvorbehalts in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB möglicherweise nicht mehr wie bislang im Wege der Spezialität durch diesen verdrängt würde<sup>153</sup>, müsste hier jedenfalls eine klarstellende Regelung erfolgen, ob und inwieweit Vorgaben der Raumordnung bei der Zulassung von Windenergievorhaben auch weiterhin zu berücksichtigen wären.

Unabhängig davon würde diese Änderung eine recht weitgehende Aufgabe der Koordinierung der Windenergie mit großräumigen Zusammenhängen darstellen. Selbst wenn man als Gegengewicht zu diesem Steuerungsverlust die Außenbereichsprivilegierung mit verschiedenen Voraussetzungen anreichern würde, um beispielsweise eine räumliche Begrenzung der Privilegierung auf Flächen außerhalb bestimmter Siedlungsabstände oder eine relative Konzentration von Anlagen zu erreichen, wäre eine solche Steuerung im Vergleich mit einem planerischen Vorgehen von erheblicher Pauschalität und damit einem Außerachtlassen der örtlichen Gegebenheiten gekennzeichnet.

Eine nahezu ausschließliche räumliche Steuerung der Windenergie über eine planersetzende Regelung wirft zudem Fragen der Akzeptanz des Windenergieausbaus auf. Ohne die Planungsverfahren, die konkreten Zulassungsverfahren vorausgehen sollen, entfielen auch Möglichkeiten für betroffene Anwohner, sich über die beabsichtigten Veränderungen in ihrem Umfeld frühzeitig zu informieren und hierauf in begrenztem Umfang auch Einfluss zu nehmen. Die räumliche Steuerung erhielte einen noch ausgeprägteren „top-down-Charakter“.

Trotz der vorgebrachten Einwände gegen einen sofortigen Wechsel zu einer rein vorhabenbezogenen Steuerung des Ausbaus der Windenergie, ist deren Vorzug in zeitlicher Hinsicht allerdings zu betonen. Nach den Vereinbarungen der Ampel-Koalition ist – unter anderem wegen des vorgezogenen Kohleausstiegs<sup>154</sup> – eine starke Beschleunigung des Ausbaus der

Windenergie nicht nur aus Klimaschutzgründen, sondern auch zur Wahrung der Versorgungssicherheit erforderlich. Wie bereits im Zusammenhang mit den Mengenvorgaben beschrieben, wird hier jedoch vorgeschlagen, die Option einer vorhabenbezogenen Steuerung erst dann zu ziehen, wenn eine planerische Ausweisung der benötigten Flächenmengen auf der Grundlage eines reformierten Planungssystems scheitert und für erneute Versuche einer planerischen Koordinierung keine Zeit verbleibe<sup>155</sup>.

### 3. Beibehaltung reformierter Konzentrationszonenplanungen?

#### Inhalt

- ▶ Flächenbereitstellung auf Grundlage reformierter Konzentrationszonenplanungen, für die Komplexität und Planungsaufwand erheblich reduziert sind.

Damit eine planerische Steuerung mit umfassender Koordinierung der Windenergienutzung mit anderen Raumbelangen und -funktionen schnell genug erfolgen kann, um die Ausbauziele für die Windenergie umzusetzen, sollte diese umfassend reformiert, jedoch in ihrem Kern fortgeführt werden. Dem liegt die These zugrunde, dass eine Reform der Konzentrationszonenplanungen möglich ist und hierbei erhebliche Vereinfachungs- und Beschleunigungspotenziale gehoben werden können. Hinzu kommt, dass bei Beibehaltung des jetzigen Systems in seinem Kern auch solche Reibungsverluste minimiert werden, die jede Reform mit sich bringt und die umso größer ausfallen, je weitergehend es erforderlich wird, neue Regeln zu implementieren.

<sup>153</sup> Zum bislang geltenden Spezialitätsverhältnis *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019, Rn. 399; *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, 2020,

S. 70 f.; *Wegner*, Anmerkung zu VG Koblenz vom 03.07.2020 – 4 K 907/17.KO, ZNER 2021, S. 224 (233).

<sup>154</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 58 f.

<sup>155</sup> So auch SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 16.

### Zwischenergebnis auf einen Blick

- ▶ Die Beibehaltung einer reformierten Konzentrationszonenplanung wird hier gegenüber einem Wechsel zu einer fachplanerischen oder einer rein vorhabenbezogenen Steuerung des Windenergieausbaus (noch) bevorzugt um die Reformziele umfassend zu erreichen.

## II. Komplexität und Planungsaufwand bei Konzentrationszonenplanungen reduzieren

### 1. Status quo und Reformziele

#### Überblick

##### Status quo:

- ▶ Das Erfordernis eines gesamträumlichen Planungskonzepts verlangt eine tiefgehende Beschäftigung nicht nur mit Flächen für die Windenergie, sondern auch mit allen Ausschlussflächen.
- ▶ Die Unterscheidung sog. harter und weicher Tabuzonen ist fehleranfällig und nach wie vor im Einzelfall nicht rechtssicher durchführbar.
- ▶ Es fehlen klare Maßstäbe für Untersuchungs- und Abwägungstiefe.
- ▶ Die Bestimmung des „substanziellen Raums“ ist nicht rechtssicher möglich.
- ▶ Es bestehen Unsicherheiten bei verschiedenen formellen Anforderungen.

##### Ziele:

- ▶ Annäherung der Konzentrationszonenplanungen an eine klassische

Positivplanung und damit Fokussierung auf Flächen für die Windenergie.

- ▶ Klärung oder Verzicht auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen.
- ▶ Beseitigung von weiteren Rechtsunsicherheiten.

Konzentrationszonenplanungen führen dazu, dass die privilegierte Zulässigkeit von Windenergievorhaben, die rechtlich gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zunächst im gesamten Außenbereich gilt, auf abschließend bestimmte Gebiete beschränkt wird. Um den Ausschluss der Windenergie im allergrößten Teil des Plangebiets zu rechtfertigen, verlangt die Rechtsprechung die Erarbeitung eines gesamträumlichen Planungskonzepts in einem gestuften Vorgehen. Dabei sind nicht allein diejenigen Flächen in den Blick zu nehmen, auf denen Windenergieanlagen vorgesehen werden sollen, sondern auch alle Ausschlussflächen. Die notwendige Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen erweist sich dabei nach wie vor als fehleranfällig. Zwar hat die Rechtsprechung inzwischen für eine Vielzahl an Flächenkategorien die Zuordnung eindeutig geklärt<sup>156</sup>. Nicht nur verbleiben aber Unsicherheiten bei einzelnen Flächenkategorien, weil diese von verschiedenen Gerichten unterschiedlich eingeordnet werden und mit einer Klärung durch das Bundesverwaltungsgericht kaum oder nur ganz allmählich zu rechnen ist. Vielmehr ist die Zuordnung einzelner Flächentypen auch insoweit uneindeutig, als dass diese davon abhängig gemacht wird, ob auf Zulassungsebene Ausnahmen und Befreiungen von einem grundsätzlichen Verbot für Windenergievorhaben zugelassen werden können<sup>157</sup>. Die Planer müssen sich hierfür ein Stück weit in die Position der Zulassungsebene versetzen und die dort stattfindende Prüfung antizipieren, was nicht nur einen enormen Aufwand bedeutet, sondern aufgrund fehlender Informationen über die exakten Standorte und Typen der künftigen Windenergieanlagen nur mit

<sup>156</sup> Wegner, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergie-recht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 6 f. mit Nachweisen aus der Diskussion.

<sup>157</sup> Wegner, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergie-recht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 8 f.

Hilfskonstruktionen durchführbar ist, die ihrerseits fehleranfällig sind<sup>158</sup>.

Nicht zuletzt wegen des verlangten Vorgriffs der Planungs- auf die Zulassungsebene weichen Konzentrationszonenplanungen allgemein, insbesondere aber soweit sie auf Raumordnungsebene stattfinden, von den üblichen Anforderungen an Abwägungs- und Untersuchungstiefe ab. So gilt zwar nach § 7 Abs. 2 S. 1 ROG, dass öffentliche und privaten Belange nur insoweit abzuwägen sind, „soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind“ (ebenesspezifische Abwägung). Anders als üblich ist bei der Konkretisierung des Maßstabs dieser ebenspezifischen Abwägung aber zu berücksichtigen, dass sich Konzentrationszonenplanungen in vielen Punkten einer Bebauungsplanung angenähert haben, ohne dass dies aus dem Gesetz, sondern allein aus der umfangreichen Rechtsprechung ersichtlich wird<sup>159</sup>.

Rechtsunsicherheiten bestehen auch weiterhin bei der Bestimmung des substanziellen Raums als Mindestanforderung an das Planungsergebnis<sup>160</sup>. Daneben sorgen nicht zuletzt formelle Planungsfehler immer wieder für die Angreifbarkeit von Plänen<sup>161</sup>.

Vor diesem Hintergrund stehen Bemühungen um eine Klärung oder Abschaffung der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen im Mittelpunkt der Diskussion. Eine Abschaffung würde sowohl die Rechtssicherheit dieser Planungen erhöhen als auch durch eine Annäherung der Konzentrationszonenplanungen an klassische Formen der Positivplanung den Planungsaufwand deutlich reduzieren. Anders als bislang müssten die Ausschlussbereiche deutlich weniger in den Blick genommen werden. Durch die gesetzgeberische Klärung der übrigen skizzierten Punkte würde

zusätzlich die Rechtssicherheit erhöht und teilweise auch der Planungsaufwand weitergehend vermindert.

## 2. „Kleine Lösung“: Konkretisierung der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen

### Inhalt

- ▶ Eindeutige Zuordnung aller Flächentypen durch den Gesetzgeber in das binäre System aus harten und weichen Tabuzonen.
- ▶ Soweit die abschließende Zuordnung nicht möglich ist, könnte eine Klärung der praktisch besonders relevanten Flächentypen angestrebt werden.

Den Vorschlägen zur Konkretisierung der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen liegt die Überlegung zugrunde, dass der Gesetzgeber klar regeln könne, was der Rechtsprechung bislang nicht gelungen ist. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Unterscheidung eindeutig durchführbar ist. Soweit notwendig, müsse diese sich von der Rechtsprechung lösen, und im Wege der gesetzgeberischen Setzung stattfinden.

Eine abschließende Unterscheidung ist jedoch auch für den Gesetzgeber nicht ohne Weiteres, sondern nur mit bestimmten Einschränkungen möglich – sofern nicht im selben Zuge auch der zulassungsrechtliche Rahmen in den relevanten Punkten angepasst wird und die dort bestehenden Unsicherheiten beseitigt werden. Eine strikte Anwendung der Unterscheidung der Rechtsprechung ist zunächst auf solche Flächentypen nicht möglich, deren

<sup>158</sup> Vgl. nur *Gatz*, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, DVBl 2017, S. 461 (467). Zu der Arbeit mit Referenzanlagen und hierbei anerkannten Spielräumen der Planungsträger siehe auch *Wegner*, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 8 f.

<sup>159</sup> Siehe *Wegner*, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 22 ff. m. w. N.

<sup>160</sup> Siehe bereits *Tyczewski*, BauR 2014, S. 934 (946); *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnung, 2018, S. 174; zur Etablierung einer gewissen Richtgröße in der Rechtsprechung *Wagner*, Das Gebot substanzieller Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie als abwägungsrechtliche Wirkung des Klimaschutzbelangs, ZfBR 2020, S. 20 (21).

<sup>161</sup> Ausführlich hierzu bereits *Wegner*, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 30 ff. m. w. N.

Einordnung als harte oder weiche Tabuzone einzelfallabhängig ist. Dies betrifft insbesondere Flächentypen, auf denen Windenergieanlagen im Einzelfall im Wege der Ausnahme oder Befreiung zugelassen werden können. Beispielhaft kann hier auf verschiedene Typen des Gebietsschutzes verwiesen werden. Eine gesetzgeberische und das heißt vom Einzelfall abstrahierende Einordnung müsste hier entweder zulasten oder zugunsten der Windenergienutzung pauschalieren. Erfolgt jedoch eine gesetzgeberische Einordnung als weiche Tabuzone, obwohl diese im Einzelfall unüberwindliche rechtliche Hindernisse aufweisen kann, so besteht die Gefahr, dass im Ergebnis Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden, die nicht realisierbar sind. Der Plan wäre im Ergebnis wegen Verstoßes gegen das Vollziehbarkeitsgebot fehlerhaft oder jedenfalls insoweit nicht vollziehbar. Werden dagegen Flächentypen pauschal als harte Tabuzonen eingeordnet, die im Einzelfall realisierbar sind, so nimmt man dem Windenergieausbau Potenzialflächen und verkleinert damit die potenziellen Suchräume.

Eine weitere Einschränkung für die bundesgesetzgeberische Klärung resultiert daraus, dass nicht alle Flächentypen durch bundesrechtliche Regelungen geprägt sind, sondern teilweise Landesrecht maßgeblich ist. Beispielhaft kann hier auf Waldflächen verwiesen werden, deren Umwandlung für Zwecke der Windenergie landesrechtlich geregelt ist. Eine abschließende Klärung wäre hier zwar theoretisch denkbar, da der Bundesgesetzgeber die landesrechtlichen Regelungen allein für die Zwecke der bundesrechtlich geprägten Konzentrationszonenplanungen einordnen würde. Dies stünde jedoch stets unter dem Vorbehalt landesrechtlicher Änderungen und müsste unter Umständen aktualisiert werden.

Schließlich ist zu beachten, dass zumindest der Raumordnung ein Findungsrecht für Festlegungsinhalte zusteht. Die entsprechenden gesetzlichen Festlegungskataloge sind nicht abschließend. Der Gesetzgeber würde deshalb schon aus diesem Grund eine abschließende Einordnung aller

möglichen Flächentypen, deren Nutzbarkeit durch eine bestimmte planerische Ausweisung geprägt ist, nicht vornehmen können und es dürften stets neue Fälle entstehen, die auch weiterhin durch Planungspraxis und Rechtsprechung zu klären wären.

Soweit aus diesen Gründen eine abschließende Zuordnung von Flächentypen nicht möglich ist, spricht dies nicht gegen den Vorschlag einer gesetzgeberischen Konkretisierung der Unterscheidung insgesamt. Hilfreich wäre es auch schon, wenn jedenfalls praktisch besonders relevante Flächentypen rechtssicher durch den Gesetzgeber eingeordnet würden. Dadurch könnte der Planungsaufwand für diese Flächentypen deutlich reduziert werden. Verbleibende Rechtsunsicherheiten hinsichtlich anderer Typen könnten auf der Ebene der Fehlerfolgenregelungen adressiert werden<sup>162</sup>. Ergänzend könnte zudem der Stand der Rechtsprechung in einem Leitfaden aufbereitet werden, um den Planungsträgern Orientierung zu bieten und den Aufwand einer eigenständigen Aufbereitung abzunehmen.

Gesetzgeberisch geklärt werden könnte beispielsweise die fehleranfällige Unterscheidung der harten und weichen Anteile von Siedlungsabständen, so dass sich Planungsträger nur noch um die weichen Anteile zu kümmern bräuchten. Geklärt werden könnte zudem die Einordnung bestimmter Flächentypen des Gebietsnaturschutzes, die eine Realisierung von Anlagen zwar ausnahmsweise, praktisch jedoch äußerst selten zulassen. Und schließlich wäre auch eine Konkretisierung möglich, welche Anforderungen an die Wahl von sog. Referenzanlagen zu stellen sind, die von Planungsträgern der Zuordnung einzelner Flächentypen zugrunde gelegt werden<sup>163</sup>.

<sup>162</sup> Hierzu siehe unten C. III. 2.

<sup>163</sup> Zu diesen Beispielen und der Thematik insgesamt siehe bereits Wegner, Ansätze zur Begrenzung der

Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 8f., 11 f.

### 3. „Große Lösung“: Verzicht auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen

#### Inhalt

- ▶ **Gemeinsames Ziel:** Alle nachfolgenden Vorschläge zur Änderung von § 35 Abs. 1 Nr. 5 bzw. Abs. 3 S. 3 BauGB zielen auf den Verzicht der strengen Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen ab.
- ▶ **Unterschiedliche Wege:** Erforderlichkeit allein einer klarstellenden Korrektur der Rechtsprechung oder einer punktuellen Modifikation der Verknüpfung von Außenbereichsprivilegierung und Planvorbehalt im Gesetz.
- ▶ **Unterschiede hinsichtlich Folgeänderung:** Vorliegend wird empfohlen, einen Verzicht auf die Unterscheidung nur bei gleichzeitiger Einführung bundesrechtlicher Mengenziele umzusetzen.

Von verschiedener Seite wird weitergehend vorgeschlagen, auf die strenge Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen gänzlich zu verzichten. Dies würde die in diesem Punkt bei einer Definitionslösung verbleibenden Rechtsunsicherheiten beseitigen. Da der Verzicht zugleich eine Fokussierung der Verfahren auf diejenigen Flächen zuließe, auf denen Windenergievorhaben planerisch zugelassen werden sollen, würde so auch eine Annäherung von Konzentrationszonenplanungen an klassische Formen von Positivplanungen erreicht und damit der Planungsaufwand erheblich verringert<sup>164</sup>. Unterschiede bestehen zwischen den Vorschlägen weniger im Ergebnis als vielmehr in der Frage der Zielerreichung sowie darin, ob diese Änderung isoliert möglich ist oder von der Einführung bundesrechtlicher Mengenvorgaben begleitet werden sollte.

#### a) Verzicht durch Umgestaltung der Privilegierung der Windenergie in Anlehnung an § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB

So wird zum Erreichen des Verzichts teilweise vorgeschlagen, im Zusammenhang mit der Regelung der Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gesetzgeberisch allein negativ klarzustellen, dass die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen nicht verlangt werden könne<sup>165</sup>. Die in diese Richtung gehenden Vorschläge erschöpfen sich mithin in einer Korrektur der Rechtsprechung, lassen jedoch die bisherige Privilegierung der Windenergie in ihrer Struktur unberührt.

Dies könnte allerdings die verfassungsrechtliche Frage aufwerfen, ob die von der Rechtsprechung formulierten Anforderungen – gerade auch die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen – erforderlich sind, um die Eingriffe in Eigentumsrechte, die von Konzentrationszonenplanungen ausgehen, überprüfbar zu machen und damit letztlich eine Rechtfertigung der Eingriffe erst zu ermöglichen. Das Bundesverwaltungsgericht hatte seine strengen Anforderungen an die Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen, die gerade auch Verhinderungsplanungen unterbinden sollten, nämlich unter anderem eigentumsrechtlich begründet<sup>166</sup>. Wenn nun aber der Gesetzgeber einen zumindest teilweisen Verzicht auf die Anforderungen statuierte, ohne am Modell der Konzentrationszonenplanungen grundlegend etwas zu ändern, wäre die vorstehende Frage durch die Gerichte zu beantworten.

Selbst wenn man die vorstehende verfassungsrechtliche Erwägung im Ergebnis nicht teilte, könnte es zur Vermeidung einer darüber geführten, langwierigen Auseinandersetzung vorzugswürdig sein, nicht allein einen bloßen Versuch der Korrektur der Rechtsprechung zu unternehmen, sondern das Modell der Konzentrationszonenplanung auch inhaltlich so zu verändern, dass der Verzicht auf die Unterscheidung

<sup>164</sup> In diese Richtung, allerdings mit einem rechtstechnisch punktuell abweichenden Vorschlag, SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 23, 52 f.

<sup>165</sup> Söfker, Vorschlag 2, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 13 ff.; Von Nicolai, Vorschlag 1, in:

FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 9 ff.

<sup>166</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 28, 51 f.

harter und weicher Tabuzonen rechtssicher ist und im Einklang mit der Rechtsprechung steht.

An anderer Stelle wurde deshalb bereits vorgeschlagen, das Zusammenspiel der Außenbereichsprivilegierung der Windenergie (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) und des Planvorbehalts (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) punktuell zu modifizieren und so die eigentumsrechtliche Problematik zu entschärfen<sup>167</sup>. So könnte entsprechend dem Vorbild der anderweitigen Privilegierungsregelung des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB, das in der Praxis vor allen Dingen der Steuerung von Schweinemastbetrieben dient, auch die Privilegierung der Windenergie nach Nr. 5 von vorne herein unter den Vorbehalt ihrer näheren planerischen Konkretisierung gestellt werden. Die Parallele zum heutigen § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB bestünde mithin allein in der Schaffung eines Vorbehalts der näheren räumlichen Konkretisierung der Außenbereichsprivilegierung. Die Ausübung dieses Konkretisierungsvorbehalts würde aber im Rahmen der Privilegierung der Windenergie (Nr. 5) wie schon bislang alternativ der Raumordnung oder Flächennutzungsplanung zugewiesen<sup>168</sup>. Auf diese Weise würde sich die Rolle der Konzentrationszonenplanung in eigentumsrechtlich relevanter Weise ändern: Da die Privilegierung nunmehr bereits anfänglich und schon durch den Gesetzgeber unter den Vorbehalt ihrer näheren räumlichen Konkretisierung gestellt wäre, nähme die Konzentrationszonenplanung Eigentümern nicht ein zunächst unbelastetes Privileg, sondern würde dieses überhaupt erst endgültig in seinem konkreten räumlichen Zuschnitt zuweisen. Wie auch im Rahmen des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB<sup>169</sup> könnte nunmehr auch im Rahmen von § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auf ein gesamträumliches Plankonzept samt strenger Unterscheidung harter und

weicher Tabuzonen verzichtet werden. Dass dies bezweckt und durch die vorzunehmende punktuelle gesetzliche Änderung veranlasst ist, könnte der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung deutlich machen. Nichts würde sich dagegen daran ändern, dass bis zur Ausübung des Planvorbehalts die allgemeine Außenbereichsprivilegierung gilt und diese auch wieder auflebte, sofern eine Planung, welche die Privilegierung allein räumlich konkretisiert und nicht überhaupt erst geschaffen hat, aufgehoben wird. An den aus Windenergiesicht förderlichen Eigenschaften des bisherigen Steuerungsmodells würde hierdurch mithin nichts geändert.

### b) Notwendigkeit einer Mengensteuerung bei Verzicht auf die Unterscheidung

Ein weiterer Unterschied zwischen den verschiedenen Vorschlägen, die einen Verzicht auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen bedeuten, ist zudem die Frage, ob dieser isoliert erfolgen könnte oder weitere Änderungen bedingte. Während teilweise davon ausgegangen wird, dass der bloße Verzicht keine weiteren Folgen für die Konzentrationszonenplanungen habe<sup>170</sup>, wird hier davon ausgegangen, dass dies sehr wohl Konsequenzen für die gerichtliche Kontrolle der Planungen hätte. Für diese stellt die Information, wie viele harte Tabuflächen in einem Plangebiet liegen, bislang ein wesentliches Datum für die Kontrolle dar, ob der Windenergie im Ergebnis substantiell Raum geschaffen wurde und damit keine Verhinderungsplanung vorliegt. Zwar sind insoweit verschiedene Verhältnisbildungen in der Rechtsprechung anerkannt, von denen einzelne auch ohne diese Information auskommen und auf andere Weise eine Gesamtbetrachtung anstellen<sup>171</sup>. Der Anteil harter Tabuflächen an einem Plangebiet stellt dabei

<sup>167</sup> Siehe ausführlich *Wegner*, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 14 ff.

<sup>168</sup> In diesem Punkt unterscheidet sich die vorliegende Konzeption gegenüber den Überlegungen in *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter u. a.*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, UBA Climate Change 21/2020, S. 37 ff., die dort vor dem Hintergrund damaliger Diskussionen in der sog. AG Akzeptanz von CDU/CSU und SPD ange stellt wurden.

<sup>169</sup> Diesen Unterschied zwischen den Privilegierungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BauGB betont das Bundesverwaltungsgericht selbst, vgl. BVerwG, Urt. v. 1.11.2018 – 4 C 5/17, juris Rn. 17.

<sup>170</sup> *Söffker*, Vorschlag 2, in: FA-Wind, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, S. 13 (17).

<sup>171</sup> Siehe nur *Wagner*, Das Gebot substantieller Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie als abwägungsrechtliche Wirkung des Klimaschutzbelangs, ZfBR 2020, S. 20 (20 f.).

jedoch eine objektiv messbare und damit besonders für die gerichtliche Kontrolle geeignete Größe dar, deren Fehlen nicht ohne Folgen bliebe. Die gerichtliche Kontrolle des Planungsergebnisses würde weiter erschwert und es würde mehr Raum für verdeckte Verhinderungsplanungen entstehen. Aufgefangen würde dies allein bei Einführung verbindlicher Mengenvorgaben, da in diesem Fall die Anforderung des substantiell Raum Schaffens (endgültig) ihre Bedeutung als quantitative Mindestanforderung verlöre<sup>172</sup> und sich die Einhaltung der dann bezifferten Mengenvorgaben sogar effektiver als bislang kontrollieren ließe. Der Verzicht auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen und die Einführung verbindlicher Mengenvorgaben sollte deshalb miteinander einhergehen, auch wenn ein zwingender rechtlicher Zusammenhang zwischen beiden Änderungen nicht besteht.

#### 4. Alternative Lösung: „Reine Positivplanung“ mit bedingter Teilentprivilegierung

##### Inhalt

- ▶ Etablierung einer klassischen Positivplanung neben dem unveränderten Instrument der Konzentrationszonenplanung.
- ▶ Schaffung eines Anreizes zur Erfüllung von Mengenvorgaben über die Einführung einer bedingten Teilentprivilegierung der Windenergie.

Werden mittels Flächennutzungsplanung oder Raumordnung Flächen bzw. Gebiete

im Umfang der diskutierten jeweiligen Mengenvorgabe für die Windenergie ausgewiesen, so würde die im vorstehend beschriebenen Sinne<sup>173</sup> modifizierte Außenbereichsprivilegierung der Windenergie allein noch in diesen Gebieten gelten. Außerhalb dieser Gebiete wären Windenergievorhaben als sonstige, nicht-privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB zu bewerten und dort ganz regelmäßig unzulässig. Man kann dies als Ausschlusswirkung dieser modifizierten Planung bezeichnen, um ihre praktische Nähe zu den bisherigen Konzentrationszonenplanungen deutlich zu machen. Will man dagegen auch begrifflich den eigentumsrechtlich relevanten Unterschied zum bisherigen Zusammenspiel von Privilegierung und Konzentrationszonenplanung betonen, kann man dies auch als Eingrenzung der Privilegierung, den Planungsvorgang dementsprechend als „Eingrenzungsplanung“ anstelle von Ausschluss- oder Konzentrationszonenplanung bezeichnen<sup>174</sup>. Die an die Eingrenzungsplanung zu stellenden Anforderungen gehen nicht über diejenigen klassischer Positivplanungen hinaus, auch wenn der Eingrenzungsplanung die Wirkung zukommt, die Privilegierung der Windenergie räumlich zu konkretisieren und damit einzugrenzen<sup>175</sup>.

Gehen die Anforderungen an Eingrenzungsplanungen aber nicht über diejenigen von Positivplanungen hinaus, so bestehen insoweit zu den im Folgenden knapp darzustellenden Überlegungen von Sehts<sup>176</sup> im Ergebnis nur teilweise Unterschiede. Von Seht betont die Rolle der Regionalplanung und will ihre Möglichkeiten stärker nutzen. Er propagiert die Umsetzung der auch nach seiner Vorstellung zeitlich differenzierten Mengenvorgaben<sup>177</sup> für die Regionalplanungsregionen mittels

<sup>172</sup> Fortbestehen würde allerdings ihre Bedeutung als Maßgabe für die notwendige Eignung auszuweisender Flächen. Diese Anforderung könnte gegebenenfalls eigenständig geregelt werden.

<sup>173</sup> C. II. 3.

<sup>174</sup> Da der Begriff der Konzentrationszonenplanungen das planerische Ergebnis bezeichnet und nicht dogmatischer Natur ist, kann dieser Begriff weiterverwendet werden, soweit man sich die rechtlichen Unterschiede zwischen der bisherigen Ausschlussplanung und der nunmehrigen Eingrenzungsplanung bewusst macht.

<sup>175</sup> Dazu, dass auch die Unterschiede der Eingrenzungsplanung auf Grundlage eines modifizierten § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zum Modell des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB –

Verknüpfung mit einer Mengenvorgabe und endgültige Eingrenzung der Privilegierung anstelle einer nur auflösend bedingten Eingrenzung – nicht zu weitergehenden Anforderungen führen, vgl. *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter u. a.*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, UBA Climate Change 21/2020, S. 41 sowie 44 f.

<sup>176</sup> Zum Folgenden siehe von Seht, Ausreichend Raum für die Windenergienutzung an Land. Ein Vorschlag für neue regulative Rahmenbedingungen, RuR 2021, S. 606-619.

<sup>177</sup> Zur raumordnerischen Ausgestaltungsvariante nach von Seht siehe bereits oben unter B. II. 1.

Vorranggebieten (mit oder ohne die Wirkung von Eignungsgebieten). Ist zum fraglichen Zeitpunkt das im Raumordnungsgesetz festgelegte regionale Flächenziel in der Region erreicht, so greift in jeder Kommune der Region aufgrund eines geänderten § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB eine Teilentprivilegierung und zwar auf Flächen außerhalb dieser Regionalplangebiete und etwaiger zusätzlich bestehender oder künftiger reiner Positivflächen für die Windenergienutzung in Flächennutzungsplänen. Dort sind Windenergievorhaben somit sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB, so dass hier regelmäßig keine weitergehende Steuerung über eine Flächennutzungsplanung erforderlich sind.

Eine in der Sache abweichende Alternative stellt dies zur hier präferierten „großen Lösung“ deshalb nur in Teilen dar. Unterschiede bestehen insoweit vor allen Dingen in der juristischen Konstruktion sowie in dem Umstand, dass *von Seht* mit der Änderung in § 35 BauGB einen Anreiz für die Festlegung hinreichender, den Mengenvorgaben des Bundes entsprechender Vorranggebiete schafft, der darin besteht, dass sich die Planungsträger gerade dadurch von der Bürde der aufwändigen und fehleranfälligen gesamtträumlichen Konzentrationszonenplanung befreien können. Zugleich soll aber die Konzentrationszonenplanung in ihrer bisherigen Form mit ihren hohen Anforderungen auch weiterhin als zusätzliches Instrument im planerischen Instrumentenkasten bewahrt werden. Regionale Planungsträger und – sofern der Regionalplan durch Unterschreitung der Mindestwerte Spielräume lässt und die Regionalplanung selber nicht konzentriert – auch die Kommunen können so weiterhin den Aufwand der bisherigen Konzentrationszonenplanungen auf sich nehmen. Dafür müssen die Planungsträger dann aber in quantitativer Hinsicht allein den Anforderungen des Substanzgebotes genügen, das derzeit hinter den gesetzgeberischen Mengenvorgaben regelmäßig zurückbleibt<sup>178</sup>.

Die Teilentprivilegierung, die *von Seht* als Rechtsfolge an die regionalplanerische Festlegung von Flächen im Umfang der jeweiligen Mengenvorgabe anknüpft, unterscheidet sich in der Sache nicht von der hier umschriebenen Eingrenzungswirkung einer Planung zur Konkretisierung der modifizierten Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB<sup>179</sup>. Insoweit ähneln sich die Überlegungen hier sehr. Parallel dürften die Vorschläge auch insoweit liegen, als dass sie ein Wiederaufleben der allgemeinen Außenbereichsprivilegierung nur für die Fälle vorsehen, in denen sich die positiven Gebietsausweisungen für die Windenergie als rechtswidrig erweisen, weil die Realisierung von Vorhaben Anwohner- oder auch Artenschutzbelange verletzen würde oder die Flächen für die Realisierung von Windenergievorhaben tatsächlich ungeeignet sind und dies auch von der Planung hätte erkannt werden müssen. Hinzu kommen nach beiden Vorschlägen Fälle, in denen die Mengenvorgaben mittels festgelegter jahresbezogener Mindestwerte oder gesetzgeberisch aktualisiert werden und damit veränderte Bedingungen für den Eintritt der Eingrenzungswirkung bzw. der Teilentprivilegierung erfüllt werden müssen. Die bislang im Rechtsschutz dominierende Frage, ob eine Fläche außerhalb der ausgewiesenen Gebiete zurecht nicht ausgewiesen wurde, dürfte dagegen nach beiden Lösungsmodellen zumindest weitgehend an Bedeutung verlieren, da es der Rechtfertigung eines Ausschlusses gerade nicht mehr im bisherigen Sinne bedarf.

Ein großer Unterschied zwischen den Vorschlägen dürfte schließlich auch nicht mit Blick auf die verbleibenden Freiheiten der Kommunen bestehen. Nach beiden Vorschlägen ist es Kommunen grundsätzlich möglich, weitere Standorte für die Windenergie mittels Bebauungsplänen auf den Flächen auszuweisen, auf denen die Privilegierung durch deren Eingrenzung bzw. durch Teilentprivilegierung nicht gilt. Bei *von Seht* ist alternativ auch die Festlegung zusätzlicher Flächennutzungsplan-Flächen

<sup>178</sup> Zu Erwägungen das Substanzgebot deshalb durch eine Grundsatzkonstruktion im Raumordnungsgesetz mit den Ausbaupfaden des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder einen Verweis auf die gesetzgeberischen Mengenvorgaben zu verknüpfen *von Seht*, Ausreichend Raum für die Windenergienutzung an Land. Ein Vorschlag für neue regulative Rahmenbedingungen, RuR 2021, S. 1 (6 f.; 11).

<sup>179</sup> Dies überrascht nicht, da auch *von Seht* die Nähe seines Vorschlags zu den Überlegungen in *Wegner/Kahles/Bauknecht/Ritter u. a.*, Bundesrechtliche Mengenvorgaben bei gleichzeitiger Stärkung der kommunalen Steuerung für einen klimagerechten Windenergieausbau, UBA Climate Change 21/2020 konstatiert, auf denen auch die vorliegende Konzeption aufbaut.

möglich, auf denen dann die Privilegierung wieder greift und so ein Erfordernis zusätzlicher Bebauungsplanfestsetzungen vermieden wird. Nach beiden Vorschlägen ist dies jedoch dort nicht möglich, wo auf Regionalplanungsebene ein Konzentrationszonenkonzept umgesetzt wird. Dieses bleibt auch in Zukunft möglich, da es in seiner Wirkung gegenüber der kommunalen Bauleitplanung, die über § 4 ROG, § 1 Abs. 4 BauGB stattfindet, durch die Modifikation des § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 S. 3 BauGB nicht berührt wird.

## 5. Klärung von Maßstäben für Untersuchungs- und Abwägungstiefe

### Inhalt

- **Konkretisierung und Begrenzung der Anforderungen an Untersuchungs- und Abwägungstiefe bei Konzentrationszonenplanungen.**

Untersuchungs- und Abwägungstiefe in Planaufstellungsverfahren werden üblicherweise ebenenspezifisch bestimmt. Je höher die Planungsebene und damit auch abstrakter die Betrachtungsweise, desto geringer sind Untersuchungs- und Abwägungstiefe. Betrachtet werden nur diejenigen Belange, die auf der jeweiligen Ebene von Bedeutung sind (vgl. § 7 Abs. 2 S. 1 ROG). Dies trägt zum einen der idealtypischen Stufung des Planungssystems Rechnung, das bis zur untersten Ebene der Bebauungsplanung ohnehin eine zunehmende Konkretisierung und damit auch detailliertere Berücksichtigung von Belangen erlaubt und erfordert. Zum anderen wird damit der Großflächigkeit von Planungsgebieten höherer Planungsebenen Rechnung getragen, die nur mit hohem

Aufwand detailliert untersucht werden könnten.

Angewendet auf die Konzentrationszonenplanung führt der Grundsatz der ebenenspezifischen Abwägung jedoch nicht gleichermaßen zur Zurücknahme von Untersuchungs- und Abwägungstiefe auf den höheren Planungsebenen. Grund hierfür ist zum einen, dass Konzentrationszonenplanungen bereits abschließende planerische Entscheidungen darstellen, ihnen somit unmittelbar die Zulassung von Einzelvorhaben nachfolgt<sup>180</sup>. Zum anderen müssen die Planungsträger für diejenigen Flächen, die für die Windenergie ausgewiesen werden, sicherstellen, dass sich die Windenergienutzungen hier regelmäßig durchsetzen können. Dies aber setzt eine genauere Untersuchung der Flächen und eine breite und tiefgehende Abwägung der betroffenen Belange voraus. In beiden Punkten sind Konzentrationszonenplanungen damit eher mit Bebauungsplanungen als mit herkömmlichen Flächennutzungsplanungen bzw. Raumordnungsplanungen vergleichbar<sup>181</sup>.

Zwar hat die Rechtsprechung diese Grundsätze selbst wiederholt formuliert und insoweit die Anforderungen auch konkretisiert. Nicht selten geschehen hier jedoch Fehler, die eine Unsicherheit über die geltenden Anforderungen belegen. Diese könnte durch eine Regelung der entsprechenden Anforderungen minimiert werden<sup>182</sup>. Denkbar ist es, insoweit auch die Anforderungen bzgl. einzelner besonders relevanter Belange, bspw. den Natur- und Artenschutz, zu klären und damit auch zu begrenzen. Explizit könnten etwa auch die Anforderungen an erforderliche Datengrundlagen spezifiziert werden. Auch im Falle einer Reform der Konzentrationszonenplanung bliebe die Klärung von Maßstäben für Untersuchungs- und Abwägungstiefe aktuell, selbst wenn sich die Frage auf diejenigen Flächen fokussierte,

<sup>180</sup> Auf dieser Ebene erfolgt dann auch hier die planerische Zulassung auf Grundlage von § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB. Anders als bei einer weiteren richtigen Planungsebene findet danach aber keine umfassende planerische Steuerung und Abwägung mehr statt, sondern nur noch eine kleinräumige Koordination auf der Grundlage einer Abwägung, die lediglich die Wertungen des Gesetzgebers nachvollzieht.

<sup>181</sup> BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 CN 3.06 sowie Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18 und Urt. v. 29.10.2020 – 4 CN 2/19 juris Rn. 18; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 14.09.2010 –

OVG 2 A 5.10, juris Rn. 35; OVG Lüneburg, Urt. v. 17.10.2013 – 12 KN 277/11, juris Rn. 52

<sup>182</sup> Vgl. Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (596); Wegner, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 22 ff.

die für die Windenergie ausgewiesen werden sollen.

Bei der Entscheidung über eine solche gesetzgeberische Konkretisierung ist jedoch jedenfalls zweierlei zu beachten: Erstens geht eine gesetzgeberische Konkretisierung solcher Maßgaben mit einer gewissen Pauschalierung einher. Dadurch könnten zwar die Anforderungen an die Planungen auch hier begrenzt werden. Zugleich könnte jedoch auch die Aussagekraft der Planausweisungen für die Eignung der jeweiligen Flächen limitiert werden, wenn diese nicht hinreichend tief untersucht und betroffene Belange nicht ausreichend abgewogen würden. Zweitens wäre zu berücksichtigen, dass – je nach Detaillierungsgrad einer solchen gesetzlichen Ausgestaltung von Abwägungsvorgaben – jedenfalls die darüber hinausgehende Konkretisierung der Rechtsprechung und Praxis zur Klärung überantwortet würde. Dies hat zwar den Nachteil eines iterativen Vorgehens, das eine längere Zeit relativer Ungewissheit zur Folge haben kann. Umgekehrt führt aber auch die Überfrachtung des Gesetzes mit immer mehr Details nicht zu einem Zugewinn an Rechtsklarheit und -sicherheit. Sowohl ein Tätigwerden des Gesetzgebers als auch seine Untätigkeit wäre in der vorliegenden Konstellation deshalb mit gewissen Unwägbarkeiten verbunden. Jedenfalls bei der Reichweite und des Detailgrads einer hier gleichwohl für hilfreich erachteten Regelung sollte dies Berücksichtigung finden.

### 6. Klare Mengenvorgaben statt unklares „Substanziell Raum Schaffen“

#### Inhalt

- ▶ Bestehen eines eindeutigen quantitativen Maßstabs für die Kontrolle des Planungsergebnisses.

#### ▶ Fortwährende Bedeutung des Substanzgebotes für die Kontrolle der Flächeneignung.

Die Einführung von Mengenvorgaben entsprechend der oben dargestellten Ansätze<sup>183</sup> hätte auch ohne die weiteren, hier vorgeschlagenen Änderungen auf die Rechtssicherheit von Konzentrationszonenplanungen Auswirkungen. Werden die Mengenvorgaben auf die Planungsregionen bzw. Kommunen heruntergebrochen, so ergäbe sich ein eindeutiger quantitativer Maßstab zur Kontrolle des jeweiligen Planungsergebnisses im Sinne einer Mindestanforderung. Sofern diese Vorgabe erfüllt wird, steht fest, dass der Windenergie zugleich auch substanziell Raum verschafft wurde. Die Planungsträger würden von der Ermittlung befreit, wie viel Flächen sie für die Windenergie ausweisen müssen, damit dem Klimaschutz und hiervon abgeleiteten Belangen auch im Ergebnis ein Gewicht beigemessen wird, das nicht außer Verhältnis zu seinem objektiven Gewicht steht.

Zwar würde das Gebot, der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen, damit noch weitergehend an Bedeutung verlieren. Verzichtet werden kann auf diese Maßgabe aber insoweit nicht, als aus ihr in der bisherigen Rechtsprechung auch Anforderungen an die Eignung der ausgewiesenen Flächen abgeleitet werden. Auf diese kann auch im Falle einer stärkeren Mengensteuerung nicht verzichtet werden, da die Eignung der Flächen in diesem Rahmen nicht ausreichend gewährleistet werden würde. Aus dem Substanzgebot folgt insoweit, dass die Planungsträger sicherstellen müssen, dass sich die Windenergie auf den ausgewiesenen Flächen regelmäßig und nicht nur im Einzelfall durchsetzen kann<sup>184</sup>. In einem Planungssystem mit Mengenvorgaben, sollte dieses bisherige Teilgebot des Substanzgebotes aus Gründen der Rechtsklarheit eigenständig geregelt oder zumindest seine Eigenständigkeit klargestellt werden.

<sup>183</sup> Hierzu oben unter B. II.

<sup>184</sup> Hierzu Gatz, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, DVBl 2017, S. 461 (467); OVG Lüneburg, Ur. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, juris Rn. 85 f.; OVG

Schleswig, Ur. v. 20.1.2015 – 1 KN 7/13, juris Rn. 59; OVG Berlin-Brandenburg, Ur. v. 14.9.2010 – 2 A 5.10, juris Rn. 35.

## 7. Klärung formeller Anforderungen

### Inhalt

- ▶ Klärung der Anforderungen an die Bekanntgabe von Planentwürfen nach § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB bzw. § 9 Abs. 2 S. 3 ROG.
- ▶ Klärung der Anforderungen an die Bekanntgabe von Umweltinformationen nach § 9 Abs. 2 S. 2 ROG.
- ▶ Klärung des Erfordernisses einer Ausfertigung von Flächennutzungsplänen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB.
- ▶ Prüfung, inwieweit eine Beschränkung der Anzahl von Öffentlichkeitsbeteiligungen möglich ist.

Der Gesetzgeber könnte schließlich auch bei formellen Anforderungen zur Stärkung der Rechtssicherheit von Konzentrationszonenplanungen beitragen. Untersuchungen haben gezeigt, dass nicht wenige Pläne solche Fehler aufweisen<sup>185</sup>. Für einzelne Fragen hat die Rechtsprechung die formellen Anforderungen inzwischen geklärt. Insofern können Fehler hier in Zukunft rechtssicher vermieden werden, ohne dass es eines gesetzgeberischen Eingriffes bedarf<sup>186</sup>.

Hilfreich wäre eine gesetzgeberische Klärung jedoch dort, wo bislang unterschiedliche oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung existiert und eine Klärung durch das Bundesverwaltungsgericht zeitnah nicht zu erwarten ist. Dies gilt zunächst für die Anforderungen, die an die Bekanntgabe von Planentwürfen sowohl nach § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB als auch nach § 9 Abs. 2 S. 3 ROG zu stellen sind. Bei der Bekanntgabe von Entwürfen von Raumordnungsplänen stellt sich zudem die Frage, wie in diesem Zuge die vorhandenen Umweltinformationen nach § 9 Abs. 2 S. 2 ROG bekannt zu

geben sind. Unklarheit besteht darüber, ob hierauf die Anforderungen übertragen werden müssen, die bei der Veröffentlichung von Planentwürfen der Bauleitplanung gelten oder nicht. Einer gesetzgeberischen Klärung könnte zudem die Frage zugeführt werden, inwieweit Flächennutzungspläne mit den Ausschlusswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB einer Ausfertigung bedürfen. Während diese Anforderung für entsprechende Pläne der Raumordnung unzweifelhaft besteht, existieren für Flächennutzungspläne insoweit Unsicherheiten und eine uneinheitliche Rechtsprechung<sup>187</sup>.

Eigenständigen Untersuchungen vorbehalten bleiben muss zudem die Frage, ob und wie Aufwand von und Verzögerungen der Planungsverfahren durch vielfache Öffentlichkeitsbeteiligungen stärker als bislang begrenzt werden können, ohne diese zu entwerten<sup>188</sup>. Die Problematik besteht hier nicht in der Durchführung der Beteiligungsverfahren an sich, sondern in dem Umstand, dass diese häufig vielfach durchgeführt werden müssen, da sich die Planentwürfe immer wieder verändern und damit eine Endlosschleife von Entwurfsanpassungen und Öffentlichkeitsbeteiligungen entsteht. Vorgeschlagen werden zur Lösung dieser Problematik eine absolute Begrenzung der Beteiligungsrunden, aber auch ein Herauslösen solcher Flächen aus den Verfahren, die von Veränderungen betroffen sind, um nur noch für diese Flächen eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung durchzuführen. Auf diese Weise soll ein Abschluss der Planungen jedenfalls für den größten Teil der Plangebiete erreicht werden. Bei der Umsetzung wären europa- und völkerrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen.

<sup>185</sup> Vgl. *Wegner*, Fehlerquellen von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 37 vom 14.12.2018, S. 4 ff.

<sup>186</sup> Dies gilt etwa für die Anforderungen an die Bekanntmachung eines Flächennutzungsplans mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB.

<sup>187</sup> Zu den vorstehenden Punkten siehe im Einzelnen *Wegner*, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von

Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 29 ff.

<sup>188</sup> Zu den Teilaspekten eines verbesserten Umgangs mit Masseneinwendungen sowie der Digitalisierung von Öffentlichkeitsbeteiligungen siehe bereits *Wegner*, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 04.08.2021, S. 33 f.

### Zwischenergebnisse auf einen Blick

- ▶ Fehleranfälligkeit und Planungsaufwand von Konzentrationszonenplanungen lassen sich auf verschiedene Art und Weise deutlich reduzieren.
- ▶ Durch eine gesetzgeberische Modifikation des Zusammenspiels der Außenbereichsprivilegierung der Windenergie und des sog. Planvorbehalts nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB könnte auf die fehleranfällige Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen verzichtet und die Konzentrationszonenplanung in Richtung klassischer Positivplanungen weiterentwickelt werden. Dies erlaubt eine Fokussierung der Verfahren auf diejenigen Flächen, die der Windenergie tatsächlich zur Verfügung gestellt werden sollen und beseitigt eine wichtige Fehlerquelle.
- ▶ Mit der Klärung der Maßstäbe für Untersuchungs- und Abwägungstiefe könnten weitere Rechtsunsicherheiten beseitigt und dem Untersuchungsaufwand auf Planungsebene Grenzen gesetzt werden.
- ▶ Mit der Einführung bundesrechtlicher Mengenvorgaben verliert die Anforderung des substanziell Raum Schaffens weitgehend ihre Bedeutung. Soweit hieraus aber auch Anforderungen zur Gewährleistung der Flächeneignung folgen, muss dieser Teilgehalt auch in einem reformierten Planungssystem fortgelten.
- ▶ Die Gerichtsfestigkeit solcher Planungen kann schließlich durch die Klärung verschiedener formeller Anforderungen erhöht werden.

## III. Umgang mit Planungsfehlern bei Konzentrationszonenplanungen – Vermeidung von Verzögerungen für die Flächenbereitstellung

### 1. Status quo und Reformziele

#### Überblick

##### Status quo:

- ▶ Die vorhandenen Fehlerfolgenregelungen führen in der Praxis bislang eher selten dazu, dass fehlerhafte Konzentrationszonenplanungen in der gerichtlichen Kontrolle bestehen.
- ▶ Dies liegt daran, dass die existierenden Regelungen bei praktisch relevanten Fehlern teils inhaltlich nicht greifen, wie bei der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen, oder aber gewisse formale Anforderungen für das Eingreifen der Regelungen nicht erfüllt werden.

##### Ziele:

- ▶ Stärkung der Fehlerfolgenregelungen als subsidiäres Auffangnetz, soweit sich Fehler in den Planungen nicht bereits vermeiden lassen.
- ▶ Schaffung von Regelungen gerade für praktisch relevante Fehler von Konzentrationszonenplanungen wie die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen, soweit auf die Unterscheidung nicht insgesamt verzichtet werden soll.
- ▶ Einführung einer befristeten Fortgeltung fehlerhafter Planungen für Fälle, in denen das Interesse an einer planerischen Steuerung das Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung überwiegt.
- ▶ Bei der Schaffung von Fehlerfolgenregelungen ist zu beachten, dass dadurch nicht Planungssituationen konserviert werden, die den Windenergieausbau behindern.

Ohne Fehlerfolgenregelungen führt bereits jeder noch so kleine inhaltliche oder formale Fehler zur Aufhebbarkeit von

Raumplanungen<sup>189</sup>. Dies bringt zwar den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie das Grundrecht auf einen effektiven Rechtsschutz maximal zur Geltung, vernachlässigt dabei aber die rechtsstaatlichen Gebote der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sowie das Interesse an einem wirksamen Vollzug staatlicher Normen<sup>190</sup>.

Weil Raumplanungen aufgrund ihrer Komplexität generell fehleranfällig sind<sup>191</sup>, hat der Gesetzgeber schon lange mittels Fehlerfolgenregelungen in der Form von Unbeachtlichkeits- und Heilungsvorschriften (§§ 214 f. BauGB, § 11 ROG) einen Ausgleich zwischen den genannten verfassungsrechtlichen Grundsätzen und Geboten geschaffen. Gerade mit Blick auf die bei Konzentrationszonenplanungen praktisch häufigen Fehler haben sich diese jedoch als weitgehend wirkungslos erwiesen<sup>192</sup>. In der Folge wurden und werden zahlreiche Konzentrationszonenplanungen insgesamt oder bezüglich ihrer Ausschlusswirkung aufgehoben. Dies führt zwar rechtlich vielfach zunächst dazu, dass Windenergievorhaben im gesamten Außenbereich privilegiert und das heißt unter dem Vorbehalt entgegenstehender öffentlicher Belange im Einzelfall planungsrechtlich zulässig sind. Dies schafft aber seinerseits Akzeptanzprobleme vor Ort und Planungsträger und Länder reagieren hierauf verstärkt mit der Nutzung von Plansicherungsinstrumenten und sog. Moratorien, die zur faktischen Sperrung weiterer Planungsräume für längere Zeit führen.

Zur Stärkung der Gerichtsfestigkeit von Konzentrationszonenplanungen, die einer hohen öffentlichen Aufmerksamkeit und einem hohen Klagedruck ausgesetzt sind, liegen verschiedene Vorschläge vor<sup>193</sup>. Bei deren Bewertung ist auch zu berücksichtigen, dass die Aufhebung von Konzentrationszonenplanungen nicht selten gerade deshalb erfolgt oder verfolgt wird, weil hier zu wenige Flächen für die Windenergie ausgewiesen wurden<sup>194</sup>. Fehlerfolgenvorschriften dürfen auch aus Sicht der Windenergie deshalb nicht zu einer Versteinerung von Planungssituationen führen.

## 2. Fehlerfolgen bei harten und weichen Tabuzonen

### Inhalt

- **Aufhebung des Beweisermittlungsverbots in § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB zur Durchsetzung der generellen Unbeachtlichkeit von Fehlern bei der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen soweit diese Unterscheidung nicht ohnehin in ihrer strengen Form überflüssig wird.**

Auf die Adressierung der fehleranfälligen Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen zielt ein Vorschlag *Schmidt-Eichstaedts* ab<sup>195</sup>. Anknüpfungspunkt dieses Vorschlags ist das bislang von der Rechtsprechung angenommene

<sup>189</sup> Petz, in: Mitschang, Erneuerbare Energien und Netzausbau in der räumlichen Planung, 2015, S. 307 (307).

<sup>190</sup> Wegner, Ansätze zum Umgang mit Fehlern und zur Begrenzung der Fehlerfolgen bei Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 39 vom 06.03.2019, S. 5.

<sup>191</sup> Für Bebauungspläne siehe nur *Dillmann/Mohrenstein/Vielberg/Zemke*, BauR 2018, S. 179 ff.; allgemein *Kukk*, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 9. Aufl. 2019, § 214 Rn. 1 ff.

<sup>192</sup> Zu den Gründen im Einzelnen *Wegner*, Ansätze zum Umgang mit Fehlern und zur Begrenzung der Fehlerfolgen bei Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 39 vom 06.03.2019, S. 7.

<sup>193</sup> Über diese Vorschläge hinaus bestehen dagegen kaum Potenziale zur Ausweitung der vorhandenen Fehlerfolgenvorschriften, vgl. *Wegner*, Ansätze zum Umgang mit Fehlern und zur Begrenzung der Fehlerfolgen bei Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 39 vom

06.03.2019, S. 6 ff. Grundsätzlich ablehnend gegenüber einer Ausweitung von Fehlerfolgeregelungen bei Verfahrensfehlern SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind, Impulspapier, Oktober 2021, S. 4.

<sup>194</sup> Auch aus diesem Grund sollten Bekanntmachungsfehler älterer Flächennutzungspläne mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht nachträglich für unbeachtlich erklärt werden, handelt es sich bei den Plänen vielfach um Altpläne, die den heutigen Anforderungen an Konzentrationszonenplanungen nicht genügen und deshalb ohnehin fortgeschrieben werden müssten.

<sup>195</sup> *Schmidt-Eichstaedt*, Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, 2020, FA Wind, S. 20 sowie *ders.*, Die harten und weichen Tabuzonen bei der Windenergieplanung und die Beachtlichkeit etwaiger Fehlzuordnungen, ZfBR 2019, S. 434 ff. jeweils mit konkretem Formulierungsvorschlag.

Beweisermittlungsverbot zu der Frage, ob sich ein Fehler im Abwägungsvorgang – wozu die Unterscheidung der Tabuzonen zählt – auf das Abwägungsergebnis ausgewirkt hat oder nicht. Ist dies nämlich nicht der Fall oder war der Einfluss des Fehlers auf das Abwägungsergebnis nur nicht offensichtlich, so sieht die Fehlerfolgenregelung in § 214 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB schon heute vor, dass Mängel im Abwägungsvorgang unbeachtlich sind.

An der Offensichtlichkeit von Fehlern bei der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen besteht kein Zweifel. Dies insbesondere deshalb, weil rechtliche Unsicherheiten über die Einordnung bestimmter Flächen nichts an der Offensichtlichkeit hier geschehender Fehler ändern sollen. Ob ein Fehler aber auch auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen ist, richtet sich danach, ob die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Mangel im Planungsvorgang die Planung anders ausgefallen wäre<sup>196</sup>. Eine solche konkrete Möglichkeit soll wiederum laut Rechtsprechung vorliegen, „wenn sich anhand der Planunterlagen oder sonst erkennbarer oder nahe liegender Umstände die Möglichkeit abzeichnet, dass der Mangel im Abwägungsvorgang von Einfluss auf das Abwägungsergebnis gewesen sein kann“<sup>197</sup>.

Auf dieser Grundlage kommt die Rechtsprechung in Fällen, in denen Flächen als harte Tabuzonen eingeordnet wurden, obwohl sie tatsächlich als weich zu qualifizieren gewesen wären, zu der Annahme der konkreten Möglichkeit eines anderen Ergebnisses. In diesem Fall, so die Annahme, hätten die über den Plan abstimmenden Personen ihren Handlungsspielraum erkennen und deshalb zu einem anderen Ergebnis, nämlich der Ausweisung der konkreten Fläche, kommen können. Eine Befragung der an den Entscheidungen beteiligten Personen zwecks Beweiserhebung über die genannte Frage lehnt die Rechtsprechung jedoch ab. Insoweit gelte ein Beweisermittlungsverbot<sup>198</sup>.

*Schmidt-Eichstaedt* hält eben diese zuletzt genannte Annahme der Rechtsprechung, dass im Falle der Kenntnis der Rechtslage ein anderes Ergebnis konkret möglich gewesen wäre, für falsch. Unter Verweis auf die Planungspraxis geht er vielmehr davon aus, dass die zuständigen Beschlussorgane letztlich über einen mühevoll ausgearbeiteten und errungenen Kompromiss und damit über ein Planungsergebnis abstimmen. Daran hätte, so die These, auch ein abweichendes, wenn auch rechtlich einzig richtiges Verständnis eines vorgelagerten Schrittes, nichts geändert. Damit sich die Gerichte dieser Einsicht nicht weiterhin verschließen könnten, so *Schmidt-Eichstaedt*, müsse das von der Rechtsprechung angenommene Beweisermittlungsverbot<sup>199</sup> beseitigt und im Einzelfall Ratsmitglieder zur Frage vernommen werden, ob sie bei zutreffender Einordnung der fraglichen Fläche im Ergebnis anders entschieden hätten oder nicht.

Auch wenn die These *Schmidt-Eichstaedts* von der fehlenden Maßgeblichkeit der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen für das Abstimmungsverhalten in den Beschlussorganen durchaus plausibel ist, so begegnet der Vorschlag der Abschaffung des bislang geltenden Beweisermittlungsverbots gleichwohl Zweifeln. Diese erwachsen zunächst daraus, dass es bei einer etwaigen Befragung gerade nicht um die Rekonstruktion der Willensbildung eines einzelnen Ratsmitglieds, sondern die hypothetische Veränderung des mehrheitlichen Abstimmungsverhaltens des als Kollektiv entscheidenden Organs gehen würde. Jedenfalls eine Befragung nur einzelner Organmitglieder dürfte hierfür kaum genügen, wenn die Rekonstruktion überhaupt möglich ist.

Hinzu kommt aber auch, dass das Beweisermittlungsverbot nicht zuletzt auch die Organmitglieder davor schützen dürfte, in gerichtlichen Verfahren auftreten zu müssen und dort vernommen zu werden<sup>200</sup>. Es kann bezweifelt werden, dass die

<sup>196</sup> BVerwGE 64, 33 (39); *Battis*, in: *Battis/Mitschang/Reidt*, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 214 Rn. 22.

<sup>197</sup> BVerwGE 64, 33 (40).

<sup>198</sup> Hierzu BVerwG, Beschl. v. 15.10.02 – 4 BN 51.02, juris Rn. 10; BVerwG, Beschl. v. 21.03.18 – 4 BN 2.18, juris Rn. 11.

<sup>199</sup> Dieses bezieht sich nach der Rechtsprechung nicht allein auf die Frage des Vorliegens eines Fehlers im

Abwägungsvorgang, sondern auch auf das Bestehen der konkreten Möglichkeit, dass das Planergebnis bei Vermeidung des Fehlers anders ausgefallen wäre, BVerwG, Beschl. v. 21.03.2018 – 4 BN 2/18, Rn. 11.

<sup>200</sup> Vgl. BT-Drs. 8/2885, S. 36, 46, wonach mit der Vorgängervorschrift des § 155b Abs. 2 Bundesbaugesetz eine Vernehmung über die Einzelheiten und Umstände der politischen Meinungsbildung gerade

Bereitschaft der vielfach ehrenamtlich tätigen Organmitglieder zur Durchführung von Konzentrationszonenplanungen stiege, müssten sie befürchten, in anschließenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren vernommen und Auskunft darüber geben zu müssen, wie sie für den Fall einer anderweitigen rechtlichen Beurteilung einer bestimmten Fläche abgestimmt hätten.

Gegenüber dem Versuch, die Fehleranfälligkeit der Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen über die Vernehmung von Mitgliedern der Beschlussorgane einzufangen, scheint deshalb die Reform der Konzentrationszonenplanung zwecks Verzichts auf die strenge Form dieser Unterscheidung vorzugswürdig. Sofern dies nicht erfolgt, dürfte der hier betrachtete Vorschlag von *Schmidt-Eichstaedt* in der Tat die Planaufhebungen in Folge von Fehlern bei der Unterscheidung verringern. Möglich erscheint jedoch, dass dies entgegen der Intention des Vorschlags nicht zum Abbau von Frustration bei den Planungsträgern führt, sondern – im Gegenteil – die Bereitschaft der Planungsträger zur Durchführung von Konzentrationszonenplanungen weiter reduziert.

### 3. Zeitlich befristete Fortgeltung fehlerhafter Pläne

#### Inhalt

- ▶ **Befristete Fortgeltung fehlerhafter Pläne,**
  - ▷ die nicht ohnehin von bestehenden Fehlerfolgenregelungen erfasst werden,
  - ▷ und bestimmte Mindestanforderungen bzgl. der ausgewiesenen Flächen für die Windenergie erfüllen.
- ▶ **Verpflichtung des Planungsträgers zur sofortigen Neuaufstellung des betroffenen Plans oder Entscheidung für eine Flächenbereitstellung auf**

ausgeschlossen werden sollte. Diese hier zur „Offensichtlichkeit“ eines Fehlers angestellten Überlegungen würden unterlaufen, würde eine Befragung nunmehr zur Frage der Ergebnisrelevanz vorgenommen.

<sup>201</sup> Zu diesem Vorschlag siehe ausführlich *Wegner*, Ansätze zum Umgang mit Fehlern und zur Begrenzung

#### Grundlage der Außenbereichsprivilegierung der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.

Erwogen wird zudem, eine neue Regelung für solche Fälle zu schaffen, die von den bestehenden Fehlerfolgenregelungen bislang gerade ausgenommen sind<sup>201</sup>. Für diese Fälle gilt bislang die gesetzgeberische Wertung, dass hier der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz überwiegen und der Plan zulasten der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes nicht fortgelten soll. Der vorliegende Vorschlag sieht demgegenüber einen Ausgleich vor, der diese Wertung neu austariert und dabei allen Belangen, wenn auch vermindert, zur Geltung verhelfen will. Danach sollen fehlerhafte Pläne zwar nicht dauerhaft, aber doch befristet fortgelten, um zu verhindern, dass bis zur Aufstellung eines neuen Plans eine erhebliche mehrjährige Verzögerung des Ausbaus der Windenergie im betroffenen Plangebiet eintritt.

Dem Vorschlag liegt die Überlegung zugrunde, dass die Aufhebung rechtswidriger Planungen eine Situation herbeiführen kann, deren negative Auswirkungen auf den Ausbau der Windenergie schwerer wiegen, als es die Folgen einer befristeten Fortgeltung des rechtswidrigen Plans für den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung und den effektiven Rechtsschutz tun. Damit orientiert sich der Vorschlag an der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts zu bestimmten Fällen der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, diese nicht unmittelbar für nichtig, sondern allein für verfassungswidrig zu erklären und dem Gesetzgeber aufzugeben, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt für Abhilfe zu sorgen<sup>202</sup>.

Maßgeblich für die Ausgestaltung einer solchen Regelung ist es mithin, zu bestimmen, welche Fehler von einer solchen Regelung erfasst und welche Fehler so schwer wiegen, dass die an ihnen leidenden Planungen nicht einmal befristet

der Fehlerfolgen bei Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 39 vom 06.03.2019, S. S. 11 ff.

<sup>202</sup> Siehe *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 60. EL 2020, § 78 Rn. 56 ff.

aufrechterhalten werden sollen. Aus Sicht der Windenergie, deren Ausbau hier ja gefördert werden soll, wäre dies etwa bei der Ausweisung weitgehend ungeeigneter Flächen der Fall. Hier sollte eine Fortgeltung mithin in jedem Fall ausgeschlossen sein.

Für die Implementierung einer solchen Regelung in das bestehende Recht kommen dann verschiedene Varianten in Betracht, die unterschiedliche Vor-, aber auch Nachteile besitzen. Sie lässt sich in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowohl als Tenorierungsvariante konzipieren, die für das Verfahren der Normenkontrolle in § 47 VwGO geregelt werden könnte. Alternativ ließe sich eine solche Regelung aber auch als weitere Fehlerfolgenregelung im materiellen Recht bei den §§ 214 f. BauGB bzw. § 11 ROG regeln. Hiermit verknüpft würde eine Verpflichtung der Planungsträger, unmittelbar in die Neuaufstellung des fehlerhaften Plans einzusteigen oder aber einen Ausbau der Windenergie auf Grundlage ihrer Außenbereichsprivilegierung zuzulassen.

### Zwischenergebnisse auf einen Blick

- ▶ Die Gerichtsfestigkeit von Konzentrationszonenplanungen kann zusätzlich zu den oben dargelegten Planungsrechtsvereinfachungen mittels Fehlerfolgenregelungen gestärkt werden.
- ▶ Die Aufhebung des bislang geltenden Beweismittlungsverbots im Rahmen von § 214 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB steht in einem Alternativverhältnis zum hier bevorzugten generellen Verzicht auf die strenge Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen. Der Vorschlag sollte deshalb allenfalls erwogen werden, wenn eine weitergehende Reform unterbleibt.
- ▶ Eine größere Robustheit von Konzentrationszonenplanungen kann über eine Fehlerfolgenregelung erreicht werden, die eine befristete Fortgeltung auch bestimmter fehlerhafter Pläne vorsieht.

## IV. Umgang mit Planaufhebungen und -anpassungen bei Konzentrationszonenplanungen – Vermeidung von Verzögerungen für die Flächenbereitstellungen

### 1. Status quo und Reformziele

#### Überblick

##### Status quo:

- ▶ Mit der Aufhebung einer Konzentrationszonenplanung erlischt jedenfalls deren Ausschlusswirkung für Windenergievorhaben im betroffenen Plangebiet. Planungsträger sichern künftige Planungen mittels Plansicherungsinstrumenten ab, Landesgesetzgeber schaffen sog. Moratorien. Im Ergebnis führen Planaufhebungen so aktuell zu jahrelangen Verzögerungen bei der Flächenbereitstellung für die Windenergie.
- ▶ Verzögerungen treten zudem dort auf, wo Widersprüche zwischen Raumordnungs- und Bauleitplanung bestehen und eine Anpassung der Bauleitplanung nicht zeitnah erfolgt.

##### Ziele:

- ▶ Die Beeinträchtigungen des Ausbaus der Windenergie infolge der Aufhebung von Konzentrationszonenplanungen oder Anpassungsprozessen nachfolgender Planungsebenen soll minimiert werden.
- ▶ Die Sicherungsinteressen der Planungsträger müssen berücksichtigt werden, sofern ein Ausbau vorübergehend trotz Fehlens einer Konzentrationszonenplanung ermöglicht wird.
- ▶ Durchsetzung der Raumordnung gegenüber noch nicht angepassten Bauleitplänen.

Auch wenn es gelingt, die Fehleranfälligkeit von Konzentrationszonenplanungen erheblich zu reduzieren und damit, sowie durch veränderte Fehlerfolgenregelungen, ihre

Gerichtsfestigkeit zu erhöhen, wird es auch in Zukunft zu Unwirksamkeitserklärungen von Konzentrationszonenplanungen kommen. Folge dessen ist es nach dem derzeitigen Rechtsrahmen regelmäßig, dass zumindest die Ausschlusswirkung und damit die konzentrierende Wirkung solcher Planungen entfällt<sup>203</sup>. In der Folge ist grundsätzlich wieder der gesamte Außenbereich für einen Ausbau der Windenergie auf Grundlage deren privilegierter Zulässigkeit geöffnet. Planungsträger reagierten hierauf in der Vergangenheit aber damit, nicht nur Neuaufstellungsverfahren einzuleiten, sondern auch gesetzliche Plansicherungsinstrumente zu aktivieren, um einen Ausbau der Windenergie entgegen der künftigen Planungsziele bis zum Abschluss der neuen Planungen zu verhindern. In den Ländern Schleswig-Holstein und Brandenburg wurden aufgrund der Betroffenheit gleich mehrerer Planungsregionen sogar landesweite Moratorien erlassen, denen ebenfalls eine planungssichernde Wirkung zukommen sollte und die einen Ausbau für mehrere Jahre weitgehend unterband bzw. noch gegenwärtig bis auf Ausnahmen verhindert<sup>204</sup>.

Eine im Ergebnis durchaus vergleichbare Verzögerung der Flächenbereitstellung für die Windenergie ergibt sich aufgrund planerischer Prozesse dort, wo zwar bereits eine Konzentrationszonenplanung in Kraft ist, diese jedoch Flächen für die Windenergie in Gemeinden ausweist, in denen noch eine kommunale Konzentrationszonenplanung besteht. In diesem Fall ist die Gemeinde zwar gem. § 4 ROG, § 1 Abs. 4 BauGB zur Anpassung ihrer Bauleitpläne verpflichtet. Bis dies jedoch geschieht, was mitunter mehrere Jahre dauern kann, besteht Unsicherheit darüber, ob eine Zulassung von Windenergievorhaben auf Grundlage der raumordnerischen Ausweisungen bereits möglich ist oder diese wegen des noch entgegenstehenden Bauleitplans unzulässig ist.

## 2. Schaffung einer alternativen befristeten Rückfalloption

### Inhalt

- ▶ Schaffung einer planersetzenden Regelung, die einen Ausbau der Windenergie während der Neuaufstellung zuvor aufgehobener Konzentrationszonenplanungen zulässt.
- ▶ Ausgestaltung der Regelung als subsidiär gegenüber Konzentrationszonenplanungen durch deren zeitliche Befristung.
- ▶ Prüfung eines Ausschlusses weitergehender landesrechtlicher Windenergiemoratorien.

Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, dass die Länder und Planungsträger ein legitimes Interesse daran haben, dass die von ihnen angestrebte räumliche Steuerung des Windenergieausbaus nicht bereits durch die Realisierung von Vorhaben konkurrenziert wird, während die Verfahren zur Neuaufstellung der Pläne noch laufen. Gleichzeitig gibt es ein erhebliches Interesse daran, dass der Ausbau der Windenergie in diesen mehrjährigen Zeiträumen nicht nahezu stillsteht.

Wie die Reaktionen der Länder mit Plansicherungsinstrumenten und Moratorien zeigen, stellt die planersetzende Regelung des § 35 BauGB keinen für die Planungsträger ausreichenden Interessenausgleich sicher. Vorgeschlagen wurde deshalb die Schaffung einer alternativen planersetzenden Regelung, die einen besseren Ausgleich erreicht, allerdings nur befristet gilt und damit allein eine Neuaufstellung von Konzentrationszonenplänen ermöglicht, ohne diese zu ersetzen.

Die bereits oben zu einer solchen Regelungskonzeption angestellten Überlegungen, auf die hier verwiesen wird<sup>205</sup>, haben jedoch gezeigt, dass eine solche Regelung allenfalls teilweise die Sicherheitsinteressen der Länder ausreichend befriedigen und sie damit davon abhalten könnte, von der

<sup>203</sup> BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3/18, juris Rn. 29 sowie hierzu *Kerkmann*, NVwZ 2019, S. 494 ff.

<sup>204</sup> Vgl. Vgl. § 2c RegBKPIG sowie § 18a Abs. 1 S. 2 LaplaG S-H in seiner bis zum 31.12.2020 gültigen Fassung,

Gesetz- und Ordnungsblatt für Schleswig-Holstein 2019, Nr. 8, S. 98.

<sup>205</sup> Hierzu oben unter B. III. 3.

Regelung landesrechtlicher Moratorien abzusehen. Insoweit bleibt die hier nicht weiter untersuchte Frage drängend, inwieweit landesrechtliche Moratorien – entgegen der Einschätzung einzelner Landesgerichte – der Kompetenzordnung des Grundgesetzes zuwiderlaufen. Zudem macht dies noch einmal deutlich, warum eine Aufhebung von Konzentrationszonenplanungen durch Vereinfachung dieser Planungen einerseits, aber auch durch erweiterte Fehlerfolgenregelungen andererseits verhindert werden sollte.

### 3. Durchsetzungskraft von Zielen der Raumordnung bis zur Anpassung von Bauleitplänen

#### Inhalt

- ▶ Festlegung der Durchsetzung jedenfalls von Raumordnungsplanungen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gegenüber Bauleitplänen, die trotz Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB noch nicht geändert wurden.

Werden Konzentrationszonenplanungen auf Raumordnungsebene in der Folge ihrer Aufhebung neu aufgestellt oder werden sie schlicht fortgeschrieben, so kann ein Widerspruch zwischen aktualisierter Raumordnung und noch vorhandenen Altplänen der Bauleitplanung entstehen. Während ein Raumordnungsplan für bestimmte Gebiete Windenergienutzungen festlegt, kann für dieselben Flächen auf Bauleitplanungsebene noch eine Nutzung ausgewiesen sein, die mit Windenergienutzungen unvereinbar ist.

Unstreitig besteht in solchen Fällen die Verpflichtung der Gemeinden zur Anpassung

der Bauleitpläne nach § 1 Abs. 4 BauGB<sup>206</sup>. Diese Verpflichtung ist jedoch lediglich „zeitnah“ umzusetzen. Nicht selten geschieht dies in der Praxis jedoch erst nach mehreren Jahren und nur selten werden säumige Bauleitplanungsträger von der Kommunalaufsicht hierzu veranlasst<sup>207</sup>.

Für diese Zeiträume besteht die Frage, ob sich eine raumordnerische Ausweisung für die Windenergie bereits durchsetzt und auf ihrer Grundlage Windenergievorhaben zugelassen werden können oder ob dem die bauleitplanerischen Ausweisungen noch entgegenstehen und zunächst geändert werden müssen. Die Frage wird bislang nicht einheitlich beurteilt<sup>208</sup>. Der VGH Kassel hat sie 2018 zugunsten der Raumordnung entschieden<sup>209</sup>. Bislang ist diese Entscheidung aber vereinzelt geblieben, die Frage nicht abschließend geklärt.

Um hier für Rechtssicherheit zu sorgen und weitere Verzögerungen für die Flächenbereitstellung für die Windenergie zu verhindern, könnte der Gesetzgeber das Verhältnis beider Planungsebenen ausdrücklich regeln und die Durchsetzung von Raumordnungsplänen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gegenüber noch nicht angepassten Bauleitplänen (klarstellend) ausdrücklich anordnen<sup>210</sup>. Gerade im Falle einer Reform der Konzentrationszonenplanung und der Verknüpfung ihrer „Ausschlusswirkung“ mit bundesrechtlichen Mengenvorgaben scheint eine solche Regelung sinnvoll. Anderenfalls würde die unterbleibende Anpassung der Bauleitplanung durch eine Gemeinde ggf. verhindern, dass die Mengenvorgabe durch die Planungsregion erfüllt und die Privilegierung der Windenergie auf die ausgewiesenen Flächen begrenzt wird<sup>211</sup>. Schließlich könnte die Klarstellung auch auf Ausweisungen von Vorranggebiete ohne

<sup>206</sup> *Gierke/Blessing*, in: Brügelmann, BauGB, 120. EL 2021, § 1 Rn. 429.

<sup>207</sup> Zu den – allesamt langwierigen – Mechanismen der Durchsetzung von Anpassungspflichtigen *Gierke/Blessing*, in: Brügelmann, BauGB, 120. EL 2021, § 1 Rn. 441 ff.

<sup>208</sup> Für einen Vorrang der Regionalplanung u. a. *Reidt*, Die Ausweisung von Windkonzentrationszonen in Raumordnungs- und Flächennutzungsplänen – welcher Plan hat Vorrang, *BauR* 2017, S. 1293, (1297 ff.); dagegen u. a. *Kümper*, Divergierende Konzentrationsflächen im Regionalplan und im Flächennutzungsplan, *ZfBR* 2018, S. 646 (647 ff.); *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl. 2019 Rn.

396 ff.; zusammenfassend *VerfGH NRW*, Urt. v. 1.12.2020 – 10/19, juris Rn. 90 f.

<sup>209</sup> VGH Kassel, Beschl. v. 25.01.2018 – 4 B 1535/17, Rn. 33.

<sup>210</sup> Formulierungsvorschlag für einen neuen § 35 Abs. 3 S. 4 BauGB bei *von Seht*, Ausreichend Raum für die Windenergienutzung an Land, *RUR* 2021, S. 606 (617).

<sup>211</sup> Vgl. *Kment*, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuches zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität vom Dezember 2020, S. 69, der jedoch insoweit keinen Regelungsbedarf zu sehen scheint.

Ausschlusswirkung erstreckt werden, da sich hier letztlich parallele Fragen stellen.

#### Zwischenergebnisse auf einen Blick

- ▶ Das Verzögerungspotenzial von Plansicherungsinstrumenten und landesrechtlichen „Moratorien“ kann durch die Schaffung einer gegenüber den Konzentrationszonenplanungen subsidiären, planersetzenden Regelung adressiert werden. Wegen der voraussichtlich beschränkten Wirkungen einer solchen Regelung bleibt insbesondere die Frage der Kompetenzwidrigkeit landesrechtlicher Moratorien jedoch drängend.
- ▶ Die Durchsetzung jedenfalls raumordnerischer Konzentrationszonenplanungen gegenüber der Bauleitplanung sollte klargestellt werden, um Verzögerungen bei der Anpassung entgegenstehender Bauleitpläne zu verhindern.

## D. Ausweisung zusätzlicher Flächen vereinfachen

### I. Status quo und Reformziele

#### Überblick

##### Status quo:

- ▶ Sofern in einem Plangebiet bereits eine Konzentrationszonenplanung existiert, kann diese fortgeschrieben oder neu aufgestellt werden, um die Flächenkulisse für die Windenergie zu erweitern. Planungsträger scheuen jedoch den damit verbundenen Aufwand und die Fehleranfälligkeit dieser Prozesse, so dass nicht selten an Bestandsplänen festgehalten wird, obwohl diese fortschreibungsbedürftig sind.
- ▶ Neben der aufwändigen Änderung von Konzentrationszonenplänen wird seit einiger Zeit ein alternativer Weg aufgezeigt, bei dem unter Verweis auf § 249 Abs. 1 BauGB allein zusätzliche Flächen für die Windenergie geöffnet werden, die Konzentrationszonenplanung im Übrigen aber unverändert bleibt. Ob dieser Weg auch ohne erneute Gesamtabwägung beschritten werden kann, ist derzeit aber nicht abschließend geklärt.

##### Ziele:

- ▶ Beseitigung der Rechtsunsicherheit für Bauleitplanungs- und Raumordnungsebene über die Zulässigkeit der Ausweisung zusätzlicher Flächen

für die Windenergie ohne erneute Gesamtabwägung.

Aufgrund des hohen Planungsaufwands und der Fehleranfälligkeit von Konzentrationszonenplanungen scheuen Planungsträger deren Fortschreibung oder Neuaufstellung um der Windenergie weitere Flächen zur Verfügung zu stellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der bestehende Plan bereits nicht mehr gerichtlich angegriffen werden kann, weil Rechtsbehelfsfristen und Fristen für die Beachtlichkeit bestimmter Fehler abgelaufen sind.

Diskutiert wird deshalb seit längerem, ob eine aufwändige Änderung einer vorhandenen Konzentrationszonenplanung samt erneuter Gesamtabwägung dann nicht erforderlich ist, wenn eine Änderung auf die Öffnung zusätzlicher Flächen für die Windenergie begrenzt ist, die Konzentrationszonenplanung im Übrigen aber unverändert bleibt<sup>212</sup>. Streitig ist insbesondere die Entbehrlichkeit einer erneuten Gesamtabwägung deshalb, weil die zusätzliche Ausweisung stets auf denjenigen Flächen geschieht, die bis dahin Teil der Ausschlussflächen einer bereits vorhandenen Konzentrationszonenplanung sind. Die zusätzliche Ausweisung von Flächen für die Windenergie bewirkt deshalb stets eine Reduktion der Ausschlussflächen der Konzentrationszonenplanungen<sup>213</sup>.

Das OVG Münster hat unter Verweis auf § 249 Abs. 1 BauGB gleichwohl die Zulässigkeit dieses Vorgehens anerkannt und festgestellt, dass aus der Reduktion der Ausschlussflächen kein Erfordernis einer erneuten Gesamtabwägung folge<sup>214</sup>. Das OVG

<sup>212</sup> Vgl. zu dieser Diskussion, die teils auch weitere Fälle einbezieht *Scheidler*, Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie bei bereits vorhandener bauleitplanerischer Steuerung, ZfBR 2012, Sonderausgabe, S. 76 ff.; *Tigges*, Windkonzentrationsplanung: Gesamtplanung bei der Ausweisung zusätzlicher Flächen?, ZNER 2012, S. 127 ff.; *Hilkenbach/Falke*, „Isolierte Positivplanung“ nach § 249 Abs. 1 BauGB als flexibles Instrument zur Darstellung von Flächen für die Windenergienutzung, ZNER 2020, S. 1 ff.; *Osing*, Die Positivplanung von Windenergieflächen nach § 249 Abs. 1 S. 1 BauGB – eine

unterschätzte Chance für die Energiewende?, NVwZ 2020, S. 749 ff.; *Menne/Wegner*, Bauleitplanerische Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie, ZfBR 2020, S. 336 ff.

<sup>213</sup> *Menne/Wegner*, Bauleitplanerische Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie, ZfBR 2020, S. 336 (338).

<sup>214</sup> OVG Münster, Urte. v. 17.05.2017 – 2 D 22/15.NE, juris Rn. 107 f.

Lüneburg hat sich hiergegen jedenfalls insoweit gewendet als aus § 249 Abs. 1 BauGB die Zulässigkeit des Verzichts auf eine erneute Gesamtabwägung auch bei konzeptionell überholten Konzentrationszonenplänen abgeleitet wird<sup>215</sup>. Ob und inwieweit die Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie ohne erneute Gesamtabwägung mit Blick auf § 249 Abs. 1 BauGB oder unabhängig hiervon zulässig ist, ist danach derzeit unklar. Gegen die jüngste Entscheidung des OVG Lüneburg ist aktuell ein Revisionsverfahren beim Bundesverwaltungsgericht anhängig, das voraussichtlich jedenfalls Gelegenheit zur grundsätzlichen Klärung der hier skizzierten Frage bieten wird<sup>216</sup>. Eine generelle Vereinfachung der Konzentrationszonenplanung, wie sie hier vorgeschlagen wird, könnte die Bedeutung der vereinfachten Ausweisung zusätzlicher Flächen allerdings reduzieren.

## II. Schaffung oder (ergänzende) Klärung gesetzlicher Grundlagen

### Inhalt

- ▶ **Abwarten auf und Analyse der zu erwartenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über die Zulässigkeit der Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie ohne erneute Gesamtabwägung.**
- ▶ **Gegebenenfalls (auch sofortige) Schaffung der notwendigen Grundlagen für die erleichterte Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie ohne erneute Gesamtabwägung. Klärung der Grenzen eines solchen Vorgehens.**

Angesichts des laufenden Revisionsverfahrens beim Bundesverwaltungsgericht könnte der Gesetzgeber zunächst das Ergebnis des Verfahrens abwarten, ob der Weg einer Ausweisung zusätzlicher Flächen ohne erneute Gesamtabwägung für zulässig erklärt wird. Aus

Beschleunigungsgründen könnte der Gesetzgeber der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aber auch vorgreifen und müsste dann die nachfolgenden Fragen selbst beantworten.

Soweit das Bundesverwaltungsgericht die vereinfachte Ausweisung zusätzlicher Flächen für zulässig hält, wäre zunächst zu analysieren, ob das Gericht dies allein auf Grundlage von § 249 Abs. 1 BauGB oder unabhängig hiervon für zulässig hält. Der Weg über § 249 Abs. 1 BauGB, der sich auf die Bauleitplanungsebene bezieht, könnte in den Ländern beschränkt werden, in denen die abschließende Steuerung der Windenergie erst auf dieser kommunalen Ebene stattfindet. Erfolgt sie bereits auf Raumordnungsebene kann nur dort über eine Ausweitung der Flächenkulisse entschieden werden. Auf Ebene der Raumordnung wäre ein entsprechendes Vorgehen aber nur dann möglich, wenn das Bundesverwaltungsgericht dieses unabhängig von § 249 Abs. 1 BauGB anerkennt oder der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung auch im Raumordnungsgesetz schafft. Hierfür wurde bereits im Bundesrat ein Regelungsvorschlag für einen neu zu schaffenden § 7 Abs. 9 ROG vorgelegt<sup>217</sup>, wonach der Weg im Grundsatz auch für die Raumordnungsebene für zulässig erklärt werden sollte<sup>218</sup>. Der Bundesgesetzgeber hat dies bislang aber nicht aufgegriffen.

Von Bedeutung wäre bei der Analyse der erwarteten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zudem die Frage, ob die Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie lediglich dem Grunde nach anerkannt oder auch die Grenzen eines solchen Vorgehens ausbuchstabiert werden. Erst die Kenntnis dieser Grenzen würde den Planungsträgern ein rechtssicheres Vorgehen ermöglichen und deutlich werden lassen, wie die Potenziale dieses Wegs für eine Reduktion des Planungsaufwands ausgenutzt werden können. Hier stellt sich sowohl die Frage, inwieweit die Ausweisung zusätzlicher Flächen vom bisherigen Planungskonzept abweichen kann und inwieweit das vorhandene Planungskonzept noch aktuell sein muss<sup>219</sup> als auch, ob es

<sup>215</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 26.02.2020 – 12 KN 182/17, juris Rn. 115.

<sup>216</sup> BVerwG, Beschl. v. 21.06.2021 – 4 BN 43/20 (4 CN 6/21).

<sup>217</sup> BR-Drs. 25/21 (Beschluss) vom 12.02.2021.

<sup>218</sup> Vgl. den vorgeschlagenen § 7 Abs. 9 S. 1 ROG, BR-Dr. 25/21 (Beschluss) vom 12.02.2021.

<sup>219</sup> Zu dieser Frage OVG Lüneburg, Urt. v. 26.02.2020 – 12 KN 182/17, juris Rn. 115.

eine jedenfalls näherungsweise bestimm-  
bare Obergrenze gibt, um welchen Umfang  
auf diesem Weg eine Ausweitung der Flä-  
chen für die Windenergie stattfinden kann.  
Der erwähnte Regelungsvorschlag für § 7  
Abs. 9 ROG adressiert in seinem zweiten  
Satz bislang ausdrücklich nur den ersten  
dieser Aspekte:

*„Dabei kann von dem Planungskonzept,  
das der Abwägung über bereits festge-  
legte Gebiete zu Grunde gelegt wurde,  
abgewichen werden.“*

Dass das Schweigen des Regelungsvor-  
schlags zur Frage einer Obergrenze bedeu-  
tet, dass es eine solche nicht gibt, kann dar-  
aus kaum geschlussfolgert werden. Und  
auch für die Möglichkeit zur Abweichung  
vom ursprünglichen Planungskonzept lässt  
der Regelungsvorschlag Fragen offen, die  
bei einem möglichen Tätigwerden des  
Bundesgesetzgebers noch zu klären wären.

Die vorgenannten Fragen stellten sich ge-  
nauso auch, sollte das Bundesverwaltungs-  
gericht die vereinfachte Ausweisung zu-  
sätzlicher Flächen auf Grundlage der aktu-  
ellen rechtlichen Regelungen nicht für  
gangbar halten. Dies gilt jedenfalls, soweit  
dies nicht explizit verfassungsrechtlich be-  
gründet wird, was jedoch kaum zu erwar-  
ten ist. Auch in diesem Fall könnte und  
sollte der Gesetzgeber die Möglichkeit ei-  
ner vereinfachten Ausweisung zusätzlicher  
Flächen für Bauleitplanungs- und Raum-  
ordnungsebene öffnen und deren Grenzen  
näher ausgestalten, sofern dieser Weg auf-  
grund einer weiterreichenden Vereinfachung  
der Konzentrationszonenplanung  
nicht insgesamt seine Bedeutung einbüßt.

### Zwischenergebnisse auf einen Blick

- ▶ Der Gesetzgeber kann auf Grundlage  
oder im Vorgriff auf die erwartete Ent-  
scheidung des Bundesverwaltungsge-  
richts Möglichkeit und Grenzen einer  
vereinfachten Ausweisung zusätzlicher  
Flächen für die Windenergie auf Bauleit-  
planungs- und Raumordnungsebene ex-  
plizit regeln.

## E. Repoweringstandorte erhalten

### I. Status quo und Reformziele

#### Überblick

##### Status quo:

- ▶ In den nächsten Jahren stellt sich für zahlreiche Standorte von Windenergieanlagen die Frage nach einem Repowering. Viele dieser Standorte sind jedoch derzeit nicht repoweringfähig, da hier die planungsrechtlichen Voraussetzungen fehlen<sup>220</sup>. Entweder befanden sich die Standorte nie innerhalb ausgewiesener Konzentrationszonen oder aber diese Zonen sind aufgrund inzwischen vergrößerter Siedlungsabstände räumlich verschoben worden und die Standorte aus den Konzentrationszonen „herausgefallen“.

##### Ziele:

- ▶ Erhaltung von Altstandorten und Ermöglichung des sog. großen Repowerings durch stärkere Berücksichtigung des Repoweringinteresses in künftigen Planungsprozessen.
- ▶ Erhaltung grundsätzlich auch solcher Altstandorte, die aufgrund von Regelungen in bestehenden Konzentrationszonenplanungen nicht repoweringfähig sind.

Beim Repowering von Windenergieanlagen werden eine oder eine Mehrzahl älterer Anlagen durch ebenso viele oder weniger leistungsfähigere Anlagen ersetzt. Unterschieden werden verschiedene Formen des

Repowerings. Während beim sog. kleinen Repowering die Altanlagen gegen moderne und insoweit auch leistungstärkere Anlagen von vergleichbarer Größe ausgetauscht werden<sup>221</sup>, erfolgt beim sog. großen Repowering ein Austausch von Altanlagen gegen moderne größere und dementsprechend noch leistungsfähigere Anlagen<sup>222</sup>. Planerisch wird zudem das standorttreue vom standortverlagernden Repowering unterschieden. Während bei ersterem das Repowering am selben Standort oder in unmittelbarer räumlicher Nähe erfolgt, können beim standortverlagernden Repowering Alt- und Neustandort auch weiter auseinander liegen. Der Zusammenhang wird auf Planungsebene vor allen Dingen über eine planungsrechtliche Verknüpfung der Standorte hergestellt, die dem wirtschaftlichen Interesse am Weiterbetrieb von Anlagen, wenn auch an einem anderen Standort, Rechnung trägt<sup>223</sup>. Im Mittelpunkt steht hier das planerische Ziel eines „Aufräumens der Landschaft“<sup>224</sup>.

Unter dem Gesichtspunkt der Flächenbereitstellung ist vor allen Dingen das standorttreue Repowering von Interesse, da nur hier ein bereits erschlossener Standort erhalten bleibt<sup>225</sup>. Aus Sicht der Klimaschutzziele sollte auch hier möglichst ein großes Repowering stattfinden, da nur so wesentliche Ertragssteigerungen möglich sind. Die Formen des standorttreuen und großen Repowerings stehen deshalb auch hier im Fokus<sup>226</sup>.

Schon nach dem gegenwärtigen Rechtsrahmen muss in Konzentrationszonenplanungen und sonstigen Raumplanungen das Interesse am Repowering von Standorten als einfacher Abwägungsbelang

<sup>220</sup> *Bons/Pape u. a.*, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, UBA, Climate Change 38/2019, S. 69. Zu einem Vorschlag für ein verbessertes Monitoring der Repoweringflächen durch ihre gesonderte Berücksichtigung im Rahmen des Kooperationsausschusses nach § 97 f EEG 2021 siehe BWE, BWE-Vorschläge zur Beschleunigung und Erleichterung des Repowering von Windenergieanlagen, 2021, S. 12.

<sup>221</sup> *Roscher*, Einführung, in: FA-Wind, Repowering im Planungsrecht fördern, 2021, S. 6 f.

<sup>222</sup> *Roscher*, Einführung, in: FA-Wind, Repowering im Planungsrecht fördern, 2021, S. 6; siehe auch Agora

Energiewende, Sofortprogramm Windenergie an Land, November 2020, S. 22.

<sup>223</sup> Vgl. *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 142. EL 2021, Rn. 16.

<sup>224</sup> Vgl. *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 142. EL 2021, Rn. 13.

<sup>225</sup> Vgl. Agora Energiewende, Sofortprogramm Windenergie an Land, November 2020, S. 6.

<sup>226</sup> Zu den Vorteilen und der Notwendigkeit auch des standortverlagernden Repowerings BWE, BWE-Vorschläge zur Beschleunigung und Erleichterung des Repowering von Windenergieanlagen, 2021, S. 11.

berücksichtigt werden<sup>227</sup>. Zwingend aufrechterhalten werden muss die Nutzung von Altstandorten deshalb durch die Planungsträger aber nicht<sup>228</sup>. Ihnen steht vielmehr ein planerischer Abwägungsspielraum zu, andere Ziele höher zu gewichten. So kann gerade auch das „Aufräumen der Landschaft“ und damit die Korrektur von Fehlentwicklungen im Plangebiet Ziel einer Planung sein. In der Folge müssen gerade auch Einzelstandorte außerhalb von Konzentrationszonen nicht etwa nachträglich in die Flächenkulisse für die Windenergie einbezogen werden.

Der Verlust von Altstandorten, die bislang innerhalb von Konzentrationszonen lagen, ist dagegen vor allen Dingen auf die Ausweitung von planerischen Mindestabständen<sup>229</sup> sowie auf landesgesetzliche „Mindestabstände“ i. S. v. § 249 Abs. 3 BauGB<sup>230</sup> zurückzuführen, die der Ausweisung von Konzentrationszonen in mehreren Bundesländern zugrunde gelegt werden. Hinzu kommen unabhängig hiervon festgelegte Höhenbeschränkungen, die nicht selten jedenfalls ein großes Repowering ausschließen. Hemmnisse auf Zulassungsebene, die hier ebenfalls eine erhebliche Rolle spielen, können in der vorliegenden Studie nicht weiter betrachtet werden.

## II. Förderung des Repowerings in künftigen Planungsprozessen

### Inhalt

- ▶ Einführung eines expliziten Abwägungsbelangs zugunsten des

### Repoweringinteresses in Baugesetzbuch und Raumordnungsgesetz.

- ▶ Weitergehende Alternative: Einführung eines Optimierungsgebots zugunsten des Repowerings, da erst so eine bereits abstrakt höhere Gewichtung des Repoweringinteresses in den Abwägungsvorgängen erreicht wird.

Hinsichtlich der Handlungsoptionen des Gesetzgebers ist zwischen der Förderung von Repowering in künftigen Planungsprozessen und dem Erhalt von Repoweringstandorten entgegen momentaner Flächenausweisungen in Konzentrationszonenplanungen zu unterscheiden. Eine Förderung des Repowerings von Altstandorten in künftigen Planungen wird schon länger versucht dadurch zu fördern, dass den Planungsträgern der Raumordnung Möglichkeiten aufgezeigt werden, wie die Entscheidung hierüber auf die unmittelbar betroffene kommunale Planungs- oder auch die Zulassungsebene verlagert werden kann<sup>231</sup>. Dies ist auch in solchen Ländern möglich, die eine abschließende Steuerung der Windenergie grundsätzlich bereits auf Ebene der Raumordnung vornehmen.<sup>232</sup> Dadurch soll einerseits verhindert werden, dass die Raumordnungsebene solche Standorte unter einheitlicher Anwendung von Abstandsvorgaben auf Alt- wie auf Neustandorte endgültig ausschließt und andererseits Entscheidungsspielräume der kommunalen Planungsebene sowie der Zulassungsebene bewahrt werden.

Hierzu bietet bereits das geltende Recht verschiedene Möglichkeiten<sup>233</sup>. Von einer solchen Kompetenz(rück-)verlagerung auf die Kommunen wird aber bislang eher im

<sup>227</sup> Siehe nur OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.05.2019 – OVG 2 A 4.19, juris Rn. 127 ff.

<sup>228</sup> BVerwG, Beschl. v. 29.03.2010 – 4 BN 65.09, juris Rn. 9.

<sup>229</sup> *Bons/Pape u. a.*, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergie an Land, UBA, Climate Change 38/2019, S. 50, 72 ff., 78 ff.

<sup>230</sup> Hierbei handelt es sich nicht um Mindestabstände im eigentlichen Sinne, da Regelungen i. S. v. § 249 Abs. 3 BauGB keine Verbotswirkung entfalten. Vielmehr kommt den Regelungen allein eine entprivilegierende Wirkung zu. Innerhalb der Abstände können Kommunen grundsätzlich noch Baurecht mittels Bauungsplänen schaffen. In der Praxis geschieht dies jedoch nur in Einzelfällen.

<sup>231</sup> Siehe die an die Planungsträger gerichteten Hinweise, wie die Möglichkeiten des geltenden Rechtsrahmens zugunsten von Repoweringnutzungen gebraucht werden können in BWE, Regionalplanung und Repowering – Planerische Gestaltungsmöglichkeiten, 2017; FA-Wind, Repowering auf Planungsebene, 2021.

<sup>232</sup> BWE, Regionalplanung und Repowering – Planerische Gestaltungsmöglichkeiten, 2017, S. 9 f.

<sup>233</sup> Rechtstechnisch kommt hierfür insbesondere der Einsatz von sog. Weißflächen oder Vorbehaltsgebieten für das Repowering in Betracht; zu einem klarstellenden Änderungsvorschlag bzgl. § 6 Abs. 1 ROG BWE-Vorschläge zur Beschleunigung und Erleichterung des Repowering von Windenergieanlagen, 2021, S. 15 f.

Einzelfall Gebrauch gemacht<sup>234</sup>. Ob und inwieweit die kommunale Ebene diese zusätzliche Entscheidungsfreiheit zugunsten des Erhalts von Repoweringstandorten weitergehend nutzen würde, kann nicht einheitlich prognostiziert werden. Mit der geschaffenen Teilhabemöglichkeit in § 6 EEG 2021 bestünde aber jedenfalls ein finanzieller Anreiz für die Kommunen, an bereits etablierten Standorten planungsrechtlich festzuhalten.

Zur gesetzgeberischen Förderung des Repowerings in künftigen Planungsprozessen wird vor diesem Hintergrund vorge schlagen, im Gesetz einen expliziten Abwägungsbelang zugunsten des Repowerings sowohl für die bauleitplanerische als auch die raumordnerische Steuerung aufzunehmen<sup>235</sup>. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die Planungsträger das entsprechende Interesse im Blick haben und entsprechende Planungen rechtlich unterstützt werden. Diesem Vorschlag liegt unter anderem die Annahme zugrunde, dass die Planungsträger das Repoweringinteresse bislang vielfach nicht im Blick hatten und mit der Einführung eines entsprechenden ausdrücklichen Belangs für die Zukunft Altstandorte in zunehmendem Maße erhalten würden<sup>236</sup>.

Dies begegnet jedoch gewissen Zweifeln: Wie dargestellt ist das Interesse am Repowering schon heute als Abwägungsbelang bei der planerischen Steuerung der Windenergie zwingend zu berücksichtigen, ohne dass sich dies zu einer Ausweisungspflicht verdichten würde<sup>237</sup>. Es ist davon auszugehen, dass dies den Planungsträgern auch bekannt ist. Gründe für das Wegplanen zahlreicher Alt-Standorte dürften deshalb nicht mangelndes Problembewusstsein und das Fehlen eines ausdrücklichen Planungsgrundsatzes, sondern der Umstand sein, dass gegenläufigen Zielen in

den konkreten Planungssituationen schlicht ein höheres Gewicht beigemessen wird und auch beigemessen werden darf. Die Schaffung eines ausdrücklichen Planungsgrundsatzes würde an der abstrakten Gleichwertigkeit des Repoweringbelangs gegenüber anderen Belangen nichts ändern. Der Erhalt von Altstandorten scheitert dann weiterhin daran, dass im konkreten Fall das Interesse an einer Konzentration von Anlagenstandorten und dem „Aufräumen der Landschaft“ das Repoweringinteresse nicht selten überwiegt. Zudem scheint bei den derzeitigen Vorgaben der Erhalt der Repoweringflächen in den Plan gebieten offensichtlich nicht notwendig, um die mengenmäßig geringen Anforderungen des Substanzgebotes zu erfüllen. Möglich sind zudem Fälle, in denen die kommunale Ebene einen Repoweringstandort erhalten will, daran jedoch gehindert ist, weil im jeweiligen Bundesland eine abschließende Steuerung bereits auf Raumordnungsebene stattgefunden hat und auch bzgl. der Öffnung von Altstandorten nicht auf die kommunale Ebene verlagert wurde<sup>238</sup>.

Soll der Erhalt von Repoweringstandorten vor diesem Hintergrund gestärkt werden, dürfte es deshalb erforderlich sein, diesem Belang schon abstrakt ein höheres Gewicht als bislang zu geben. Dies könnte zum einen unmittelbar dadurch geschehen, indem das Repoweringinteresse nicht als einfacher Abwägungsbelang, sondern als Optimierungsgebot ausgestaltet wird und dieser damit schon abstrakt mit einem höheren Gewicht ausgestattet wird. Die Kategorie des Optimierungsgebotes ist zwar Kritik ausgesetzt, von der Rechtsprechung aber grundsätzlich anerkannt und vom Gesetzgeber auch regelbar<sup>239</sup>. Zwar kann auch bei dieser Ausgestaltung des Abwägungsbelangs das Repoweringinteresse noch bei entsprechend gewichtigen anderweitigen

<sup>234</sup> Vgl. aber aus der Rechtsprechung BVerwG, Beschl. v. 28.11.2005 – 4 B 66.05, juris Rn. 8; OVG Berlin-Brandenburg, Ur. v. 05.07.2018 – OVG 2 A 2.16, juris Rn. 82 ff.

<sup>235</sup> bdew, Positionspapier, Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 31.08.2021, S. 19; BWE, BWE-Vorschläge zur Beschleunigung und Erleichterung des Repowering von Windenergieanlagen, 2021, S. 15; siehe auch *Söfker*, in: FA-Wind, Repowering im Planungsrecht fördern, 2021, S. 20, 26 f. allerdings allein bezogen auf einen bauplanungsrechtlichen Planungsgrundsatz.

<sup>236</sup> bdew, Positionspapier, Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 31.08.2021, S. 19.

<sup>237</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 227 und 228.

<sup>238</sup> Insoweit ist der Vorschlag *Söfkers*, der auf die Aufstellung von Bebauungsplänen fokussiert, nur in den Bundesländern gangbar, in denen eine abschließende Steuerung nicht bereits auf Raumordnungsebene vorgenommen wird.

<sup>239</sup> Vgl. *Wagner*, Integration von fachgesetzlichen und fachplanerischen Ausbauzielen für Erneuerbare Energien in die Raumplanung, ZUR 2021, S. 460 (462).

Belangen überwunden werden. Dies bedarf jedoch einer entsprechenden Begründung anhand der Umstände der konkreten Planungssituation.

Eine mittelbare Stärkung des Repoweringbelangs würde zudem von der Einführung von Mengenvorgaben ausgehen, die über die quantitativen Erfordernisse des Substanzgebotes hinausgehen. Je mehr geeignete Flächen in einem Plangebiet für die Windenergie zur Verfügung zu stellen sind, desto höher ist auch das Gewicht des Repoweringbelangs in den Abwägungsprozessen, da sich das Interesse an der Nutzung von Standorten regelmäßig wird durchsetzen müssen, um die Mengenvorgaben im Ergebnis zu erfüllen. Nicht zuletzt würde eine solche Vorgabe auch Druck auf die Landesgesetzgeber ausüben landesgesetzliche Regelungen, welche die Repoweringstandorte von vorne herein den Planungsprozessen entziehen, abzuschaffen oder einzuschränken.<sup>240</sup>

### III. Erhalt von Repoweringstandorten entgegen momentaner Flächenausweisungen

#### Inhalt

- Änderung des § 35 BauGB zur Relativierung der Ausschlusswirkung vorhandener Konzentrationszonenplanungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB.

Damit Vorhaben von den vorstehenden Vorschlägen zur Förderung des Repowerings in künftigen Planungsprozessen profitieren, dürfen diese erst dann anstehen, wenn die Änderungen umgesetzt und auf dieser Grundlage neue Planungsverfahren durchgeführt wurden. Für viele Vorhaben käme dies jedoch womöglich zu spät, da die Investitionsentscheidungen hier früher anstehen.

Damit auch an solchen Standorten ein Repowering möglich ist, werden von

verschiedener Seite Vorschläge für gesetzliche Änderungen gemacht. Den Vorschlägen ist gemein, dass sie auf eine Relativierung der Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für Repoweringvorhaben abzielen. Diese Relativierung soll gerade auch für Bestandspläne gelten, die in der Folge nicht erst geändert werden müssten, damit auf ihrer Grundlage die gewünschten Repoweringvorhaben planungsrechtlich zulässig sind.

Unterschiede bestehen neben der rechtstechnischen Umsetzung des Regelungsziels inhaltlich darin, wie weitgehend die Ausschlusswirkung der Bestandspläne relativiert werden soll. Während nach einem Vorschlag des *bdew*<sup>241</sup> eine Standorterhaltung allein in Einzelfällen angestrebt wird, zielen die Vorschläge von *BWE*<sup>242</sup> und *Schmidt-Eichstaedt*<sup>243</sup> auf eine regelmäßige Zulässigkeit von Repoweringvorhaben ab.

Ausgangspunkt für das Verständnis der Vorschläge ist, dass die Ausschlusswirkung der bestehenden Konzentrationszonenpläne bislang nicht danach unterscheidet, ob sie für Neu- oder Repoweringvorhaben gilt. Sie gilt bislang vielmehr unterschiedslos für alle Windenergievorhaben. Hier setzen die erwähnten Vorschläge an und sehen eine Unterscheidung von Neu- und Repoweringvorhaben vor und begrenzen die Ausschlusswirkung für Repoweringvorhaben.

Nach dem Vorschlag *Schmidt-Eichstaedts* soll die Ausschlusswirkung nur dort noch für Repoweringvorhaben gelten, wo die Konzentrationszonenplanung dies ausdrücklich für Repoweringvorhaben vorsieht. Auch nach dem Vorschlag des *BWE* bedarf es eines solchen ausdrücklichen Ausschlusses für Repoweringstandorte, der zudem nur dadurch herbeigeführt werden könne, dass an anderer Stelle des Plangebotes exklusive Flächen für Repoweringvorhaben ausgewiesen werden, diese also gerade nicht mit den Flächen für Neuvorhaben ganz oder teilweise deckungsgleich sind.

<sup>240</sup> Zu dieser Überlegung siehe unten unter F. III.

<sup>241</sup> *bdew*, Positionspapier, Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 31.08.2021, S. 19.

<sup>242</sup> *BWE*, Aktionsprogramm für die 20. Legislaturperiode, Oktober 2021, S. 24 f.

<sup>243</sup> *Schmidt-Eichstaedt*, Vorschlag 1, in: FA-Wind, Repowering im Planungsrecht fördern, 2021, S. 10 ff.

Im Ergebnis würden beide Vorschläge dazu führen, dass die bisherige Ausschlusswirkung der Bestandspläne nur noch ganz ausnahmsweise auch Repoweringvorhaben entgegengehalten werden kann. Zwar lassen beide Vorschläge eine Ausschlusswirkung auch für Repoweringvorhaben zu. Die hierfür zu erfüllenden Bedingungen dürften bei Bestandsplänen jedoch fast nie vorliegen.

Für den Vorschlag des *BWE* folgt dies bereits daraus, dass die Herbeiführung dieser Wirkung eine Ausweisung von Repoweringflächen vorsieht, die nicht mit den Flächen identisch ist, die zur Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB geführt haben. Solche Flächen existieren aber in Bestandsplänen bislang nicht<sup>244</sup>, da diese ausschließlich Flächen im Sinne von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zur Herbeiführung der Ausschlusswirkung enthalten. Zu einer Differenzierung bestand bislang weder Anlass noch Möglichkeit.

In etwas abgeschwächtem Maße dürfte dies auch für den Vorschlag *Schmidt-Eichstaedts* gelten. Für den von ihm verlangten ausdrücklichen Ausschluss auch von Repoweringvorhaben hatten Planungsträger bislang keinen Anlass, da die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gerade unterschiedslos wirkte. Insoweit dürften entsprechende Formulierungen in den Bestandsplänen eher zufällig vorliegen, waren sie rechtlich doch bislang nicht erforderlich.

Im Ergebnis würden die Vorschläge damit gleichwohl den Planungsträgern die Möglichkeit belassen, Repoweringstandorte „wegzuplanen“. Hierfür dürfte es jedoch regelmäßig einer entsprechenden Planfortschreibung oder Neuaufstellung bedürfen.

Nicht abschließend geklärt scheint zudem vor allem die Frage, inwieweit ein solcher gesetzgeberischer Eingriff in Bestandspläne verfassungsrechtlich zulässig wäre. Zurecht wird darauf hingewiesen, dass hier der Gesetzgeber die rechtsverbindlichen Pläne zwar nicht unmittelbar ändert, ein

Eingriff in ihr Abwägungsgerüst aber insoweit vorliegen könnte, als durch die Änderung des Gesetzes die Rechtsfolgen des Plans in Form seiner Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB verändert werden. Ob dies aber allein unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes von Planungsträgern und Planbetroffenen problematisch ist, wie dies *Schmidt-Eichstaedt* thematisiert und insoweit zu recht keine Verletzung von Verfassungsrecht sieht<sup>245</sup>, erscheint doch fraglich. Der gesetzgeberische Eingriff in das Abwägungsgerüst von Bestandsplänen könnte vielmehr ein Problem unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit gesetzgeberischer Planungen sein, für die das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung *Südumfahrung Stendal* Anforderungen formuliert hat<sup>246</sup>. Insbesondere die danach bestehende Anforderung, auch auf Gesetzesebene eine konkrete Abwägung durchzuführen, könnte vorliegend aber problematisch sein, weil der Gesetzgeber eine abstrakt-generelle Entscheidung für alle betroffenen Plangebiete vornimmt, ohne die äußerst heterogenen Planungssituationen im Einzelnen in den Blick nehmen zu können.

Der Vorschlag des *bdew* wiederum scheint diese Bedenken bereits aufzunehmen, indem seine Reichweite inhaltlich beschränkt wird<sup>247</sup>. Die höhere Rechtssicherheit mit Blick auf verfassungsrechtliche Bedenken geht hier jedoch mit der Verringerung des Effekts für den Erhalt von Repoweringstandorten einher. Im Ergebnis bleiben bei diesem Vorschlag keine Zweifel zurück, dass der Gesetzgeber durch ein Tätigwerden Repoweringstandorte auch in Bestandsplänen erhalten kann. Nicht abschließend geklärt scheint jedoch für den Moment, in welchem Umfang dies möglich ist.

<sup>244</sup> Hiermit scheinen gerade nicht solche Flächen gemeint zu sein, die explizit für Repoweringvorhaben ausgewiesen und planerisch mit den Altstandorten verknüpft werden, wie dies nach § 249 Abs. 2 BauGB möglich ist.

<sup>245</sup> *Schmidt-Eichstaedt*, Vorschlag 1, in: FA-Wind, Repowering im Planungsrecht fördern, 2021, S. 14 f.

<sup>246</sup> BVerfGE 95, 1 (22 f.).

<sup>247</sup> *bdew*, Positionspapier, Energiewende ermöglichen – 25 Vorschläge für mehr Tempo bei Planung und Genehmigung, 31.08.2021, S. 19.

### Zwischenergebnisse auf einen Blick

- ▶ Der Zulässigkeit von Repoweringvorhaben stehen sowohl auf Zulassungs- als auch auf Planungsebene Hemmnisse entgegen. Die hier allein behandelten planungsrechtlichen Hemmnisse können durch den Gesetzgeber sowohl in künftigen als auch in bestehenden Raumplänen adressiert werden.
- ▶ Für die Stärkung des Repowerings in künftigen Planungsprozessen ist die Einführung eines planerischen Optimierungsgebots einer bloßen ausdrücklichen Planungsleitlinie vorzuziehen, da nur so das abstrakte Gewicht des Repoweringbelangs in der Abwägung gestärkt würde.
- ▶ Der Erhalt von Repoweringstandorten entgegen Bestandsplanungen dürfte durch eine gesetzgeberische Beschränkung der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB möglich sein. Die Reichweite dieser Möglichkeit ist jedoch derzeit nicht abschließend geklärt.

# F. Hemmnisse bei bestimmten Flächentypen beseitigen

## I. Status quo und Reformziele

### Überblick

#### Status quo:

- ▶ Zahlreiche verschiedene Flächentypen sind aufgrund pauschaler gesetzlicher Regelungen auf Bundes- und Landesebene aus primär politischen Gründen für den Windenergieausbau entzogen, ohne dass hierfür zwingende Gründe höherrangigen Rechts existieren.

Die Suchräume der Planungsträger zur Ermittlung der bestgeeigneten Flächen sind dadurch stark beschränkt. Von den der Planung zugänglichen Flächen müssen zum Erreichen der Ausbauziele vielfach solche Flächen ausgewiesen werden, die eine höhere Konfliktdichte aufweisen, als die gesetzgeberisch pauschal gesperrten Gebiete.

#### Ziele:

- ▶ Der Gesetzgeber sollte prüfen, ob die pauschale Herausnahme verschiedener Flächentypen und das damit zum Ausdruck kommende Gewicht der hier vorhandenen Belange noch in angemessenem Verhältnis zu den Klimaschutz- und Ausbauzielen für die Windenergie steht.
- ▶ Will der Gesetzgeber bislang pauschal gesperrte Flächentypen jedenfalls teilweise für die Windenergie öffnen, müssen die entsprechenden Belange der Abwägung zugänglich gemacht werden.

Der Suchraum der Planungsträger für Flächen für die Windenergie wird auf vielfältige Weise durch den aktuellen Rechtsrahmen in Bund und Ländern beschränkt. Dieser nimmt weite Flächen auf der Grundlage pauschaler Regelungen von vorne herein

aus dem planerischen Suchprozess aus. Eine Koordinierung der Windenergie mit gegenläufigen Raumnutzungen und -funktionen wird dadurch auf die verbleibenden Räume beschränkt, selbst wenn diese im konkreten Fall eine höhere Konfliktdichte aufweisen, als diejenigen, die aufgrund der pauschalen Regelungen ausgenommen wurden. Beispiele für solche pauschalen Regelungen sind die Mindestabstände zu Siedlungsgebieten, die nicht selten auch die Repoweringfähigkeit etablierter Standorte verhindern, sodass vermehrt siedlungsferne Flächen für Neuanlagen ausgewiesen werden müssen, auf denen wiederum natur- und artenschutzrechtliche Konflikte in höherer Dichte vorhanden sind.

## II. Öffnung der Flächenkulisse auf Bundes- und Landesebene

Vor dem Hintergrund des erhöhten Flächenbedarfs für den Ausbau der Windenergie sollten solcherlei Regelungen durch die Gesetzgeber in Bund und Ländern überprüft werden. Es stellt sich die Frage, ob die hier zum Ausdruck kommende Wertung (noch immer) angemessen ist. Im Folgenden werden verschiedene diskutierte Handlungsoptionen beschrieben, wie einzelne Flächentypen weitergehend als bislang für die Windenergie geöffnet werden können.

### 1. Wohnumfeldschutz

#### Inhalt

- ▶ Streichung von § 249 Abs. 3 BauGB.
- ▶ Gesetzgeberische Konkretisierung des Verbots optisch-bedrängender Wirkung.

Der Schutz des Wohnumfelds vor den Auswirkungen von Windenergieanlagen wird mittels verschiedener Regelungen

gewährleistet, die sich auf Planungsebene in Abstandsvorgaben niederschlagen. Zentral für den Schutz von Anwohnern vor schädlichen Umwelteinwirkungen sind die Vorgaben des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und der für Lärmauswirkungen geltenden Grenzwerte der Technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA-Lärm)<sup>248</sup>. Von einer gewissen Bedeutung sind zudem die „Hinweise zur Ermittlung und Beurteilung der optischen Immissionen von Windenergieanlagen“ der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Immissionsschutz (LAI) zur Begrenzung der Auswirkungen des Schattenschlags von Windenergieanlagen auf Wohnnutzungen<sup>249</sup>.

Während diese Regelungen Abstände erfordern, die für den Schutz des Wohnumfelds nicht unterschritten werden sollten, existieren weitere Abstandsregelungen die hierüber erheblich hinausgehen und bereits deutlich unterhalb der Schwelle schädlicher Umwelteinwirkungen einen vorsorgenden Schutz etablieren. Ihre Pauschale Anwendung führt dazu, dass sie erhebliche Flächen für die Windenergie auch dort sperren, wo etwa aufgrund topographischer Gegebenheiten oder fehlender Siedlungsentwicklung ein solcher Vorsorgeabstand nicht erforderlich ist. Hinzu kommt das richterrechtlich geschaffene Verbot vor einer optisch-bedrängenden Wirkung, das durch seine Koppelung an die Höhe von Windenergieanlagen inzwischen ebenfalls weit über den Schutz des unmittelbaren Wohnumfelds hinausgeht.

### a) Pauschale Mindestabstandsregelungen i. S. v. § 249 Abs. 3 BauGB

Pauschale Mindestabstandsregelungen zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzungen auf landesrechtlicher Grundlage ermöglicht derzeit die Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB. Die Regelung stellt einen politischen Kompromiss dar, der nach langen Verhandlungen innerhalb der großen Koalition der letzten Legislaturperiode als Teil des Klimaschutzpakets

2030 umgesetzt wurde<sup>250</sup>. Die Regelung gestattet es den Ländern, die Windenergienutzung innerhalb von 1.000 Metern zu bestimmten Wohnnutzungen zu „entprivilegieren“. Es handelt sich dabei mithin nicht um Verbotsregelungen. Innerhalb der betroffenen Abstände können Ausweisungen für die Windenergie aber nicht mehr länger mittels Konzentrationszonenplanungen durch die Raumordnung, sondern nur noch durch die Kommunen selbst mittels Bebauungsplänen vorgenommen werden.

In ihrer Begrenzung auf Abstände von bis zu 1.000 Metern liegt der Unterschied der jetzigen Fassung von § 249 Abs. 3 BauGB zur Vorgängerregelung aus dem Jahr 2014. Auf deren Grundlage wurde die sog. 10 H-Regelung in Bayern geschaffen, die, angesichts der Verknüpfung mit der Anlagenhöhe, zu zunehmend größeren Mindestabständen führt. Mit der Regelung im jetzigen § 249 Abs. 3 S. 4 BauGB, die man auch als *lex Bavariae* bezeichnen kann, wurde die bayerische 10 H-Regelung unangetastet gelassen, so dass diese unverändert fortgilt.

Auch auf Grundlage der neuen Öffnungsklausel ist den Ländern unter anderem überlassen, ob diese Abstände allein zu geschlossenen Siedlungsgebieten oder auch Einzelnutzungen im Außenbereich einzuhalten sind, was für die räumliche Ausdehnung der „entprivilegierten Bereiche“ einen erheblichen Unterschied macht. Da die Öffnungsklausel zudem nicht befristet ist, könnten in Zukunft landesrechtliche Regelungen immer wieder geändert und ihre Ausübung zum Gegenstand von Wahlkämpfen in den Ländern gemacht werden.

Bislang hat Nordrhein-Westfalen von der neuen Länderöffnungsklausel Gebrauch gemacht und einen 1.000 Meter-Abstand zu Wohnnutzungen festgeschrieben<sup>251</sup>. In Brandenburg und Sachsen befinden sich Entwürfe mit vergleichbaren Regelungen

<sup>248</sup> Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm), 26.08.1998, GMBI Nr. 26/1998, S. 503.

<sup>249</sup> Sowohl der Schutz gegen die optischen Wirkungen des Schattenschlags als auch von Lichtreflexionen sowie der Schutz vor Eisabwurf werden allerdings heutzutage regelmäßig mittels mattierender Farben,

Abschaltalgorithmen und Eisabschaltungen bzw. beheizbaren Flügeln gelöst.

<sup>250</sup> § 249 Abs. 3: in der Fassung des Art. 2 Nr. 2 G v. 08.08.2020, BGBl I 2020, Nr. 37 vom 13.08.2020, S. 1728.

<sup>251</sup> Siehe einerseits Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Einführung des Baugesetzbuchs in Nordrhein-Westfalen, GV. NRW 2021, S. 877 ff.

aktuell im parlamentarischen Verfahren<sup>252</sup>. Während andere Länder sich ausdrücklich gegen die Einführung einer solchen Regelung positioniert haben, ist dies etwa in Mecklenburg-Vorpommern noch unklar. In Thüringen liegt ein Gesetzentwurf der Landtagsopposition vor, um einen 1.000-Meter-Abstand einzuführen<sup>253</sup>.

Der tatsächliche Effekt dieser Regelungen auf die Flächenverfügbarkeit für die Windenergie ist nicht leicht zu bestimmen. Formal-juristisch gilt es zwar zu beachten, dass es sich eben nicht um Verbotsregelungen handelt und Kommunen hier noch Flächen über Bebauungspläne ausweisen könnten. Die Erfahrungen aus Bayern zeigen jedoch, dass es kaum Gemeinden gibt, die solche Verfahren erfolgreich zum Abschluss bringen oder auch nur in Angriff nehmen. Grund hierfür dürfte nicht zuletzt sein, dass die Regelung – entgegen ihrer rechtlichen Einordnung – von den Menschen vor Ort gerade doch als Verbotsregelung des Landes aufgefasst wird und es für Lokalpolitiker kaum möglich ist, sich hiergegen politisch zu positionieren. Faktisch wirken diese Regelungen deshalb nahezu verbotsgleich und sperren die betroffenen Flächen für die Windenergie.

Für die Einordnung des Effekts der Regelungen ist weiterhin zu beachten, dass diese zwar weite Flächen im Umfeld von Wohnnutzungen betreffen, ein Teil dieser Flächen aufgrund der Vorgaben des Lärmschutzes, des Verbots optisch bedrängender Wirkungen und weiterer abstandsrelevanter Maßgaben aber ohnehin nicht für die Windenergie nutzbar sind. Zusätzlich gesperrt werden durch die pauschalen Abstandsregelungen mithin „nur“ die darüber hinausgehenden, gleichwohl äußerst umfangreichen Flächen, die in Abständen von bis zu 1.000 Metern bzw. 10 H von den Wohnnutzungen entfernt liegen.

Umstritten sind solch pauschale Abstandsregelungen für die Windenergie vor allen Dingen deshalb, weil entsprechende Regelungen in vielen Ländern nicht auch für andere Industrieanlagen gelten, die vielfach in erheblich geringeren Abständen zu Wohnnutzungen zulässig sind. Während sich die Gesetzesbegründungen für die Rechtfertigung der Regelungen darauf berufen, dass diese nicht zuletzt der Akzeptanzschaffung dienen, liegt ein empirischer Nachweis für einen Zusammenhang zwischen Abstand und Akzeptanz von Anlagen jenseits der lärmschutzrechtlich erforderlichen Mindestabstände gerade nicht vor<sup>254</sup>. Vor diesem Hintergrund wird die Streichung der Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB gefordert<sup>255</sup>, um sowohl weitere künftige Landesregelungen auszuschließen als auch die bestehenden Landesregelungen abzuschaffen.

### b) Pauschale Mindestabstandsregelungen i. S. v. landesplanerischer Festlegungen

Pauschale Mindestabstandsregelungen sind allerdings keineswegs allein auf Grundlage des § 249 Abs. 3 BauGB möglich. In verschiedenen Ländern wurden pauschale Abstandsvorgaben vielmehr unabhängig hiervon auf landesplanerischer Grundlage umgesetzt und von der Rechtsprechung gebilligt<sup>256</sup>. Hier trifft die jeweilige Landesplanung Festlegungen, die bei der Flächenausweisung für die Windenergie zu beachten sind und dazu führen, dass hier Mindestabstände zu Siedlungsgebieten einzuhalten sind. Anders als bei den Regelungen auf Grundlage von § 249 Abs. 3 BauGB handelt es sich hier allein um Maßgaben für die raumordnerische Ausweisung von Flächen für die Windenergie, so dass bei ihrem Erlass im jetzigen Rechtsrahmen sicherzustellen ist, dass der Windenergie jedenfalls weiterhin substanziell Raum verschafft werden kann. Soweit die

<sup>252</sup> Siehe einerseits den Gesetzentwurf zur Regelung von Mindestabständen von Windenergieanlagen zu Wohngebäuden im Land Brandenburg (Brandenburgisches Windenergieanlagenabstandsgesetz – Bbg-WEAAbG), Gesetzentwurf, vom 22.11.2021, LtDrs. 7/4559 sowie andererseits Ldt-Drs. 7/8836 vom 20.01.2022 zum vierten Gesetz zur Änderung der Sächsischen Bauordnung.

<sup>253</sup> Siehe Drs. 7/1584 vom 9.9.2020, Gesetzentwurf, Drittes Gesetz zur Änderung der Thüringer Bauordnung – Einführung einer Abstandsregelung von Windkraftanlagen zur Wohnbebauung.

<sup>254</sup> Hübner/Pohl, in: FA-Wind, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz?, 2015, S. 22; hierzu auch BReg, BT-Drs. 19/3053, S. 1, 3.

<sup>255</sup> SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S.35; Stellungnahme des Präsidiums der ARL zur Forderung nach einem Fachrecht für Windenergieanlagen vom 06.10.2020, Ziff. 5.

<sup>256</sup> VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 37 ff.

hierauf beruhenden Konzentrationszonenplanungen bereits auf Regionalplanungsebene stattfinden, haben die Kommunen hier – anders als bei den Entprivilegierungsregelungen auf Grundlage von § 249 Abs. 3 BauGB – keine Möglichkeit im Wege der Bebauungsplanung abzuweichen. In ihrer formal-juristischen Wirkung gehen sie deshalb über diejenige von Regelungen auf Grundlage von § 249 Abs. 3 BauGB hinaus. Praktisch ist der Unterschied dagegen gering.

Damit in den Ländern tatsächlich neue Suchräume für Windenergieanlagen entstehen, reicht es mithin nicht, allein die Regelungen auf Grundlage von § 249 Abs. 3 BauGB abzuschaffen. Vielmehr müssten zugleich auch die teilweise landesplanerisch festgelegten Abstände zu Siedlungsgebieten verringert werden<sup>257</sup>. Anders als bei einer Streichung von § 249 Abs. 3 BauGB handelte es sich hier allerdings um eine raumordnerische Regelung, für die den Ländern eine Abweichungskompetenz nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG zusteht. Dem Bund ist hier damit eine Gesetzgebung zwar möglich, jedoch könnten die Länder hiervon wiederum abweichende Regelungen treffen. Auch insoweit würde jedoch die Einführung einer bundesrechtlichen Mengenvorgabe und ihre Verknüpfung mit der Ausschlusswirkung der Konzentrationszonenplanungen weiterhelfen. Deren Ausschlusswirkung wäre für die Planungsträger nur dann noch erzielbar, wenn – ggf. unter verhältnismäßiger Zurücknahme der Mindestabstände – die vorgegebenen Flächenmengen ausgewiesen werden.

### c) Abstandsvorgaben aufgrund „optisch bedrängender Wirkung“

Neben den verschiedenen genehmigungsrechtlichen Maßgaben und daraus resultierenden Abstandsvorgaben zum Schutz gegen Lärm, den optischen Wirkungen von Schattenschlag und Lichtreflexionen sowie Eisabwurf<sup>258</sup> hatte das allein in der Rechtsprechung entwickelte Verbot einer

optisch bedrängenden Wirkung lange Zeit nur eine ergänzende und untergeordnete Rolle. Es war auf den Schutz des absoluten Nahbereichs des Wohnumfelds fokussiert und sorgte hier für Abstände, die auch bei ansonsten gegebener Einhaltung insbesondere der immissionsschutzrechtlichen Vorgaben zu beachten waren. In dieser Rolle entsprach es auch seiner dogmatischen Verankerung im allgemeinen bauplanungsrechtlichen Rücksichtnahmegebot. Indem die Rechtsprechung den einzuhaltenden Abstand jedoch in seiner „2H/3H-Faustformel“ linear mit der Höhe der Anlagen verknüpfte<sup>259</sup>, schlug sich der Höhenzuwachs vergangener Jahre trotz der stets notwendigen Einzelfallbetrachtung in immer größeren Abständen nieder. Im Ergebnis ist so der richterrechtliche Schutz vor einer optisch bedrängenden Wirkung heute immer häufiger die entscheidende Maßgabe für den einzuhaltenden Abstand und würde es bei weiterem Zuwachs der Anlagen noch häufiger sein.

Kritisiert wird hieran zum einen, dass die Abstandsvorgabe nicht auf medizinisch-psychologischen Erkenntnissen beruhe und zum anderen, dass hierdurch ein Wertungswiderspruch zu anderen Industriebauten sowie dem allgemeinen Städtebau entstanden sei, wo vielfach deutlich geringere Abstände und rein optische Beeinträchtigungen hinzunehmen seien<sup>260</sup>. Vor diesem Hintergrund wird es als problematisch erachtet, dass der Schutz vor vermeintlich optisch bedrängenden Wirkungen immer weitergehend den Windenergieausbau in siedlungsferne Bereiche abdrängt und hier zu Konflikten mit dem Natur- und Artenschutz führt. Zudem wird das Verbot als Ursache dafür identifiziert, dass auch in den Ländern, die keine pauschalen Siedlungsabstände kennen, das Repoweringpotenzial vorhandener Standorte nicht voll ausgeschöpft wird und vielfach allein Formen des sog. „kleinen Repowerings“ durchgeführt werden können.

<sup>257</sup> Hier finden sich in den Ländern nicht nur unterschiedlich weitgehende Abstände. Diese unterscheiden sich teils auch in ihrer Bindungswirkung gegenüber den Planungsträgern, sind teils als Ziele und teils als Grundsätze der Raumordnung ausgestaltet.

<sup>258</sup> Vgl. hierzu allerdings bereits Fn. 249.

<sup>259</sup> Siehe grundlegend OVG Münster, Urt. v. 09.08.2006 – 8 A 3726/05, juris Rn. 67 ff.; zusammenfassend auch OVG Münster, Beschl. 20.07.2017 – 8 B 396/17, juris Rn. 22 ff.

<sup>260</sup> Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (589 f.).

Vor diesem Hintergrund wird von verschiedener Seite eine gesetzgeberische Umgestaltung des Richterrechts gefordert<sup>261</sup>. Damit soll einerseits eine Rückführung des Schutzes vor den optischen Wirkungen von Windenergieanlagen auf den absoluten Nahbereich des Wohnumfeldes erreicht und zugleich verhindert werden, dass ein künftig mögliches weiteres Höhenwachstum wie bislang in linear ansteigenden Abstandsvorgaben niederschlägt. Da hiervon alle sonstigen, insbesondere die lärmrechtlich abstandsrelevanten Vorgaben nicht berührt wären, würde auch dies im Regelfall nicht zu einem erheblichen Heranrücken von Windenergievorhaben an Siedlungsgebiete führen. Neben der Verhinderung künftig automatisch weiter stark ansteigender Abstände würden so jedoch im Einzelfall planerische Spielräume eröffnet, um Standorte unter Beachtung der sonstigen Schutzstandards auszuweisen und zudem stärker als bislang zwischen geschlossenen Siedlungsgebieten einerseits und in ihrer Schutzwürdigkeit geminderten Wohnnutzungen im Außenbereich andererseits zu differenzieren.<sup>262</sup>

Auch wenn die Bedeutung einer Verringerung des richterrechtlichen Schutzes vor „optisch bedrängender Wirkung“ angesichts der fortgeltenden Abstandsvorgaben im Übrigen nicht überschätzt werden darf, so ist doch der Gesetzgeber aufgerufen einen Ausgleich zwischen dem Schutz der Bewohner im Einzelfall und dem ebenso legitimen Interesse des Klima- und auch Naturschutzes vorzunehmen. Dies sollte, soweit möglich auf Basis wissenschaftlicher Erkenntnisse über die optischen Wirkungen von Windenergieanlagen erfolgen<sup>263</sup>. Dabei werden aber nicht zuletzt im Interesse des Windenergieausbaus auch

Gesichtspunkte der gesellschaftlichen Akzeptanz zu berücksichtigen sein.

## 2. Gewerbliche und anderweitig vorbelastete Flächen

### Inhalt

- Lockerung oder Aufhebung der Zweckbindung von Gewerbe- und Sonderbauflächen, um eine weitergehende Bebauung vorbelasteter Flächen mit Windenergieanlagen zu ermöglichen.

Zu einer Entlastung des Wohnumfeldes würde dagegen die konsequente Nutzung ohnehin bereits vorbelasteter Flächen führen. Ein erhebliches zusätzliches Flächenpotenzial bei gleichzeitig geringer Konfliktdichte wird konkret in gewerblich genutzten oder anderweitig vorbelasteten Flächen wie den Standorten von Kläranlagen, Depo- nien und anderen Abfallentsorgungsbetrieben sowie Hafenanlagen<sup>264</sup>, aber auch in den Randstreifen viel befahrener Verkehrswege oder noch nicht oder länger nicht genutzten Rohstofflagern erblickt.

Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen scheitert auf diesen Flächen bislang vielfach an konkreten Zweckbestimmungen von Gewerbe- und Sonderbauflächen bzw. Sondergebieten in den jeweiligen Raumplänen. Insoweit wird vorgeschlagen mittels einer ausdrücklichen Regelung in § 31 BauGB Ausnahmen weitergehend als bislang zu gestatten oder die Zweckbindung mit Blick auf EE-Vorhaben vollständig aufzuheben<sup>265</sup>.

<sup>261</sup> Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (589 f.). Eine Konkretisierung auf wissenschaftlicher Grundlage fordert auch der SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 34 f.; Agora Energiewende, Sofortprogramm Windenergie an Land, November 2020, S. 16 f.

<sup>262</sup> Zu rechtstechnischen Umsetzungsmöglichkeiten siehe nunmehr zusammenfassend SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 34 f.

<sup>263</sup> SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 35.

<sup>264</sup> Aufzählung bei Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (589); Agora Energiewende, Sofortprogramm Windenergie an Land, November 2020, S. 12;

<sup>265</sup> Siehe Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (589); Agora Energiewende, Sofortprogramm Windenergie an Land, November 2020, S. 12; während § 31 BauGB als systematisch richtiger Regelungsort für eine Lockerung der Zweckbindungen von in Bebauungsplänen festgesetzten Sondergebieten angesehen werden kann, scheint für die Lockerung der Zweckbindung von in Flächennutzungsplänen dargestellten Sonderbauflächen und Sondergebieten eine Regelung unmittelbar im Zusammenhang von § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB näherliegend.

### 3. Wind im Wald

#### Inhalt

- ▶ Stärkere Vereinheitlichung der Regelungen zur Zulässigkeit von Wind im Wald.

Eine äußerst heterogene Rechtslage besteht zudem nach den Landeswaldgesetzen hinsichtlich der Zulässigkeit von Windenergienutzungen im Wald. Hierin spiegelt sich nicht zuletzt auch die ungleiche Verteilung von Waldgebieten im Bundesgebiet wider. Eher waldarme Länder tendieren danach eher dazu, Windenergienutzungen in den Wäldern nicht zuzulassen, während besonders waldreiche Länder auf die Nutzung dieser Flächen augenscheinlich nicht generell verzichten wollen. Während in den meisten Ländern eine Nutzung allein bestimmter naturnaher Waldbestände, vornehmlich die Nutzung von Laub-Mischwäldern begrenzt oder vollständig für Windenergienutzungen versagt ist, wird eine Nutzung von Wirtschaftswäldern vielfach in beschränktem Maße zugelassen. Ein umfassendes Verbot gilt derzeit allein in Schleswig-Holstein, Sachsen-Anhalt und Thüringen<sup>266</sup>.

Die Auswirkungen eines vollständigen Verbots auf die verfügbaren Potenzialflächen sind in waldreichen Ländern enorm, wie am Beispiel Thüringens gezeigt wurde<sup>267</sup>. Die Änderung des Waldgesetzes Ende 2020 hat hier zu einer Reduktion der in Plänen bzw. Planentwürfen enthaltenen Flächen für die Windenergie um bis zu 99,8 Prozent geführt. Die Pläne sind in der Folge der Gesetzesänderung nicht mehr vollziehbar und die Planentwürfe wohl zu verwerfen<sup>268</sup>.

Dies macht deutlich, dass schon die teilweise Öffnung von ohnehin wirtschaftlich genutzten Waldflächen für die Windenergienutzung gerade in waldreichen Ländern ganz erhebliche Auswirkungen auf den Umfang potenziell nutzbarer Flächen für die Windenergie hätte. Vor diesem Hintergrund könnte der Bund – entgegen der bisherigen Beschränkung des Bundeswaldgesetzes auf ausfüllungsbedürftige Rahmenregelungen – weitergehende Regelungen zur Zulässigkeit der Waldumwandlung für Windenergienutzungen treffen. Kompetenzrechtlich wäre allerdings insoweit das Bestehen von Abweichungsrechten der Länder näher zu prüfen<sup>269</sup>.

### 4. Wind in Landschaftsschutzgebieten

#### Inhalt

- ▶ Erhöhung der Durchsetzungskraft von Windenergievorhaben in bestimmten Bereichen von Landschaftsschutzgebieten.

Als unverhältnismäßiges Hemmnis für den Windenergieausbau wird weiterhin verbreitet die großräumige Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten diskutiert, wie sie in einigen Bundesländern stattfindet. Insgesamt sind auf etwa einem Viertel der Fläche Deutschlands Landschaftsschutzgebiete ausgewiesen<sup>270</sup>. Windenergieanlagen sind in solchen Gebieten nicht generell untersagt. Ein absolutes Veränderungsverbot ist mit ihrer Ausweisung nicht verbunden. Gleichwohl wird geltend gemacht, dass der äußerst ungleiche Gebrauch dieser Kategorie des Flächennaturschutzes<sup>271</sup> nicht zuletzt zu Fehlsteuerungen führe: Wird die Schutzkategorie, wie aktuell in manchen

<sup>266</sup> Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Sachstand, Zum Ausschluss von Wäldern für die Windenergienutzung durch Landeswaldgesetze, WD 5 – 3000 – 150/20, 2021, S. 6.

<sup>267</sup> *Bons/Jakob/Pape/Wegner*, Auswirkungen von Gesetzesänderungen auf Raumordnungspläne am Beispiel aktueller Entwicklungen in Thüringen, UBA, Climate Change 02/2021.

<sup>268</sup> *Bons/Jakob/Pape/Wegner*, Auswirkungen von Gesetzesänderungen auf Raumordnungspläne am Beispiel aktueller Entwicklungen in Thüringen, UBA, Climate Change 02/2021, S. 17, Tabelle 2.

<sup>269</sup> Das Bundeswaldgesetz und auch die Landeswaldgesetze stützen sich auf verschiedene Kompetenzgrundlagen. Für die Regelungen der sog. Waldumwandlung kommt die Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG für das Recht des Naturschutzes in Betracht. Hier hätten die Länder eine Abweichungskompetenz, Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GG.

<sup>270</sup> Siehe <https://www.bfn.de/suche?k=landschaftsschutzgebiete>, zuletzt abgerufen am 10.01.2022

<sup>271</sup> Siehe zu den Anteilen von Landschaftsschutzgebieten an den jeweiligen Landesflächen noch einmal <https://www.bfn.de/suche?k=landschaftsschutzgebiete>, zuletzt abgerufen am 10.01.2022.

Ländern gängige Praxis, im Sinne eines allgemeinen Zersiedelungsschutzes auch zum Schutz von Räumen von geringerer Wertigkeit genutzt, so führt dies zu einer Verlagerung des Ausbaus der Windenergie in Bundesländer, in denen Landschaftsschutzgebiete nur zurückhaltend ausgewiesen werden, obwohl die Wertigkeit der Räume hier gleich oder auch höher sein kann<sup>272</sup>. Ein solcher Vergleich scheint zwar nicht vollends überzeugend, da für die Wertigkeit von Räumen natürlich auch von Bedeutung ist, ob bestimmte Gegenden eine Vielzahl hochwertiger Räume aufweisen oder bspw. durch starke Zersiedelung geprägt sind. Gleichwohl dürften sich die Unterschiede in der Ausweisungspraxis, der von einer anteiligen Ausweisung der Landfläche im Umfang von 9 Prozent in Schleswig-Holstein bis zu 42 Prozent in Nordrhein-Westfalen reicht<sup>273</sup>, primär raumpolitisch begründet sein.

Vorgeschlagen wird deshalb, Windenergienutzungen zum einen im Rahmen von § 35 BauGB mit einer erhöhten Durchsetzungskraft gegenüber Landschaftsschutzgebieten auszustatten (welche die Raumordnung aufgrund von § 4 ROG und etwaiger weitergehender Raumordnungsklauseln im Fachrecht der Länder schon hat). Zum anderen soll mittels flankierender Regelungen in § 26 BNatSchG eine stärkere Berücksichtigung des Windenergieausbaus bei der Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten erreicht werden, die sich auch in einer Zonierung und damit teilweisen Öffnung der Gebiete für den Windenergieausbau ausdrücken kann<sup>274</sup>.

## 5. Rotorblattspitzen innerhalb der Gebietsgrenzen

### Inhalt

- Klärung der Zulässigkeit eines Hinausragens der Rotorblattspitzen von Windenergieanlagen über die Grenzen ausgewiesener Windenergieflächen und -gebiete.

Ein weiteres, zwar nicht auf bestimmte Flächentypen begrenztes, sondern vielmehr allgemein bestehendes Hemmnis für die Errichtung von Windenergieanlagen besteht darin, dass sich die Rotorblattspitzen von Windenergieanlagen in vielen Fällen innerhalb der Grenzen ausgewiesener Konzentrationszonen halten müssen. Angesichts der Flügellänge moderner Windenergieanlagen von rund 80 m bedeutet dies, dass innerhalb der Gebiete sehr viel weniger Anlagen errichtet werden können, als dies möglich wäre, wenn man eine Überschreitung der Zonengrenze mit den Flügeln zulassen würde. Eine Studie aus dem Jahr 2015 geht sogar davon aus, dass eine generelle Zulässigkeit der Überschreitung der Gebietsgrenzen eine Steigerung der Leistungspotenziale auf den ausgewiesenen Flächen um bis zu 20 Prozent ermöglichen würde<sup>275</sup>. Zwischenergebnisse aktueller Untersuchungen zeigen, dass gar eine noch weitere Steigerung denkbar ist.

Die Frage der Zulässigkeit der Überschreitung der Gebietsgrenzen durch die Rotorblattspitzen ist nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Eine Differenzierung dürfte zwischen Planungen auf Raumordnungs- und Bauleitplanungsebene erforderlich sein. Für die Ebene der Raumordnung ist es weitestgehend anerkannt, dass die Frage nach der Zulässigkeit einer Überschreitung der Gebietsgrenzen durch die Rotorblattspitzen im jeweiligen Plan zu entscheiden ist<sup>276</sup>. Die Landesentwicklungsplanung als

<sup>272</sup> Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (591).

<sup>273</sup> <https://www.bfn.de/suche?k=landschaftsschutzgebiete>, zuletzt abgerufen am 10.01.2022.

<sup>274</sup> Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (591); Agora Energiewende, Sofortprogramm Windenergie an Land, November 2020,

S. 18. In eine ähnliche Richtung auch bdew, Positionspapier, Energiewende ermöglichen, August 2021, S. 7.

<sup>275</sup> DEWI – UL International GmbH, Rotorkreis innerhalb oder außerhalb der Konzentrationszone: Welchen Einfluss hat dies auf den Flächenbedarf einer Windenergieanlage?, Wilhelmshaven, Juni 2015.

<sup>276</sup> Abweichend jedoch VG Hannover, Urt. v. 22.09.2011 – 4 A 1052/10, juris Rn. 43.

oberste Planungsebene kann dies mithin einheitlich für das jeweilige Land bestimmen. Soweit es hieran fehlt, können die Regionalplanungsträger selbst entscheiden. Dieser Rechtslage entsprechend lässt sich eine unterschiedliche Praxis in den Ländern beobachten.

Für Konzentrationszonenplanungen auf Ebene der Flächennutzungsplanebene besteht dagegen nach wie vor eine gewisse Unklarheit. Teils wird unter Verweis auf eine ältere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>277</sup> davon ausgegangen, dass sich auch die Rotorblattspitzen der Anlagen stets innerhalb der Grenzen der dargestellten Bauflächen halten müssen<sup>278</sup>. Teils wird aber auch angenommen, dass insoweit der planerische Wille des zuständigen Planungsträgers maßgeblich ist<sup>279</sup> und im Zweifel eine Überschreitung jedenfalls unter die Regelausnahme des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB fällt<sup>280</sup>.

Um die Rechtsunsicherheit zu beseitigen, vor allen Dingen aber um eine effiziente Flächennutzung durch die Windenergie zu ermöglichen, wird vorgeschlagen, die Überschreitung der Gebietsgrenzen durch den Rotor allgemein gesetzgeberisch für zulässig zu erklären. Rechtstechnisch wird eine Umsetzung entweder unmittelbar im Zusammenhang mit der Ausschlusswirkung der Konzentrationszonenplanungen in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB oder aber durch die Schaffung einer gesonderten Ausnahmeregelung in § 31 BauGB erwogen<sup>281</sup>.

Damit eine solche Regelung sofort Wirkungen entfaltet, soll sie nicht erst für zukünftige, sondern auch bereits bestehende Pläne Anwendung finden. Wo bislang keine Windenergieanlagen realisiert werden konnten, weil sie mit ihren Flügeln die Gebietsgrenzen überschritten hätten, sollen diese so unmittelbar, das heißt ohne vorangehende Planänderung zulässig sein. Da

eine solche Regelung die Wirkungen von Bestandsplänen inhaltlich verändern würde, müsste aber auch insoweit eingehender geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber zu einer solchen Änderung von Bestandsplänen berechtigt ist, sowie ausgeschlossen werden, dass durch eine solche Änderung Bestandspläne funktionslos würden und insgesamt neu aufgestellt werden müssten<sup>282</sup>.

### III. Mengenvorgaben des Bundes als regulatorische Alternative bei landesrechtlichen Hemmnissen

#### Inhalt

- ▶ Anstelle der Vereinheitlichung landesrechtlicher Regelungen zur Nutzung bestimmter Flächentypen kann der Bund Prozesse zur Ausweitung der potenziellen Flächenkulisse in den Ländern mittels Mengenvorgaben anstoßen. Die Auswahl der in den Ländern auszuweisenden Flächentypen bliebe so stärker bei den Ländern, die Flächenmenge würde nichtsdestotrotz gewährleistet.

Der Bundesgesetzgeber hat verschiedene regulatorische Möglichkeiten, die vorstehend beschriebenen Hemmnisse zu adressieren. Soweit diese aus dem derzeitigen Bundesrecht oder aber aus landesrechtlichen Regelungen resultieren, bei denen der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz lediglich noch nicht Gebrauch gemacht hat, kann der Bundesgesetzgeber die hemmenden Regelungen unmittelbar verändern oder beseitigen. Für den Bereich des Wohnumfeldschutzes wäre

<sup>277</sup> Vgl. insoweit auf BVerwG, Urt. v. 21.10.04 – 4 C 3/04, juris Rn. 40, die – obgleich nicht unmittelbar einschlägig – in dem Sinne interpretiert wird, dass sich bei Gebietsausweisungen auf Bauleitplanungsebene der Rotor von Anlagen innerhalb der Gebietsgrenzen halten muss.

<sup>278</sup> Siehe VG Hannover, Urt. v. 22.11.2011 – 4 A 1052/10; VG Hannover – 12 A 1642/11, juris Rn. 28; VG Neustadt (Weinstraße) – 4 K 503/18.NW, juris Rn. 68; VG Minden, - 11 K 1268/13, juris Rn. 49 f. jeweils unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 21.10.04 – 4 C 3/04.

<sup>279</sup> VG Lüneburg, Beschl. v. 09.03.2021 – 2 B 76/20, juris Rn. 56-59.

<sup>280</sup> VG Augsburg, Urt. v. 31.7.2015 – AU 14.1800 u.a., juris Rn. 67; VG Lüneburg, Beschl. v. 09.03.2021 – 2 B 76/20, juris Rn. 56.

<sup>281</sup> Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, S. 584 (589); Agora Energiewende, Sofortprogramm Windenergie an Land, November 2020, S. 13.

<sup>282</sup> Zu den Voraussetzungen für eine Funktionslosigkeit von Raumplänen vgl. BVerwG, Urt. v. 18.11.2004 – 4 CN 11/03, juris Rn. 33 f.

beispielsweise eine Streichung oder Modifikation<sup>283</sup> von § 249 Abs. 3 BauGB genauso möglich, wie auch eine erstmalige gesetzliche Ausgestaltung des Verbots optisch bedrängender Wirkung, ohne dass die Länder hiervon noch abweichen könnten. Die Zulässigkeit pauschaler Abstandsvorgaben für die Ausweisung von Konzentrationszonen in Raumordnungsplänen könnte der Bund dagegen zwar regeln, da diesem auch für die Raumordnung eine Vollkompetenz zusteht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG). Die Länder könnten hiervon allerdings im Wege der Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG wieder abweichen. Abweichungsmöglichkeiten der Länder wären auch gegeben, schüfe der Bund einheitliche Regelungen für die Windenergienutzung in Landschaftsschutzgebieten, Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GG. Zudem scheinen sie auch dann möglich, würde der Bundesgesetzgeber eine Vereinheitlichung für die Nutzung von Wäldern vornehmen<sup>284</sup>.

Solche Abweichungsrechte sind jedoch weder rechtlich ein Ausschlussgrund noch sollten sie politisch als ein solcher für ein Tätigwerden des Bundes angesehen werden. Denkbar ist es durchaus, dass eine Bundesregelung keine oder nur eine teilweise Abweichung durch die Länder zur Folge hat. Länder können hierauf politisch verweisen und Regelungen hinnehmen, die sie selbst möglicherweise aufgrund fehlender politischer Mehrheiten nicht hätten umsetzen können. Zudem kann ein Zeitvorteil erzielt werden, da ein Tätigwerden des Bundes möglicherweise schwierigere landespolitische Debatten entbehrlich macht. Für eine Abweichung vom Bundesrecht muss zudem stets zunächst eine politische Mehrheit organisiert werden. Dieser Prozess machte zudem jedenfalls Verantwortlichkeiten sichtbar.

Gleichwohl müsste sich der Bund bei diesem Vorgehen zu einer größeren Zahl an Flächentypen eindeutig positionieren und entgegenstehendes Landesrecht aktiv verdrängen, was im föderalen Kompetenzgeflecht des Grundgesetzes zwar durchaus angelegt ist, aber gleichwohl eine politische Kraftanstrengung bedeutete.

Alternativ könnte sich der Bund auch deshalb darauf verlagern, allein eine bundesweite Mengenvorgabe zu etablieren und es ganz oder jedenfalls teilweise den Ländern und den dortigen Präferenzen überlassen, auf welchen Flächentypen diese Vorgaben umgesetzt würden. Bei diesem Vorgehen würde die Umsetzung hinreichender Flächenmengen bundesrechtlich gewährleistet. Die Zusammenstellung der konkreten Flächenkulisse bliebe dagegen den Ländern und ihren raumpolitischen Präferenzen überlassen.

Die Steuerung der Flächenausweisung in den Ländern mittels einer bundesrechtlichen Mengenvorgabe stellt sich so auch als regulatorische Option in Alternative zu einer bundesrechtlichen Detailsteuerung dar. Zwar muss sich der Bund auch bei diesem Vorgehen zur potenziellen Nutzbarkeit einzelner Flächentypen positionieren, da zur Ermittlung der Mengenvorgaben die Frage zu beantworten ist, welche Flächentypen zu den Potenzialen in den Ländern gehören und welche nicht. Gleichwohl bliebe es den Ländern hier überlassen von den Wertungen des Bundes bei der Potenzialermittlung abzuweichen und bei der Bereitstellung von Flächen einige Flächentypen stärker und andere weniger stark oder überhaupt nicht für die Windenergie zu öffnen.

### Zwischenergebnisse auf einen Blick

- ▶ Mit der Beseitigung pauschaler gesetzlicher Hemmnisse auf bestimmten Flächentypen, könnten die planerischen Suchräume für die Identifikation der bestgeeignetsten Flächen für die Windenergie ausgeweitet werden.
- ▶ Der Bundesgesetzgeber kann Hemmnisse überall dort unmittelbar beseitigen, wo diese im Bundesrecht wurzeln. Auch dort, wo den Ländern Abweichungsrechte zustehen, kann es insbesondere unter Beschleunigungsgesichtspunkten sinnvoll sein, dass der Bund gesetzgeberisch tätig wird.

<sup>283</sup> Neben inhaltlichen Modifikationen, wäre vor allen Dingen auch die zeitliche Befristung der Regelung denkbar.

<sup>284</sup> Dies wäre der Fall, wenn die Regelungen zur Waldumwandlung auf den Kompetenztitel zur Regelung

des Rechts des Naturschutzes zu stützen sind, Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GG. Zur Mosaikkompetenz, auf die der Bundesgesetzgeber das Bundeswaldgesetz gestützt hat siehe Endres, Bundeswaldgesetz, 2014, Einleitung Rn. 3.

- ▶ Soweit der Bundesgesetzgeber einen Eingriff in bislang landesrechtlich geregelte Materien dagegen vermeiden will, kann gleichwohl über bundesrechtliche Mengenvorgaben ein Zugzwang erzeugt werden, die Flächenkulisse für die Windenergie in den Ländern insgesamt zu erweitern, die konkrete Zusammenstellung der Flächenkulisse insoweit aber den Ländern überlassen werden.

## G. Randbedingungen erfolgreicher Flächenbereitstellung verbessern

Die effektive Bereitstellung von ausreichend Flächen für die Windenergie setzt nicht nur eine Reform der zentralen einschlägigen Rechtsregeln voraus. Vielmehr hängt sie weiterhin davon ab, dass verschiedene tatsächliche wie rechtliche Randbedingungen erfüllt sind. Die neue Bundesregierung scheint dies erkannt zu haben und hat in ihrem Koalitionsvertrag die Absicht bekundet, auch diese Randbedingungen erfolgreicher Flächenbereitstellung adressieren zu wollen.

### I. Personalausstattung in den Planungsbehörden

Im Falle einer Reform der Flächenbereitstellung samt Einführung von Mengenvorgaben und der damit einhergehenden Auslösung einer Vielzahl von Planungsverfahren wird es nicht zuletzt darauf ankommen, dass die hierfür zuständigen Planungsstellen eine ausreichende Personalausstattung mit planerischer wie auch rechtlicher Expertise besitzen<sup>285</sup>. Nur so können die Verfahren möglichst zügig und gleichzeitig rechtssicher durchgeführt werden. Auch vermeintlich klare rechtliche Regelungen lassen sich dagegen nicht rechtssicher vollziehen, wenn die hierfür zuständigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in einem Zustand der permanenten Überlastung zu arbeiten haben.

Der Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP hat die Notwendigkeit ausreichender Personalkapazitäten erkannt<sup>286</sup>. Auch die dort ebenfalls vorgesehene Digitalisierung der Verwaltung kann für eine Reduktion des Verwaltungsaufwands beispielsweise bei der

Durchführung von Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren sorgen und damit die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den Planungsstellen entlasten<sup>287</sup>. Da die notwendige Ausstattung der Behörden mit ausreichend Personal grundsätzlich bei den Ländern liegt, ist es zu begrüßen, dass dieser Punkt zum Gegenstand eines „verlässlichen und nachhaltigen Pakt[s] für Planungs-, Genehmigungs- und Umsetzungsbeschleunigung mit den Ländern“ gemacht werden soll<sup>288</sup>.

### II. Datengrundlagen in den Ländern

Die Durchführung der Planungsverfahren ganz allgemein, gerade aber auch die Absicherung der Flächeneignung in den Verfahren ist auf ausreichende Datengrundlagen angewiesen. In der Planungspraxis erweisen sich diese allerdings an vielen Stellen als zu ungenau und nicht hinreichend aktuell, während bessere Daten an anderer Stelle zwar vorhanden sind, ein Zugriff auf diese jedoch nicht möglich ist<sup>289</sup>.

Inwieweit der im Koalitionsvertrag der neuen Regierung angekündigte Ausbau des Portals für Umweltdaten zu einem öffentlich nutzbaren zentralen Archiv für Kartierungs- und Artendaten<sup>290</sup> hier bereits zu einer umfassenden Verbesserung führen kann, bleibt abzuwarten. Auch insoweit scheint aber jedenfalls das Problem erkannt und erste Maßnahmen zur Verbesserung der Datengrundlagen identifiziert worden zu sein.

<sup>285</sup> In diese Richtung bereits Beirat für Raumentwicklung beim BMVI, Empfehlung des Beirats für Raumentwicklung – Unterstützung der Energiewende auf regionaler Ebene durch den Bund, 2015, Ziff. 14.

<sup>286</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 8; 12.

<sup>287</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 5; 12; zur Absicht, die Möglichkeiten des Planungssicherstellungsgesetzes zu verstetigen und weiterzuentwickeln Rz. 302 ff.

<sup>288</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 12.

<sup>289</sup> Zu letztem Aspekt Beirat für Raumentwicklung beim BMVI, Empfehlung des Beirats für Raumentwicklung – Unterstützung der Energiewende auf regionaler Ebene durch den Bund, 2015, Ziff. 14.

<sup>290</sup> Koalitionsvertrag 2021, S. 12 f.

### III. Akzeptanz

Von zentraler Bedeutung ist es zudem, die Akzeptanz für den Ausbau der Windenergie zu erhalten bzw. herzustellen. Da empirische Untersuchungen gerade auch die Verfahren zur Flächenausweisung als Ansatzpunkte für die Akzeptanzschaffung vor Ort identifiziert haben, müssen die hier vorhandenen Potenziale über eine verbesserte Beteiligung der Anwohner in formellen und informellen Verfahren und ihre verstärkte finanzielle Teilhabe gestärkt sowie durch flankierende Maßnahmen abgesichert werden<sup>291</sup>.

Auch insoweit ist das Problembewusstsein der neuen Regierung zu erkennen. Um eine effektive, akzeptanzschaffende Beteiligung in den Verfahren zu erreichen, wird der Gesetzgeber insbesondere seine Ziele der Beschleunigung und der Akzeptanzschaffung miteinander harmonisieren und sicherstellen müssen, dass die hier getroffenen Maßnahmen beide Ziele verwirklichen und nicht einseitig zulasten eines der Ziele gehen. Es wird sich zeigen, inwieweit es dem Gesetzgeber gelingt, akzeptanzfördernde Beteiligung auch in stärker digitalisierten Beteiligungsverfahren zu erreichen und als Teil der angekündigten neuen Planungskultur zu implementieren. Nicht ohne Spannung hierzu enthält der Koalitionsvertrag an verschiedenen Stellen Instrumente, die an die wenig beteiligungsfreundliche Beschleunigungsgesetzgebung der Neunzigerjahre erinnern.

Als flankierende Maßnahme ist es sicherlich zu begrüßen, dass die finanzielle Teilhabe von Standortkommunen durch die erneute Änderung des Zerlegungsmaßstabs im Gewerbesteuerrecht<sup>292</sup> einerseits und die Einführung von § 6 EEG 2021 andererseits gestärkt wurde und noch weiter gestärkt werden soll. Zu einer Teilhabe gerade solcher Standortkommunen, in denen bereits ein weitreichender Ausbau der Windenergie stattgefunden hat, würde die Ausweitung der bisherigen Regelung in § 6 EEG 2021 auf

Bestandsanlagen führen. Der Effekt einer ebenfalls angekündigten verpflichtenden Teilhabe der Standortkommunen bei Neuanlagen dürfte daneben jedenfalls bei Windenergievorhaben eher geringer sein, da bei der gegenwärtigen Konzeption der Regelung davon ausgegangen werden kann, dass die allermeisten Projektierer entsprechende Vereinbarungen mit den Standortkommunen ohnehin schließen<sup>293</sup>.

<sup>291</sup> Hierzu auch SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, S. 59 ff.

<sup>292</sup> Insoweit wird man jedoch abwarten müssen, ob allein die Änderung des Zerlegungsmaßstabs in § 29 Abs. 1 Nr. 2 a) GewStG zugunsten der Standortkommunen von Windenergieanlagen den gewünschten Effekt

einer stärkeren finanziellen Teilhabe der Kommunen erreicht.

<sup>293</sup> Vgl. zu diesem Thema im Koalitionsvertrag 2021, S. 128.

## H. Fazit: Flächenbereitstellung konsistent reformieren

Die vorliegende Untersuchung hat die Handlungsoptionen des Gesetzgebers für eine Reform der Flächenbereitstellung für die Windenergie aufgezeigt. Der Gesetzgeber müsste diese nun zu einer konsistenten Reform zusammenfügen, um den eingangs formulierten Anforderungen möglichst weitgehend gerecht zu werden.

### **Bundesrechtliche Mengenvorgabe einführen**

Die Einführung einer bundesrechtlichen Mengenvorgabe ist dabei zentral für die Gewährleistung einer ausreichenden Flächenverfügbarkeit. Ihre Umsetzung ist sowohl raumordnungs- als auch fachplanungsrechtlich sowie ggf. gekoppelt unter Nutzung beider Rechtsbereiche möglich. Um schwierige verfassungsrechtliche Diskussionen zu vermeiden, sollte die Verbindlichkeit der Mengenvorgaben maßgeblich durch deren Verknüpfung mit der Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen hergestellt werden. Um nicht einen Fadenriss auf Ebene der Vorhabenrealisierung zu riskieren, der infolge der Einführung von Mengenvorgaben drohen könnte, müsste der Übergang zu dieser quantitativen Steuerung der Flächenbereitstellung gesetzgeberisch gestaltet werden.

### **Planungsverfahren vereinfachen und beschleunigen**

Die Einführung von Mengenvorgaben eröffnet zugleich die Möglichkeit für umfangreiche Vereinfachungen und Beschleunigungen der bisherigen Konzentrationszonenplanungen bzw. ihrer Weiterentwicklung in Richtung einer Positivplanung. Ihre Reform ist sowohl einem Wechsel zu einer fachplanerischen Flächenausweisung in Anlehnung an das Windenergie-auf-See-Gesetz als auch zum jetzigen Zeitpunkt einer rein vorhabenbezogenen Steuerung des Windenergieausbaus auf der Grundlage einer planersetzenden Regelung vorzuziehen. Komplexität und Planungsaufwand für Konzentrationszonenplanungen ließen sich erheblich durch einen Verzicht auf die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen reduzieren. Der vollständige Verzicht

auf diese Unterscheidung in ihrer bislang verlangten strengen Form ist dem Versuch ihrer rechtssicheren Ausgestaltung vorzuziehen. Eine Umsetzung dessen und damit die Weiterentwicklung der Konzentrationszonenplanungen in Richtung einer klassischen Positivplanung wäre rechtstechnisch durchaus auf verschiedene Weise möglich. Jedenfalls dürfte dies aber eine ausdrückliche Änderung von § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 S. 3 BauGB erfordern. Diese könnte in Anlehnung an § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB vorgenommen, die Ausübung der Steuerung aber gleichwohl auf Raumordnungs- oder Flächennutzungsplanebene belassen werden.

Soweit sich durch die Reform in den Planungsverfahren der Fokus weg von den Ausschlussflächen hin zu den Windenergieflächen verschiebt, dürfte die Notwendigkeit für eine erleichterte Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie deutlich abnehmen. Die Gesamtabwägung, auf die hier verzichtet werden soll, würde sich ohnehin in dem Maße vereinfachen, wie sie von der Notwendigkeit befreit wird, die Nichtausweisung einzelner Flächen zu rechtfertigen.

Weiteres Klärungspotenzial weist zudem die Frage nach der notwendigen Untersuchungs- und Abwägungstiefe auf. Deren ausdrückliche Regelung dürfte nicht zuletzt im Interesse der Rechtssicherheit auch mit Blick auf die Diskussionen um die Abschichtung der Artenschutzprüfung zwischen Planungs- und Zulassungsebene erforderlich sein. Schließlich sind verschiedene formelle Fragen gesetzgeberisch zu klären und die Randbedingungen der Planungen, namentlich die Personalausstattung der Planungsbehörden und die Verfügbarkeit aktueller Datengrundlagen zu verbessern, um die Flächenausweisung zu beschleunigen und zugleich rechtssicherer zu machen.

### **Planungen robuster machen**

Soweit eine Weiterentwicklung der bisherigen Konzentrationszonenplanungen unter anderem durch einen Verzicht auf die

strenge Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen erfolgte, würde es hierauf bezogener Fehlerfolgenregelungen nicht bedürfen. Diese wären jedoch für den Fall eine Option, dass eine weitergehende Reform der Konzentrationszonenplanungen unterbliebe und damit die Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen weiterhin zu erfolgen hätte. Selbst wenn jedoch eine weitreichende Reform erfolgt, werden in den Planungsverfahren im Einzelfall weiterhin Fehler unterlaufen. Eine Regelung zur befristeten Fortgeltung bestimmter fehlerhafter Pläne könnte die Flächenbereitstellung deshalb zusätzlich robust machen und verhindern, dass Planungsfehler zu erheblichen Verzögerungen führen.

Diese Robustheit ist auch deshalb ein wichtiges Anliegen, da Planaufhebungen gerade auf Raumordnungsebene auch in Zukunft zu erheblichen Verzögerungen führen werden. Soweit den Ländern das Instrumentarium raumordnerischer Plansicherungsinstrumente einschließlich landesrechtlicher Moratorien bleibt, lassen sich diese Verzögerungen auch nur beschränkt, etwa über befristete planersetzende Regelungen, begrenzen, die den Sicherheitsinteressen der Länder Rechnung tragen und sie von der Schaffung weitergehender Instrumente abhalten könnten.

### **Hemmnisse auf bestimmten Flächentypen beseitigen, Repoweringstandorte erhalten**

Schließlich könnte der Gesetzgeber generell prüfen, inwieweit der pauschale Ausschluss zahlreicher Flächentypen für Windenergienutzungen noch die Bedeutung des mit dem Windenergieausbau verfolgten Klimaschutzes widerspiegelt. Soweit der Bundesgesetzgeber unmittelbar im Bundesrecht ein diesbezügliches Missverhältnis feststellt, kann er dieses beseitigen. Beispielhaft wurden hierfür Handlungsfelder mit Änderungsvorschlägen aufgezeigt. Soweit der Gesetzgeber entsprechende Missverhältnisse in Bereichen sieht, die bislang landesrechtlich geregelt sind, kann er auch hier tätig werden, was jedoch seine Gesetzgebungskompetenz voraussetzt. Um den Ländern einen weitergehenden Freiraum bei der Flächenausweisung für die Windenergie zu belassen, kann sich der Bundesgesetzgeber hier aber auch auf die Ausgestaltung der Mengenvorgaben

beschränken und so einen Revisionsprozess in den Ländern anstoßen.

Ein entsprechendes Vorgehen ist auch mit Blick auf Repoweringstandorte denkbar. Will der Bund hier weitergehend tätig werden, könnte er für künftige Planungsverfahren ein auf den Erhalt von Repoweringstandorten gerichtetes Optimierungsgebot schaffen. Ein weitergehender Erhalt wäre nur dann möglich, wenn der Gesetzgeber in Bestandspläne eingreift und deren Ausschlusswirkung jedenfalls für eine gewisse Anzahl an Repoweringstandorten begrenzt. Dies wirft allerdings gewisse verfassungsrechtliche Fragen auf, die noch zu klären sind.

Kontakt

**Stiftung Umweltenergierecht**  
**Friedrich-Ebert-Ring 9**  
**97072 Würzburg**

**T: +49 931 79 40 77-0**

**F: +49 931 79 40 77-29**

**[info@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:info@stiftung-umweltenergierecht.de)**  
**[www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)**

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs-  
und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -re-  
alisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (NeuPlan  
Wind)“

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages