

Rechtliche Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Infrastruktur, Energie, Tourismus und Arbeit des Landtages Mecklenburg- Vorpommern

Zum Gesetzentwurf der Landesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landes-
planungsgesetzes (LPIG) (Drs. 8/3387)

15.02.2024

erstellt von
Dr. Nils Wegner

Unter Mitarbeit von
Steffen Benz
Jonas Otto

II Rechtliche Stellungnahme zur Anhörung am 22.2.2204

Zitiervorschlag:

**Wegner, Rechtliche Stellungnahme zur Anhörung
des Ausschusses für Wirtschaft, Infrastruktur,
Energie, Tourismus und Arbeit des Landtages
Mecklenburg-Vorpommern,
15.02.2024.**

**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
**Prof. Dr. Thorsten Müller
und Fabian Pause, LL.M. Eur.**

Stiftungsrat
**Prof. Dr. Monika Böhm
Prof. Dr. Franz Reimer
Prof. Dr. Markus Ludwigs
Prof. Dr. Sabine Schlacke**

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

Inhaltsverzeichnis

A. Auf einen Blick	2
B. Einordnung des Gesetzentwurfs und Aufbau der Stellungnahme	4
C. Die Umsetzung der Planungspflicht nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz	6
I. Teilflächenziele als Mindestziele ausgestalten, Planungsspielräume gewähren (Fragen 7, 8, 20)	6
II. Zeitliche Umsetzbarkeit der Planungsvorgaben ist gegeben (Fragen 5, 6, 16)	8
III. Vereinbarungen zum Flächenüberhang attraktiver machen (Frage 33)	9
IV. Die Mehrfachnutzung von Flächen für Wind und u. a. Solar rechtssicher ausgestalten	9
V. Die Mindestabstandsregelung als raumordnerische Vorgabe (Fragen 34, 35)	10
VI. Der zulässige Umgang mit Höhenbeschränkungen	12
D. Die Steuerung des Ausbaus der Freiflächen-Photovoltaik	14
I. Die Voraussetzungen des Zielabweichungsverfahrens für Solar-Freiflächenanlagen weniger restriktiv ausgestalten; LEP schnellstmöglich fortschreiben (Fragen 25, 26, 27)	14
II. Ausreichend Freiflächen für das Erreichen der Ausbauziele öffnen (Fragen 28, 29)	16

A. Auf einen Blick

Die vorliegende Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Landesregierung zur Änderung des Landesplanungsgesetzes (LPIG-E) bezieht sich in erster Linie auf die einzelnen Regelungen des § 9a LPIG-E, der die Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes (WindBG) umsetzen soll. Anknüpfend an die Änderung der Zielabweichung durch § 5 Abs. 1 LPIG-E sind zudem Fragen zur künftigen Steuerung des Freiflächenausbaus angesprochen.

Umsetzung der Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes

- ▶ Der Bundesgesetzgeber hat die Flächenbeitragswerte der Länder nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz als Mindestwerte konzipiert und Möglichkeiten für ein ambitionierteres Vorgehen unterschiedlicher Akteure geschaffen. Mit dem vorliegenden Entwurf, insbesondere § 9a Abs. 2 LPIG-E, würde Mecklenburg-Vorpommern demgegenüber lediglich eine absolute Minimalumsetzung wählen. Insbesondere die Ausgestaltung der Teilflächenziele nicht nur als Mindest-, sondern zugleich als Höchstwerte wirft zudem rechtliche und rechtspraktische Fragen auf. Eine Begründung der hiermit einhergehenden Einschränkung der regionalen Planungsverbände findet nicht statt. Da Planungsträger Ende 2032 zu einer „Punktlandung“ gezwungen würden, wird zudem ein erhebliches Risiko geschaffen, dass bei Wegfall nur einzelner Windenergiegebiete die gewünschte konzentrierende Wirkung des Windenergieausbaus verfehlt wird. Eine Rücknahme des Steuerungsanspruchs durch Verzicht auf eine Höchstgrenze wird empfohlen, damit Planungsverbände jenseits der Mindestvorgaben rechtssicher agieren und eigene raumordnerische Akzente bei Klimaschutz und Regionalentwicklung setzen können (**C. I.**).
- ▶ Die Reform des Baugesetzbuchs und damit einhergehende Erleichterungen erlauben ein schnelleres Vorgehen bei der Ausweisung von Flächen für die Windenergie, wenn die Verfahren klar priorisiert und mit ausreichend personellen Ressourcen ausgestattet werden. Es sollte geprüft werden, ob ein verbindliches Vorziehen der Teilflächenziele auf Ende 2027 oder früher und damit ein einstufiges Vorgehen möglich ist, um die Vorteile dieses Vorgehens zu heben (**C. II.**).
- ▶ Die Regelung zum Flächenüberhang nach § 9a Abs. 3 LPIG-E ist nicht zuletzt deshalb sinnvoll, da sie den regionalen Planungsverbänden zumindest potenziell zusätzliche Spielräume eröffnet. Die aktuelle Ausgestaltung wirft jedoch die Frage auf, ob solche Vereinbarungen ausreichend attraktiv sind. Es sollte geprüft werden, ob eine Ausgestaltung in Anlehnung an Bundesregelung möglich ist, so dass die Planungsträger frühzeitiger Klarheit über ihre veränderten Pflichten haben (**C. III.**).
- ▶ Die Regelung zur Förderung der Mehrfachnutzung von Flächen nach § 9a Abs. 4 LPIG-E stärkt nicht zuletzt die gemeinsame Nutzung von Flächen für Windenergie- und Freiflächenanlagen und kann die Ausnutzung vorhandener Netzanschlüsse begünstigen. Die vorgesehene Ausgestaltung der Regelung begegnet jedoch Zweifeln hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Windenergieflächenbedarfsgesetz. Diese Vereinbarkeit könnte jedoch durch geringfügige Änderungen im Normtext hergestellt werden (**C. IV.**).
- ▶ Bei der vorgesehenen Mindestabstandsregelung in § 9a Abs. 5 LPIG-E handelt es sich um eine raumordnerische Planungsvorgabe. Die Privilegierung von Windenergievorhaben bleibt hiervon unberührt. Vor Erreichen der Teilflächenziele muss ihre Einhaltung anderweitig gewährleistet werden. Es sollte jedoch geprüft werden, ob eine solch pauschale Vorgabe an die Planungsträger erforderlich ist, oder ob diesen nicht durch alternativ mögliche Ausgestaltungen ein Mehr an Gestaltungsfreiheit eingeräumt werden kann, die eine Planung nach den konkreten Umständen vor Ort zulässt (**C. V.**).
- ▶ Auch wenn die Untersagung von Höhenbeschränkungen in Plänen die Ausweisung von solchen Flächen unberührt

lässt, bei denen Windenergievorhaben auf Zulassungsebene Höhenbeschränkungen unterliegen, muss auch hier stets die Eignung der Flächen gewährleistet sein. Dies ist nicht bereits dann der Fall, wenn hier überhaupt eine Windenergienutzung technisch möglich ist, sondern diese auch wirtschaftlich mit am Markt verfügbaren Modellen realisierbar ist. Eine Vorgabe realisierbarer Mindesthöhen sollte geprüft werden (**C. VI.**).

Die Steuerung des Ausbaus der Freiflächen-Photovoltaik

- ▶ Das Landesraumentwicklungsprogramm (LEP) und auch der sonstige Rechtsrahmen in Mecklenburg-Vorpommern sehen mehrere sehr restriktive Bestimmungen für den Ausbau der Freiflächen-Photovoltaik vor, die verhindern, dass die bundesrechtlich eröffneten Möglichkeiten nicht ausgenutzt werden und der Beitrag Mecklenburg-Vorpommerns zum Erreichen des bundesrechtlichen Gesamtziels deutlich hinter den Möglichkeiten zurückbleibt. Vor diesem Hintergrund kommt aktuell auch der geplanten Änderung von § 5 LPlG über die Zielabweichung eine größere Bedeutung zu. Während die hier vorgesehene Fiktionsregelung geeignet ist, Beschleunigungspotenziale in den Verfahren zu heben, werden materiell-rechtlich (auch weiterhin) restriktivere Voraussetzungen für eine Zielabweichung vorgesehen als auf Bundesebene (**D. I.**)
- ▶ Die sog. „Voraussetzungen ZAV Freiflächenphotovoltaik“, deren Erfüllung Vorbedingung für eine Abweichung von Programmsatz 5.3 (9), zweiter Absatz, LEP 2016 sind, wonach landwirtschaftlich genutzte Flächen „nur in einem Streifen von 110 Metern beiderseits von Autobahnen, Bundesstraßen und Schienenwegen für Freiflächenphotovoltaikanlagen in Anspruch genommen werden“ dürfen, werden unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als problematisch eingeschätzt. Die geplante Fortschreibung des Landesraumentwicklungsprogramms sollte deshalb und auch vor dem Hintergrund aktueller Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Grenzen von Zielabweichungen schnellstmöglich den Freiflächenausbau auf eine reguläre Planungsgrundlage stellen. In der Zwischenzeit sollten diejenigen Kriterien, denen

der notwendige raumordnerische Bezug fehlt und die durch große Unbestimmtheit gekennzeichnet sind, außer Anwendung gelassen werden (**D. I.**).

- ▶ Bei Fortschreibung des Landesraumentwicklungsprogramms sollte eine weitergehende Öffnung von Gebieten für PV-Freiflächenanlagen erfolgen, um einen angemessenen Beitrag Mecklenburg-Vorpommerns zum Erreichen der gesamtstaatlichen Ausbauziele zu gewährleisten. Auch der Ausbau auf der Dachfläche, der nach den Plänen der Bundesregierung in etwa hälftig zum Gesamtausbauziel bei der Photovoltaik beitragen soll, muss hierfür gefördert werden, was durch die angekündigte Novellierung des EEG („Solarpaket I“) auch geschehen soll. Die raumordnerische Öffnung weiterer Freiflächen bleibt aber unabhängig hiervon erforderlich (**D. II.**).
- ▶ Zur Förderung eines gleichmäßigen Freiflächenausbaus in den Planungsregionen sind Zielvorgaben im Landesraumentwicklungsprogramm für die Ausweisung bestimmter Mindestflächenanteile ein probates Mittel. Für die Herleitung solcher Vorgaben und ihre Ableitung von dem Anteil, den Mecklenburg-Vorpommern zum Erreichen des Gesamtausbauziels leisten sollte, könnte auf den anstehenden Prozess zur Potenzialermittlung aufgesetzt werden, der im Zuge der Umsetzung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EE-RL), namentlich Art. 15b EE-RL, zeitnah auf Bundesebene durchzuführen ist (**D. II.**).

B. Einordnung des Gesetzentwurfs und Aufbau der Stellungnahme

Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes (LPIG-E) verfolgt in erster Linie das Ziel, die Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes des Bundes (WindBG)¹, d. h. insbesondere die hierin enthaltenen Planungspflichten zur Ausweisung eines Mindestmaßes an Fläche für die Windenergie, umzusetzen. Insoweit werden auch die teilweise bereits vorhandenen Festlegungen im „Erlass zur Festlegung landesweit einheitlicher, verbindlicher Kriterien für Windenergiebiete an Land“² auf die notwendige gesetzliche Grundlage für die Umsetzung des Windenergieflächenbedarfsgesetzes gestellt. Zudem erfolgt eine Anpassung des Landesplanungsgesetzes an den aktuellen Stand des Raumordnungsgesetzes des Bundes³.

Das Windenergieflächenbedarfsgesetz, das am 1.2.2023 in Kraft getreten ist, regelt eine Verpflichtung der Länder, bestimmte Mindestanteile der Landesflächen (sog. Flächenbeitragswerte) für die Windenergie auszuweisen. Die so begründete Planungspflicht bedeutet für Mecklenburg-Vorpommern konkret, dass nach § 3 Abs. 1 i. V. m. der Anlage zum WindBG bis spätestens 31. Dezember 2027 mindestens 1,4 Prozent der Landesfläche und bis spätestens 31. Dezember 2032 mindestens 2,1 Prozent der Landesfläche als Windenergiegebiete i. S. v. § 2 Nr. 1 WindBG auszuweisen sind. Bis Ende Mai 2024 muss Mecklenburg-Vorpommern zudem nach § 3 Abs. 3 WindBG nachweisen, dass die ersten Handlungen zur Umsetzung jedenfalls des Zwischenziels für Ende 2027 ergriffen wurden.

Die hiernach zeitnah zu erfüllende Pflicht des Landes, bei dem beabsichtigten Vorgehen insbesondere den Flächenbeitragswert in der Form von Teilflächenzielen auf zuständige Planungsträger zu delegieren, soll mit der vorliegenden Änderung des Landesplanungsgesetzes geschehen, namentlich durch § 9a LPIG-E. Dessen Absatz 1

beinhaltet eine Aufgabenzuweisung an die regionalen Planungsverbände, die auch schon bislang in Mecklenburg-Vorpommern zur raumordnerischen Steuerung des Windenergieausbaus berufen waren. Dabei werden die für Mecklenburg-Vorpommern vorgesehenen Flächenbeitragswerte gleichmäßig auf die Planungsregionen weitergewälzt. Eine Unterscheidung anhand der unterschiedlichen Eignung der Regionen für Windenergienutzungen unterbleibt mithin. Die sich so ergebenden Teilflächenziele der Planungsregionen von 1,4 bzw. 2,1 Prozent werden zudem offenbar nicht als Mindestwerte, sondern als Höchstwerte ausgestaltet und dürfen grundsätzlich nur dann von den regionalen Planungsträgern überschritten werden, wenn hierzu eine Vereinbarung mit einer anderen Planungsregion über einen Flächenüberhang Anlass gibt (Absatz 3). Eine ausdrückliche Regelung finden zudem die Fragen einer Mehrfachnutzung von Vorranggebieten für die Windenergie (Absatz 4), des zu wahrenen Mindestabstands zu bestimmten Siedlungsgebieten (Absatz 5), der Zulässigkeit der Überschreitung der Gebietsgrenzen durch die Rotorblätter (Absatz 6) sowie der Umgang mit Höhenbegrenzungen (Absatz 7). Hinzu kommen Regelungen zu Berichtspflichten (Absatz 8), Fristen (Absatz 9) sowie einem Selbsteintrittsrecht der obersten Landesplanungsbehörde bei Gefahr der Verfehlung der Flächenbeitragswerte in einer Region (Absatz 10). Zu ausgewählten Punkten dieser Regelungen soll nachfolgend Stellung genommen werden (**hierzu unter C.**).

Dass darüber hinaus der Entwurf zur Änderung des Landesplanungsgesetzes eine Anpassung an die Änderungen des Raumordnungsgesetzes des Bundes vorsieht und damit die dort erfolgten Regeländerungen zur Modernisierung und Digitalisierung der Planungsprozesse übernommen werden sowie in diesem Zuge auch eine

¹ Windenergieflächenbedarfsgesetz vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 353), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 202) geändert worden ist.

² Amtsblatt M-V 2023, Nr. 7, S. 97 ff.

³ Drs. 8/3387, S. 1 f.

Deregulierung durch Verzicht auf eigene Regelungen stattfindet, wird ausdrücklich begrüßt. Dies unterstützt nicht zuletzt die Vollzugsfähigkeit der Regelungen und damit die fristgemäße Umsetzung der inhaltlichen Verpflichtungen durch die Planungsträger. Eine weitere Behandlung der hiermit zusammenhängenden Aspekte sowie weiterer Punkte des Änderungsentwurfs sollen jedoch in der vorliegenden Stellungnahme unterbleiben.

Behandelt werden sollen dagegen die im Gesetzentwurf zwar nur im Zusammenhang mit der Änderung von § 5 zum Zielabweichungsverfahren aufgeworfenen, im Fragenkatalog des Ausschusses jedoch ausdrücklich gemachten Fragestellungen zur planerischen Steuerung des Ausbaus von PV-Freiflächenanlagen (**hierzu unter D.**).

An den Stellen, an denen die **Fragen aus dem übermittelten Fragenkatalog** im Zusammenhang beantwortet werden, wird hierauf in den Überschriften und dem zugehörigen Abschnitt durch Verweis auf die entsprechenden Ziffern des Fragenkatalogs hingewiesen.

C. Die Umsetzung der Planungspflicht nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz

I. Teilflächenziele als Mindestziele ausgestalten, Planungsspielräume gewähren (Fragen 7, 8, 20)

Die Planungspflichten der Länder nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz verknüpfen die Flächenausweisung in den Ländern mit den Ausbauzielen des Bundes für die Windenergie, wie sie in § 4 Nr. 1 EEG 2023⁴ niedergelegt sind. Dem so rechtlich hergestellten Zusammenhang liegen Annahmen darüber zugrunde, welche Leistung auf den auszuweisenden Flächen zu gebaut werden kann und welchen Beitrag die Windenergie für eine klimaneutrale Stromerzeugung in Deutschland leisten muss⁵.

Damit in den Ländern in entsprechendem Umfang geeignete Flächen ausgewiesen werden, wurde der Gesamtflächenbedarf von 2 Prozent der Flächen Deutschlands auf der Grundlage einer Flächenpotenzialstudie heruntergebrochen⁶. Dabei wurden jedoch zugleich Unter- und Obergrenzen eingezogen, die Verteilung mithin nicht allein potenzialbezogen vorgenommen, sondern hierbei auch der Aspekt der Belastungsgleichheit berücksichtigt und die Flächenbereitstellung für die Windenergie als Gemeinschaftsaufgabe aller Länder geregelt.

Um der Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass schlussendlich weitere Flächen für die Windenergie benötigt werden, hat der Bundesgesetzgeber die Flächenbeitragswerte als Mindestwerte ausgestaltet. Damit

wurde es nicht nur den Ländern freigestellt, über die Flächenbeitragswerte hinaus Flächen für die Windenergie auszuweisen (vgl. § 249 Abs. 4 BauGB⁷). Vielmehr hat der Bundesgesetzgeber nachträglich noch durch eine sog. Gemeindeöffnungsklausel in § 245e Abs. 5 BauGB eine Möglichkeit geschaffen, dass auch Kommunen, die in Mecklenburg-Vorpommern nicht zur Umsetzung der Flächenbeitragswerte zuständig sind, zusätzliche Flächen für die Windenergie ausweisen dürfen und sich hierfür gar von Bindungen der höherrangigen Raumordnung befreien können.

Vor diesem Hintergrund stellen die Mecklenburg-Vorpommern zugewiesenen Flächenbeitragswerte von 1,4 Prozent für spätestens Ende 2027 und 2,1 Prozent Ende 2032 das Minimum dessen dar, was der Bundesgesetzgeber als Beitrag des Landes für den Windenergieausbau in Deutschland festgelegt hat. Ein Zurückbleiben hinter dieser Vorgabe würde nicht nur die Rechtsfolgen des § 249 Abs. 7 BauGB, mithin eine in ihrer Durchsetzung noch gestärkten privilegierten Zulässigkeit der Windenergie im gesamten Landesgebiet auslösen, vielmehr wäre dies auch klar rechtswidrig. Rechtlich stellt ein Zurückbleiben hinter dieser Vorgabe mithin keine statthafte Möglichkeit dar (**Frage 20**).

Gleichmäßig weitergewälzte statt potenzialbasierte Teilflächenziele

Dass nach § 9a Abs. 2 LPlG-E nun abweichend vom Vorgehen auf Bundesebene nicht ein im Grundsatz potenzialbasiertes Herunterbrechen der Flächenbeitragswerte stattfindet, sondern diese in Übereinstimmung mit der bisherigen Erlasslage⁸

⁴ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 33) geändert worden ist

⁵ Siehe hierzu UBA, *Bons u. a.*, Flächenverfügbarkeit und Flächenbedarfe für den Ausbau der Windenergie an Land, Abschlussbericht, Climate Change 32/2023, S. 41 ff., 103 ff.

⁶ BMWK, Guidehouse, Fraunhofer IEE, Stiftung UmwelteNERGIERECHT, Bosch & Partner, Analyse der Flächenverfügbarkeit für Windenergie an Land post-2030, 2022, abrufbar unter:

https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/analyse-der-flaechenverfuegbarkeit-fur-windenergie-an-land-post-2030.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁷ Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. November 2017 (BGBl. I S. 3634), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 20. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 394) geändert worden ist.

⁸ Erlass zur Festlegung landesweit einheitlicher, verbindlicher Kriterien für Windenergiegebiete an Land vom 7.2.20223, AmtsBl. M-V 2023, S. 97.

gleichmäßig an die nach § 9a Abs. 1 LPIG-E für zuständig erklärten regionalen Planungsverbändeweitergereicht werden, ist rechtlich grundsätzlich zulässig und wird von weiteren Bundesländern entsprechend angestrebt bzw. wurde bereits entsprechend umgesetzt⁹. Die auch hier bestehende Voraussetzung, dass in den Planungsregionen ausreichend Flächenpotenziale zur Umsetzung der Teilflächenziele vorhanden sind, wird von der Entwurfsbegründung behauptet, nicht aber weitergehend dargelegt. Soweit dies zutrifft, steht einer Zuweisung der Teilflächenziele nach dem Prinzip der Belastungsgleichheit rechtlich nichts entgegen. Verzichtet wird damit allerdings darauf, die räumliche Verteilung des Windenergieausbaus im Hinblick auf andere schutzwürdige Raumnutzungen bestmöglich zu koordinieren. Die gleichmäßige Zuweisung der Teilflächenziele bei unterschiedlich vorhandenen Potenzialen führt letztlich dazu, dass weniger geeignete Planungsregionen einen größeren Anteil der überhaupt vorhandenen Potenziale zur Zielerfüllung nutzen müssen und damit letztlich in geringerem Maße überhaupt gestaltend bei der Gebietsauswahl tätig werden können. Ausnahmsweise ist dies nur dann weitergehend möglich, wenn eine Planungsregion im Zusammenwirken mit einer anderen Planungsregion nach § 9a Abs. 3 LPIG-E durch die Übernahme eines Flächenüberhangs entlastet wird.

Höchst- anstelle von Mindestwerten

Anders als nach der bundesrechtlichen Konzeption angestrebt, gestaltet § 9a Abs. 2 LPIG-E die Teilflächenziele der regionalen Planungsverbände zudem nicht als Mindestziele, sondern im Grundsatz zugleich als Höchstziele aus. Zwar ergibt sich dies nicht eindeutig aus dem Wortlaut nach § 9a Abs. 2 S. 1 LPIG-E, wohl aber aus der systematischen Zusammenschau mit § 9a Abs. 2 S. 3 LPIG-E, wonach ein Überschreiten der Werte nur aus Anlass der Übernahme eines Flächenüberhangs zugunsten einer anderen Planungsregion nach § 9a Abs. 3 LPIG-E zulässig ist.

Der Wille des Landesgesetzgebers, dass die Teilflächenziele auch auf anderem Wege nicht übertroffen werden, kommt zudem im Umgang mit kommunalen Flächenausweisungen zum Ausdruck. Zwar können die Kommunen auch außerhalb der raumordnerisch festzulegenden Vorranggebiete zusätzliche Flächen für die Windenergie ausweisen. Diese sollen jedoch nach § 9a Abs. 2 S. 2 möglichst von den regionalen Planungsverbänden in die eigene Flächenkulisse aufgenommen werden, so dass sie sich regelmäßig gerade nicht als zusätzliche Flächen darstellen, die zu einer Übererfüllung der Teilflächenziele führen.

Die Ausgestaltung der Teilflächenziele zugleich als Höchstwert ist zwar nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz nicht ausgeschlossen. Da der Gesetzentwurf jedoch keinerlei Begründung dafür enthält, durch welche Interessen diese Ausgestaltung begründet wird, kann vorliegend nicht abschließend beurteilt werden, ob der hiermit verbundene Eingriff in die Selbstverwaltungsrechte der regionalen Planungsverbände, die nach § 12 Abs. 4 LPIG nur einer eingeschränkten Fachaufsicht unterliegen, gerechtfertigt ist. Klar ist, dass damit die Gestaltungsmöglichkeiten der Planungsverbände ganz erheblich beschnitten werden. Vorbehaltlich Vereinbarungen über einen Flächenüberhang nach § 9a Abs. 3 LPIG-E wird ihnen verwehrt, über die Teilflächenziele hinauszugehen um damit etwa aus Erwägungen des Klimaschutzes oder der Regionalentwicklung heraus eigene raumordnerische Akzente zu setzen (**Frage 7**).

Jenseits dieser Erwägungen zur Rechtmäßigkeit einer solchen Ausgestaltung sind zudem rechtspraktische Aspekte zu berücksichtigen. Zwar wirkt sich die Ausgestaltung als Mindest- und zugleich als Höchstwerte für die Planungsverbände erst für das Ziel Ende 2032 aus, da es den Verbänden angesichts der für die Teilflächenziele vorgesehenen Höchstfristen freisteht, Ende 2027 bereits Teile ihrer Ziele für Ende 2032 zu erfüllen. Ende 2032 sind die Verbände jedoch zu einer „Punktlandung“ gezwungen, da sie ihr Teilflächenziel weder

⁹ Vgl. Rheinschmitt/Köck, DVBl 2023, 1389 (1393) sowie die Übersicht der FA-Wind zur Umsetzung der Flächenbeitragswerte aus dem Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG) in den Bundesländern, Stand 7.2.2024, abrufbar unter: <https://www.fachagentur->

unter- noch überschreiten dürfen. Insbesondere mit Blick auf die Konsequenzen bei einer Unterschreitung nach § 249 Abs. 7 BauGB wird es den Verbänden damit verwehrt, einen gewissen Puffer an zusätzlichen Flächen auszuweisen. Wird beispielsweise auch nur eine einzelne Fläche im Nachgang erfolgreich beklagt, würde – vorbehaltlich einer Heilung des Plans im Rahmen der Jahresfrist nach § 4 Abs. 2 S. 2 WindBG – im gesamten Plangebiet die privilegierte Zulässigkeit von Windenergievorhaben nach § 249 Abs. 7 BauGB gelten und damit gerade nicht die erstrebte Konzentration auf die Windenergiegebiete nach § 249 Abs. 2 BauGB erreicht werden.

Bewertung

Der Gesetzgeber sollte prüfen, ob die Ausgestaltung der Teilflächenziele nicht nur als Mindest-, sondern zugleich auch als Höchstwerte wirklich erforderlich und auch gerechtfertigt ist. Derlei Begrenzungen beschränken die planerischen Gestaltungsmöglichkeiten der regionalen Planungsverbände und hindern diese daran, die Planung entsprechend der Umstände vor Ort zu vollziehen. Vom Einziehen zusätzlicher Schranken, beispielsweise zugunsten einzelner Landkreise, wird deshalb abgeraten, da damit die Gestaltungsmöglichkeiten der Planungsverbände weitergehend beschränkt würden (**Frage 8**). Eine Zurücknahme des Steuerungsanspruchs auf Landesebene durch Verzicht auf einen Höchstwert würde es dagegen ermöglichen, dass die regionalen Planungsverbände jenseits der Mindestbeiträge klima- und regionalpolitische Akzente setzen können, um die Chancen eines verstärkten Windenergieausbaus dort zu nutzen, wo dies nach Lage der Dinge auch unter Berücksichtigung anderer schutzbedürftiger Raumfunktionen und -nutzungen möglich ist.

II. Zeitliche Umsetzbarkeit der Planungsvorgaben ist gegeben (Fragen 5, 6, 16)

In zeitlicher Hinsicht sieht der Gesetzentwurf allein eine Umsetzung der

Mindestvorgaben des Bundesrechts vor. Danach ist den Planungsverbänden ein zweistufiges Vorgehen durch Erfüllung zunächst des Zwischenziels bis Ende 2027 und schließlich des Gesamtziels für Ende 2032 gestattet. Genauso können die Planungsträger aber auch freiwillig durch ein einziges Planungsverfahren unmittelbar das Gesamtziel anstreben, müssten dieses dann aber bereits Ende 2027 erfüllen. Ein Vorziehen der Zeitpunkte oder eine Verpflichtung zum einstufigen Vorgehen, wie es den Ländern durch nachträgliche Einführung der sog. Länderöffnungsklausel in § 3 Abs. 1 S. 2 Hs. 2, Abs. 4 WindBG noch einmal ausdrücklich eröffnet wurde, wird vom Gesetzentwurf aber nicht angestrebt.

Vorteile eines solchen einstufigen Vorgehens dürften u. a. die hiervon ausgehende Planungssicherheit für den notwendigen Netzausbau sein, der so in Kenntnis der räumlichen Verteilung des schlussendlichen Zubaus möglichst effizient gestaltet werden könnte. Zudem ließe sich auch die Planung so effizient gestalten, da insbesondere die Datenerhebung einmalig erfolgen könnte und nicht ein weiteres Mal aktualisiert werden müsste. Schließlich wäre dies auch ein klares Signal mit Blick auf die Verfügbarkeit von Windenergie als Aspekt der Wirtschaftsförderung (**Frage 6**). Von einer Festlegung zunächst nur des Zwischenziels für Ende 2027 auf Landesebene wird vor diesem Hintergrund abgeraten, da hiervon sämtliche vorstehend genannten Aspekte äußerst nachteilig betroffen wären (**Frage 16**).

Der Bundesgesetzgeber hat mit der Reform des Planungsrechts durch das Windan-Land-Gesetz¹⁰ die Voraussetzungen geschaffen (u. a. Planungsvereinfachung durch Fokussierung der Verfahren auf die Windenergiegebiete), dass die vom Gesetzentwurf vorgesehenen Fristen eingehalten werden können und auch ein Vorziehen des endgültigen Ziels auf Ende 2027 oder früher grundsätzlich möglich ist. Mit der nun durch den Gesetzentwurf vorgesehenen Übernahme der Regelungen zur stärkeren Digitalisierung der Planungsverfahren werden die Voraussetzungen hierfür weiter verbessert. Letztendlich stellen die

¹⁰ Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20. Juli 2022, BGBl. 2022 I Nr. 28 vom 28. Juli 2022, S. 1353 ff.

verbesserten rechtlichen Rahmenbedingungen hierfür jedoch nur einen Aspekt dar. Es wird für die Frage der Einhaltung der Fristen nicht zuletzt darauf ankommen, dass die regionalen Planungsverbände für die fraglos herausfordernde Tätigkeit mit ausreichend personellen Ressourcen ausgestattet und diese Planungsverfahren klar priorisiert werden (**Frage 5**).

Vor diesem Hintergrund sollte geprüft werden, ob nicht ein Vorziehen der endgültigen Flächenwerte auf Ende 2027 oder früher und damit ein verpflichtendes einstufiges Vorgehen möglich ist, um die Vorteile dieser Vorgehensweise zu heben.

III. Vereinbarungen zum Flächenüberhang attraktiver machen (Frage 33)

§ 9a Abs. 3 LPIG-E sieht die bereits angesprochene Regelung vor, nach der die regionalen Planungsverbände vertragliche Vereinbarungen schließen können, damit sich eine Planungsregion gegenüber einer anderen verpflichten kann, einen sog. Flächenüberhang auszuweisen und die andere vertragsschließende Partei ihre Ausweisung entsprechend verringern kann.

Eine solche Regelung ist insbesondere vor dem Hintergrund der gleichmäßigen Weiterwälzung des Flächenbeitragswerts des Landes auf die Regionen sinnvoll, verleiht sie doch jedenfalls potenziell den Regionen eine zusätzliche Flexibilität. Nicht nur ist diese aber letztlich davon abhängig, dass sich zwei Regionen mit zueinander passenden, gegenläufigen Interessen überhaupt finden. Vielmehr wirft auch die Ausgestaltung der Regelung hinsichtlich der Risikoverteilung zwischen den vertragsschließenden Regionen die Frage auf, ob solche Vereinbarungen für die Regionen hinreichend attraktiv sind.

Nach § 9a Abs. 3 S. 2 LPIG-E ist der Vertragsschluss zwischen zwei Regionen zwar notwendige, nicht aber hinreichende inhaltliche Voraussetzung dafür, dass sich die Teilflächenziele der Vertragsparteien erhöhen

bzw. verringern. Die Regelung weicht damit von der Konzeption des entsprechend auf Bundesebene in § 7 Abs. 4 WindBG vorgesehenen Mechanismus für Vereinbarungen zwischen den Ländern ab. Nach § 9a Abs. 3 S. 2 LPIG-E erfolgt eine Verringerung der Pflicht der einen Region vielmehr erst dann, wenn die übernehmende Region auch tatsächlich den Flächenüberhang ausweist. Klarheit über die Erfüllung und damit auch ein Übergang des Risikos auf die andere Region besteht bzw. findet mithin erst zu einem Zeitpunkt statt, in dem die Regionen kaum noch reagieren können. Wird die Vereinbarung nicht ordnungsgemäß erfüllt, tritt die Rechtsfolge nach § 249 Abs. 7 BauGB, d. h. die regionsweit privilegierte Zulässigkeit von Windenergievorhaben, in der Region ein, die ihre Pflicht entsprechend verringern wollte. Ihr bleibt dann allein die Möglichkeit, auf einer Sekundärebene bspw. Schadensersatz von der anderen Region zu verlangen, wenn dies entsprechend vertraglich vereinbart wurde. An den Rechtsfolgen des § 249 Abs. 7 BauGB auf der Primärebene ändert dies dagegen nichts.

Um entsprechende Vereinbarungen zwischen den Regionen attraktiver zu machen, sollte erwogen werden, diese hinsichtlich des Risikoübergangs vergleichbar dem Mechanismus nach § 7 Abs. 4 WindBG auszugestalten, wonach unmittelbar infolge der Vorlage einer wirksamen Vereinbarung zwischen zwei Ländern die Verpflichtungen im Verordnungswege angehoben bzw. abgesenkt werden (**Frage 33**)¹¹.

IV. Die Mehrfachnutzung von Flächen für Wind und u. a. Solar rechtssicher ausgestalten

§ 9a Abs. 4 S. 2 LPIG-E soll aus Gründen des sparsamen Umgangs mit Flächenressourcen eine Mehrfachnutzung von Windenergieflächen ermöglichen, d. h. nicht zuletzt eine Kombination von Windenergie- und PV-Freiflächennutzungen, aber auch Anlagen zur Sektorenkopplung und Speicherung auf denselben Flächen klarstellend

¹¹ Siehe nur *Benz/Wegner*, Das Wind-an-Land-Gesetz – neue Grundlagen für die Flächenbereitstellung für die Windenergie, ZNER 2022, S. 367 (368).

eröffnen¹². Notwendig sei dies, da andernfalls untergeordnete Nutzungen auf den nach § 9a abs. 4 S. 1 LPIG als Vorranggebiete auszuweisenden Windenergiegebieten drohen, verdrängt zu werden.

Die Absicht, eine Mehrfachnutzung von Flächen zu eröffnen, wird begrüßt, hilft sie unter dem Gesichtspunkt der Bündelung von Infrastrukturnutzungen¹³ doch nicht nur dabei, vorbelastete Flächen möglichst umfangreich zu nutzen und anderweitige Räume dagegen von einer technischen Überformung freizuhalten. Vielmehr können im Falle einer Kombination von Windenergie- und PV-Freiflächennutzungen auch Netzanschlüsse und anderweitige Infrastrukturen gemeinsam genutzt werden und so entsprechende Vorhaben angesichts der Rückstände beim Netzausbau überhaupt erst oder jedenfalls kostengünstiger ermöglichen.

Bedenken hinsichtlich der Rechtssicherheit der entworfenen Regelung begegnet es jedoch, wenn nach § 9a Abs. 4 S. 2 LPIG-E der Vorrang der Windenergienutzung gegenüber anderen grundsätzlich verträglichen Nutzungen auch dann gewährleistet sein soll,

„wenn sichergestellt ist, dass eine andere Nutzung den Vorrang nicht erheblich beeinträchtigt“ [Hervorhebung durch den Verfasser].

Problematisch hieran könnte sein, dass so von dem bundesrechtlich geprägten Begriff des Vorranggebiets (§ 7 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ROG¹⁴), auf das auch die Definition der Windenergiegebiete nach § 2 Nr. 1 lit. a) Alt. 1 WindBG verweist, abgewichen wird. Führt dies dazu, dass es sich bei den in Mecklenburg-Vorpommern auszuweisenden Vorranggebieten im Rechtssinne nicht um Windenergiegebiete nach § 2 Nr. 1 lit. a) WindBG handelt, wären die so ausgewiesenen Flächen nicht anrechenbar und würden die Teilflächenziele nicht erfüllen können. Ob Vorranggebiete mit einem derart relativierten Vorrang dann jedenfalls noch

als „vergleichbare Gebiete“ i. S. v. § 2 Nr. 1 lit. a) Alt. 2 WindBG eingeordnet werden können, erscheint ebenfalls unsicher, da sich die Vergleichbarkeit gerade auf die innergebietliche Sicherungswirkung der Gebietstypen bezieht, von der hier aber abgewichen würde.

Anders als nach § 9a Abs. 4 S. 2 LPIG, wonach auch der nicht erheblich beeinträchtigte Vorrang noch ein Vorrang sein soll, wird der nach § 7 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ROG bestehende Vorrang der in einem Vorranggebiet festgelegten Nutzung als absolut verstanden: Jede andere Nutzung wird danach ausgeschlossen, die die Vorrangnutzung „verhindern oder zumindest behindern“ würde¹⁵. Zu beachten ist aber, dass der nach § 7 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ROG notwendige absolute Vorrang auch nur dann besteht, wenn und soweit eine Unvereinbarkeit mit der vorrangigen Nutzung auch tatsächlich besteht. Um eine Mehrfachnutzung auf Flächen in Windenergiegebieten zu ermöglichen, sollte mithin rechtstechnisch nicht der Vorrang der Windenergienutzung in § 9a Abs. 4 S. 2 LPIG-E relativiert, sondern vielmehr klargestellt werden, dass bestimmte Nutzungen unter den näher geregelten Voraussetzungen gebietsverträglich sind und der Vorrang der Windenergienutzung vollständig gewahrt wird. Sollte die angekündigte Novelle des Baugesetzbuchs¹⁶ zu solchen Mehrfachnutzungen eine Regelung enthalten, böte es sich zudem an, sich an der dort verwendeten Formulierung zu orientieren, um einen Gleichlauf von Bundes- und Landesrecht in dieser Frage zu erreichen.

V. Die Mindestabstandsregelung als raumordnerische Vorgabe (Fragen 34, 35)

§ 9a Abs. 5 LPIG-E sieht eine pauschale Mindestabstandsregelung in der Form einer Vorgabe für die Ausweisung von Windenergiegebieten durch die regionalen

¹² Drs. 8/3387, S. 21.

¹³ Zum naturschutzrechtlichen Bündelungsgebot siehe § 1 Abs. 5 BNatSchG.

¹⁴ Raumordnungsgesetz vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2986), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes

vom 22. März 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 88) geändert worden ist.

¹⁵ Siehe etwa *Grotefels*, in: Kment, ROG, 2019, § 7 Rn. 51 f.

¹⁶ Pakt für Planungs-, Genehmigungs- und Umsetzungsbeschleunigung zwischen Bund und Ländern, Rn. 439 ff.

Planungsverbände vor. Geregelt wird ein Mindestabstand von 1.000 Metern zu bestimmten Siedlungsgebieten im Geltungsbereich eines Bebauungsplans nach § 30 BauGB bzw. im Sinne eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils (unbeplanter Innenbereich) nach § 34 BauGB einerseits und ein Mindestabstand von 800 Metern zu Einzelhäusern und Splittersiedlungen im Außenbereich nach § 35 BauGB andererseits. Gemeinden soll die Möglichkeit verbleiben, auch diese Bereiche im Rahmen ordnungsrechtlicher Vorgaben bauleitplanerisch für die Windenergie zu öffnen.

Anders als die Entwurfsbegründung nahelegt,¹⁷ wird durch diese Abstandsvorgabe nicht die Privilegierung von Windenergienutzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB beschränkt. Hierin unterscheidet sich die geregelte Mindestabstandsvorgabe an die Raumordnung gerade von einem pauschalen Mindestabstand i. S. v. § 249 Abs. 9 BauGB, bei dem allein es innerhalb des Mindestabstands zu einer (bodenrechtlichen) Entprivilegierung kommt.

Praktisch relevant ist dieser Unterschied in erster Linie aus dreierlei Gründen: Zum einen greift die Sanktion nach § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB bei Versäumnis des Nachweises des Herunterbrechens des Flächenbeitragswerts nach § 3 Abs. 3 WindBG allein bei pauschalen Entprivilegierungsregelungen nach § 249 Abs. 9 BauGB und lässt die in § 9a Abs. 5 LPIG-E gewählte raumordnerische Variante unberührt. Diese bestünde mithin auch in diesem Fall, anders als Regelungen i. S. v. § 249 Abs. 9 BauGB, fort. Zum anderen dürfte, zweitens, die gewählte raumordnerische Vorgabe aber auch nur über die Gebietsausweisung durch die Raumordnung wirken. § 9a Abs. 5 LPIG-E dürfte dagegen nicht einzelnen Antragstellern im Zulassungsverfahren entgegengehalten werden können, wenn diese ein auch weiterhin privilegiertes Windenergievorhaben innerhalb des Abstands beantragen¹⁸. Regelmäßig abgelehnt werden kann ein solches Vorhaben erst auf

Grundlage von § 249 Abs. 2 i. V. m. § 35 Abs. 2 BauGB nach Erreichen des jeweiligen Teilflächenziels und zuvor auf Grundlage einer noch fortwirkenden Ausschlusswirkung einer Planung mit den i. S. d. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Noch nicht abschließend geklärt ist zudem, drittens, das Verhältnis einer solchen raumordnerischen Regelung zu § 249 Abs. 5 BauGB, wonach die zur Umsetzung der Teilflächenziele zuständigen Planungsträger (hier: regionale Planungsverbände) nicht an entgegenstehende Ziele der Raumordnung gebunden sind, „soweit dies erforderlich ist“, um ein Teilflächenziel zu erreichen. Die Bindungswirkung der durchaus zielförmigen Abstandsregelung gegenüber den regionalen Planungsverbänden ist damit jedenfalls in ihrer Reichweite ungewiss.¹⁹

Als Vorgabe an die regionalen Planungsverbände soll § 9a Abs. 5 LPIG-E deren Suchräume für Windenergiegebiete verkleinern und die erfassten siedlungsnahen Flächen möglichst von vorne herein ausschließen. Dies bedeutet zugleich, dass die verbleibenden Räume in verstärktem Maße für den Windenergieausbau herangezogen werden müssen. Problematisch ist hieran insbesondere die Pauschalität einer solchen Regelung, die trotz der Möglichkeit der Gemeinden, den Abstand im Einzelfall zu unterschreiten, besteht. Zudem sind ihre Auswirkungen in denjenigen Regionen sogar verschärft, die durch das pauschale Weiterwälzen des Flächenbeitragswerts ohnehin bereits im Verhältnis zu den vorhandenen Potenzialen weitergehend belastet sind. Kritisch ist die Pauschalität der Regelung neben hiermit zusammenhängenden Anwendungsproblemen nicht zuletzt deshalb, da sich nach der Realisierung von Windenergieanlagen bei Einhaltung bestimmter Mindestabstände eine Korrelation größerer Abstände mit einem Zuwachs an Akzeptanz der Anlagen nicht empirisch nachweisen lässt²⁰, die Regelung jedoch gerade auf dieser Annahme beruht²¹.

¹⁷ Drs. 8/3387, S. 21.

¹⁸ Vgl. hierzu Wegner, Anmerkung zu VG Kassel, U. v. 25.10.2017 – 7 K 117/15.KS, ZNER 2018, S. 179 ff. sowie Wegner, Anmerkung zu VG Koblenz, U. v. 03.07.2020 – 4 K 907/17.KO, ZNER 2021, S. 224 ff.

¹⁹ Zur Auslegung von § 249 Abs. 5 BauGB, der eine Abwägung eröffnet, siehe nur Arbeitshilfe Wind-an-Land, Stand: 3. Juli 2023, S. 10 f.

²⁰ Siehe Hübner/Pohl, in: FA-Wind, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz?, 2015, S. 22; BReg, BT-Drs. 19/3053, S. 1, 3.

²¹ Erlass zur Festlegung landesweit einheitlicher, verbindlicher Kriterien für Windenergiegebiete an Land vom 7.2.2023, AmtsBl. M-V 2023, S. 97 (98).

Als Alternative bliebe vor diesem Hintergrund entweder die Möglichkeit, auf eine entsprechende, verbindliche Vorgabe vollständig zu verzichten oder den Mindestabstand zumindest zu verringern, so dass die Suchräume der Regionalplanung hiervon rein quantitativ weniger weitgehend betroffen wären. Auch könnte die Vorgabe allein als Grundsatz der Raumordnung ausgestaltet werden, so dass Planungsträger sich hiervon in begründeten Einzelfällen auch lösen könnten, was die Gestaltungsfreiheit der Planungsträger zumindest qualitativ verbesserte. Zu berücksichtigen ist dabei, dass aus verschiedenen ordnungsrechtlichen Vorgaben, namentlich den Vorgaben zum Schutz gegen Lärm (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) oder auch dem Verbot einer optisch bedrängenden Wirkung (§ 249 Abs. 10 BauGB) ohnehin bereits Mindestabstände resultieren, die auch von den Planungsträgern nicht unterschritten werden dürfen.

Über die vorgenannten Alternativen würde derjenige Bereich vergrößert, in dem die Planungsträger auf die individuellen Gegebenheiten vor Ort reagieren und eine hierauf angepasste planerische Lösung entwickeln könnten. Dabei könnten die Planungsträger insbesondere im Einzelfall in stärkerem Maße auch einen individuellen Ausgleich mit Raumfunktionen und Nutzungen insbesondere des Natur-, Landschafts- und Artenschutzes vornehmen, die zwar in der Regel siedlungsferner verortet sind, aber gleichwohl von einer Freihaltung von Windenergienutzungen profitieren würden (**Fragen 34, 35**).

VI. Der zulässige Umgang mit Höhenbeschränkungen

§ 9a Abs. 7 LPlIG-E untersagt bei solchen Windenergiegebieten planerisch festgelegte Höhenbegrenzungen, die auf den Flächenbeitragswert nach § 3 Abs. 1 WindBG angerechnet werden sollen. Laut der Gesetzesbegründung handelt es sich hierbei um eine allein klarstellende Regelung²², die letztlich in Form einer Verbotsregelung den

Anrechnungsausschluss nach § 4 Abs. 1 S. 5 WindBG wiederholt.

Der Inhalt dieser Regelung erschließt sich vollständig erst in Zusammenschau mit der Entwurfsbegründung, wo der Unterschied zwischen planerisch festgelegten Höhenbegrenzungen einerseits und entsprechende Vorgaben auf der Genehmigungsebene andererseits deutlich wird. Danach umfasst § 9a Abs. 7 LPlIG-E gerade keine Vorgabe für das Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz. In dieser Weise wird auch das bundesrechtliche Anrechnungsverbot nach § 4 Abs. 1 S. 5 WindBG überwiegend verstanden.²³

Sinn sowohl der bundesrechtlichen als auch der hier entworfenen Regelung ist es damit, Höhenbeschränkungen als Mittel einer rein planerischen Konfliktbewältigung bei Erfüllung der Flächenbeitragswerte auszuschließen. Dies soll verhindern, dass die Nutzbarkeit dieser Flächen aufgrund rein planerischer Höhenbeschränkungen weitergehend eingeschränkt wird als es unbedingt – das heißt ordnungsrechtlich angeordnet – notwendig ist. Nicht ausgeschlossen werden soll damit aber die Ausweisung von Flächen, bei deren Nutzung für die Windenergie ordnungsrechtliche Vorgaben beispielsweise des Luftverkehrsgesetzes dazu führen, dass im Genehmigungsverfahren Restriktionen für die Anlagenhöhe zu beachten sind.

Sollen entsprechende Flächen ausgewiesen werden, darf jedoch deren Eignung für die Windenergienutzung nicht beeinträchtigt sein. Eignung meint in diesem Zusammenhang nicht lediglich eine technische Eignung i. S. e. mindestens zu erreichenden Windhöflichkeit in der noch zulässigen Anlagenhöhe, sondern auch die Wirtschaftlichkeit des Betriebs und die Verfügbarkeit marktgängiger Anlagenmodelle zur Realisierung des jeweiligen Standorts.²⁴

Um die Eignung der ausgewiesenen Flächen sicherzustellen, wäre zu prüfen, ob den regionalen Planungsträgern für die Flächenauswahl gewisse Mindesthöhen in dem insoweit zu ergänzenden Planungserlass vorgegeben werden, die auch auf

²² Drs. 8/3387, S. 22.

²³ Arbeitshilfe Wind-an-Land, Stand: 3. Juli 2023, S. 17.

²⁴ Siehe im Einzelnen und mit Nachweisen aus der Rechtsprechung FA-Wind, Roscher, Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen, 2021.

Flächen erreichbar sein müssen, die von ordnungsrechtlichen Restriktionen betroffen sind. Im Blick zu behalten sind zudem aktuelle Aktivitäten im Bundesrat, die auf eine klarstellende Anpassung von § 4 Abs. 1 S. 5 WindBG gerichtet sind und aus denen – im Falle ihrer Umsetzung – eine weitergehende Klärung von Anwendungsfragen folgen könnte²⁵.

²⁵ Siehe BR-Drs. 651/23.

D. Die Steuerung des Ausbaus der Freiflächen-Photovoltaik

I. Die Voraussetzungen des Zielabweichungsverfahrens für Solar-Freiflächenanlagen weniger restriktiv ausgestalten; LEP schnellstmöglich fortschreiben (Fragen 25, 26, 27)

Das Landesraumentwicklungsprogramm Mecklenburg-Vorpommern aus dem Jahr 2016²⁶ (LEP) sowie der sonstige landesrechtliche Rechtsrahmen weist verschiedene restriktive (Ziel-)Bestimmungen auf, die einem weitergehenden Ausbau der Freiflächen-Photovoltaik entgegenstehen bzw. diesen hemmen²⁷.

- ▶ Nach Programmsatz 4.5 (2) ist es zielförmig ausgeschlossen, dass die landwirtschaftliche Nutzung von Flächen ab der Wertzahl 50 in andere Nutzungen umgewandelt wird.
- ▶ Nach Programmsatz 5.3 (9) Abs. 2 ist es zudem zielförmig vorgegeben, dass landwirtschaftlich genutzte Flächen nur in einem Streifen von 110 Metern beiderseits von Autobahnen, Bundesstraßen und Schienenwegen für Freiflächenphotovoltaikanlagen in Anspruch genommen werden dürfen.
- ▶ Eine Rechtsverordnung nach § 37 Abs. 2 EEG 2023 zur Eröffnung der Förderung von Anlagen auf landwirtschaftlichen Flächen in sog. benachteiligten Gebieten hat die Landesregierung im Gegensatz zu anderen Bundesländern nicht erlassen. Die Förderfähigkeit von Anlagen auf solchen Flächen, die nicht zugleich einen anderen Fördertatbestand erfüllen,

scheidet in Mecklenburg-Vorpommern danach aus.

Damit wird in Mecklenburg-Vorpommern die Ausweisung von Flächen für PV-Freiflächenanlagen durch die kommunale Bauleitplanung und auch eine Realisierung von raumbedeutsamen und nach § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB privilegierten Freiflächenanlagen deutlich restriktiver gesteuert als das Förderrecht des Bundes im Erneuerbare-Energien-Gesetz 2023 es durch die Gewährleistung der Wirtschaftlichkeit solcher Anlagen ermöglicht. Insbesondere die Nutzbarkeit der durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2023 räumlich erweiterten Förderkulisse auf Randstreifen von bis zu 500 Metern Breite entlang von Autobahnen oder Schienenwegen nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) EEG 2023 wird landesraumordnerisch deutlich beschränkt. Hierdurch werden zudem nicht nur geförderte Anlagen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2023, sondern auch förderfreie Anlagen, die außerhalb des Erneuerbare-Energien-Gesetz 2023 auf solchen Flächen entstehen könnten, nur in geringerem Umfang ermöglicht.

Allein für Agri-PV-Anlagen hat der Landtag klargestellt, dass diese mit den vorstehenden Zielbestimmungen zum Schutz landwirtschaftlicher Flächen vereinbar sind, entsprechende Anlagen mithin ohne vorangehendes Zielabweichungsverfahren realisiert werden können. Diese Klarstellung ist zu begrüßen. Doch auch wenn erste Agri-PV-Anlagen in größerem Maßstab realisiert werden, ist festzuhalten, dass solche Anlagen bislang nicht in einem Maße zugebaut werden, wie es nötig wäre, um einen deutlichen Beitrag zum Erreichen der Ausbauziele zu leisten. Zudem ist aktuell unklar, inwieweit der Anlagentyp der Agri-PV zukünftig zu einem Volumenträger des Freiflächenausbaus insgesamt wird.

²⁶ Siehe Landesverordnung über das Landesraumentwicklungsprogramm vom 27.5.2016, Gesetz- und Verordnungsblatt M-V 2016 Nr. 11, S. 322 ff.

²⁷ Zur aktuellen Ausbauentwicklung siehe BNetzA, Statistiken ausgewählter erneuerbarer Energieträger zur Stromerzeugung, 2023, abrufbar unter:

https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/ZahlenDatenInformationen/EEStatistikMaStRB-NetzA.pdf?__blob=publicationFile&v=5 S. 3; siehe zudem auch Drs. 7/2460, S. 2.

Zielabweichungsverfahren nach § 5 LPIG

Vor dem Hintergrund der restriktiven raumordnerischen Steuerung des Freiflächenausbaus hat die geplante Neufassung des Zielabweichungsverfahrens in § 5 Abs. 1 LPIG-E jedenfalls vorübergehend bis zur Novellierung des Landesraumentwicklungsprogramms eine nicht geringe Bedeutung auch für den Freiflächenausbau. Die Regelung ergänzt die bundesrechtliche Norm für die Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 ROG durch zwei Elemente. Einerseits wird nach § 5 Abs. 1 S. 3 LPIG-E eine Fiktion des notwendigen Einvernehmens der betroffenen Fachministerien geregelt, wenn dieses nicht innerhalb eines Monats oder in begründeten Ausnahmefällen innerhalb eines weiteren Monats nach Eingang des Ersuchens versagt wird. Diese Regelung wird ausdrücklich begrüßt, da sie Beschleunigungspotenziale hebt²⁸. Der Zeitraum ist auch nicht zu kurz bemessen und lässt den beteiligten Fachministerien bei entsprechender Priorisierung der Vorgänge ausreichend lange Reaktionsmöglichkeiten. Somit ist weder zu befürchten, dass die von den Fachministerien wahrgenommenen Belange unbeachtet bleiben oder sich die Fachministerien sozusagen vorsorglich in die Versagung flüchten müssten.

Demgegenüber weicht die Regelung materiell-rechtlich von § 6 Abs. 2 ROG ab und gestaltet die Zielabweichung deutlich restriktiver aus.²⁹ Danach werden nicht allein die Voraussetzungen von § 6 Abs. 2 ROG in § 5 Abs. 1 LPIG-E übernommen, wonach die Zielabweichung nicht die Grundzüge der Planung berühren darf und die Abweichung raumordnerisch vertretbar sein muss. Vielmehr wird weiterhin vorausgesetzt, dass gegenüber dem Zeitpunkt des Beschlusses des betroffenen Plans veränderte Tatsachen und Erkenntnisse vorliegen müssen, die ihrerseits gerade die raumordnerische Vertretbarkeit der beantragten Zielabweichung tragen³⁰. Unklar

bleibt zudem, aufgrund welcher übergeordneten Bundes- oder Landesinteressen, die in § 5 Abs. 1 S. 2 LPIG anscheinend als weiterer Ablehnungsgrund stehen, ebenfalls eine Versagung der Zielabweichung möglich ist. Vor diesem Hintergrund dürfte die auf Bundesebene in § 6 Abs. 2 ROG erst kürzlich erfolgte Erleichterung der Zielabweichung durch Einführung eines intendierten Ermessens („Soll-Vorschrift“)³¹ auf Rechtsfolgenseite tendenziell leerlaufen, da die Vorhaben im Zweifel bereits an den restriktiven Tatbestandsvoraussetzungen der landesrechtlichen Vorschrift scheitern.

In Anbetracht dessen sollte geprüft werden, ob die vorgeschlagene restriktive Ausgestaltung des Zielabweichungsverfahrens tatsächlich erforderlich ist und ob auf dieser Grundlage eine hinreichende Flexibilität erreicht werden kann, die für einen ausreichenden Ausbau von PV-Freiflächenanlagen in Abweichung von den restriktiven Vorgaben des Landesraumentwicklungsprogramms wünschenswert wäre (**Fragen 25, 27**).

Voraussetzungen ZAV Freiflächenphotovoltaik

Speziell für eine Zielabweichung von Programmsatz 5.3 (9), zweiter Absatz, LEP 2016, wonach landwirtschaftlich genutzte Flächen „nur in einem Streifen von 110 Metern beiderseits von Autobahnen, Bundesstraßen und Schienenwegen für Freiflächenphotovoltaikanlagen in Anspruch genommen werden“ dürfen, wurden zudem die „Voraussetzungen ZAV Freiflächenphotovoltaik“ vom Landtag verabschiedet³². Auf dieser Grundlage soll eine möglichst gleichmäßige Entscheidung über vergleichbare Fälle getroffen werden, wobei bei Einhaltung der Anforderungen allein „die Möglichkeit der Zulassung einer Zielabweichung“ bestehe, mithin keineswegs ein Anspruch auf Zielabweichung eingeräumt wird.

²⁸ So auch Drs. 8/3387, S. 18.

²⁹ Eine gewisse Unklarheit besteht zudem beim Verhältnis von § 5 LPIG-E zu dem für die Windenergie bedeutsamen § 245e Abs. 5 BauGB. Wegen § 9a Abs. 5 S. 2 Hs. 2 LPIG-E wird davon ausgegangen, dass von § 245e Abs. 5 BauGB generell nicht abgewichen werden soll.

³⁰ Vgl. zur Bewertung dieses schon bislang in § 5 Abs. 6 LPIG vorhandenen restriktiven Kriteriums *Kment*, in: *Kment*, ROG, 2019, § 6 Rn. 87.

³¹ Geändert durch Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften vom 3.3.2023 (ROGÄndG), BGBl 2023 I Nr. 88 vom 28.3.2023.

³² Drs. 7/6169 vom 26.5.2021; überarbeitete Fassung der Kriterien mit Stand vom 31.05.2022 nach *Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern*, Voraussetzungen ZAV Freiflächenphotovoltaik, 31.05.2022, <https://www.regierung-mv.de/Landesregierung/wm/Raumordnung/Raumordnungsverfahren/Zielabweichungsverfahren/>.

Rechtsstaatlich problematisch an den hier nach vorgesehenen obligatorisch einzuhaltenden Kriterien der Kategorie A einerseits sowie der Auswahlkriterien der Kategorie B andererseits ist zunächst ihre teils erhebliche Unbestimmtheit. So bleibt unklar, was etwa eine „fortschrittliche finanzielle Kommunal- und/oder Bürgerbeteiligung“ ist. Angesichts der bei solchen Beteiligungen bestehenden Unsicherheiten bzgl. ihrer strafrechtlichen Relevanz (Vorteilsnahme, Bestechlichkeit etc. §§ 331-334 StGB³³), sobald die gesetzlich explizit vorgesehene und strafatbestandsausschließend wirkende Regelung nach § 6 Abs. 4 S. 3, 4 EEG 2023 für eine finanzielle Beteiligung betroffener Kommunen verlassen wird, werden den Antragstellern hier nicht unerhebliche Risiken aufgebürdet. Fraglich erscheint zudem bei verschiedenen Kriterien, ob diese noch einen ausreichenden raumordnerischen Bezug in Form der räumlichen Koordination verschiedener Raumfunktionen und -nutzungen aufweisen, oder ob die Raumordnung hier unzulässigerweise die Kompetenz eines „Ersatzgesetzgebers“ für sich in Anspruch nimmt³⁴, zumal es an einer gesetzlichen Grundlage vorliegend fehlt. Der eher unzureichende raumordnerische Bezug legt nahe, dass hier jedenfalls durch einzelne Kriterien gegen den Rechtsgedanken des allgemeinen Koppelungsverbot verstoßen wird, weil hier Dinge miteinander verknüpft werden, für die ein sachlicher Zusammenhang nicht besteht³⁵.

Aufgrund dieser grundlegenden Zweifel wird empfohlen, die Kriterien auf solche zu reduzieren, die einen hinreichend engen raumordnerischen Bezug aufweisen und im Übrigen gesetzliche Grundlagen für die darüber hinaus verfolgten Zwecke zu schaffen. Für eine dauerhafte Lösung ist gleichwohl die Anpassung des LEP mit Blick auf die Freiflächenphotovoltaik erforderlich. Nur so kann das Ausgangsproblem einer (zu) restriktiven Steuerung des Freiflächenausbaus adressiert werden und der weiteren Öffnung von Flächen die notwendige

planerische Grundlage gegeben werden, anstatt mit dem für diesen Zweck nur bedingt geeigneten Behelf des Zielabweichungsverfahrens zu operieren. An der Gangbarkeit des behelfsmäßigen Wegs über Zielabweichungsverfahren bestehen durch eine jüngste Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Anwendbarkeit der Zielabweichung bei zu erwartenden erheblichen Umweltauswirkungen der Raumnutzung ohnehin deutliche Zweifel.³⁶ Insofern wäre zu prüfen, ob dieser Weg gesetzgeberisch wieder (weitergehend) geöffnet werden könnte (**Frage 26**).

II. Ausreichend Freiflächen für das Erreichen der Ausbauziele öffnen (Fragen 28, 29)

Die Bundesregierung hat sich zum Ziel gesetzt, dass die Ausbauziele für die Photovoltaik je etwa hälftig auf Dachflächen und Freiflächen erreicht werden sollen³⁷. Dies soll durch das angekündigte Solarpaket zur Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes auch gesetzlich verankert werden³⁸. Um den Anteil auf Dachflächen zu erfüllen und damit Druck von den Freiflächen zu nehmen, muss der Dachausbau gefördert werden. Zu überlegen ist, inwieweit der Ausbau auch ordnungsrechtlich mittels Regelung einer Solarpflicht unterstützt werden sollte oder ob dies aufgrund der zunehmenden Attraktivität solcher Anlagen unterbleiben kann.

Den Freiflächenausbau nicht von Fortschritten bei den Aufdächanlagen abhängig machen

Die Regelungskompetenz zur finanziellen Förderung und Vereinfachung des Ausbaus auf Dachflächen liegt in vielen Punkten beim Bundesgesetzgeber, der den Rechtsrahmen unter anderem durch das Solarpaket verbessern will. Dagegen ist davon abzuraten, den Ausbau auf Dachflächen raumordnerisch zur Voraussetzung dafür zu machen, dass Gebiete für den

³³ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203) geändert worden ist.

³⁴ Vgl. *Deutsch*, Raumordnung als Auffangkompetenz?, NVwZ 2010, S. 1520 (1522).

³⁵ Zum Koppelungsverbot siehe Breuer, Das rechtsstaatliche Koppelungsverbot, NVwZ 2017, S. 112 (112 f.).

³⁶ Siehe BVerwG, Urt. v. 28.9.2023 – 4 C 6/21.

³⁷ BMWK, Photovoltaik-Strategie, März 2023, S. 4.

³⁸ Siehe den geplanten § 4 S. 2 EEG 2023, BT-Drs. 20/8657, S. 78.

Freiflächenausbau geöffnet werden, wie es auch in Regionalplänen in Mecklenburg-Vorpommern erfolgt³⁹. Solche Vorgaben, die sich an die regionalen Planungsverbände bzw. die Kommunen richten, verhindern allein eine ausreichende Flächensicherung für Freiflächenanlagen. Da Regionalplanungsträger und Kommunen nur begrenzt in der Lage sind, den Zubau auf den Dächern zu fördern, würde hier eine Bedingung formuliert, die maßgeblich an anderer Stelle, nämlich durch den Bundes- und in geringerer Weise auch den Landesgesetzgeber eingelöst werden müsste (**Frage 29**).

Hinzu kommt, dass die Sicherung und Bereitstellung von Gebieten für den Freiflächenausbau auch dann in erheblichem Umfang erforderlich bleiben, wenn die Ziele des Ausbaus auf den Dachflächen trotz etwa vorhandener Engpässe bei den notwendigen Fachkräften und höheren Stromgestehungskosten erreicht werden. Es sollte deshalb mit Blick auf die beabsichtigte Fortschreibung des Landesraumentwicklungsprogramms geprüft werden, ob und wie das Land Mecklenburg-Vorpommern, Flächen in einem Umfang für den Freiflächenausbau bereitstellt, mit dem das Land den erforderlichen Beitrag zum Erreichen des gesamtstaatlichen Ausbauziels leistet. Dabei werden auch die angekündigten Änderungen im Förderrecht zu berücksichtigen sein, um resultierende Handlungsbedarfe zu identifizieren.

Flächenkontingente für PV-Freiflächenanlagen als zukunftsweisende Steuerungsoption

Gerade weil der Bundesgesetzgeber bislang davon abgesehen hat, eine quantitative Steuerung auch der Flächenausweitung für PV-Freiflächenanlagen entsprechend dem Ansatz bei der Windenergie zu regeln, sollte erwogen werden, ob eine solche Steuerung im Zuge der Fortschreibung des Landesraumentwicklungsprogramms implementiert wird. Bei der Festlegung von Mengenvorgaben gegenüber den einzelnen regionalen Planungsverbänden könnte

auch zwischen einzelnen Typen von Anlagen unterschieden werden. Hierbei wäre zu berücksichtigen, dass gerade die unter dem Gesichtspunkt der höheren Flächeneffizienz theoretisch sinnvollen Agri-PV-Anlagen bislang nur in Einzelfällen in größerem Maßstab realisiert werden. Eine Ausweitung von Flächen, die exklusiv von solchen Anlagen genutzt werden können, sollte deshalb unterbleiben.

Im Zuge der Umsetzung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EE-RL)⁴⁰ sieht Art. 15b EE-RL vor, dass bis zum 21. Mai 2025 unter anderem die vorhandenen Potenziale und Landflächen für die Errichtung von PV-Freiflächenanlagen zu ermitteln sind. Auf diesen ohnehin stattfindenden Prozess könnte aufgesetzt werden, um näherungsweise zu bestimmen, welcher Beitrag Mecklenburg-Vorpommern bei einer potenzialbasierten Betrachtung zukommt, um das bundesweite Ziel für den Freiflächenausbau zu erfüllen. Entsprechende Zielvorgaben könnten in der Folge auf die regionalen Planungsverbände heruntergebrochen werden, um so den Umfang des weiteren Ausbaus zu rationalisieren und auf die Ziele der Bundesebene abzustimmen. Ein solch proaktives Vorgehen würde in den Regionen Planungssicherheit erzeugen und einen räumlich gleichmäßigen Ausbau von PV-Freiflächenanlagen in Mecklenburg-Vorpommern unterstützen (**Frage 28**).

³⁹ Vgl. etwa Programmsatz 6.5 (8) Regionales Raumentwicklungsprogramm Vorpommern, 2010.

⁴⁰ Richtlinie (EU) 2023/2413 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/80(EG im Hinblick auf

die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652, ABl. EU L 2023/2413 vom 31.10.2023.

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
www.stiftung-umweltenergierecht.de**