

Würzburger Studien zum Umweltenergierecht

Strategische Umweltprüfung bei Abweichungen von Zielen der Raumordnung

Auswirkungen von und Reaktionsmöglichkeiten
auf BVerwG v. 28.09.2023 – 4 C 6/21

39 | 12.02.2025

erstellt von
Steffen Benz
Jonas Otto
Dr. Nils Wegner

II Strategische Umweltprüfung bei Abweichungen von Zielen der Raumordnung

Zitiervorschlag:

Benz/Otto/Wegner, Strategische Umweltprüfung bei Abweichungen von Zielen der Raumordnung, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 39 vom 12.02.2025.

Die Verfasser danken zahlreichen Gesprächspartnern und -partnerinnen für wertvolle Hinweise und praktische Einblicke.

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

Telefon
+49 931 794077-0

Telefax
+49 931 7940 77-29

E-Mail
**benz@stiftung-umweltenergierecht.de
otto@stiftung-umweltenergierecht.de
wegner@stiftung-umweltenergierecht.de**

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

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

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

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

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	1
A. Einleitung	3
B. Beschränkung der Zielabweichung als funktionale Planungsentscheidung	5
I. Die Zielabweichung als „Plan“ im Sinne der SUP-Richtlinie	5
II. Ausschluss der Zielabweichung bei voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen	5
III. Zwischenfazit	6
C. Auswirkungen auf den Photovoltaikausbau	8
I. Voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen durch Zielabweichungen für PV-Freiflächenanlagen	8
II. Einschränkungen bei der Flächenbereitstellung	9
1. Auswirkungen auf außenbereichsprivilegierte Vorhaben	9
2. Auswirkungen auf Vorhaben auf der Grundlage von Bauleitplänen	10
3. Auswirkungen auf bereits erteilte Baugenehmigungen und Bestandspläne	10
4. Zwischenfazit	12
D. Auswirkungen auf den Windenergieausbau	13
I. Beschränkung des Zielabweichungsverfahrens nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG	13
II. Beschränkung auch der Gemeindeöffnungsklausel nach § 245e Abs. 5 BauGB	14
1. Übertragbarkeit der Entscheidung des BVerwG	14
2. Grenzen der Übertragbarkeit bei der unionsrechtskonformen Auslegung?	15
3. Auswirkungen auf aktuelle kommunale Flächenausweisungen	15
4. Zwischenfazit	16
III. Voraussichtlich keine Beschränkung gesetzlicher Zielabweichungen	16
1. Die relevanten bauplanungsrechtlichen Regelungen	16
2. Gesetze und der Geltungsbereich der SUP-Richtlinie	17
a) Geltungsbereich der SUP-Richtlinie (Art. 3 SUP-RL)	17
b) Pläne und Programme (Art. 2 lit. a) SUP-RL	17
aa) Dynamische Rechtsprechung und zurückhaltende Literatur zum Planbegriff	17
bb) Kein Ausschluss von gesetzlichen Regelungen als Politiken	18
cc) Allgemeine gesetzliche Abweichungen wohl nicht erfasst	19
(1) Erfordernis einer „besonderen Rechtsgrundlage“ nicht erfüllt	19
(2) Zudem kein Abweichen von konkreten Plänen	21

IV Strategische Umweltprüfung bei Abweichungen von Zielen der Raumordnung

3. Auswirkungen auf Regelungen und Genehmigungen _____	21
4. Zwischenfazit _____	21
E. Ansätze zur Wiederausweitung der Zielabweichung _____	23
I. Regelung von Zielabweichungen kraft Gesetzes _____	23
II. Normierung einer SUP-Pflicht für das Zielabweichungsverfahren _____	24
1. Zielabweichungen auch bei voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen ____	24
2. Umgang mit einem erhöhten Verfahrensaufwand _____	25
a) Ausnahme von der SUP-Pflicht nach einer Vorprüfung _____	26
b) Abschichtung des Prüfmaterials mit nachfolgenden (Strategischen) Umweltprüfungen _____	26
III. Zwischenfazit _____	27
F. Gesamtfazit: Die Zielabweichung als notwendiges Flexibilisierungsinstrument erhalten _____	29

Zusammenfassung

Die erneuerbaren Energien (EE) sollen im Interesse des Klimaschutzes in erheblichem Umfang und vor allem schnell ausgebaut werden. Im Bereich der Stromerzeugung stehen dabei die Windenergie und die Photovoltaik (PV) als wesentliche Säulen im Fokus. Ihr Ausbau setzt eine planungsrechtliche Bereitstellung der hierfür erforderlichen Flächen voraus. Bestehende Raumordnungspläne tun dies vielfach nicht in ausreichendem Maße. Diese stehen zudem nicht selten der Ausweisung von Flächen auf darunterliegenden Planungsebenen entgegen oder verhindern unmittelbar die Zulassung von Vorhaben, die den Zielen der Raumordnung entgegenstehen. In diesen Fällen – wenn die Anpassung der Altpläne aufgrund der langwierigen Planungszyklen nicht abgewartet werden soll – wurde bislang im Einzelfall von den Planvorgaben mithilfe des Instruments der Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 S. 1 Raumordnungsgesetz (ROG) abgewichen.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat sich in seinem Urteil vom 28. September 2023 (4 C 6/21) grundlegend zu diesem Zielabweichungsverfahren geäußert. Dabei legte es § 6 Abs. 2 S. 1 ROG a. F. unionsrechtskonform aus und schränkte dessen Anwendungsbereich deutlich ein. Vor dem Hintergrund der Richtlinie über die Strategische Umweltprüfung (SUP-Richtlinie) formulierte das Gericht die Einschränkung, dass Zielabweichungen mit voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen die Grundzüge der Planung im Sinne von § 6 Abs. 2 S. 1 ROG a. F. berührten und deshalb unzulässig seien, nicht zuletzt da für Zielabweichungen aktuell keine Strategische Umweltprüfung (SUP) vorgesehen ist. Im Falle voraussichtlich erheblicher Umweltauswirkungen bedürfte es vielmehr einer formalen Planänderung. Eine Unterscheidung danach, ob der Zielabweichungsentscheidung eine städtebauliche Planung oder unmittelbar ein Zulassungsverfahren nachfolgt, trifft das BVerwG dabei nicht.

In seiner Wirkung konterkariert das Urteil die jüngsten Bemühungen des Gesetzgebers, das Zielabweichungsverfahren nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG durch die Formulierung einer Soll-Vorschrift, nach der

Zielabweichungsanträgen in der Regel stattzugeben ist, noch auszuweiten.

Für den Ausbau von PV-Freiflächen bedeutet dies, dass sowohl für Vorhaben, die auf der Grundlage eines Bebauungsplans, als auch für solche, die als privilegierte und raumbedeutsame PV-Freiflächenanlagen gemäß § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 Baugesetzbuch (BauGB) umgesetzt werden sollen, im Falle entgegenstehender Raumordnungspläne kaum mehr auf das Zielabweichungsverfahren zurückgegriffen werden kann, wenn nicht die Möglichkeit erheblicher Umweltauswirkungen im Einzelfall rechtssicher ausgeschlossen werden kann.

Im Bereich der Windenergie liegt zudem eine Übertragung der Entscheidung des BVerwG auf die sog. Gemeindeöffnungsklausel (§ 245e Abs. 5 BauGB) nahe, die zusätzliche kommunale Flächenausweisungen für die Windenergie kurzfristig ermöglichen soll und die auf dem Zielabweichungsverfahren beruht. Im Falle einer Übertragung ist fraglich, inwieweit auf Grundlage der Gemeindeöffnungsklausel noch zusätzliche Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden können.

Wohl nicht von der Entscheidung tangiert werden hingegen die bauplanungsrechtlichen Spezialregelungen zur Windenergie wie z. B. die Regelungen zum Repowering nach § 245e Abs. 3 BauGB bzw. zur Aufhebung der Ausschlusswirkung von Altplänen bei Fortgeltung ihrer positiven Flächenausweisungen nach § 245e Abs. 1 S. 2, 3 BauGB. Diese ermöglichen zwar der Sache nach ein Abweichen bzw. eine Änderung von Plänen, ohne dass hierfür die Durchführung einer SUP verlangt wird. Gleichwohl werden diese Regelungen als abstrakt-generelle Gesetzgebungsakte auch nach der schon bislang extensiven Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) nicht vom Planbegriff nach Art. 2 lit. a) SUP-Richtlinie (SUP-RL) erfasst und fallen somit nicht in den Geltungsbereich der SUP-Richtlinie.

Als gesetzgeberische Reaktion auf die Einschränkung des Zielabweichungsverfahrens durch das BVerwG kommen jedenfalls zwei Ansatzpunkte in Betracht: Zum einen wäre es denkbar, verstärkt

Zielabweichungen kraft abstrakt-generellen Gesetzes zu regeln, die ohne ein behördliches Antragsverfahren unmittelbar Abweichungen von Zielen der Raumordnung zulassen. Dies würde aber stärker im Widerspruch zum Steuerungsanspruch der Raumordnung stehen und nicht gleichermaßen zu einer Flexibilisierung der Planung führen, wie dies das Zielabweichungsverfahren im Einzelfall leisten kann. Zudem stünde dies, je nach Ausgestaltung, unter dem Vorbehalt der weiteren Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung. Zum anderen könnte die Pflicht zur Durchführung einer SUP im Rahmen des Zielabweichungsverfahrens ausdrücklich geregelt werden. Das Zielabweichungsverfahren und dessen Modifikation in Form der Gemeindeöffnungsklausel könnten dann auch bei voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen zum Einsatz kommen – wenngleich unter Inkaufnahme eines zusätzlichen zeitaufwendigen Verfahrensschritts. Problematisch hieran bliebe zudem, dass die im Rahmen einer SUP ermittelten Umweltbelange nur bedingt im Zielabweichungsverfahren verarbeitet werden könnten.

Ob daneben weitere gesetzgeberische Reaktionsmöglichkeiten bestehen, die eine Zielabweichung ohne eigene SUP zumindest in Fällen zulassen, in denen der Zielabweichungsentscheidung ein Planungsverfahren samt erneuter SUP nachfolgt, lässt sich nicht ausschließen. Das BVerwG hat sich hierzu nicht geäußert und musste dies auch nicht. Im Lichte der europäischen Rechtsprechung wäre eine solche Lösung aber jedenfalls rechtlichen Risiken ausgesetzt.

Sämtliche Regelungsoptionen für die zeitnahe Gewährleistung der Flächenbereitstellung über die Zielabweichung besitzen damit Nachteile bzw. Risiken. Für die Zukunft sollten diese dadurch vermieden werden, dass die Flächenbereitstellung für den Ausbau erneuerbarer Energien im erforderlichen Umfang bereits im Rahmen von Planaufstellungen und -fortschreibungen geschieht und somit für Zielabweichungsverfahren nur in seltenen Ausnahmefällen ein Bedürfnis verbleibt.

Kernergebnisse

- ▶ Das BVerwG hat den Anwendungsbereich des Zielabweichungsverfahrens nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG mangels angeordneter Durchführung einer SUP auf solche Zielabweichungen beschränkt, die keine voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen haben. Sind diese möglich, bedarf es eines Planänderungsverfahrens.
- ▶ In der Folge dürfte das Zielabweichungsverfahren als Instrument weitgehend ausfallen, um im Einzelfall von restriktiven Bestandsplanungen auf Raumordnungsebene rechtssicher abzuweichen und damit den Ausbau von Windenergie- und PV-Freiflächenanlagen zu unterstützen. Darüber hinaus steht auch in Frage, inwieweit auf Grundlage der Gemeindeöffnungsklausel nach § 245e Abs. 5 BauGB noch zusätzliche Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden können.
- ▶ Jedenfalls zwei gesetzgeberische Reaktionen sind möglich:
 - Der Gesetzgeber könnte stärker als bisher Abweichungen von Bestandsplänen unmittelbar kraft Gesetzes zulassen, da solche Regelungen, wenn sie abstrakt-generell für eine unbestimmte Anzahl an Fällen vorgesehen werden, bislang nicht in den Anwendungsbereich der SUP-Richtlinie fallen.
 - Rechtssicherer wäre jedoch die Normierung einer SUP-(Vorprüfungs-)Pflicht für das Zielabweichungsverfahren einschließlich seiner modifizierten Variante in der Gemeindeöffnungsklausel, wodurch diese auch bei voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen Anwendung finden könnten.
- ▶ Trotz vorhandener Reaktionsmöglichkeiten sollten die Planungsträger bereits bei der Ausgestaltung der Raumordnungspläne auf eine ausreichende Flächenbereitstellung achten und das Bedürfnis nach Zielabweichungsverfahren zur Flächenbereitstellung möglichst minimieren.

A. Einleitung

Das Erreichen der Erneuerbaren-Energien(EE)-Ausbauziele erfordert unter anderem eine kurzfristige und ausreichende Flächenbereitstellung für EE-Erzeugungsanlagen. Mit dem Wind-an-Land-Gesetz¹ und zahlreichen weiteren Änderungen², insbesondere planungsrechtlicher Vorgaben, wurden wesentliche Weichen für die Bereitstellung von Flächen sowohl für die Windenergie an Land als auch für Photovoltaik(PV)-Freiflächenanlagen gestellt.

Gerade für eine kurzfristige Flächenbereitstellung kann auch das Zielabweichungsverfahren ein wichtiges Instrument darstellen. In § 6 Abs. 2 S. 1 Raumordnungsgesetz (ROG)³ ist es wie folgt normiert:

„(2) Die zuständige Raumordnungsbehörde soll einem Antrag auf Abweichung von einem Ziel der Raumordnung stattgeben, wenn die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt werden.“

In vielen Fällen sind aktuelle Raumordnungspläne noch nicht auf eine Flächenbereitstellung entsprechend den Ausbauzielen in § 4 Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2023)⁴ ausgerichtet. Wenn dort festgelegte zielförmige Vorgaben Wind- oder PV-Freiflächenvorhaben entgegenstehen, kann das Zielabweichungsverfahren im Einzelfall die Voraussetzung für weitere Planungsschritte oder eine Zulassung schaffen, ohne dass zuvor eine aufwendige

Änderung des Raumordnungsplans stattfinden muss.

Die Bedeutung des Zielabweichungsverfahrens nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG als Instrument zur Flexibilisierung von Bestandsplänen wurde durch den Gesetzgeber – auch vor dem Hintergrund der unterschiedlich restriktiven Handhabung des Zielabweichungsverfahrens in den Ländern – vor kurzem gestärkt⁵, indem der Spielraum für die Ablehnung von Zielabweichungen begrenzt und die Norm nunmehr als Soll-Vorschrift gefasst wurde. Danach ist die Zielabweichung bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen im Regelfall zuzulassen, eine Ablehnung des Antrags nur in atypischen (Ausnahme-)Fällen möglich. Ob der Gesetzgeber allein mit dieser Maßnahme sein Ziel erreichen kann, mithilfe des Zielabweichungsverfahrens besser und schneller auf aktuelle Entwicklungen – etwa auch im Zusammenhang mit der Transformation des Energiesystems – reagieren zu können⁶, wird bezweifelt⁷. Denn die unbestimmten Tatbestandsmerkmale für eine Zielabweichung könnten die Anwendung dieses Instruments weiterhin erheblich einschränken.

Unabhängig davon steht den Bemühungen des Gesetzgebers, dieses Instrument zur Flexibilisierung der Planung zu stärken, seit Herbst 2023 eine Entscheidung des BVerwG⁸ gegenüber. In dem Urteil äußert sich das Gericht zur Frage der Abgrenzung von Zielabweichungsverfahren nach § 6 Abs. 2 ROG und notwendigen Planände-

¹ Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land („Wind-an-Land-Gesetz“) vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353).

² Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 8. Oktober 2022 (BGBl. I Nr. 37, S. 1726); Gesetz zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht vom 4. Januar 2023 (BGBl. I Nr. 6); Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften vom 22. März 2023 (ROGÄndG) (BGBl. I Nr. 88); Gesetz zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 3. Juli 2023 (BGBl. I Nr. 176).

³ 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.

⁴ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 23. Oktober 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 327) geändert worden ist.

⁵ Siehe Art. 1 Nr. 4 Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften vom 22. März 2023 (ROGÄndG) (BGBl. 2023 I Nr. 88, S. 2).

⁶ BR-Drs. 508/22, S. 22.

⁷ Spannowsky, Änderungen des Raumordnungsgesetzes, ZfBR 2023, S. 540 (544); Kümper, Neues zur Abweichung von den Zielen der Raumordnung – Teil 2: aktuelle Rechtsprechung zur Zielabweichung, ZfBR 2023, S. 633 (642).

⁸ BVerwG, Urt. v. 28.09.2023 – 4 C 6/21.

4 Strategische Umweltprüfung bei Abweichungen von Zielen der Raumordnung

rungen sowie der dafür erforderlichen Strategischen Umweltprüfung (SUP). Das Urteil schränkt den Anwendungsbereich der Zielabweichung und verwandter Regelungen gerade auch in Bezug auf den Ausbau der Windenergie und Freiflächen-PV potenziell erheblich ein.

Hinsichtlich der Flächenbereitstellung für die Windenergie an Land dürfte das Zielabweichungsverfahren gerade in seiner durch die sog. Gemeindeöffnungsklausel nach § 245e Abs. 5 Baugesetzbuch (BauGB)⁹ modifizierten Form betroffen sein, die zumindest vorübergehend kommunale Windenergieflächenausweisungen trotz noch entgegenstehender Ziele der Raumordnung ermöglichen soll.

Auch der PV-Freiflächenausbau bedarf vor dem Hintergrund restriktiver raumordnerischer Vorgaben in vielen Fällen einer Zielabweichung. Zum einen kann die Zielabweichung unmittelbar für die Genehmigung von privilegierten Vorhaben im Außenbereich erforderlich sein, soweit ihnen einzelne Ziele

der Raumordnung gemäß § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB entgegenstehen. Zum anderen betrifft dies auch PV-Freiflächenanlagen, die auf der Grundlage eines Bebauungsplans realisiert werden sollen, da § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG und § 1 Abs. 4 BauGB Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung binden. Betroffen sind hier zudem sowohl raumbedeutsame als auch nicht raumbedeutsame Planungen der Gemeinden¹⁰.

Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend die Entscheidung des BVerwG vom 28. September 2023 zum Zielabweichungsverfahren nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG a. F.¹¹ dargestellt (B.). Anschließend werden die Auswirkungen der Entscheidung für den PV-Freiflächenausbau (C.) sowie die Flächenbereitstellung für den Windenergieausbau (D.) analysiert und schließlich denkbare gesetzgeberische Reaktionsmöglichkeiten auf Bundesebene erörtert (E.). Die Untersuchung schließt mit einem Fazit (F.).

⁹ Baugesetzbuch 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.

¹⁰ *Dirnberger*, in: *Spannowsky/Uechtritz*, BeckOK BauGB, 63. Ed. 2024, § 1 Rn. 60.

¹¹ Raumordnungsgesetz vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2986), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353) geändert worden ist.

B. Beschränkung der Zielabweichung als funktionale Planungsentscheidung

Im deutschen Recht ist die Zielabweichung nicht als eigenständige Planungsentscheidung konzipiert und unterliegt deshalb nicht der SUP, die nur für Pläne und Programme einschlägig ist. Nach der im Folgenden behandelten Entscheidung des BVerwG¹² widerspricht dies aber im Ausgangspunkt dem weiten europäischen Planbegriff der SUP-Richtlinie (SUP-RL)¹³ (I.). In der Folge schränkt das BVerwG den Tatbestand der Zielabweichung unionsrechtskonform dahingehend ein, dass Zielabweichungen nur zulässig sind, wenn sie keine voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen haben (II.)¹⁴. Die unionsrechtskonforme Auslegung der Zielabweichung begründet somit deren erhebliche tatbestandliche Einengung (III.).

I. Die Zielabweichung als „Plan“ im Sinne der SUP-Richtlinie

In Anbetracht des Ziels der SUP-Richtlinie, ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen und dazu alle voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen einer SUP zu unterziehen, legt der EuGH die – ein Stück weit tautologische¹⁵ – Definition von Plänen und Programmen in Art. 2 lit. a) SUP-RL funktional und damit weit aus. Von der Richtlinie erfasst sind hiernach nicht nur die Erstellung, Änderung und Aufhebung¹⁶ von Plänen und Programmen. Auch einzelne Ausnahmen von ihren Maßgaben, die funktional einer Planänderung entsprechen, sind als eigene „Pläne“ SUP-pflichtig,

sofern sie für die Genehmigungsbehörden rechtlich verbindlich sind¹⁷.

Das BVerwG wendet diesen funktionalen Planbegriff unmittelbar auch auf die Zielabweichung gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 ROG a. F. an (Rn. 20). Rechtlich verbindlich sei diese für die Genehmigungsbehörden, weil sie in ihrem Umfang die strikte Bindungswirkung eines raumordnerischen Ziels aufhebt (Rn. 20).

II. Ausschluss der Zielabweichung bei voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen

Obwohl die Zielabweichung somit aus europarechtlicher Perspektive einen SUP-pflichtigen „Plan“ darstellt, enthält das deutsche Recht der Zielabweichung keine SUP-(Vorprüfungs-)Pflicht. Um sicherzustellen, „dass eine Zielabweichung nur in den Fällen zugelassen wird, in denen die SUP-Richtlinie keine Umweltprüfung verlangt“ (Rn. 21), nimmt das BVerwG daher eine unionsrechtskonforme Auslegung der Voraussetzungen der Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG a. F. vor (Rn. 26 ff.).

Ansatzpunkt für die einschränkende Auslegung ist dabei das Tatbestandsmerkmal der „Berührung der Grundzüge der Planung“. Hiermit habe der deutsche Gesetzgeber bei der Zielabweichung eine Einzelfallprüfung verankert, ob voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen vorliegen, da diese eine SUP-Pflicht aus dem

¹² BVerwG, UrT. v. 28.09.2023 – 4 C 6/21; die im folgenden Haupttext genannten Randnummern beziehen sich auf die Veröffentlichung des Urteils auf juris.

¹³ Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, ABl. EU L 197 v. 21.07.2001, S. 30.

¹⁴ Die Thematik der Zielabweichung wird für das BVerwG dabei vermittelt über die Frage relevant, wann Umweltvereinigungen gegen Zielabweichungsentscheidungen klagen können. Nach der Entscheidung des BVerwG können Umweltvereinigungen geltend machen, dass anstelle der Zielabweichung eine SUP-pflichtige Änderung des jeweiligen

Raumordnungsplans hätte erfolgen müssen. Dies sei immer dann der Fall, wenn die Voraussetzungen der Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG a. F. – etwa aufgrund voraussichtlich erheblicher Umweltauswirkungen – nicht erfüllt sind, BVerwG, UrT. v. 28.09.2023 – 4 C 6/21, juris Rn. 22 ff.

¹⁵ Meßerschmidt, Europäisches Umweltrecht, 2011, § 8 Rn. 141.

¹⁶ EuGH, UrT. v. 22.03.2012 – C-567/10 – Inter-Environnement Bruxelles ASBL u. a./Region Brüssel-Hauptstadt, Rn. 37 ff.

¹⁷ EuGH, UrT. v. 09.03.2023 – C-9/22 – NJ, OZ/An Bord Pleanála u. a., Rn. 41, 49 f., 52.

Unionsrecht begründen (Rn. 28 f.)¹⁸. Die Grundzüge der Planung seien materiell-rechtlich mit den Umweltauswirkungen eines Vorhabens verknüpft, da voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen nach §§ 7, 8 ROG ein Planungsbedürfnis begründeten (Rn. 30, 32). Es obliege allein dem Plangeber, solche Umweltauswirkungen mittels der planerischen Abwägung zu bewältigen (Rn. 30). Demgegenüber sei die Raumordnungsbehörde bei der Zielabweichung nicht dazu befugt, über den Umgang mit diesen Umweltauswirkungen zu entscheiden. In der Konsequenz seien die Grundzüge der Planung gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 ROG a. F. immer dann berührt, „wenn voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen durch die Zielabweichung nicht ausgeschlossen werden können, die auf dieser Planungsebene erkennbar sind (vgl. § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG) und bei der planerischen Entscheidung über den Raumordnungsplan nicht berücksichtigt wurden“ (Rn. 30).

Zur Prüfung dessen seien die Kriterien in Anlage 2 zu § 8 Abs. 2 ROG¹⁹ entsprechend heranzuziehen (Rn. 31). Insbesondere weist das BVerwG auf die Kriterien der Größe der von der Zielabweichung erfassten Fläche sowie die Sensibilität des betroffenen Gebiets hin (Rn. 31; vgl. Anlage 2 zu § 8 Abs. 2 ROG Nr. 2.4, 2.5, 2.6). Weiterhin sei maßgeblich, ob es sich um eine Abweichung von einem flächendeckenden oder standortspezifischen Ziel der Raumordnung handelt. Bei der Abweichung von einem Ziel, das für ein raumbedeutsames Vorhaben einen spezifischen Standort festlegt, seien die Grundzüge der Planung in der Regel berührt (Rn. 31).

Zusammengenommen nennt das BVerwG somit zwar einige Kriterien für die

Bestimmung der voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen von Zielabweichungen. Klar abgrenzbare materielle Maßstäbe definiert es hierfür jedoch nicht. Die vorgenommene Auslegung der „Grundzüge der Planung“ lädt dieses Tatbestandsmerkmal mit stärker auf die Umweltauswirkungen bezogenen Aspekten auf. Die Standort-spezifität der in Rede stehenden Zielvorgabe soll somit etwa sowohl für die Bestimmung der Erheblichkeit der Umweltauswirkungen relevant sein als auch die Berührung der Grundzüge der Planung direkt betreffen (vgl. Rn. 30 f., 47).

III. Zwischenfazit

Bei seiner Entscheidung stand das BVerwG vor der Aufgabe, die Divergenz zwischen dem weiten Planbegriff in der Rechtsprechung des EuGH einerseits und der hiervon abweichenden gesetzgeberischen Konzeption in Deutschland andererseits zu überbrücken. Das Merkmal der Berührung der Grundzüge der Planung in § 6 Abs. 2 S. 1 ROG a. F. dient dem BVerwG insofern als Anknüpfungspunkt, um einer grundsätzlichen SUP-Pflichtigkeit der Zielabweichung als funktional eigenem „Plan“ gerecht zu werden.

Die vom BVerwG formulierte Einschränkung, nach der Zielabweichungen mit voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen die Grundzüge der Planung berühren und unzulässig sind, richtet sich dabei nach dem Geltungsbereich der SUP-Richtlinie. Nach Art. 3 Abs. 1 SUP-RL werden sämtliche Pläne und Programme mit eben solchen voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen einer SUP unterzogen²⁰. Nur Zielabweichungen, die nicht hierunter

¹⁸ Nach dem EuGH haben die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der SUP-Richtlinie sicherzustellen, dass sämtliche Pläne und Programme, die voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben, einer Umweltprüfung unterzogen werden, EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-444/15 – Associazione Italia Nostra Onlus/Comune di Venezia u. a., Rn. 46, 53; EuGH, Urt. v. 10.09.2015 – C-473/14 – Dimos Kropias Attikis/Ypourgos Perivallontos, Energeias kai Klimatikis Allagis, Rn. 47; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-295/10 – Genovaitė Valčiukienė u. a./Pakruojo rajono savivaldybė u. a., Rn. 53. Die hiernach umweltprüfungspflichtigen Pläne und Programme können die Mitgliedstaaten abstrakt festlegen, in einer Einzelfallprüfung bestimmen oder in einer Kombination dieser beiden Ansätze definieren, vgl. Art. 3 Abs. 5 S. 1 SUP-RL.

¹⁹ Diese setzen die Kriterien nach Anhang II SUP-RL für die Bestimmung voraussichtlich erheblicher Umweltauswirkungen im Wesentlichen „1:1“ in nationales Recht um, *Faßbender*, in: Kment, ROG mit Landesplanungsrecht, 2019, § 8 Rn. 45.

²⁰ Erwägungen hinsichtlich einer teleologischen Reduktion des Geltungsbereichs der SUP-Richtlinie in Planungshierarchien, wie die von *Kümper*, Zum Anwendungsbereich der Strategischen Umweltprüfung nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Inter-Environnement Bruxelles, ZUR 2014, S. 74 (80) unter Bezug auf EuGH, Urt. v. 22.03.2012 – C-567/10 – Inter-Environnement Bruxelles ASBL u. a./Region Brüssel-Hauptstadt, Rn. 42, können nicht auf die Zielabweichung übertragen werden. Hiernach soll die SUP-

fallen, bleiben ohne eigene SUP unionsrechtskonform. Da das BVerwG mit seiner Auslegung zugleich die Grenzziehung zwischen zulässiger Zielabweichung und notwendiger Planänderung markiert, erlangt die Möglichkeit voraussichtlich erheblicher Umweltauswirkungen auch insoweit Bedeutung.

Eine Unterscheidung danach, ob auf eine Zielabweichung ein Planungsverfahren samt eigener SUP oder unmittelbar ein Zulassungsverfahren folgt, trifft das BVerwG nicht. Dies dürfte jedoch mit Art. 4 Abs. 3 S. 1 SUP-RL in Einklang stehen, der die Vermeidung von Mehrfachprüfungen in Planungshierarchien adressiert. Nach dieser Regelung

„berücksichtigen die Mitgliedstaaten zur Vermeidung von Mehrfachprüfungen die Tatsache, dass die Prüfung gemäß der vorliegenden Richtlinie auf verschiedenen Stufen dieser [Planungs-]Hierarchie durchgeführt wird“.

Ein vollständiger Verzicht auf die Durchführung einer SUP auf einer Planungsebene wird damit gerade nicht gewährt, selbst wenn auf einer nachfolgenden Ebene erneut eine SUP stattfindet. Die Regelung ermöglicht lediglich, einzelne inhaltliche Aspekte abzuschichten und dazu bei aufeinanderfolgenden Umweltprüfungen auf das vorhandene Prüfmateriale zurückzugreifen²¹. Die „Doppelung“ aus der Anordnung einer gesonderten SUP für die Zielabweichung und die etwaig nachfolgende Bebauungsplanung wird somit aber nicht relativiert²².

Pflicht auf einer Planungsebene entfallen, wenn das Ziel der SUP-Richtlinie bereits durch eine Umweltprüfung auf einer höheren Planungsebene effektiv verwirklicht wird. Da sich die Zielabweichung als funktionale Planung im Sinne der SUP-Richtlinie und die nachfolgende Bebauungsplanung aber in ihrer räumlichen und inhaltlichen Ausrichtung unterscheiden, kann nicht angenommen werden, dass eine solche effektive Verwirklichung der Ziele der SUP-Richtlinie bereits durch *einen* der beiden planerischen Schritte vorliegt. Insbesondere handelt es sich um keine bloße akzessorische Folgeplanung, wie etwa bei der Aufstellung von Pflege- und Entwicklungsplänen nach der Festsetzung eines naturschutzrechtlichen Schutzgebiets.

²¹ Bunge, Möglichkeiten und Grenzen der „Abschichtung“ bei der strategischen Umweltprüfung, in: Eberle/Jacoby, Umweltprüfung für Regionalpläne, 2003, S. 20 (22 f.); Schwarz, Die Umweltprüfung in gestuften Planungsverfahren, 2011, S. 29; vgl. auch Europäische Kommission, Umsetzung der Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des

Rates über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, 2003, S. 26, <https://www.bmu.de/download/pruefung-der-umweltauswirkungen-bestimmter-plaene-und-programme>. Dementsprechend schreibt das deutsche Planungsrecht in § 2 Abs. 4 S. 5 BauGB, § 8 Abs. 3 S. 1 ROG und § 39 Abs. 3 S. 3 UVPG einzig vor, dass Umweltprüfungen in der hierarchischen Gesamtplanung auf zusätzliche oder andere erhebliche Umweltauswirkungen beschränkt werden sollen.

²² Im Übrigen bezieht sich die weitere Abschichtungsregelung in Art. 11 Abs. 2 SUP-RL allein auf Konstellationen, in denen eine Umweltprüfung sowohl durch die SUP-Richtlinie selbst *als auch andere EU-Rechtsnormen* angeordnet wird, so dass sie vorliegend nicht einschlägig ist, vgl. insofern auch Erwägungsgrund 19 der SUP-Richtlinie, der die Regelung koordinierter oder gemeinsamer Verfahren nur auf das Zusammenspiel der SUP-Richtlinie mit anderen EU-Rechtsnormen bezieht.

C. Auswirkungen auf den Photovoltaikausbau

Der Ausbau der Freiflächen-PV hängt dann von Zielabweichungen ab, wenn Raumordnungspläne restriktive Zielvorgaben für PV-Freiflächenanlagen enthalten oder anderweitige der Freiflächen-PV entgegenstehende Nutzungen vorsehen. Handelt es sich um im Außenbereich privilegierte und zugleich raumbedeutsame Anlagen, können ihnen die Ziele der Raumordnung nach § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB entgegengehalten werden. Sollen Anlagen auf der Grundlage von Bebauungsplänen verwirklicht werden, sind diese Pläne nach § 1 Abs. 4 BauGB an die Ziele der Raumordnung anzupassen. Die Beschränkung der Möglichkeit von Zielabweichungen durch das BVerwG kann sich somit verschiedentlich auf die Flächenbereitstellung für den PV-Ausbau auswirken, je nachdem, auf welchem planungsrechtlichen Weg ein Vorhaben zu einem Baurecht gelangen soll. Bevor näher auf die einzelnen Folgen eingegangen wird (II.), ist zunächst zu umreißen, in welchen Fällen Zielabweichungen für PV-Freiflächenanlagen voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen verursachen (I.).

I. Voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen durch Zielabweichungen für PV-Freiflächenanlagen

Das BVerwG nennt drei Abgrenzungskriterien für die Bestimmung der Erheblichkeit von Umweltauswirkungen: die Erkennbarkeit der Umweltauswirkungen auf Raumordnungsebene, die entsprechende Heranziehung von Anlage 2 ROG sowie die Standortspezifik des raumordnerischen Ziels, von dem abgewichen werden soll²³. Hiernach sind zwar durchaus Konstellationen

denkbar, in denen Zielabweichungen für PV-Freiflächenanlagen keine voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen haben. Bezogen auf die meisten Fälle bleiben die Kriterien jedoch zu vage, um zu einer sicheren Aussage hierüber zu gelangen. Außerdem müssen die Kriterien nicht kumulativ erfüllt sein, sondern können voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen auch alternativ, d. h. je für sich, begründen (vgl. Rn. 47).

Im Einzelnen hebt der Maßstab der raumordnerischen Erkennbarkeit der Umweltauswirkungen darauf ab, dass die Raumordnung eine zusammenfassende, übergeordnete Planung mit weiträumiger Sichtweise und Rahmencharakter ist²⁴. Das BVerwG stellt insofern fest, dass sich Zielabweichungen mit einem flächenmäßigen Umfang von ca. 30 ha²⁵ aus raumordnerischer Perspektive als „überschaubar“ darstellen dürften und insoweit kein Indiz für die Prognose erheblicher Umweltauswirkungen seien (Rn. 47). Bei kleinen und mittelgroßen PV-Freiflächenanlagen können sich etwaige voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen somit jedenfalls nicht allein aus der Anlagengröße ergeben.

Die entsprechende Heranziehung der Kriterien aus Anlage 2 ROG läuft in erster Linie darauf hinaus, das Ausmaß der Umweltauswirkungen durch die Zielabweichung näher zu bestimmen und die etwaige Betroffenheit verschiedener Schutzgebietstypen²⁶ zu berücksichtigen. Hierbei genügt es, wenn die Zielabweichung in einer räumlichen Nähe zu einem der aufgeführten Schutzgebiete liegt (vgl. Rn. 47). Von voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen ist umso eher auszugehen, je eindeutiger und zahlreicher die in der Anlage 2 ROG aufgeführten Kriterien betroffen sind²⁷. Unter besonderen Umständen kann aber auch die

²³ Siehe oben Abschnitt B. II.

²⁴ BVerwG, Beschl. v. 10.02.2016 – 4 BN 37/15, juris Rn. 9; BVerwG, Beschl. v. 09.11.1979 – 4 N 1/78, juris Rn. 52; Hofmann, in: Kment, ROG mit Landesplanungsrecht, 2019, § 7 Rn. 13; Runkel, in: Spannawsky/Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 7 Rn. 32.

²⁵ Siehe hierzu das vorangehende Urteil des VG Gießen, Urt. v. 23.01.2019 – 1 K 9645/17.GI, juris Rn. 5.

²⁶ Natura 2000-Gebiete, Naturschutzgebiete, Nationalparke, Biosphärenreservate, Landschaftsschutzgebiete, gesetzlich geschützte Biotope, Wasserschutzgebiete, Heilquellenschutzgebiete, Überschwemmungsgebiete, Anlage 2 zu § 8 Abs. 2 ROG Ziff. 26.1-6.

²⁷ Faßbender, in: Kment, ROG mit Landesplanungsrecht, 2019, § 8 Rn. 49.

Erfüllung eines einzigen Kriteriums, wie beispielsweise die weitgehende Überplanung eines Natur- oder Wasserschutzgebiets, eine SUP-Pflicht begründen²⁸. Ebenso zu berücksichtigen sind andererseits Verbesserungen der Umweltverträglichkeit durch die Zielabweichung sowie etwaige Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen²⁹.

Hinsichtlich des letzten Kriteriums der Standortspezifik des raumordnerischen Ziels bezeichnet das BVerwG ein Vorranggebiet für die Landwirtschaft als „eine eher unspezifische Flächenfestlegung“ (Rn. 47). Der PV entgegenstehende großflächige Vorranggebiete, wie etwa auch solche für die Freizeit und Erholung, sprechen hier nach für sich genommen gegen das Vorliegen voraussichtlich erheblicher Umweltauswirkungen. Umgekehrt sind solche Umweltauswirkungen tendenziell zu bejahen, wenn von einem raumordnerischen Ziel abgewichen werden soll, das PV-Freiflächenanlagen auf bestimmte Flächenkategorien verweist (vgl. Rn. 31). Hierunter dürften insbesondere Bestimmungen in Raumordnungsplänen fallen, die PV-Freiflächenanlagen in Anlehnung an § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a)-c) EEG 2023 ausschließlich auf versiegelten oder bestimmten vorbelasteten Flächen vorsehen.

Insgesamt lässt sich als Leitlinie allein formulieren, dass mangels voraussichtlich erheblicher Umweltauswirkungen jedenfalls solche Zielabweichungen für PV-Freiflächenanlagen möglich bleiben, die sich auf kleinere PV-Freiflächenanlagen beziehen, nicht auf Schutzgebiete auswirken und lediglich allgemein gefasste raumordnerische Ziele betreffen. Dass die Klärung des Vorliegens voraussichtlich erheblicher Umweltauswirkungen Rechtsunsicherheiten unterliegt, ist für die Praxis nicht zuletzt wegen der insoweit bestehenden prozessualen Möglichkeiten von

Umweltvereinigungen, fehlerhaft unterbliebene Zielabweichungen geltend zu machen, misslich³⁰.

II. Einschränkungen bei der Flächenbereitstellung

Für den PV-Ausbau wird das verfügbare Flächenpotenzial dadurch eingeschränkt, dass bei vielen Vorhaben aufgrund voraussichtlich erheblicher Umweltauswirkungen keine Zielabweichungen mehr bewilligt werden können. Die genauen rechtlichen Effekte und Gründe für diese Hemmniswirkung richten sich dabei danach, ob die Anlagen auf der Grundlage einer planeretzenden gesetzlichen Außenbereichsprivilegierung oder auf der Grundlage von Bauleitplänen realisiert werden sollen.

1. Auswirkungen auf außenbereichsprivilegierte Vorhaben

PV-Freiflächenanlagen, die einer Außenbereichsprivilegierung unterfallen³¹, müssen den Zielen der Raumordnung unter der Voraussetzung entsprechen, dass sie raumbedeutsam sind (§ 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB). Auch die gesteigerten Anforderungen an die Zielabweichung betreffen demnach nur raumbedeutsame privilegierte Anlagen. Die Flächenbereitstellung zugunsten nicht raumbedeutsamer Anlagen über die Privilegierungsregeln bleibt deshalb vorliegend unberührt. Bestimmt wird das Kriterium der Raumbedeutsamkeit einzelfallbezogen in Bezug auf den jeweiligen Planungsraum³². Dabei werden Freiflächenanlagen in der uneinheitlichen Praxis der Bundesländer ab einer Größe von 10 ha regelmäßig als raumbedeutsam eingestuft, während die Raumbedeutsamkeit von Anlagen unter 1 ha pauschalisierend verneint wird. Bei Anlagenrößen von 1–10 ha

²⁸ So bereits UBA, Leitfaden zur Strategischen Umweltprüfung (Langfassung), 2010, S. 7.

²⁹ Europäische Kommission, Umsetzung der Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, 2003, S. 52, <https://www.bmu.de/download/pruefung-der-umweltauswirkungen-bestimmter-plaene-und-programme>; Faßbender, in: Kment, ROG mit Landesplanungsrecht, 2019, § 8 Rn. 49 f.

³⁰ Siehe oben Fn. 14.

³¹ Derzeit sind dies vor allem Anlagen entlang von Autobahnen und bestimmten Schienenwegen, § 35 Abs. 1 Nr. 8 lit. b) BauGB, sowie hofnahe Anlagen der Agri-PV, § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB, vgl. allgemein hierzu Baars, Genehmigungsrechtliche Grundlagen von Photovoltaik im Außenbereich, NVwZ 2023, S. 1857 ff. sowie zu letzteren Otto/Wegner, Hofnahe Agri-PV-Anlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB: Privilegierte Mehrfachnutzung für weniger Flächenkonkurrenz und mehr Akzeptanz?, ZUR 2024, S. 154 (156 ff.).

³² Kümper, in: Kment, ROG mit Landesplanungsrecht, 2019, § 3 Rn. 121.

müssen für die Raumbedeutsamkeit besondere Umstände, wie etwa die weite Sichtbarkeit an einer Hanglage, vorliegen³³.

Auch raumbedeutsame Anlagen, für die im Einzelfall eine Zielabweichung erforderlich ist, weisen aber nicht per se voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen auf. Die Maßstäbe für die Raumbedeutsamkeit einerseits und die voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen einer Anlage andererseits sind nicht deckungsgleich. Es kann daher durchaus raumbedeutsame Freiflächenanlagen geben, die nach den genannten Kriterien keine voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen haben. Die voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen einer Anlage werden allerdings umso eher zu bejahen sein, je eindeutiger sie als raumbedeutsam einzustufen ist.

2. Auswirkungen auf Vorhaben auf der Grundlage von Bauleitplänen

Im Vergleich zu den privilegierten Anlagen ist der Einwirkungsbereich der Raumordnung auf die Bauleitplanung und damit auf die nicht privilegierten Anlagen weiter. Nach § 1 Abs. 4 BauGB sind sämtliche Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen, ohne dass es auf die Raumbedeutsamkeit der geplanten PV-Freiflächenanlagen ankäme³⁴. Ein Zielabweichungsverfahren kann damit gerade auch bei Bauleitplänen für nicht raumbedeutsame PV-Freiflächenanlagen erforderlich sein.

Somit unterfallen zunächst die praktisch besonders relevanten Bebauungspläne für PV-Freiflächenanlagen sämtlich der einschränkenden Voraussetzung nach dem Urteil des BVerwG, dass hierfür gegebenenfalls erforderliche Zielabweichungen keine voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen haben dürfen.

In Zukunft könnte dies weitergehend zudem auch für bestimmte Flächennutzungspläne relevant werden. Regelt der Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung der novellierten Erneuerbare-Energien-Richtlinie³⁵ (sog. RED III) die im Kabinettsentwurf³⁶ geplanten Solarenergiegebiete in einem neuen § 249b BauGB, so müssten auch solche Ausweisungen unabhängig von ihrer Raumbedeutsamkeit nach § 1 Abs. 4 BauGB an die Ziele der Raumordnung angepasst werden. Sofern eine Abweichung hiervon erforderlich wird, wäre auch hier eine Zielabweichung nur möglich, soweit diese keine voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen hat.

3. Auswirkungen auf bereits erteilte Baugenehmigungen und Bestandspläne

Unter den nunmehr vom BVerwG formulierten Voraussetzungen können bereits bewilligte Zielabweichungen als rechtswidrig zu bewerten sein. Die praktischen Auswirkungen dessen dürften jedoch begrenzt sein, wenngleich mit Blick auf das Unionsrecht eine gewisse Unsicherheit verbleibt, ob und inwieweit aufgrund des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das Unionsrecht zu beheben sind.

Baugenehmigungen für privilegierte Anlagen, die auf einer rechtswidrigen Zielabweichung beruhen, können schon im Ausgangspunkt nicht durch Umweltvereinigungen angegriffen werden, da sie nicht umweltverträglichkeitsprüfungs(UVP)-pflichtig sind und von daher keine rechtsbehelfsfähigen Entscheidungen im Sinne von § 1 Abs. 1 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG)³⁷ darstellen³⁸. Auch Nachbarn können in Bezug auf eine rechtswidrige Zielabweichung regelmäßig nicht gegen

³³ Ausführlich m. w. N. Günnewig/Johannwerner/Kelm/Metzger/Wegner/Moog/Kamm, Abschlussbericht – Umweltverträgliche Standortsteuerung von Solar-Freiflächenanlagen, UBA Texte 141/2022, S. 98 f.

³⁴ Dirnberger, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB, 62. Ed. 2024, § 1 Rn. 60.

³⁵ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung), ABl. EU L 328 v. 21.12.2023, S. 82.

³⁶ BT-Drs. 20/12785, S. 17 f.

³⁷ Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz vom 23. August 2017 (BGBl. I S. 3290), das zuletzt durch Artikel 14b des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405) geändert worden ist.

³⁸ Die von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a) UmwRG geforderte Möglichkeit einer UVP-Pflicht besteht bei der Zulassung privilegierter PV-Freiflächenanlagen nicht, da sich § 1 Abs. 1 Nr. 1 UVPG i. V. m. Ziff. 18.7 Anl. 1 UVPG lediglich auf sonstige bauliche Anlagen bezieht, für die im Außenbereich ein *Bebauungsplan* aufgestellt wird.

entsprechende Baugenehmigungen vorgehen, da die Ziele der Raumordnung den jeweiligen Nachbarn nur selten eine subjektive Rechtsposition verschaffen³⁹.

Demgegenüber können Umweltvereinigungen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwRG Bebauungspläne in Bezug auf umweltbezogene Vorschriften gerichtlich überprüfen lassen. Bebauungspläne, die auf einer rechtswidrigen Zielabweichung basieren, können das Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB verletzen und deshalb rechtswidrig sein⁴⁰. Fraglich ist allerdings, ob und welche praktischen Konsequenzen sich aus der Rechtswidrigkeit ergeben. Ob im Rahmen einer Normenkontrolle gegen Planungsentscheidungen eine inzidente Kontrolle einer bestandskräftigen Zielabweichung erfolgt, hat das BVerwG unterschiedlich beantwortet⁴¹. Es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass aufgrund des oben angesprochenen Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) eine inzidente Kontrolle der Zielabweichung vorzunehmen ist, um die praktische Wirksamkeit der SUP-Richtlinie zu gewährleisten⁴².

Genehmigungen, die auf der Grundlage solcher Bebauungspläne für PV-Freiflächenanlagen erteilt wurden, können nur

dann als rechtsbehelfsfähige Entscheidungen durch Umweltvereinigungen angegriffen werden, wenn die Anlagen UVP-pflichtig sein können (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a) UmwRG). Dies ist grundsätzlich ab einer Anlagengröße von 2 ha der Fall, vgl. Ziffer 18.7.2 Anlage 1 zum Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)⁴³. Genehmigungen für PV-Freiflächenanlagen aus dem Zeitraum zwischen dem 29. März 2023 und dem 30. Juni 2025⁴⁴ unterliegen bei einem entsprechenden Verlangen des Antragstellers keiner UVP-Pflicht (§ 14b UVPG n. F.) und sind von daher nicht rechtsbehelfsfähig⁴⁵.

Allerdings können Genehmigungen, die aufgrund unionsrechtswidriger Zielabweichungen⁴⁶ erteilt wurden, gemäß § 48 Abs. 1, Abs. 3 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)⁴⁷ auch durch die zuständige Behörde zurückgenommen werden, ohne dass es einer Anfechtung durch Dritte bedarf⁴⁸. Die Entscheidung über die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, hier der Genehmigung, liegt im Ermessen der Behörde, das sich auf Null reduzieren kann, sofern aufgrund des Unionsrechts eine Rücknahme zwingend erforderlich ist⁴⁹. Davon dürfte in der hier

³⁹ Vgl. in Bezug auf Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Zielabweichungen *Kümper*, Neues zur Abweichung von den Zielen der Raumordnung – Teil 2: aktuelle Rechtsprechung zur Zielabweichung, ZfBR 2023, S. 633 (635 f.).

⁴⁰ *Kment*, in: *Kment*, ROG mit Landesplanungsrecht, 2019, § 6 Rn. 177; *Spannowsky*, Umfang und Grenzen des Anpassungsgebots nach § 1 Abs. 4 BauGB, ZfBR 2015, S. 445 (452 f.).

⁴¹ Einerseits hat das BVerwG eine inzidente Kontrolle einer Zielabweichung im Zusammenhang mit einer Klage gegen einen Bebauungsplan aufgrund der Tatbestandswirkung der Zielabweichung grundsätzlich verneint, BVerwG, Beschl. v. 25.06.2007 – 4 BN 17/07, juris Rn. 8 f.; siehe auch *Kment*, in: *Kment*, ROG mit Landesplanungsrecht, 2019, § 6 Rn. 177; differenzierend *Spannowsky*, Umfang und Grenzen des Anpassungsgebots nach § 1 Abs. 4 BauGB, ZfBR 2015, S. 445 (452 f.). Andererseits wurde die inzidente Kontrolle im Rahmen einer Klage gegen einen Planfeststellungsbeschluss aufgrund der enteignungsrechtlichen Vorwirkung des Planfeststellungsbeschlusses gegenüber dem Kläger vom BVerwG bejaht, BVerwG, Beschl. v. 15.07.2005 – 9 VR 43/04, juris Rn. 8.

⁴² Vgl. *Kümper*, Neues zur Abweichung von den Zielen der Raumordnung – Teil 2: aktuelle Rechtsprechung zur Zielabweichung, ZfBR 2023, S. 633 (642).

⁴³ Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 18. März 2021 (BGBl. I S. 540), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 23. Oktober 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 323) geändert worden ist; zu beachten ist insofern

die geplante Novellierung von Anlage 1 UVPG, siehe Ziff. 18.9 Anl. 1 UVPG-E in BR-Drs. 396/24, S. 10.

⁴⁴ Ebenso hiervon erfasst sind Genehmigungsverfahren, die am 23. März 2023 bereits liefen bzw. am 30. Juni 2025 noch laufen, siehe § 14b Abs. 2 UVPG.

⁴⁵ Sofern Genehmigungen für PV-Freiflächenanlagen dennoch rechtsbehelfsfähig sind, weil sie erst nach dem 30. Juni 2025 beantragt werden oder der Antragsteller vor dem 30. Juni 2025 nicht verlangt, dass von einer UVP abgesehen wird, werden sie innerhalb eines Monats nach ihrer Bekanntgabe gegenüber der Umweltvereinigung bestandskräftig (§§ 70 Abs. 1 S. 1, 74 Abs. 1 VwGO). Liegt keine solche Bekanntgabe vor, gilt die Jahresfrist des § 2 Abs. 3 S. 1 UmwRG.

⁴⁶ Grundsätzlich könnte auch ein unionsrechtswidriger Zielabweichungsbescheid zurückgenommen werden.

⁴⁷ Verwaltungsverfahrensgesetz vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 236) geändert worden ist.

⁴⁸ Vgl. *Kukk*, Was gilt nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts für gemäß § 13b BauGB erlassene Bauungs- und „berichtigte“ Flächennutzungspläne sowie auf dieser Grundlage ergangene Verwaltungsakte?, ZfBR 2023, S. 735 (741).

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 18.07.2007 – C-119/05 – Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato/Lucchini SpA, Rn. 63; *Müller*, in: *Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG*, 64. Ed. 2024, § 48 Rn. 141 f.

diskutierten Konstellation allerdings nicht unbedingt auszugehen sein⁵⁰. Zwar kann der unionsrechtliche Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit die Mitgliedstaaten verpflichten, die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das Unionsrecht zu beheben⁵¹ bzw. unionsrechtswidrig erteilte Genehmigungen zurückzunehmen⁵². Eine Pflicht zur Rücknahme entsteht dabei jedoch nicht in jedem Fall⁵³. Vielmehr ist bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen, inwiefern einerseits ein öffentliches Interesse an der Rücknahme der unionsrechtswidrigen Genehmigung besteht und andererseits Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit, die ebenfalls Bestandteil der Unionsrechtsordnung sind⁵⁴, einer Rücknahme entgegenstehen.

4. Zwischenfazit

Es besteht eine wesentliche Rechtsunsicherheit darüber, wann Zielabweichungen für PV-Freiflächenanlagen voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben und deshalb die Grundzüge der Planung gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 ROG berühren. Ziele der Raumordnung, die Planungen für Freiflächenvorhaben oder privilegierten Vorhaben selbst entgegenstehen, können deshalb nur noch bedingt überwunden werden. Lediglich bei privilegierten PV-Freiflächenanlagen beschränken sich diese Auswirkungen auf raumbedeutsame Anlagen, da allein diese von § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB erfasst werden.

⁵⁰ In jüngeren Entscheidungen hält der EuGH im Falle einer unterlassenen SUP grundsätzlich auch eine zumindest vorübergehende Aufrechterhaltung (EuGH, Urt. v. 25.06.2020 – C-24/19 – A u. a./Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen, Rn. 90 f.) und Heilung (EuGH, Urt. v. 12.11.2019 – C-261/18 – Europäische Kommission/Irland, Rn. 76) betroffener Rechtsakte für möglich.

⁵¹ Siehe hierzu: EuGH, Urt. v. 28.02.2012 – C-41/11 Inter-Environnement Wallonie ASBL u. a./Région wallonne, Rn. 43; EuGH, Urt. v. 12.11.2019 – C-261/18 – Europäische Kommission/Irland, Rn. 75; EuGH, Urt. v. 25.06.2020 – C-24/19 – A u. a./Gewestelijke stedenbouwkundige amb-

tenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen, Rn. 80 ff.

⁵² EuGH, Urt. v. 12.11.2019 – C-261/18 – Europäische Kommission/Irland, Rn. 75; EuGH, Urt. v. 25.06.2020 – C-24/19 – A u. a./Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen, Rn. 80 ff.; Müller, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 64. Ed. 2024, § 48 Rn. 132.

⁵³ Keine Pflicht: EuGH, Urt. v. 16.03.2006 – C-234/04 – Kapferer/Schlank & Schick GmbH, Rn. 21 f.; Pflicht: EuGH, Urt. v. 18.07.2007 – C-119/05 – Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato/Lucchini SpA, Rn. 63.

⁵⁴ Müller, in: Huck/Müller, VwVfG, 3. Aufl. 2020, § 48 Rn. 56 m. w. N.

D. Auswirkungen auf den Windenergieausbau

Die Entscheidung des BVerwG dürfte auch für den Windenergieausbau von erheblicher Bedeutung sein. Betroffen sein könnten Regelungen und Instrumente, die auf unterschiedliche Weise eine Abweichung von bestehenden Plänen ermöglichen oder unmittelbar bewirken. Dies gilt zunächst für das Zielabweichungsverfahren nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG selbst, soweit dieses insbesondere außerhalb von noch fortbestehenden Konzentrationszonen für Windenergievorhaben relevant ist (I.). Naheliegender erscheinen Auswirkungen zudem auf die sog. Gemeindeöffnungsklausel (§ 245e Abs. 5 BauGB), da diese ebenfalls auf eine Abweichung von bestehenden Zielen der Raumordnung zugunsten von Gemeinden abzielt und das Zielabweichungsverfahren gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 ROG entsprechend modifiziert (II.). Fraglich ist schließlich, ob sich die Entscheidung des BVerwG auch auf bauplanungsrechtliche Sonderregelungen wie z. B. zugunsten von Repoweringvorhaben nach § 245e Abs. 3 BauGB auswirkt, die ein Abweichen von bestehenden Plänen unmittelbar kraft Gesetzes vorsehen, ohne zugleich eine Pflicht zur Durchführung einer SUP zu regeln (III.).

Überträgt man die Rechtsprechung des BVerwG über das Zielabweichungsverfahren hinaus auf die weiteren vorgenannten Regelungen, so wären sie dahingehend einschränkend auszulegen, dass sie Abweichungen zugunsten von Windenergievorhaben mit voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen nicht erfassen. Je nach Standort können Windenergievorhaben, gerade größere Windfarmen, jedoch durchaus erhebliche Auswirkungen auf verschiedene Umweltgüter haben. Eine abstrakte Bestimmung, welcher Anteil an Fällen hiervon betroffen ist, ist indessen nicht

möglich, da die vom BVerwG zu dieser Prüfung angeführten Kriterien und auch die Vielfalt praktisch relevanter Konstellationen keine abschließende Beurteilung erlauben. Auch die Grenzwerte des Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetzes dürften sich für eine Abschätzung jedenfalls nicht eins zu eins übertragen lassen⁵⁵. Angesichts des Fehlens eines klaren Maßstabs für die Erheblichkeitsschwelle bei strategischen Umweltprüfungen dürften deshalb im Einzelfall nicht unerhebliche Unsicherheiten darüber verbleiben, ob eine Zielabweichung oder eine andere Form der Abweichung von Bestandsplänen zulässig ist⁵⁶.

I. Beschränkung des Zielabweichungsverfahrens nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG

Das Zielabweichungsverfahren nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG, für das die Entscheidung des BVerwG direkt einschlägig ist, hat für die unmittelbare Zulassung von Neuanlagen außerhalb von Windenergiegebieten jedenfalls bis zum Erreichen des Zwischenziels nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG)⁵⁷ im jeweiligen Plangebiet eine gewisse Bedeutung. Danach beschränkt sich die Relevanz gegebenenfalls auf die kommunale Ausweisung neuer Standorte und jedenfalls bis Ende 2030 auch auf Repoweringvorhaben⁵⁸. Zwar wird mit Blick auf Repoweringanlagen die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB grundsätzlich bereits durch die Regelung des § 245e Abs. 3 BauGB überwunden, so dass insoweit in der Regel kein Zielabweichungsverfahren erforderlich ist. Gleichwohl können Zielabweichungsverfahren

⁵⁵ Danach ist auf Vorhabenebene eine UVP-Vorprüfung in Form einer standortbezogenen Vorprüfung bei Windfarmen mit 3-5 Windenergieanlagen erforderlich, eine allgemeine Vorprüfung bei 6-19 Anlagen und eine UVP unbedingte erst ab 20 Anlagen, siehe Ziff. 1.6 Anl. 1 UVPG.

⁵⁶ Siehe bereits oben Abschnitte B. II. und C. I.

⁵⁷ Windenergieflächenbedarfsgesetz vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 8. Mai 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 151) geändert worden ist.

⁵⁸ Gemäß § 249 Abs. 3 BauGB fällt ab diesem Zeitpunkt die Ausnahme von der Entprivilegierung für Repoweringanlagen weg, so dass Windenergievorhaben generell nur noch in Windenergiegebieten privilegiert zulässig sind; zur Bedeutung des Zielabweichungsverfahrens für den Windenergieausbau siehe: *Raschke/Roscher*, Planerische Steuerung erneuerbarer Energien im Lichte der Novelle des Raumordnungsgesetzes und der Änderungen des Baugesetzbuches, ZfBR 2024, S. 116 (117).

auch in diesen Fällen und auch im zeitlichen Anwendungsbereich des § 249 Abs. 3 BauGB bis Ende 2030⁵⁹ zur Überwindung anderer Zielbindungen, wie z. B. einer zielförmig festgelegten Mindestabstandsregelung für Windenergieanlagen, notwendig sein. Folglich kann sich das beschränkte Zielabweichungsverfahren jedenfalls kurzfristig auf den Ausbau der Windenergie auswirken, soweit die betreffenden Zielabweichungen voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen verursachen.

II. Beschränkung auch der Gemeindeöffnungsklausel nach § 245e Abs. 5 BauGB

Naheliegender ist zudem eine Übertragung der Rechtsprechung auf die Gemeindeöffnungsklausel nach § 245e Abs. 5 BauGB. Hintergrund der Regelung ist die vorübergehende Fortgeltung bestehender Konzentrationszonenplanungen nach § 245e Abs. 1 BauGB bis zum Erreichen des jeweiligen Zwischenflächenziels nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz oder längstens bis Ende 2027. Bestehen entsprechende Konzentrationszonenplanungen auf Regionalplanungsebene fort, so geht damit aufgrund der Zielbindung neben der zulassungsrechtlichen Ausschlusswirkung auch eine Ausschlusswirkung gegenüber kommunalen Planungen einher. Das heißt, Kommunen können, sofern sie nicht ausnahmsweise für die Erfüllung der Flächenbeitragswerte des Windenergieflächenbedarfsgesetzes zuständig sind⁶⁰, im Ausschlussbereich der Regionalplanung grundsätzlich keine (zusätzlichen) Flächen für die Windenergie ausweisen. Hier setzt die Gemeindeöffnungsklausel an und ermöglicht

den Gemeinden, abweichend zur Regionalplanung, selbst Flächen für die Windenergie auszuweisen⁶¹.

Instrumentell wird die Lockerung der Zielbindung für Gemeinden mittels eines modifizierten Zielabweichungsverfahrens nach § 6 Abs. 2 ROG umgesetzt. Erleichtert ist das Verfahren insoweit, als einer Zielabweichung gemäß § 245e Abs. 5 BauGB bereits dann stattgegeben werden soll, wenn der Raumordnungsplan an der fraglichen Stelle kein Gebiet mit Nutzungen oder Funktionen festlegt, die mit der Windenergie unvereinbar sind. Anderenfalls müssen aufgrund der Soll-Formulierung des § 245e Abs. 5 BauGB ausnahmsweise besondere Gründe vorliegen, um den Antrag der Gemeinde auf Zielabweichung abzulehnen⁶².

1. Übertragbarkeit der Entscheidung des BVerwG

Die Gemeindeöffnungsklausel erweitert mithin über ein modifiziertes Zielabweichungsverfahren den Planungsspielraum der Gemeinden für die Ausweisung von Flächen für die Windenergie in Abweichung von zielförmigen Vorgaben der Raumordnung. Die Überlegungen des BVerwG zur Anwendung der SUP-Richtlinie auf sämtliche funktionale Planäquivalente dürfte auf diese Regelung zu übertragen sein. Da auch das modifizierte Zielabweichungsverfahren der Gemeindeöffnungsklausel keine SUP vorsieht, scheint eine Beschränkung ihrer Anwendung auf Fälle, in denen die Abweichung keine voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen erwarten lässt, ebenso erforderlich.

⁵⁹ Zu den zeitlichen Anwendungsbereichen von § 245e Abs. 3 BauGB einerseits und § 249 Abs. 3 BauGB andererseits siehe nur *Wegner/Benz*, Praxishilfe zum Repowering in der Regional- und Kommunalplanung, 2023, S. 16.

⁶⁰ Wird die kommunale Ebene als Planungsträgerin für das Erreichen der Flächenbeitragswerte bestimmt, unterliegt sie nach § 249 Abs. 5 BauGB ohnehin nur einer gelockerten Bindung.

⁶¹ *Herzer*, Kommunale Öffnungsklausel für die Windenergie in § 245e Abs. 5 BauGB 2024, *KlimR* 2023, S. 262 (262 f.).

⁶² Ohne Rücksicht auf die Soll-Vorschriften in § 245e Abs. 5 BauGB und § 6 Abs. 2 S. 1 ROG ließe sich eine solche Regel-Ausnahme-Beziehung bei einem regulären Verwaltungsermessen auch aus § 2 S. 2 EEG 2023 ableiten, vgl. *Sailer/Militz*, Gesetzgeberische Wertungsentscheidungen zur Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien – eine Zwischenbilanz zu Inhalt und Wirkungsweise von § 2 EEG 2023 und Art. 3 EU-Notfall-Verordnung, *ZNER* 2024, S. 87 (91).

2. Grenzen der Übertragbarkeit bei der unionsrechtskonformen Auslegung?

Bei unbesehener Anwendung der Gemeindeöffnungsklausel wäre eine Einhaltung der SUP-Richtlinie ebenso wie beim regulären Zielabweichungsverfahren nicht gewährleistet. Daher stellt sich wie für das BVerwG im Hinblick auf das allgemeine Zielabweichungsverfahren auch hier die Frage, ob eine einschränkende Auslegung von § 245e Abs. 5 BauGB i. V. m. § 6 Abs. 2 S. 1 ROG möglich ist, um deren Unionsrechtskonformität zu gewährleisten. Da die Gemeindeöffnungsklausel das Zielabweichungsverfahren gerade insofern modifiziert, dass es nicht darauf ankommt, ob die Grundzüge der Planung berührt sind, scheidet ein an das Vorgehen des BVerwG angelehnter Rückgriff auf diese Voraussetzung allerdings aus⁶³.

Nichtsdestotrotz enthält auch das durch die Gemeindeöffnungsklausel modifizierte Zielabweichungsverfahren zwei Anknüpfungspunkte, die eine einschränkende Auslegung erlauben könnten. Auf Tatbestandsseite des § 245e Abs. 5 BauGB kommt hierfür das Erfordernis in Betracht, wonach der Raumordnungsplan, von dem abgewichen werden soll,

„an der von der Gemeinde für Windenergie geplanten Stelle kein Gebiet für mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen festlegt.“

Durch das Abstellen auf mit der Windenergie „unvereinbare Nutzungen oder Funktionen“ sollen den Gemeinden bestimmte festgelegte Vorranggebiete (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 ROG) für eigene Windenergieplanungen entzogen werden⁶⁴. Zwar können Vorranggebiete (z. B. Vorranggebiete für den Arten- und Biotopschutz) gezielt zum Schutz bestimmter, im Rahmen der SUP zu prüfender Schutzgüter festgelegt werden. Allerdings betrifft dies keinesfalls sämtliche Schutzgüter, die von der SUP umfasst werden. Dass der gemeindlichen Planung im Rahmen des § 245e Abs. 5 BauGB generell auch solche Flächen entzogen werden, auf denen Windenergieanlagen

erhebliche Umweltauswirkungen gleich welcher Art verursachen können, dürfte den Wortlaut jedoch überdehnen. Eine einschränkende Auslegung des vorgenannten Merkmals könnte dem Anwendungsbereich des modifizierten Zielabweichungsverfahrens damit allenfalls einen Ausschnitt der relevanten Fälle entziehen und nur insoweit Unionsrechtskonformität herstellen.

Als weiterer Anknüpfungspunkt, um Fälle, in denen erhebliche Umweltauswirkungen erwartbar sind, aus dem Anwendungsbereich auszuschließen, käme die Soll-Formulierung des § 245e Abs. 5 BauGB in Betracht. Zwar könnte hier insofern ein Spannungsverhältnis bestehen, als dass die Soll-Formulierung eine Ablehnung von Zielabweichungen gerade nur in atypischen Einzelfällen tragen soll. Zielabweichungen zugunsten von Windenergievorhaben könnten dagegen durchaus in einer größeren Zahl von Fällen erhebliche Umweltauswirkungen erwarten lassen. Ob damit aber die Grenzen einer unionsrechtskonformen Auslegung⁶⁵ erreicht werden, kann vorliegend mangels Kenntnis der Häufigkeit solcher Fälle nicht abschließend beurteilt werden. Eine Rechtsunsicherheit darüber, ob ein Vorgehen auf Grundlage der so ausgelegten Gemeindeöffnungsklausel gerichtlich gebilligt würde, bleibt so zurück. Zudem wäre ihre Reichweite jedenfalls nicht unerheblich eingeschränkt und damit auch ihre Funktion, den Gemeinden Spielräume für zusätzliche Flächenausweisungen zu verschaffen.

3. Auswirkungen auf aktuelle kommunale Flächenausweisungen

Kommunale Planungsträger können sich für derzeit laufende zusätzliche Windenergieflächenausweisungen bei fortgeltenden raumordnerischen Konzentrationszonenplanungen nur in Fällen, in denen die zusätzlichen Flächenausweisungen keine erheblichen Umweltauswirkungen erwarten lassen, rechtssicher auf bereits erteilte Zielabweichungen stützen oder erfolgreich Anträge auf die Erteilung von

⁶³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.09.2023 – 4 C 6/21, juris Rn. 26 ff.

⁶⁴ Herzer, Kommunale Öffnungsklausel für die Windenergie in § 245e Abs. 5 BauGB 2024, KlimR 2023, S. 262 (264).

⁶⁵ Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 660; EuGH, Urt. v. 04.07.2006 – C-212/04 – Adeneler u. a./Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG), Rn. 110.

Zielabweichungen stellen. Darüber hinaus könnten auch bereits aufgestellte Bauleitpläne womöglich erfolgreich angegriffen werden. Soweit bauleitplanerische Flächenausweisungen auf der Grundlage der Gemeindeöffnungsklausel erhebliche Umweltauswirkungen erwarten lassen, sind diese mangels rechtmäßiger Zielabweichung grundsätzlich nicht mit den Zielen der Raumordnung vereinbar und damit rechtswidrig. Umweltvereinigungen können dabei sowohl Bebauungspläne als auch Flächennutzungspläne⁶⁶ gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. § 7 Abs. 2 UmwRG in Bezug auf umweltbezogene Vorschriften gerichtlich überprüfen lassen⁶⁷. Wie oben dargestellt⁶⁸, kann aufgrund des Unionsrechts nicht rechtssicher ausgeschlossen werden, dass im Rahmen einer solchen Normenkontrolle auch eine inzidente Kontrolle der Zielabweichung zu erfolgen hat.

4. Zwischenfazit

Die Rechtsprechung des BVerwG zum regulären Zielabweichungsverfahren dürfte im Ausgangspunkt auch auf dessen modifizierte Form in der Gemeindeöffnungsklausel nach § 245e Abs. 5 BauGB zu übertragen sein. Eine unionsrechtskonforme Auslegung der Norm fällt hier allerdings deutlich schwerer und es verbleibt Rechtsunsicherheit darüber, ob die Grenzen einer solchen Auslegung hier noch eingehalten werden. In jedem Fall wird die Reichweite der Gemeindeöffnungsklausel in ihrer jetzigen Form nicht unerheblich beschränkt. Zudem kann nicht ausgeschlossen werden, dass bauleitplanerische Flächenausweisungen auf der Grundlage der Gemeindeöffnungsklausel, soweit erhebliche Umweltauswirkungen nicht ausgeschlossen werden können, gerichtlich angreifbar sind.

III. Voraussichtlich keine Beschränkung gesetzlicher Zielabweichungen

1. Die relevanten bauplanungsrechtlichen Regelungen

Denkbar sind Auswirkungen der Entscheidung des BVerwG und der ihr zugrunde liegenden unionsrechtlichen Vorgaben weiterhin auf gesetzliche Regelungen, die ein Abweichen von Bestandsplänen unmittelbar gestatten und nicht lediglich zu entsprechenden Entscheidungen ermächtigen. Hierunter fallen insbesondere die planungsrechtlichen Sonderregelungen zum Repowering nach § 245e Abs. 3 BauGB, zur Aufhebung der Ausschlusswirkung und Fortgeltung positiver Flächenausweisungen nach § 245e Abs. 1 S. 2, 3 BauGB, zur Lockerung der Bindung an bestehende Pläne nach § 249 Abs. 5 BauGB sowie zur gestärkten Außenprivilegierung von Windenergievorhaben im Falle des Verfehlens der Flächenbeitragswerte nach § 249 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BauGB im jeweiligen Plangebiet.

Den Regelungen ist gemein, dass weder bei ihrer Vorbereitung eine SUP durchgeführt wurde noch dass sie eine solche vor der Abweichung von einer zielförmigen Planvorgabe verlangen, obwohl nicht ausgeschlossen ist, dass die Abweichungen im Einzelfall erhebliche Umweltauswirkungen haben können. Bei unbefangener Betrachtung könnte man deshalb die Entscheidung des BVerwG auch auf diese Regelungen übertragen, da die Abweichungen von einzelnen Planinhalten, die sie bewirken, nach der Rechtsprechung des EuGH unter bestimmten Voraussetzungen selbst als Pläne im Sinne des Art. 2 lit. a) SUP-RL zu qualifizieren sind⁶⁹. Anders als bei den oben betrachteten Zielabweichungsverfahren erfolgt die Abweichung bzw. Änderung von Plänen bei den hier betrachteten gesetzlichen Regelungen jedoch nicht durch einen behördlichen Rechtsakt, sondern – bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen –

⁶⁶ In Bezug auf Flächennutzungspläne ist hierbei allerdings die Präklusionsvorschrift des § 3 Abs. 3 BauGB zu beachten.

⁶⁷ Grundsätzlich wäre aber auch eine inzidente Kontrolle der Bauleitpläne im Zuge der Anfechtung eines Genehmigungsbescheids möglich.

⁶⁸ Siehe oben Abschnitt C. II. 3.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 09.03.2023 – C-9/22 – NJ, OZ/An Bord Pleanála u. a., Rn. 41.

unmittelbar kraft Gesetzes. Die Abweichungen werden also nicht durch behördliche Entscheidungen im Einzelfall, sondern durch abstrakt-generelle Gesetzgebungsakte bewirkt. Ob auch solche allgemeinen Gesetzgebungsakte vom Geltungsbereich der SUP-Richtlinie erfasst werden, wird nicht einheitlich bewertet, dürfte jedoch im Ergebnis zu verneinen sein.

2. Gesetze und der Geltungsbereich der SUP-Richtlinie

Der Umfang der SUP-Pflichtigkeit bestimmt sich zum einen aus der folgenden Definition von Plänen und Programmen in Art. 2 lit. a) SUP-RL (dazu unter b))

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

a) ‚Pläne und Programme‘ Pläne und Programme, einschließlich der von der Europäischen Gemeinschaft mitfinanzierten, sowie deren Änderungen,

- die von einer Behörde auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene ausgearbeitet und/oder angenommen werden oder die von einer Behörde für die Annahme durch das Parlament oder die Regierung im Wege eines Gesetzgebungsverfahrens ausgearbeitet werden und

- die aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften erstellt werden müssen; [...]“

sowie zum anderen durch Art. 3 SUP-RL, der vorgibt, für welche Pläne und Programme eine SUP durchgeführt werden muss (a)).

a) Geltungsbereich der SUP-Richtlinie (Art. 3 SUP-RL)

Grundsätzlich sind gemäß Art. 3 Abs. 1 SUP-RL solche Pläne und Programme einer Umweltprüfung zu unterziehen, die

voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben. In den folgenden Absätzen wird weitergehend geregelt, welche Pläne und Programme einer unbedingten Verpflichtung zur Durchführung einer SUP unterliegen (Art. 3 Abs. 2 SUP-RL), welche nur unter bestimmten Voraussetzungen einer Umweltprüfung unterzogen werden müssen (Art. 3 Abs. 3, 4 SUP-RL) und schließlich welche vom Erfordernis einer Umweltprüfung ausgenommen sind (Art. 3 Abs. 8, 9 SUP-RL).

Hinsichtlich der oben genannten planungsrechtlichen Regelungen liegen die Voraussetzungen des Art. 3 SUP-RL, vom Planbegriff zunächst noch abgesehen, in der Regel vor. Denn insbesondere können Pläne (oder Planabweichungen), die die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen ermöglichen, erhebliche Umweltauswirkungen verursachen⁷⁰. Auch die mögliche Ausnahme für geringfügige Änderungen bzw. Abweichungen von Plänen und Programmen gemäß Art. 3 Abs. 3 Alt. 2 SUP-RL greift hier jedenfalls dann nicht, wenn diese bei Windenergievorhaben voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben⁷¹.

b) Pläne und Programme (Art. 2 lit. a) SUP-RL)

Nicht einheitlich wird dagegen die Frage beurteilt, ob die oben genannten Regelungen als allgemeine materielle Gesetzgebungsakte vom Planbegriff nach Art. 2 lit. a) SUP-RL erfasst werden.

aa) Dynamische Rechtsprechung und zurückhaltende Literatur zum Planbegriff

In der Literatur wird zwar einhellig die Ansicht vertreten, dass allgemeine politische Entscheidungen an der Spitze der Entscheidungshierarchie („Politiken“), insbesondere auch in Form abstrakt-genereller Gesetzgebungsakte, nicht vom Planbegriff nach Art. 2 lit. a) SUP-RL erfasst werden⁷².

⁷⁰ Siehe oben Abschnitt D. I.

⁷¹ Decker, Der Anwendungsbereich der sog. SUP-Richtlinie nach deren Art. 3, EurUP 2024, S. 99 (105).

⁷² Faßbender, Die Strategische Umweltprüfung: Anspruch und Wirklichkeit, ZUR 2018, S. 323 (326 f.); Hendlner, Zum Begriff der Pläne und Programme in der EG-Richtlinie zur strategischen Umweltprüfung, DVBl

2003, S. 227 (232 f.); Schink, Umweltprüfung für Pläne und Programme – Anwendungsbereich der SUP-Richtlinie und Umsetzung in deutsches Recht, NVwZ 2005, S. 615 (617); Verwiebe, Umweltprüfungen auf Plan- und Programmebene, 2008, S. 69 f.; Kümper, Zum Anwendungsbereich der Strategischen Umweltprüfung nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Inter-

Begründet wurde dies in der Vergangenheit allerdings damit, dass solche Gesetzgebungsakte gerade nicht das Erfordernis nach Art. 2 lit. a) 2. SpStr. SUP-RL erfüllen, wonach nur solche Pläne und Programme erfasst werden, die „aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften erstellt werden müssen“, für die mithin eine Aufstellungspflicht besteht⁷³.

Der EuGH hatte hierzu bereits im Jahr 2012 festgestellt⁷⁴, dass es für die Zuordnung von Plänen und Programmen zum Planbegriff der SUP-Richtlinie ausreicht, wenn diese aufgrund von Rechts- und Verwaltungsvorschriften erstellt werden, ohne dass hierfür eine zwingende Pflicht erforderlich wäre. Folglich können allgemeine Gesetzgebungsakte jedenfalls nicht mehr mit dem Hinweis auf eine fehlende Aufstellungspflicht vom Planbegriff der SUP-Richtlinie ausgenommen werden.

Auch darüber hinaus hat der EuGH den Geltungsbereich der SUP-Richtlinie in einer Reihe von Entscheidungen weiter ausgedehnt. So wurde etwa der Planbegriff auch im Hinblick auf den Raumbezug der Pläne und Programme weit ausgelegt. Zwar müssen Pläne und Programme danach ein gewisses Gebiet erfassen. Dabei ist allerdings ausreichend, dass sie „in einem weiteren Sinne auf die Raumordnung von Gebieten oder Zonen im Allgemeinen abzielen“⁷⁵. Der abstrakt-generelle Charakter einer gesetzlichen Regelung spricht danach grundsätzlich ebenso nicht dagegen, diese unter den Planbegriff zu fassen⁷⁶.

Zwar wird auch nach den zahlreichen Entscheidungen des EuGH zum Geltungsbereich der SUP-Richtlinie überwiegend an

der Ansicht festgehalten, dass abstrakt-generelle Vorschriften, die allgemeine Vorgaben für eine unbestimmte Anzahl von Fällen enthalten, vom Planbegriff ausgeschlossen seien⁷⁷. Zum Teil wird mit Blick auf die kontinuierliche Ausweitung des Geltungsbereichs durch den EuGH aber inzwischen betont, dass die SUP-Richtlinie auch normative Vorgaben mit umfasse, die die Mitgliedstaaten bisher häufig allein als Rechtsvorschriften, aber nicht zugleich als Pläne und Programme eingestuft hätten⁷⁸.

bb) Kein Ausschluss von gesetzlichen Regelungen als Politiken

Ein Ausscheiden von abstrakten gesetzlichen Regelungen über den Begriff der Politiken aus dem Geltungsbereich der SUP-Richtlinie erscheint vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung in dieser Allgemeinheit nicht möglich. Klar ist insoweit nur, dass keinesfalls der parlamentarische Akt der Annahme von Gesetzen durch das Parlament selbst vom Planbegriff umfasst wird. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus dem Wortlaut des Art. 2 lit. a) 2. SpStr. SUP-RL, der zwingend verlangt, dass Pläne und Programme von einer Behörde ausgearbeitet und/oder angenommen werden⁷⁹. In den Geltungsbereich der SUP-Richtlinie kann deshalb nur die Erstellung von Gesetzentwürfen fallen, wenn und soweit sie durch die Ministerialverwaltung erfolgt, die vom Behördenbegriff der Richtlinie erfasst wird⁸⁰.

Zwar spricht der Wortlaut der Richtlinie in Kombination mit der Entstehungsgeschichte dafür, dass Politiken nicht vom Planbegriff erfasst werden⁸¹. Obwohl dies

Environnement Bruxelles, ZUR 2014, S. 74 (77); siehe auch BT-Drs. 16/10491, S. 23.

⁷³ Hender, Zum Begriff der Pläne und Programme in der EG-Richtlinie zur strategischen Umweltprüfung, DVBl 2003, S. 227 (232 f.); Schink, Umweltprüfung für Pläne und Programme – Anwendungsbereich der SUP-Richtlinie und Umsetzung in deutsches Recht, NVwZ 2005, S. 615 (617); Verwiebe, Umweltprüfungen auf Plan- und Programmebene, 2008, S. 69 f.; siehe auch BT-Drs. 16/10491, S. 23.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 22.03.2012 – C-567/10 – Inter-Environnement Bruxelles ASBL u. a./Region Brüssel-Hauptstadt, Rn. 32.

⁷⁵ EuGH, Urt. v. 27.10.2016 – C-290/15 – Patrice D'Oultremont u. a./Region Wallonien, Rn. 45.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 22.02.2022 – C-300/20 – Bund Naturschutz in Bayern e. V./Landkreis Rosenheim, Rn. 1; a. A. BT-Drs. 15/3441, S. 23.

⁷⁷ Faßbender, Die Strategische Umweltprüfung: Anspruch und Wirklichkeit, ZUR 2018, S. 323 (328).

⁷⁸ Bunge, Der Anwendungsbereich der Richtlinie über die strategische Umweltprüfung (2001/42/EG) in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU, NuR 2017, S. 447 (456).

⁷⁹ Verwiebe, Umweltprüfungen auf Plan- und Programmebene, 2008, S. 68.

⁸⁰ Verwiebe, Umweltprüfungen auf Plan- und Programmebene, 2008, S. 68.

⁸¹ Die ersten inoffiziellen Kommissionsentwürfe für eine „Richtlinie über die Umweltprüfung bei Politiken, Plänen und Programmen“ beinhalteten noch ausdrücklich den Begriff Politiken, siehe Vorschlag für eine Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei Politiken, Plänen und Programmen vom 30.09.1991 (XI/194/90-DE-REV. 5); vgl. außerdem Hender, Zum

im Ausgangspunkt auch der EuGH offenbar so sieht⁸², folgt für diesen hieraus gleichwohl nicht das Ausscheiden von Gesetzen allgemein. Vielmehr hat der Gerichtshof bereits mehrfach entschieden, dass der Begriff der Pläne und Programme durchaus Rechtsetzungsakte erfassen könne, die im Gesetzgebungs- und Verordnungsweg erlassen werden⁸³, und dass

*„der Umstand, dass ein nationaler Rechtsakt ein gewisses Abstraktionsniveau aufweist [...] seine Einbeziehung in den Begriff ‚Pläne und Programme‘ nicht [hindert] [...]“*⁸⁴

Der Ausschluss von Politiken schafft deshalb keine Klarheit in der vorliegenden Frage, ob Gesetze in den Anwendungsbereich der SUP-Richtlinie fallen oder nicht.

cc) Allgemeine gesetzliche Abweichungen wohl nicht erfasst

Nach dem erreichten Stand der Rechtsprechung des EuGH verbietet sich die pauschale Herausnahme der ministeriellen Vorbereitungshandlungen auch abstrakter gesetzlicher Regelungen aus dem Planbegriff (vgl. Art. 2 lit. a) SUP-RL) und es genügt nicht für deren Ausscheiden, dass insoweit keine Rechtspflicht zu ihrer Ausarbeitung besteht. Gleichwohl verzichtet der EuGH nicht auf jegliches einschränkende Erfordernis formeller und materieller Natur.

(1) Erfordernis einer „besonderen Rechtsgrundlage“ nicht erfüllt

In formeller Hinsicht dürften die Regelungen der §§ 245e Abs. 3, 245e Abs. 1 S. 2, 3 sowie § 249 Abs. 5 und § 249 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BauGB die Voraussetzungen des Art. 2 lit. a) 2. SpStr. SUP-RL insoweit nicht erfüllen, als

dass Pläne und Programme im Sinne der Richtlinie „aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften erstellt werden müssen“. Die Ausarbeitung der Gesetzentwürfe ist insofern nicht detailliert genug festgelegt, um nach der Rechtsprechung des EuGH von einem Plan im Sinne der SUP-Richtlinie auszugehen.

Wenngleich Art. 2 lit. a) 2. SpStr. SUP-RL dem EuGH nach keine Aufstellungspflicht voraussetzt, so verlangt dieser gleichwohl, dass in nationalen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften die für die Aufstellung des jeweiligen Plans zuständigen Behörden bestimmt sind und das Ausarbeitungsverfahren festgelegt ist⁸⁵. Mit Blick auf die hier relevanten gesetzlichen Regelungen enthält die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien in den §§ 40 ff. allgemeine, für sämtliche Gesetzentwürfe sämtlicher Ministerien geltende Vorgaben in Bezug auf Verfahrensfragen sowie die Form und Inhalte der Gesetzentwürfe⁸⁶. Welche Ministerien für welche Gesetzentwürfe die Federführung übernehmen, d. h. zuständig sind, legt die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien hingegen nicht fest. Die Zuständigkeit bestimmter Ministerien für bestimmte Gesetzentwürfe ergibt sich grundsätzlich – allerdings nicht immer klar abgrenzbar – anhand der Geschäftsverteilung der Bundesregierung, die durch den Organisationserlass des Bundeskanzlers⁸⁷ bestimmt wird. Gerade mit Blick auf Artikelgesetze, wie z. B. das Wind-an-Land-Gesetz, ist allerdings aufgrund von Regelungen in verschiedenen Sachgebieten eine eindeutige Zuordnung zu einem Ministerium allein aufgrund des Organisationserlasses des Bundeskanzlers kaum möglich.

Die Gemeinsame Geschäftsordnung und der Organisationserlass beinhalten somit

Begriff der Pläne und Programme in der EG-Richtlinie zur strategischen Umweltprüfung, DVBl 2003, S. 227 (229) sowie *Verwiebe*, Umweltprüfungen auf Plan- und Programmebene, 2008, S. 66.

⁸² Vgl. EuGH, Urt. v. 22.02.2022 – C-300/20 – Bund Naturschutz in Bayern e. V./Landkreis Rosenheim, Rn. 41.

⁸³ EuGH, Urt. v. 22.02.2022 – C-300/20 – Bund Naturschutz in Bayern e. V./Landkreis Rosenheim, Rn. 41.

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 22.02.2022 – C-300/20 – Bund Naturschutz in Bayern e. V./Landkreis Rosenheim, Rn. 41; EuGH, Urt. v. 25.06.2020 – C-24/19 P – A u. a./Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen, Rn. 61.

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 22.03.2012 – C-567/10 – Inter-Environnement Bruxelles ASBL u. a./Region Brüssel-Hauptstadt, Rn. 31; *Wegner*, SUP-Pflicht für Windenergieerlasse? – Überlegungen anlässlich EuGH – C-290/15 (D’Oultremont/Wallonie), Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 27 vom 30.03.2022, S. 15; *Bunge*, Zum Anwendungsbereich der strategischen Umweltprüfung, NuR 2012, S. 593 (597).

⁸⁶ *Bunge*, Zum Anwendungsbereich der strategischen Umweltprüfung, NuR 2012, S. 593 (601).

⁸⁷ Organisationserlass des Bundeskanzlers vom 8. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5176).

zum einen nur vage Vorgaben zur Bestimmung der für die Ausarbeitung bestimmter Gesetzentwürfe zuständigen Behörden und zum anderen nur allgemeine, auf sämtliche Gesetzesvorhaben bezogene Verfahrens-, Form- und Inhaltsvorgaben. Mithin erscheint es schon insoweit zweifelhaft, ob diese Vorgaben die zuständigen Behörden und das Ausarbeitungsverfahren für konkrete Gesetzentwürfe bzw. potenzielle Pläne ausreichend festlegen, um davon auszugehen, dass diese Gesetzentwürfe im Sinne des EuGH „aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften erstellt werden müssen“⁸⁸.

Diese Zweifel werden zudem dadurch gestärkt, dass der EuGH in jüngeren Entscheidungen für die Erfüllung dieser Tatbestandsvoraussetzung wörtlich verlangt, dass es

„im nationalen Recht eine besondere Rechtsgrundlage gibt, die die zuständigen Behörden zu seinem [dem Plan oder Programm] Erlass ermächtigt, auch wenn dieser nicht verpflichtend ist.“⁸⁹

Eine solche „besondere Rechtsgrundlage“ kann beispielsweise in § 12e Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)⁹⁰ gesehen werden, der wiederum die Regulierungsbehörde bzw. die Bundesregierung verpflichtet, dem Bundesgesetzgeber mindestens alle vier Jahre einen Entwurf für einen Bundesbedarfsplan vorzulegen. Infolgedessen kann der Bundesbedarfsplan für den Netzausbau insoweit als Plan im Sinne des Art. 2 lit. a) SUP-RL qualifiziert werden.

Für die oben genannten bauplanungsrechtlichen Regelungen fehlt es hingegen an Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, die Zuständigkeits- und Verfahrensregelungen in Bezug auf sie als bestimmte potenzielle Pläne regeln. Folglich dürften die

Regelungen (bzw. die entsprechenden Gesetzentwürfe) zum Repowering nach § 245e Abs. 3 BauGB, zur Aufhebung der Ausschlusswirkung und Fortgeltung positiver Flächenausweisungen nach § 245e Abs. 1 S. 2, 3 BauGB sowie zur gestärkten Außenprivilegierung im Falle des Verfehlens der Flächenbeitragswerte nach § 249 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BauGB nicht im Sinne des EuGH „aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften“ nach Art. 2 lit. a) 2. SpStr. SUP-RL erstellt worden sein und dementsprechend weder dem Planbegriff der SUP-Richtlinie noch einer SUP-Pflicht unterfallen.

Allerdings kann auch mit Blick auf diese formale Voraussetzung des Planbegriffs nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass der EuGH die oben genannten Regelungen zukünftig insoweit als Pläne qualifiziert und sie somit dem Geltungsbereich der SUP-Richtlinie unterwirft. Dies ergibt sich zunächst aus der Unbestimmtheit des Wortlauts von Art. 2 lit. a) 2. SpStr. SUP-RL, der es grundsätzlich auch zulässt, sämtliche Rechtsakte, die auf irgendeiner normativen Grundlage erstellt werden bzw. ergehen, dem Planbegriff zuzuordnen⁹¹. Ferner hat der EuGH in der Rechtssache A u. a. (Windkraftanlagen in Aalter und Nevele)⁹² zunächst am Erfordernis einer konkreten Ermächtigungsgrundlage festgehalten, im Rahmen der Subsumtion des zu entscheidenden Einzelfalls letztlich aber auf eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für den betreffenden Rechtsakt verzichtet. Dabei gilt dieser Verzicht nicht generell, sondern nur bei solchen Rechtsakten, die einen anderen konkreten Plan im Sinne der SUP-Richtlinie ändern⁹³. Damit soll die in dieser Konstellation naheliegende Umgehung der SUP-Pflicht durch die Aufspaltung von Regelungszusammenhängen und die Verlagerung von Teilregelungen in

⁸⁸ Vgl. diese Frage offenlassend *Bunge*, Zum Anwendungsbereich der strategischen Umweltprüfung, NuR 2012, S. 593 (601).

⁸⁹ EuGH, Ur. v. 09.03.2023 – C-9/22 – NJ, OZ/An Bord Pleanála u. a., Rn. 30; EuGH, Ur. v. 22.02.2022 – C-300/20 – Bund Naturschutz in Bayern e. V./Landkreis Rosenheim, Rn. 37.

⁹⁰ Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 448) geändert worden ist.

⁹¹ *Kümper*, Zum Anwendungsbereich der Strategischen Umweltprüfung nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Inter-Environnement Bruxelles, ZUR 2014, S. 74 (76).

⁹² EuGH, Ur. v. 25.06.2020 – C-24/19 – A u. a./Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen, Rn. 35, 53 ff.

⁹³ *Moog/Wegner*, (Noch) keine SUP-Pflicht für Windenergieerlasse – besteht dennoch Handlungsbedarf?, NuR 2021, S. 577 (581); VG Kassel, Ur. v. 23.02.2024 – 11 C 2414/21.T, juris Rn. 358.

Verwaltungsvorschriften ohne explizite Ermächtigungsgrundlage verhindert werden⁹⁴.

(2) Zudem kein Abweichen von konkreten Plänen

In diese Richtung weist auch die materiellrechtliche Auslegung des EuGH von Art. 2 lit. a) SUP-RL, nach der über die im Wortlaut enthaltene „Änderung“ hinaus auch die Aufhebung oder Abweichung von einem Plan ihrerseits als „Plan“ qualifiziert wird⁹⁵. Mit Blick auf die vorliegend betrachteten Rechtsakte, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Abweichung von Regionalplänen ermöglichen, scheint dieses Kriterium vordergründig zwar erfüllt. Letztlich würde dies aber übersehen, dass die Repoweringregelung ebenso wie die weiteren oben genannten Regelungen im Rahmen einer legislativen Neuordnung eines ganzen Rechtsbereichs Abweichungen von einer unbestimmten Vielzahl von Regionalplänen im gesamten Bundesgebiet regeln, wohingegen der EuGH bisher lediglich Rechtsakte einbezogen hat, die ein Abweichen von einem einzelnen konkreten Plan oder Programm ermöglichen. Sowohl mit Blick auf das Erfordernis einer besonderen Rechtsgrundlage als auch in materieller Hinsicht dürften nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung des EuGH daher bundesweit geltende Rechtsakte, die ein Abweichen von einer unbestimmten Vielzahl an Plänen kraft Gesetzes erlauben, vom Planbegriff der SUP-Richtlinie nicht erfasst werden. Angesichts der Dynamik der Rechtsprechung bleiben indessen auch diesbezüglich Unsicherheiten für die Zukunft bestehen⁹⁶.

3. Auswirkungen auf Regelungen und Genehmigungen

Würde der EuGH die bauplanungsrechtlichen Regelungen wider Erwarten in den Planbegriff der SUP-Richtlinie miteinbeziehen, so wären erhebliche Konsequenzen einer unterlassenen SUP bei der Erstellung der jeweiligen Gesetzentwürfe nicht auszuschließen. Durch das (dann) unionsrechtswidrige Unterlassen einer SUP würden die bauplanungsrechtlichen Regelungen mit dem Unionsrecht kollidieren und wären nach den Grundsätzen zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts unanwendbar⁹⁷. Dementsprechend könnten in laufenden Genehmigungsverfahren keine Genehmigungen erteilt werden, soweit die planungsrechtliche Zulässigkeit nicht anderweitig begründet werden kann. Genehmigungen, die aufgrund unionsrechtswidriger Regelungen erteilt wurden, könnten dann zum einen im Rahmen von Anfechtungsklagen (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 Verwaltungsgerichtsordnung [VwGO]⁹⁸) angegriffen werden. Zum anderen könnten bestandskräftige Genehmigungsbescheide gemäß § 48 VwVfG im Ermessen der Behörde zurückgenommen werden⁹⁹. Ob die Behörden hierbei im Sinne einer Ermessensreduzierung auf Null zur Rücknahme gezwungen wären, kann hingegen nicht rechtssicher beurteilt werden¹⁰⁰.

4. Zwischenfazit

Die relevanten bauplanungsrechtlichen Regelungen, die ein Abweichen von bestehenden Plänen kraft Gesetzes vorsehen (namentlich § 245e Abs. 1, S. 2, 3 BauGB, § 245e Abs. 3 BauGB, § 249 Abs. 5 BauGB und § 249 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BauGB), dürften als allgemeine Gesetzgebungsakte weder unter formellen noch unter materiellen

⁹⁴ Moog/Wegner, (Noch) keine SUP-Pflicht für Windenergieerlasse – besteht dennoch Handlungsbedarf?, NuR 2021, S. 577 (581).

⁹⁵ Siehe oben Abschnitt B. I. .

⁹⁶ Siehe Spannowsky, Beschleunigter Ausbau der Windkraft- und Photovoltaiknutzung und deren Folgen für die Raumordnungsplanung und Bauleitplanung, ZfBR 2023, S. 18 (24), der in Bezug auf das WindBG (gemeint ist allerdings wohl das WaLG) ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Erfordernis einer Umweltprüfung sieht.

⁹⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 18.07.2023 – 4 CN 3/22, juris Rn. 16 f.

⁹⁸ Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 24. Oktober 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 328) geändert worden ist.

⁹⁹ Vgl. Kukk, Was gilt nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts für gemäß § 13b BauGB erlassene Bauungs- und „berichtigte“ Flächennutzungspläne sowie auf dieser Grundlage ergangene Verwaltungsakte?, ZfBR 2023, S. 735 (741).

¹⁰⁰ Siehe oben Abschnitt C. II. 3. C. II. 3.

Gesichtspunkten vom Planbegriff nach Art. 2 lit. a) SUP-RL erfasst werden.

Folglich dürfte auch die Entscheidung des BVerwG und die ihr zugrunde liegende EuGH-Rechtsprechung zum Geltungsbereich der SUP-Richtlinie grundsätzlich keine Auswirkungen auf die genannten Regelungen haben. Allerdings kann aufgrund der bisherigen dynamischen Rechtsprechung des EuGH, der den Planbegriff in zahlreichen Entscheidungen zunehmend

weit ausgelegt hat, nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass dieser künftig auch bestimmte allgemeine Gesetzgebungsakte, die ein Abweichen von Plänen kraft Gesetzes bewirken, in den Planbegriff der SUP-Richtlinie miteinbezieht. Im Falle einer entsprechenden Weiterentwicklung der Rechtsprechung könnten die Konsequenzen eines (dann) unionsrechtswidrigen Unterlassens einer SUP erheblich sein.

E. Ansätze zur Wiederausweitung der Zielabweichung

Als gesetzgeberische Reaktionen auf die unionsrechtlich bedingte Einengung der Zielabweichung durch das BVerwG kommen jedenfalls zwei Ansatzpunkte in Betracht. Zum einen könnten verstärkt gesetzliche Regelungen gefasst werden, die unmittelbar kraft Gesetzes Abweichungen von Zielen der Raumordnung zulassen (I.). Zum anderen könnte ausdrücklich die Pflicht zur Durchführung einer SUP bzw. eine SUP-Vorprüfungspflicht im Rahmen des Zielabweichungsverfahrens geregelt werden (II.). Weitere, zweckmäßigere Optionen lassen sich auf Grundlage der Rechtsprechung nicht ausschließen, dürften jedoch rechtlichen Risiken ausgesetzt sein (III.).

I. Regelung von Zielabweichungen kraft Gesetzes

Regelungen, die zu Zielabweichungen unmittelbar kraft Gesetzes führen, würden im Gegensatz zu Zielabweichungen aufgrund von Zielabweichungs-(antrags-)verfahren die Durchführung einer SUP im Einzelfall erübrigen. Wenngleich diese gesetzlichen Regelungen im Ergebnis ebenfalls eine Abweichung von einem Plan ermöglichen, würden sie als allgemeine Gesetzgebungsakte wohl keine SUP-Pflicht auslösen¹⁰¹. Um jegliche Zweifel in Bezug auf einen Verstoß gegen die SUP-Richtlinie auszuräumen, könnte zudem im Rahmen der Erstellung der betreffenden Gesetzentwürfe vorsorglich eine SUP durchgeführt werden.

Allerdings würde mit entsprechenden gesetzlichen Zielabweichungen – nicht zuletzt, weil die Beteiligung der betroffenen Planungsbehörden wegfiel – potenziell erheblich in die planerische Steuerung der

Flächenbereitstellung für die Windenergie und PV eingegriffen. Insbesondere durch die Kumulation mit bereits bestehenden gesetzlichen Ausnahmen von der Bindungswirkung der Ziele der Raumordnung stiege zudem das Risiko, dass Bestandspläne nicht mehr vollziehbar, mithin funktionslos und damit unwirksam würden¹⁰².

Mit Blick auf den Windenergieausbau könnte konkret die Gemeindeöffnungsklausel von einem Instrument mit Zielabweichung im Wege eines Antragsverfahrens hin zu einer Ermöglichung der Zielabweichung kraft Gesetzes umgestellt werden. Dazu müssten die Tatbestandsvoraussetzungen der Gemeindeöffnungsklausel so gefasst werden, dass sie keine behördliche Zielabweichungsentscheidung im Einzelfall mehr voraussetzen, sondern unmittelbar eine gesetzgeberische Entscheidung über die Zielabweichung in den erfassten Fällen enthalten. Zudem wären Vorkehrungen gegen das Funktionsloswerden betroffener Pläne zu treffen, wobei sich entsprechende Maßnahmen bereits in der Vergangenheit als konzeptionell schwierig dargestellt haben¹⁰³.

Auch im Bereich der Freiflächen-PV weist der beschriebene Weg Schwierigkeiten auf. Zwar könnte der Gesetzgeber theoretisch normieren, dass raumordnerische Ziele der Planung und Genehmigung von PV-Freiflächenanlagen generell nicht widersprechen. Dies würde auch die oben beschriebene Hemmniswirkung beseitigen. Eine solche Regelung stünde aber in einem deutlichen Widerspruch zum Steuerungsanspruch der Raumordnung und würde das Gefüge der Planungshierarchie in Bezug auf PV-Freiflächenanlagen aushebeln.

¹⁰¹ Siehe dazu ausführlich Abschnitt D. III.

¹⁰² Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.03.2023 – 4 A 9.21, juris Rn. 39; m. w. N. *Bons/Jakob/Pape/Wegner*, Auswirkungen von Gesetzesänderungen auf Raumordnungspläne am Beispiel aktueller Entwicklungen in Thüringen, UBA Climate Change 67/2021, S. 19 f.

¹⁰³ *Bons/Jakob/Pape/Wegner*, Auswirkungen von Gesetzesänderungen auf Raumordnungspläne am

Beispiel aktueller Entwicklungen in Thüringen, UBA Climate Change 67/2021, S. 20 f.; vgl. außerdem die Repoweringregelung des § 245e Abs. 3 BauGB, die, wohl auch um die Funktionslosigkeit von Bestandsplänen zu vermeiden, nur greift, soweit Grundzüge der Planung nicht berührt werden.

Folglich erscheint hinsichtlich des Windenergie- und PV-Freilächenausbaus die Regelung von Zielabweichungen kraft Gesetzes wohl allenfalls bedingt geeignet, die Beschränkung des Zielabweichungsverfahrens infolge der Entscheidung des BVerwG zu kompensieren.

II. Normierung einer SUP-Pflicht für das Zielabweichungsverfahren

Vielversprechender und rechtssicherer wäre es demgegenüber, für das Zielabweichungsverfahren (einschließlich des Sonderfalls der Gemeindeöffnungsklausel) eine gesonderte SUP-Pflicht zu normieren. Der Gesetzgeber würde damit bewirken, dass die Zielabweichung und damit auch die Gemeindeöffnungsklausel nicht länger mit dem Urteil des BVerwG¹⁰⁴ auf Fälle ohne voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen beschränkt werden müsste, sondern wieder – auf Kosten eines erhöhten Verfahrensaufwands – im ursprünglichen Umfang möglich wäre.

Rechtlich verortet werden könnte eine solche SUP-Pflicht in Anlage 5 Nummer 1 zum UVPG¹⁰⁵ sowie im Raumordnungsgesetz des Bundes oder den Planungsgesetzen der Länder.

1. Zielabweichungen auch bei voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen

Konkret würde die Normierung einer SUP-Pflicht für Zielabweichungen die

unionsrechtskonforme Auslegung der Grundzüge der Planung nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG a. F., wie sie vom BVerwG vorgenommen wurde¹⁰⁶, obsolet machen. Das Tatbestandsmerkmal müsste nicht mehr dahingehend eng ausgelegt werden, dass Zielabweichungen keine voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen haben dürfen, um einen Widerspruch zur SUP-Richtlinie zu verhindern. Zugleich würde der Gesetzgeber mit der Normierung einer SUP-Pflicht deutlich machen, dass voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen nicht – wie es das BVerwG derzeit annimmt (Rn. 30) – zwingend nur durch den Plangeber, sondern auch im Zielabweichungsverfahren verarbeitet werden können. Insgesamt würde dadurch, dass eine SUP nunmehr bei Zielabweichungen durchzuführen wäre, wieder allein die überkommene Auslegung der Grundzüge der Planung maßgeblich¹⁰⁷.

Sofern diese Voraussetzung erfüllt und die Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG raumordnerisch vertretbar ist, könnte zudem die kürzlich erfolgte Umstellung¹⁰⁸ des § 6 Abs. 2 S. 1 ROG von einer Kann- in eine Soll-Vorschrift wirksam werden. Hiernach ist beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen die Zielabweichung regelmäßig zu erteilen, ohne dass ein Ermessensspielraum für die Behörde besteht. Nurmehr in atypischen Ausnahmefällen kann die Raumordnungsbehörde aufgrund eigener Ermessenserwägungen hiervon absehen¹⁰⁹.

Für den PV- und Windenergieausbau wären Zielabweichungsverfahren grundsätzlich wieder auch bei voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen möglich. Dass

¹⁰⁴ Siehe oben Abschnitt B.

¹⁰⁵ Es würde sich damit gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 UVPG i. V. m. Nummer 1 Anlage 5 UVPG um eine obligatorische SUP-Pflicht handeln. Eine SUP-Pflicht bei Rahmensetzung gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 UVPG i. V. m. Nummer 2 Anlage 5 UVPG erscheint demgegenüber in Bezug auf Zielabweichungen fraglich, da die Zielabweichung vor allem eine behördeninterne Wirkung für die jeweils planende Gemeinde hat und sich nicht direkt auf Zulassungsentscheidungen für UVP-pflichtige Vorhaben auswirkt, vgl. *Schink*, in: *Schink/Reidt/Mitschang*, UVPG/UmwRG, 2. Aufl. 2023, § 35 UVPG Rn. 15.

¹⁰⁶ Siehe oben Abschnitt B. II.

¹⁰⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.2010 – 4 C 8/10, juris Rn. 26; *Kment*, in: *Kment*, ROG mit Landesplanungsrecht, 2019, § 6 Rn. 71; siehe auch *Kümper*, Neues zur Abweichung

von den Zielen der Raumordnung – Teil 1: Neufassung des § 6 Abs. 2 ROG, ZfBR 2023, S. 531 (536).

¹⁰⁸ Art. 1 Nr. 4 Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften vom 22. März 2023 (ROGÄndG) (BGBl. 2023 I Nr. 88, S. 2); vgl. auch BT-Drs. 20/4823, S. 22.

¹⁰⁹ Zu dieser Bedeutung von Soll-Vorschriften siehe *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 11; skeptisch in Bezug auf § 6 Abs. 2 S. 1 ROG *Kümper*, Neues zur Abweichung von den Zielen der Raumordnung – Teil 1: Neufassung des § 6 Abs. 2 ROG, ZfBR 2023, S. 531 (534 ff.). Bei EE-Anlagen ist ohnehin § 2 S. 2 EEG zu beachten, aus dem in vergleichbarer Weise eine Regel-Ausnahme-Beziehung abzuleiten ist, vgl. *Sailer/Militz*, Gesetzgeberische Wertungsentscheidungen zur Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien – eine

trotz solcher Umweltauswirkungen Zielabweichungen bewilligt werden könnten, mag zwar im Ausgangspunkt kontraintuitiv erscheinen. Hieran zeigt sich aber, dass die SUP ein primär *verfahrensrechtliches* Instrument ist, das Entscheidungen über Umweltbelange lediglich auf eine ausreichende Informationsgrundlage stellen, sie aber nicht unmittelbar im Ergebnis vorwegnehmen soll¹¹⁰. Unter Umweltgesichtspunkten bleibt diese Wiederausweitung gleichwohl nicht unproblematisch, da im Rahmen von Zielabweichungen die erheblichen Umweltauswirkungen nur bedingt verarbeitet werden können. Der Gesetzgeber nähme mit einer solchen Ausweitung eine geringere Koordinationsmöglichkeit im Vergleich mit der ansonsten erforderlichen Planänderung im Interesse der zeitnahen Transformation hin.

Aufseiten der PV könnten im Falle entgegenstehender Raumordnungsvorgaben durch Zielabweichungen wieder Flächen in größerem Umfang für raumbedeutsame privilegierte Anlagen bereitgestellt oder mittels Bebauungsplänen sowie Solarenergiegebieten ausgewiesen werden¹¹¹. Für die Zukunft sollte dies jedoch bevorzugt im Rahmen planerischer Steuerung erfolgen.

Im Windenergiebereich könnten im Einzelfall Ziele der Raumordnung überwunden werden, die einem Zubau oder Repowering von Anlagen außerhalb von Windenergiegebieten entgegenstehen¹¹². Die bisherigen zielförmigen Ausschlussplanungen werden dagegen im Zeitraum bis spätestens Ende 2027 durch die Repoweringregelung in § 245e Abs. 3 BauGB gesondert adressiert und laufen danach mit der Entprivilegierung von Windenergieanlagen gemäß § 249 Abs. 2 BauGB aus. Ähnlich verhält es sich mit entsprechenden Ausschlussplanungen gegenüber den kommunalen Planungsträgern, die bis zur Fortgeltung der Ausschlussplanungen bis längstens Ende 2027 durch die Gemeindeöffnungsklausel in § 245e Abs. 5 BauGB überwunden werden können. In neuen Plänen dürfte eine

Ausschlussplanung gegenüber der Bauleitplanung in Zukunft hingegen ohnehin nicht mehr möglich sein, so dass keine entsprechenden Zielabweichungen mehr erforderlich sind¹¹³.

2. Umgang mit einem erhöhten Verfahrensaufwand

Die Wiederausweitung der Zielabweichung durch die Normierung einer SUP-Pflicht hat aus der Perspektive des Anlagenzubaues den Preis eines erhöhten Verfahrensaufwands zur Folge. Fortan wären bei der Zielabweichung die Verfahrensschritte der SUP zu durchlaufen, d. h. insbesondere ein Untersuchungsrahmen festzulegen, ein Umweltbericht zu erstellen und andere Behörden sowie die Öffentlichkeit zu beteiligen (vgl. §§ 39 ff. UVPG). Zu berücksichtigen wäre das Ergebnis der SUP dann letztlich in der Anwendung der Soll-Vorschrift des § 6 Abs. 2 S. 1 ROG, nach der Zielabweichungsanträgen in der Regel stattzugeben ist¹¹⁴. Sofern das Ergebnis der SUP auf einen atypischen Sonderfall deutet, stünde es demnach im Ermessen der Behörde, die Zielabweichung zu versagen.

Trotz dieses gesteigerten Verfahrensaufwands wäre die Zielabweichung verglichen mit der kurzfristigen Änderung des jeweiligen Regionalplans immer noch das deutlich schlankere Verfahren. Insbesondere hätte die Zielabweichung weiterhin den Charakter einer behördlichen Einzelfallentscheidung, während bei Regionalplanänderungen gemäß § 7 Abs. 2 S. 1, Abs. 7 ROG eine planerische Gesamtabwägung und ein deutlich aufwendigeres Verfahren erforderlich werden.

Hinzu kommt, dass rechtliche Möglichkeiten bestünden, um mit dem erhöhten Verfahrensaufwand einer gesonderten SUP für die Zielabweichung möglichst effizient umzugehen. Zum einen wären Ausnahmen von der SUP-Pflicht nach einer Vorprüfung denkbar (a)). Zum anderen könnte das

Zwischenbilanz zu Inhalt und Wirkungsweise von § 2 EEG 2023 und Art. 3 EU-Notfall-Verordnung, ZNER 2024, S. 87 (91).

¹¹⁰ Vgl. *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, 2011, § 8 Rn. 135, 137; *Schink*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG/UmwRG, 2. Aufl. 2023, § 33 UVPG Rn. 1.

¹¹¹ Vgl. oben Abschnitt C. II.

¹¹² Siehe oben Abschnitt D. I.

¹¹³ § 28 Abs. 1 Hs. 2 ROG-E (BR-Drs. 396/24, S. 21) sieht ausdrücklich vor, dass eine Ausschlussplanung gegenüber den Kommunen ausdrücklich nicht mehr möglich ist.

¹¹⁴ Zur Berücksichtigung des Ergebnisses der SUP vgl. § 43 Abs. 2 UVPG.

Prüfmaterial in einem etwaig anschließenden Bebauungsplanverfahren sowie bei der Vorhabenzulassung teilweise wiederverwendet werden (b)).

a) Ausnahme von der SUP-Pflicht nach einer Vorprüfung

Nach Art. 3 Abs. 3 SUP-RL bzw. § 37 S. 1 UVPG bedürfen Pläne, die die Nutzung lediglich „kleiner Gebiete auf lokaler Ebene“ festlegen, nicht in jedem Fall einer SUP¹¹⁵. Eine Vorprüfung des Einzelfalls kann hier ergeben, dass der Plan bzw. die Zielabweichung keine voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen hat und eine vollständige SUP daher unterbleiben kann.

Für das Vorliegen eines kleinen Gebiets auf lokaler Ebene fordert der EuGH, dass der betreffende Plan „von einer lokalen Behörde im Gegensatz zu einer regionalen oder nationalen Behörde ausgearbeitet und/oder erlassen worden [ist] [...] und das fragliche Gebiet innerhalb des räumlichen Zuständigkeitsgebiets der lokalen Behörde [...] im Verhältnis zu diesem Zuständigkeitsgebiet nur eine geringe Größe [aufweist]“¹¹⁶. Im deutschen Planungsrecht werden kleine Gebiete auf lokaler Ebene folglich bei Planungen der Gemeinden bejaht, die lediglich gemeindliche Teilgebiete von jedenfalls weniger als 15 Prozent des Gemeindegebiets betreffen¹¹⁷. Ausgehend von dem europarechtlichen Verständnis der Zielabweichung als eigenem Plan wären Anträge der Gemeinden auf Gewährung der Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 S. 2 ROG folglich als solche gemeindlichen Planungen zu begreifen.

Indem auf eine vollständige SUP auch bei diesem Ausnahmetatbestand nur verzichtet werden kann, wenn die Zielabweichung keine voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen hat, werden allerdings prinzipiell alle bereits oben beschriebenen Rechtsunsicherheiten in Bezug auf dieses Erfordernis relevant¹¹⁸. In der Konsequenz sind Ausnahmen von einer vollständigen SUP nur möglich, wenn die Auswirkungen von PV-Freiflächen- oder Windenergieanlagen aufgrund der Anlagengröße und der Einzelfallumstände besonders überschaubar sind.

b) Abschichtung des Prüfmaterials mit nachfolgenden (Strategischen) Umweltprüfungen

Zur Vermeidung von Mehrfachprüfungen und einer sinnvollen Abschichtung zwischen den Planungsebenen kann das durch eine SUP gewonnene Prüfmaterial grundsätzlich innerhalb der Planungshierarchie wiederverwendet werden¹¹⁹. Für den PV- und Windenergieausbau wird dies in Bezug auf Anlagen relevant, die neben der Zielabweichung einen Bebauungsplan benötigen. Hierunter fallen nicht privilegierte PV-Freiflächen- sowie Windenergieanlagen, die außerhalb von regionalen Windenergiegebieten realisiert werden.

§ 2 Abs. 4 S. 5 BauGB regelt insofern, dass die Umweltprüfung in einem Bebauungsplanverfahren auf zusätzliche oder andere erhebliche Umweltauswirkungen beschränkt werden soll, wenn gleichzeitig oder zuvor eine SUP in einem Raumordnungs-, Flächennutzungs- oder Bebauungsplanverfahren durchgeführt wird bzw. wurde¹²⁰. Bei der Normierung einer SUP-

¹¹⁵ Die in diesen Vorschriften genannte Alternative einer geringfügigen Planänderung passt nicht auf das europarechtlich determinierte Verständnis der Zielabweichung als eigener Plan, der erstmalig aufgestellt wird, vgl. oben Abschnitt B. I.

¹¹⁶ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-444/15 – Associazione Italia Nostra Onlus/Comune di Venezia u. a., Rn. 74.

¹¹⁷ *Leidinger*, in: Beckmann/Kment, UVPG/UmwRG, 6. Aufl. 2023, § 37 UVPG Rn. 10 f.; *Peters/Balla/Hesselbarth*, UVPG, 4. Aufl. 2019, § 37 Rn. 4; *Schink*, in: Schink/Reidt/Mitschang, UVPG/UmwRG, 2. Aufl. 2023, § 35 UVPG Rn. 17, § 37 UVPG Rn. 5.

¹¹⁸ Siehe oben Abschnitte C. I. und D. I.; insbesondere sind Anlage 6 UVPG, auf die sich § 35 Abs. 4 UVPG bezieht, und Anlage 2 ROG, auf die BVerwG, Urt. v. 28.09.2023 – 4 C 6/21, juris Rn. 31 verweist, praktisch identisch; allgemein zur Problematik stellt etwa *Leidinger*, in: Beckmann/Kment, UVPG/UmwRG, 6. Aufl. 2023,

§ 35 UVPG Rn. 55 treffend fest: „Die Beurteilung der Erheblichkeit wird dadurch erschwert, dass weder das UVPG noch die SUP-RL hierzu einen allgemeinen, abstrakten Maßstab definieren.“ Im Rahmen der Vorprüfung ist dabei anders als bei einer vollständigen SUP lediglich eine überschlägige Prüfung durchzuführen, siehe *Europäische Kommission*, Umsetzung der Richtlinie 2001/42/EG des europäischen Parlamentes und des Rates über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, Ziff. 3.57, <https://www.bmuv.de/download/pruefung-der-umweltauswirkungen-bestimmter-plaene-und-programme> sowie *Peters/Balla/Hesselbarth*, UVPG, 4. Aufl. 2019, § 35 Rn. 18.

¹¹⁹ Siehe Art. 4 Abs. 3, 5 Abs. 2, 3 SUP-RL.

¹²⁰ Einschränkung gilt dabei insbesondere, dass die Wiederverwendung des vorhandenen Prüfmaterials

Pflicht für Zielabweichungsverfahren wäre hier zumindest klarstellend die Ergänzung aufzunehmen, dass in Bebauungsplanverfahren auch das Prüfmateriale aus einer Zielabweichungs-SUP wiederverwendet werden kann.

Im Übrigen ist eine Abschichtung des Prüfmateriale auch im nächsten Schritt der Vorhabenrealisierung zwischen der etwaig erforderlichen Bebauungsplanung und der nachfolgenden Zulassungsentscheidung möglich. Sofern für PV-Freiflächen- und Windenergieanlagen auf Zulassungsebene eine UVP durchzuführen ist¹²¹, soll diese nach § 50 Abs. 3 UVPG auf zusätzliche oder andere erhebliche Umweltauswirkungen beschränkt werden.

III. Zwischenfazit

Durch die Normierung einer SUP-Pflicht für das Zielabweichungsverfahren (einschließlich der Gemeindeöffnungsklausel) könnte dieses grundsätzlich auch wieder bei voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen zum Einsatz kommen. Im Vergleich mit der Regelung von Zielabweichungen kraft Gesetzes wäre dies die rechtssicherere Lösung. Ein besonderes Augenmerk wäre bei dieser Reaktionsmöglichkeit aber darauf zu legen, den gesteigerten Verfahrensaufwand durch die gesonderte SUP für die Zielabweichung sachgerecht innerhalb der Planungshierarchie zu verarbeiten. Hierzu existieren mit § 2 Abs. 4 S. 5 BauGB und § 50 Abs. 3 UVPG bereits im geltenden Recht entsprechende Abschichtungsregelungen. Anders als mitunter in der bisherigen Planungspraxis wären diese verstärkt und „mutig“ zu nutzen¹²². Jedenfalls klarstellend

wäre § 2 Abs. 4 S. 5 BauGB dahingehend zu ergänzen, dass auch das Prüfmateriale aus einer Zielabweichungs-SUP in einer nachfolgenden Umweltprüfung in einem Bebauungsplanverfahren wiederverwendet werden kann.

Trotz dieser Abschichtungsmöglichkeiten wäre der zusätzliche Aufwand einer SUP im Zielabweichungsverfahren regelmäßig erheblich. Gerade in Konstellationen, in denen auf nachfolgender Ebene nicht unmittelbar ein Genehmigungsverfahren, sondern ein weiteres Planungsverfahren mit eigener Umweltprüfung bzw. SUP stattfindet, kann die SUP im Zielabweichungsverfahren zudem schnell einen formalistischen Charakter bekommen, zumal die Umweltauswirkungen hier nur in begrenztem Umfang verarbeitet werden können. Gesetzgeberische Reaktionsmöglichkeiten, die den Aufwand einer zusätzlichen SUP vermeiden und diese beispielsweise auf einer nachfolgenden Planungsebene konzentrieren, wären vor diesem Hintergrund durchaus wünschenswert. Das BVerwG hat sich hierzu nicht geäußert und musste dies auch deswegen nicht, da es davon ausgehen durfte, dass nach bestehender Gesetzeslage in Fällen voraussichtlich erheblicher Umweltauswirkungen eine Planänderung erforderlich ist. Zweckmäßigere Lösungen müssten deshalb in erster Linie an europarechtlichen Vorgaben gemessen werden und dürften aufgrund der eher restriktiven Haltung des EuGH zu den Möglichkeiten der Abschichtung Rechtsunsicherheiten ausgesetzt sein. Ausschließen lassen sich solche Möglichkeiten aber nicht.

Richtet man den Blick auf die Nachteile und Risiken der hier aufgeführten Ansätze zur Wiederausweitung der Zielabweichung,

die umfassende Prüfung der einzelnen Elemente des Bebauungsplanverfahrens nicht beeinträchtigen darf und das Prüfmateriale ausreichend aktuell sowie exakt sein muss, *Europäische Kommission*, Umsetzung der Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, Ziff. 4.6 f., <https://www.bmuv.de/download/pruefung-der-umweltauswirkungen-bestimmter-plaene-und-programme>; m. w. N. *Krautzberger/Kment*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 153. EL 2024, § 2 Rn. 538 ff.

¹²¹ Jegliche PV-Freiflächenanlagen sind dabei nach § 14b UVPG n. F. auf Antrag befristet bis zum 30. Juni 2025 nicht UVP-pflichtig, so dass sich die Frage der Abschichtung des Prüfmateriale auf der Zulassungsebene (§ 50 Abs. 3 UVPG) für sie erübrigt. Unabhängig davon

sind privilegierte PV-Freiflächenanlagen generell (noch) nicht UVP-pflichtig, da § 1 Abs. 1 Nr. 1 UVPG i. V. m. Ziff. 18.7 Anl. 1 UVPG auf einen *Bebauungsplan* abstellen. Außerdem kann die UVP-Pflicht für PV-Freiflächen- und Windenergieanlagen entfallen, weil diese in einem Beschleunigungsgebiet realisiert werden, siehe §§ 6b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 6c Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WindBG-E in BR-Drs. 396/24, S. 2 f., 5 f.

¹²² Eingehend hierzu *Balla/Sangenstedt*, Umweltverträglichkeitsprüfung in beschleunigten Zeiten – Gedanken zur funktionalen Auslegung und effektiven Anwendung des UVPG sowie zur möglichen Weiterentwicklung des UVP-Rechts – Teil 2, ZUR 2023, S. 476 (486, 488 f.); ebenso *Kahl/Kaiser*, Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung in Krisenzeiten durch Einschnitte bei UVP und SUP, EurUP 2024, S. 191 (201).

unterstreicht dies, dass sich die raumordnerischen Planungsträger bei aktuellen und kommenden Planfortschreibungen keinesfalls darauf verlassen können, dass durch das Zielabweichungsverfahren eine ausreichende Flexibilität besteht, um zunächst restriktive Zielvorgaben für Wind und PV nachfolgend in größerem Maße „abzufedern“. Raumordnerische Zielvorgaben sollten daher bereits von Beginn an als Lösungen konzipiert werden, die den PV- und Windenergieausbau einerseits zwar

ausreichend steuern, andererseits aber gleichzeitig das Erreichen der Ausbauziele ermöglichen, ohne dass hierzu Zielabweichungen notwendig sind. Im PV-Bereich hat dies eine nochmals hervorgehobene Bedeutung, da hier eine dem WindBG-Prozess entsprechende Mengensteuerung des Ausbaus nicht vorhanden ist, mithin die Planungsträger in stärkerem Maße dazu aufgerufen sind, dem Klimaschutzbelang in ihren Abwägungen das erforderliche Gewicht beizumessen.

F. Gesamtfazit: Die Zielabweichung als notwendiges Flexibilisierungsinstrument erhalten

Zielabweichungen bilden einen wichtigen Baustein, um im Falle entgegenstehender Raumordnungsvorgaben aufwendige Änderungen von Raumordnungsplänen zu vermeiden und die EE-Ausbauziele durch eine kurzfristige und ausreichende Flächenbereitstellung zu erreichen. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass der Gesetzgeber das Zielabweichungsverfahren in § 6 Abs. 2 S. 1 ROG kürzlich durch die Normierung einer Soll-Vorschrift gestärkt und im Windbereich zahlreiche Sonderregelungen für die Zielabweichung vorgesehen hat.

Demgegenüber stellt die extensive Auslegung des Geltungsbereichs der SUP-Richtlinie durch den EuGH nach Ansicht des BVerwG auch erhöhte Anforderungen an die Zielabweichung und wirft zahlreiche Rechtsunsicherheiten auf. In Reaktion hierauf schränkt das BVerwG nunmehr die Zulässigkeit von Zielabweichungsentscheidungen deutlich ein. Im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung gelangt es zu dem Ergebnis, dass Zielabweichungen mit voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen die Grundzüge der Planung nach § 6 Abs. 2 S. 1 ROG a. F. berühren und daher unzulässig sind. In der Folge sei das Zielabweichungsverfahren nur noch in solchen Fällen anwendbar, in denen es voraussichtlich nicht zu erheblichen Umweltauswirkungen kommt.

Da zumindest unklar ist, wann Zielabweichungen für Windenergie- und PV-Freiflächenanlagen voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen verursachen, folgt aus der restriktiven Rechtsprechung des BVerwG, dass das Zielabweichungsverfahren sowohl für die kommunale Planung als auch für die Zulassung von Windenergie- und PV-Freiflächenanlagen kaum mehr (rechtssicher) genutzt werden kann. Auch mit Blick auf die Gemeindeöffnungsklausel nach § 245e Abs. 5 BauGB, die ebenfalls an das Zielabweichungsverfahren anknüpft, steht in Frage, inwieweit auf Grundlage dieser Klausel noch zusätzliche Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden können.

Als Reaktion hierauf könnte der Gesetzgeber eine eigene SUP-Pflicht für das Zielabweichungsverfahren normieren und dieses somit grundsätzlich wieder selbst in Fällen voraussichtlich erheblicher Umweltauswirkungen anwendbar machen. Der hiermit insbesondere erhöhte Verfahrensaufwand, der für sich genommen im Spannungsverhältnis zu den aktuellen Vereinfachungs- und Beschleunigungsbemühungen steht, sollte in der Planungshierarchie sachgerecht verarbeitet werden. Das Zielabweichungsverfahren könnte auf diesem Weg weiterhin die raumordnerische Planung flexibilisieren und den Ausbau der Windenergie und Freiflächen-PV beschleunigen.

Die bauplanungsrechtlichen Regelungen, die ein Abweichen von bestehenden Zielen der Raumordnung kraft Gesetzes vorsehen, dürften dagegen als allgemeine Gesetzgebungsakte nicht vom Planbegriff nach Art. 2 lit. a) SUP-RL erfasst werden, so dass sie nicht von der Entscheidung des BVerwG betroffen sind. Allerdings kann aufgrund der bisherigen Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass dieser in Zukunft auch bestimmte allgemeine Gesetzgebungsakte, die ein Abweichen von Plänen kraft Gesetzes bewirken, in den Planbegriff miteinbezieht. In diesem Fall könnten die Konsequenzen eines (dann) unionsrechtswidrigen Unterlassens einer SUP erheblich sein. Beim Erlass entsprechender bauplanungsrechtlicher Regelungen wäre daher zukünftig die vorsorgliche Durchführung einer SUP im Rahmen der Gesetzentwurfserstellung zu erwägen.

Insgesamt führt die Einordnung der Zielabweichung als „Plan“ im Sinne der SUP-Richtlinie durch das BVerwG zu einem Reformbedarf, sofern diese als planerisches Flexibilisierungsinstrument für das Gelingen der Energiewende erhalten bleiben soll.

Kontakt

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

T: +49 931 794077-0

F: +49 931 7940 77-29

info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages