

Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen

Rechtswissenschaftliches Gutachten

im Auftrag der

Stiftung Klimaneutralität

erstellt von

Professor Dr. Martin Kment, LL.M. (Cambridge)

Augsburg

Dezember 2020

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|---|-----------|
| ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE | 9 |
| A. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG | 13 |
| I. Energiewirtschaftliche Rahmenbedingungen | 13 |
| 1. Die Energiewende: Langfristherausforderung des Wechsels von fossilen Brennstoffen zu erneuerbaren Energien | 13 |
| a) Atomausstieg | 13 |
| b) Beendigung der Kohleverstromung | 14 |
| c) Anteil der erneuerbaren Energien am Bruttostromverbrauch nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz | 15 |
| d) Nationale, europäische und internationale Klimaschutzbemühungen | 16 |
| e) Energiewende im Planungsrecht, insbesondere BauGB | 17 |
| f) Langfristprojekt | 19 |
| 2. Strombedarf und Primärenergiebedarf in der Bundesrepublik Deutschland im Zuge der Dekarbonisierung | 20 |
| a) Die Energiewende ist möglich | 20 |
| b) Wachsender Strombedarf und sinkender Primärenergiebedarf | 21 |
| c) Umbau der Energie(infra)struktur | 21 |
| 3. Mangel an Flächen für Windenergieanlagen | 22 |
| a) Entwicklung des Ausbaus von Windenergie | 22 |
| b) Unzureichende Flächenausweisung | 23 |
| aa) Zurückhaltung bei der Flächenausweisung | 23 |
| bb) Hohe, bisweilen zu hohe Anforderungen an die Planung | 24 |
| cc) 2%-Ziel bei der Flächenausweisung | 24 |
| II. Problemstellung | 25 |
| B. ERHÖHUNG VON FLÄCHENAUSWEISUNGEN ZUGUNSTEN DER WINDENERGIENUTZUNG | 25 |
| I. Änderungen des § 35 BauGB und Umgestaltung des § 249 BauGB | 25 |

| | |
|---|----|
| 1. Aktuelle Regelungsstruktur des § 35 BauGB in Bezug auf Windenergieanlagen | 26 |
| a) Der Außenbereich im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB | 26 |
| aa) Juristische Bestimmung des Außenbereichs | 26 |
| bb) Bauplanungsrechtliche Funktionen des § 35 BauGB im Hinblick auf den Außenbereich | 27 |
| b) Privilegierung von Windenergieanlagen gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB | 28 |
| aa) Windenergie im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB | 28 |
| bb) Zulässigkeit ohne Standortentscheidung | 28 |
| cc) Keine Beeinträchtigung öffentlicher Belange – nachvollziehende Abwägung | 30 |
| c) Planerische Einschränkung von Windenergieanlagen durch Konzentrationszonen gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB | 31 |
| aa) Steuerung durch Flächennutzungspläne | 31 |
| bb) Raumordnungsplanerische Steuerung | 33 |
| cc) Die Rechtsprechung des BVerwG zu den Konzentrationszonen - Tabuzonen | 35 |
| dd) Anwendungsschwierigkeiten in der Praxis und systematische Brüche | 39 |
| 2. Weitgreifende Ansiedlungsfreiheit von Windenergieanlagen ohne flächenmäßige Konzentration | 44 |
| a) Keine Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auf Windenergieanlagen (Konzentrationszonenfreistellung) | 44 |
| b) Rechtliche Auswirkungen und Begründung der Konzentrationszonenfreistellung | 45 |
| aa) Baurechtliche Konsequenzen | 45 |
| bb) Raumplanerische Auswirkungen | 46 |
| c) Mögliche Vorbehalte gegenüber der Konzentrationszonenfreistellung | 48 |
| aa) Ungesteuerte Ansiedlung der Windenergieanlagen, insbesondere „Verspargelung“ der Landschaft | 48 |
| bb) Planungserfordernis bei Massenphänomenen im Außenbereich | 50 |
| d) Vereinbarkeit der Konzentrationszonenfreistellung mit der Planungshoheit der Gemeinden | 51 |
| aa) Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG | 51 |
| bb) Eingriff und Rechtfertigung | 52 |
| e) Keine Verletzung von Grundrechten | 53 |
| aa) Körperliche Unversehrtheit | 53 |
| bb) Eigentumsrechte | 54 |
| f) Zwischenergebnis | 55 |

| | |
|--|----|
| 3. Ausreichende Flächenausweisung für Windenergieanlagen mit Konzentrationsmöglichkeiten | 55 |
| a) Gesetzliche Definition erforderlicher Flächenausweisungen | 55 |
| aa) Aktuell ungeklärte Rechtslage zum „Substanziellen Raumschaffen“ bei Windenergieanlagen | 55 |
| bb) Positiv-rechtliche, politische Entscheidung zum erforderlichen Leistungs- bzw. Flächenbedarf | 56 |
| cc) Regelungsbefugnis des Bundes nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und Ausgestaltung | 59 |
| b) Bedingte Konzentrationszonen | 61 |
| aa) Anwendung von Konzentrationszonen unter Förderbedingungen: Nachweis einer flächenbezogenen Mindestausweisung zugunsten der Windenergie | 61 |
| bb) Prüfung des gemeindlichen Nachweises durch die Bundesnetzagentur, Plausibilitätsprüfung | 64 |
| cc) Nachweisfiktion bei Untätigkeit der Bundesnetzagentur, Nachbesserung der eingereichten Unterlagen | 66 |
| dd) Zeitliche Befristung kommunaler Berechtigung zur Konzentrationszonenplanung | 66 |
| ee) Gemeindeübergreifende Bedarfserfüllung bei Raumordnungsplänen, regionalen Flächennutzungsplänen und gemeinsamen Flächennutzungsplänen | 67 |
| c) Sonderfragen zur Raumordnung | 69 |
| aa) Verhältnis der Ziele der Raumordnung zum Flächennutzungsplan | 69 |
| bb) Verhältnis der Sonderregeln für Windenergie zu § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB | 70 |
| d) Verfassungsmäßigkeit bedingter Konzentrationszonen | 71 |
| aa) Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG | 71 |
| bb) Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 14 GG | 71 |
| e) Zusammenführung der Regelungsgehalte in einem § 35 Abs. 3a BauGB | 72 |
| 4. Aufhebung des § 249 Abs. 3 BauGB | 73 |
| a) Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB | 73 |
| aa) Regelungshistorie und Inhalt | 73 |
| bb) Landesrechtliche Mindestabstände zur Wohnbebauung | 74 |
| cc) Unterstützung der Ansiedlung von Windenergieanlagen durch Aufhebung des § 249 Abs. 3 BauGB | 76 |
| b) Erweiterungs- und Repoweringregelungen des § 249 Abs. 1 und 2 BauGB | 78 |
| aa) Inhaltliche Ausrichtung des § 249 Abs. 1 BauGB und Bewertung | 78 |
| bb) Inhaltliche Ausrichtung des § 249 Abs. 2 BauGB und Bewertung | 79 |

| | |
|---|-----------|
| cc) Windenergieneutralität des § 249 Abs. 1 und 2 BauGB | 80 |
| 5. Exkurs: Fachplanung zur Windenergie | 81 |
| a) Planfeststellung abseits der kommunalen Bauleitplanung | 81 |
| b) Nachteile | 82 |
| II. Zur Änderung von Grundlagen der Planung (§ 1 BauGB) | 84 |
| 1. Zur Erweiterung des Katalogs der öffentlichen Belange nach § 1 Abs. 6 BauGB | 84 |
| a) Planungsleitlinien des § 1 Abs. 6 BauGB mit Bezug zur Windenergie | 84 |
| aa) Beispielhafte Aufzählung, Ausrichtung | 84 |
| bb) Erneuerbare Energien gem. § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. f BauGB | 85 |
| cc) Energieversorgung gem. § 1 Abs. 6 Nr. 8 lit. e BauGB | 86 |
| b) Keine Notwendigkeit einer Erweiterung des § 1 Abs. 6 BauGB | 87 |
| 2. Zur Förderung von Windenergie im Lichte des § 1 Abs. 5 S. 2, § 1a Abs. 5 BauGB | 87 |
| a) Bedeutung des Merkmals des „Klimaschutzes“ im Rahmen des § 1 Abs. 5 S. 2 und § 1a Abs. 5 BauGB | 87 |
| aa) Der Normbestand | 87 |
| bb) Klimaschutz als Planungsgrundsatz zugunsten der Windenergienutzung | 88 |
| cc) Windenergie als Abwägungsbelang im Kontext des Umweltschutzes nach § 1a BauGB | 89 |
| b) Kein Bedürfnis für eine weitere Erwähnung der Windenergie | 90 |
| 3. Einführung einer Pflicht zur Ausweisung von Flächen für die Windenergienutzung | 91 |
| a) Planungspflichten nach § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB | 91 |
| b) Zur Einführung einer Planungspflicht zugunsten der Windenergie | 92 |
| aa) Systemwiderspruch | 92 |
| bb) Bestimmbarkeit der Planungspflicht – Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im Einzelfall | 94 |
| cc) Durchsetzung | 94 |
| III. Vereinfachte Planungsverfahren zugunsten der Windenergie | 95 |
| 1. Vereinfachungen bei der Aufstellung von sachlichen und räumlichen Teilflächennutzungsplänen nach § 5 Abs. 2b BauGB | 96 |
| a) Bedeutungsgehalt des § 5 Abs. 2b BauGB | 96 |
| b) Ergänzung des § 5 Abs. 2b BauGB zugunsten der Windenergienutzung de lege ferenda | 97 |

| | |
|---|------------|
| 2. Keine vereinfachte oder beschleunigte Bauleitplanung für Windenergieanlagen | 98 |
| a) Regelungsansätze in § 13, § 13a und § 13b BauGB | 98 |
| aa) Die Grundlagen des § 13 BauGB: das vereinfachte Verfahren | 98 |
| bb) Anknüpfung und Erweiterung durch §§ 13a, 13b BauGB: beschleunigtes Verfahren | 99 |
| b) Vermeidung von Wertungs- und Unionsrechtswidersprüchen aus Anlass der Windenergieplanung | 101 |
| IV. Übergangsregelungen | 101 |
| 1. Wirkungsverlust für bestehende Flächennutzungspläne und raumordnungsrechtliche Vorgaben | 101 |
| a) Grundsatz des intertemporalen Rechts | 101 |
| b) Folgen der Änderung des § 35 BauGB | 102 |
| 2. Zweijähriger Übergangszeitraum | 102 |
| | |
| C. GESETZESVORSCHLAG ZUR ÄNDERUNG DES BAUGB | 103 |
| | |
| I. Änderung des § 35 BauGB | 103 |
| 1. Vorschlag für die Änderung des Gesetzestextes | 103 |
| a) Variante 1 – neuer § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB | 103 |
| b) Variante 2 – neuer § 35 Abs. 3a BauGB | 104 |
| 2. Ergänzende Erläuterung | 105 |
| a) Variante 1 | 105 |
| b) Variante 2 | 105 |
| | |
| II. Änderung des § 5 Abs. 2b BauGB | 105 |
| 1. Gesetzestext – neuer § 5 Abs. 2b S. 2 BauGB | 105 |
| 2. Ergänzende Erläuterung | 106 |
| | |
| III. Einführung einer Übergangsvorschrift in § 245d BauGB | 106 |
| 1. Gesetzestext – neuer § 245d BauGB | 106 |
| 2. Ergänzende Erläuterung | 106 |
| | |
| IV. Aufhebung des § 249 Abs. 3 BauGB | 107 |

| | |
|------------------------------|-----|
| D. ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNG | 108 |
|------------------------------|-----|

| | |
|-------------------------|-----|
| E. LITERATURVERZEICHNIS | 112 |
|-------------------------|-----|

ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

1. Die Energiewende ist ein wichtiges politisches Ziel. Sie setzt viele Anstrengungen zur Abkehr von konventionellen Energiequellen und zum Ausbau erneuerbarer Energien voraus. Zur Bewältigung dieses durchaus komplexen sozio-technischen Transformationsprozesses wurden bereits viele legislative Anstrengungen unternommen. Neben der gesetzlichen Regelung des „Atomausstiegs“ und der Beendigung der Kohleverstromung finden sich auch vielfältige Regelwerke auf der nationalen, europäischen und internationalen Ebene zur Bekämpfung des Klimawandels. Außerdem sieht das Erneuerbare-Energien-Gesetz die Förderungen alternativer Energiequellen voraus, und auch im Planungsrecht lassen sich rechtliche Vorgaben zur Energiewende finden, deren Optimierung und Erweiterung möglich ist.
2. Die Energiewende lässt sich auf der Grundlage der heute schon verfügbaren Technologien umsetzen. Dabei zeigen aktuelle Modellierungen, dass der Primärenergiebedarf in Zukunft sinken wird, während der Strombedarf zukünftig wächst. In Deutschland werden bis zum Jahr 2050 nach einer Studie aus dem Jahr 2020 statt heute 592 TWh bis 962 TWh erforderlich sein, von denen die Windenergie 130 GW installierte Leistung onshore und 70 GW offshore beisteuern müsste, damit die Energiewende gelingt. Auf die Photovoltaik entfällt zudem ein Bedarf von 355 GW installierter Leistung. Parallel hierzu müssen die Energienetze ertüchtigt werden.
3. Die aufgezeigten Leistungsziele müssen durch erneuerbare Energien erbracht werden, die heute noch nicht (vollständig) genutzt werden können. Es fehlen insbesondere die notwendigen Flächenausweisungen, um genügend Anlagen zur Stromgewinnung aus erneuerbaren Energien zu errichten. Nach aktuellen Schätzungen wäre es notwendig, etwa 2% der Gemeindeflächen für die Windenergie zur Verfügung zu stellen. Hiervon ist die Praxis mit bislang 0,9% der Gemeindeflächen noch weit entfernt.
4. Es ist eine bedeutsame gesetzgeberische Aufgabe, für Deutschland den Bedarf an Flächenausweisungen bis zum Jahr 2050 festzustellen. Aus dem festgestellten Bedarf wären Rückschlüsse möglich, welche Flächenausweisungen in den einzelnen Gemeinden notwendig sind (Windenergie-Beitragswert) und welcher Umfang des flankierenden

Netzausbaus hinzukommen muss, damit die Energiewende gelingen kann.

5. Der Bundesgesetzgeber hat zur Feststellung dieses Bedarfs die erforderliche Gesetzgebungskompetenz aus Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Bei der Bedarfsfestlegung besteht eine legislative Gestaltungsfreiheit. So können pauschale Werte genauso festgesetzt werden wie auch Typisierungen erfolgen können. Bei den Typisierungen könnte auf die Besonderheiten einzelner Gemeinden eingegangen werden.
6. Des Weiteren bedarf es einer Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, der in der Praxis zu erheblichen Anwendungsproblemen führt. Er erlaubt die Ausweisung von Konzentrationszonen zu Lasten von bestimmten privilegierten Vorhaben, zu denen auch die Windenergie gehört. Die Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB kann in zwei Varianten erfolgen.
7. Nach Variante 1 werden Windenergienutzungen vollständig aus dem Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herausgenommen. Die damit verbundenen größeren Freiheiten führen nicht zu einer unbegrenzten Ansiedlung von Windenergieanlagen. Insbesondere ist der Gesundheits- und Naturschutz (etwa durch das BImSchG oder BNatSchG) weiter gewährleistet. Die Vorbehalte einer Belastung der Landschaft (Verspargelung) bleiben bestehen. Ein Planungserfordernis wird aber nicht ausgelöst.
8. Nach Variante 2 dürfen Planungsträger auch zum Nachteil von Windenergieanlagen auf § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zurückgreifen. Dies ist aber an die Voraussetzung geknüpft, dass auf dem Gebiet der betreffenden Gemeinde hinreichende Flächen zugunsten der Windenergie ausgewiesen werden. „Hinreichend“ sind die Flächenausweisungen, wenn sie dem Windenergie-Beitragswert, den der Bund (ggfs. typisierend) definiert (vgl. Nr. 4, 5), entsprechen.
9. Das Erreichen des Windenergie-Beitragswerts ist der Bundesnetzagentur vor Ausweisung von Konzentrationszonen nachzuweisen. Dabei wird von der Bundesnetzagentur nach dem Maßstab der Nachvollziehbarkeit auf der Basis vollständiger Antragsunterlagen geprüft und der Nachweis von ihr bestätigt. Die Bestätigung ergeht als Verwaltungsakt und ist auf vier Jahre befristet; die Bestätigung gibt die Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu Lasten erneuerbarer Energien frei.

10. Die Vorgaben der Variante 2 gelten gleichermaßen für Gemeindegrenzen überschreitende Raumordnungspläne, regionale Flächennutzungspläne und gemeinsame Flächennutzungspläne. Bei diesen Planungen sind die Windenergie-Beitragswerte der in Bezug genommenen Gemeinden vollständig zu erfüllen. Bei einer Planung, die ein Gemeindegebiet nur teilweise betrifft, darf der Windenergie-Beitragswert anteilig reduziert werden, wenn die verbleibende Gemeindegebietsfläche in eine andere Planung einfließt oder die Teilüberplanung sachlich zwingend geboten ist.
11. Eine Umgehung der Begünstigung von Windenergieanlagen, die bei Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eintritt, ist durch die Raumordnung aus Gründen der normativen Spezialität nicht möglich; dennoch müssen die strikten Vorgaben von Zielen der Raumordnung beachtet werden.
12. Beide Varianten (vollständige Befreiung der Windenergie von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB und Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB unter bestimmten Bedingungen) sind mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG und den Grundrechten – insbesondere Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 GG – vereinbar.
13. Die Vorgaben des § 249 Abs. 1 und 2 BauGB zur Erweiterung einer bestehenden Konzentrationszone und zum Repowering bergen nur einen geringen rechtlichen Zugewinn. Gleichwohl enthalten sie für die Förderung des Ausbaus der Windenergie keine Hindernisse.
14. Dysfunktional vor dem Hintergrund des Ausbaus der Windenergie ist § 249 Abs. 3 BauGB. Er beraubt Windenergieanlagen bei Unterschreiten eines landesrechtlich definierten Mindestabstands zu bestimmten Wohnnutzungen ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB. Die Regelung sollte gestrichen werden.
15. Eine Fachplanung für Windenergieanlagen sollte nicht eingeführt werden. Sie ist wohl weder politisch durchsetzbar, noch verspricht sie entscheidende Beschleunigungseffekte.
16. Die ausdrückliche Nennung der erneuerbaren Energien und die Klarstellung ihrer Funktion, nämlich die Gewährleistung von Versorgungssicherheit zugunsten der Menschen und Betriebe in der Bundesrepublik Deutschland, im Rahmen des § 1 Abs. 6 BauGB machen es nicht notwendig, die Windenergie nochmals in die Liste der Belange des § 1 Abs. 6 BauGB aufzunehmen.

17. Da der Klimaschutz bereits eine zentrale Rolle auf der Ebene der Planungsgrundsätze und Planungsleitlinien (§§ 1 Abs. 5 S. 2; 1a Abs. 5 BauGB) besitzt und so die gemeindliche Bauleitplanung beeinflusst, bedarf es keiner erneuten Betonung von Windenergie in diesem Bereich.
18. Der Ausbau der Windenergie kann nicht zur Planungspflicht im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB erhoben werden. Dies würde insbesondere Systemwidersprüche zum Charakter der Bauleitplanung als Gesamtplanung auslösen.
19. Zugunsten des Ausbaus der Windenergie sind Verfahrenserleichterungen denkbar. Hierzu gehört eine Erweiterung des § 5 Abs. 2b BauGB, um eine räumliche und sachliche Teil-Flächennutzungsplanung auch zugunsten der Windenergie zu ermöglichen. Die Anwendung des vereinfachten oder beschleunigten Verfahrens nach §§ 13 ff BauGB kommt nur nach den allgemeinen Regeln in Betracht.
20. Die vorgeschlagenen Änderungen des BauGB sollten erst nach einer Übergangszeit von 2 Jahren in Kraft treten. Dies verschafft den betroffenen Gemeinden ein hinreichendes Zeitfenster, um ihre bisherige „Außenbereichspolitik“ den neuen rechtlichen Vorgaben anzupassen.

A. AUSGANGSLAGE UND PROBLEMSTELLUNG

I. Energiewirtschaftliche Rahmenbedingungen

1. Die Energiewende: Langfristherausforderung des Wechsels von fossilen Brennstoffen zu erneuerbaren Energien

Als Lehre aus der Atomkatastrophe von Fukushima und mit Blick auf die drohende Erwärmung der Erde hat die Klima- und Energiepolitik in Deutschland seit 2011 einen rasanten Wandel vollzogen.¹ Charakteristisch für diese sog. *Energiewende* sind der Ausstieg aus der Atomkraft und die Abkehr von der traditionellen Strom- und Wärmeerzeugung durch den Einsatz fossiler Brennstoffe (insbesondere Kohle). Beide Energiequellen sollen durch erneuerbare Energien ersetzt werden.

a) *Atomausstieg*

Rechtlich wurde der „Atomausstieg“ durch die 13. Atomgesetznovelle vollzogen.² Die rechtlich nicht unumstrittene Novelle wurde zwischenzeitlich bereits durch das BVerfG geprüft und für weitgehend verfassungsgemäß erklärt.³ Allerdings bemängelte das Gericht die Festlegung fixer Abschalttermine in § 7 Abs. 1a AtG, soweit sie dazu führen, dass die im Jahr 2002 zugewiesenen Reststrommengen in unterschiedlichem Umfang bei einzelnen der betroffenen Unternehmen nicht mehr innerhalb des eigenen Konzerns genutzt werden können.⁴ Ebenfalls verfassungsrechtlich unzureichend erwies sich der gesetzgeberische Umgang mit entwerteten (frustierten) Investitionen wegen der im Jahr 2010 zugeteilten Zusatzstrommengen, weil die 13. Atomgesetznovelle für diese Vermögensdispositionen keinen angemessenen Ausgleich

¹ Ludwigs, NVwZ 2016, 1 (1).

² Dreizehntes Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes v. 31.7.2011, BGBl. I 2011, S. 1704.

³ BVerfGE 143, 246; siehe dazu auch Fehling/Overkamp, ZJS 2017, 486.

⁴ BVerfGE 143, 246 Rn. 310 ff.

vorsieht.⁵ Es ist zwar zu erwarten, dass der Gesetzgeber die gerichtlich identifizierten Mängel vergleichsweise einfach beheben kann.⁶ Dennoch ist nach dem Judikat des BVerfG noch nicht sicher, ob die letzten deutschen Atomkraftwerke – so wie es § 7 Abs. 1a S. 1 Nr. 6 AtG vorgesehen hatte – tatsächlich am 31. Dezember 2022 vom Netz gehen. Das baldige Ende der Atomkraft ist aber absehbar.

b) Beendigung der Kohleverstromung

Des Weiteren ist auch die Stromgewinnung aus Kohle kein Zukunftsmodell mehr. Nach einem langen politischen Prozess hat in diesem Jahr auch der Ausstieg aus der Kohleverstromung eine gesetzliche Grundlage gefunden: Das Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung (Kohleverstromungsbeendigungsgesetz – KVVBG) wurde als Art. 1 des Gesetzes zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz)⁷ vom Deutschen Bundestag am 8. August 2020 beschlossen und ist gem. Art. 11 Abs. 1 dieses Gesetzes am 14. August 2020 in Kraft getreten. Erste gerichtliche Störfeuer hat es bereits überstanden.⁸ Gem. § 2 Abs. 1 KVVBG zielt es darauf ab, die Erzeugung elektrischer Energie durch den Einsatz von Kohle in Deutschland sozialverträglich, schrittweise und möglichst stetig zu reduzieren und zu beenden, um dadurch Emissionen zu reduzieren, und dabei eine sichere, preisgünstige, effiziente und klimaverträgliche Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität zu gewährleisten. Nach den Plänen des Gesetzgebers wird damit spätestens bis zum Ablauf des Kalenderjahres 2038 kein Strom mehr aus Steinkohle oder Braunkohle gewonnen werden.⁹

⁵ BVerfGE 143, 246 Rn. 371 ff.

⁶ Däuper, NuR 2017, 169 (171 f); Franzius, JuS 2018, 28 (29).

⁷ BGBl. I 2020, S. 1818.

⁸ Siehe BVerfG, NVwZ 2020, 1500.

⁹ Vgl. § 2 Abs. 2 KVVBG.

c) Anteil der erneuerbaren Energien am Bruttostromverbrauch nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz

Der beschriebene Paradigmenwechsel in der Energiepolitik wird maßgeblich durch gesetzliche Regeln zur Förderung erneuerbarer Energien unterstützt, denn diese alternativen Energiequellen sollen an die Stelle der konventionellen Energien treten. Im Zentrum der gesetzgeberischen Betätigungen steht das Erneuerbare Energien Gesetz (EEG), welches insbesondere durch finanzielle Anreize im Zeitraum von 2000 bis 2018 eine Steigerung des Anteils der erneuerbaren Energien am nationalen Bruttostromverbrauch von knapp 6,3% auf 37,8% erreicht hat.¹⁰ Das nicht immer ganz unumstrittene Gesetz wurde in der Vergangenheit mehrfach geändert.¹¹ Seine jüngste substantielle Modifikation findet es durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2017 und weiterer energierechtlicher Bestimmungen vom 25. Mai 2020.¹² Trotz aller Anpassungen hat das EEG in seinem § 1 stets daran festgehalten, einen bestimmten Anteil der erneuerbaren Energien am Bruttostromverbrauch in der Bundesrepublik Deutschland vorzuschreiben. Aktuell definiert § 1 Abs. 2 EEG¹³ folgendes Ziel:

¹⁰ Siehe hierzu Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, EEG in Zahlen: Vergütungen, Differenzkosten und EEG-Umlage 2000 bis 2020, 2020.

¹¹ Siehe zur Kritik am EEG 2009 etwa den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Verantwortung für Europa übernehmen. Jahresgutachten 2011/2012, 2011, S. 246 ff.

¹² BGBl. I 2020, S. 1070.

¹³ Der aktuelle Gesetzentwurf zur Änderung des EEG (BT-Drs. 19/23482) geht noch weiter. Danach ist vorgesehen, die bisherigen § 1 Abs. 2 und 3 EEG, wie folgt, zu ersetzen:

„(2) Ziel dieses Gesetzes ist es, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch auf 65 Prozent im Jahr 2030 zu steigern.

(3) Ziel dieses Gesetzes ist es ferner, dass vor dem Jahr 2050 der gesamte Strom, der im Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone (Bundesgebiet) erzeugt oder verbraucht wird, treibhausgasneutral erzeugt wird.

(4) Der für die Erreichung der Ziele nach den Absätzen 2 und 3 erforderliche Ausbau der erneuerbaren Energien soll stetig, kosteneffizient und netzverträglich erfolgen.

(5) Die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien

„Ziel dieses Gesetzes ist es, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch zu steigern auf

1. 65 Prozent bis zum Jahr 2030 und
2. mindestens 80 Prozent bis zum Jahr 2050.

Dieser Ausbau soll stetig, kosteneffizient und netzverträglich erfolgen.“

Mit dieser gesetzlichen Zieldefinition ist nicht nur ein Gradmesser für den Erfolg der deutschen Klima- und Energiepolitik entstanden, sondern auch ein Anknüpfungspunkt, um die nationalen Anstrengungen in einen europäischen und internationalen Kontext zu stellen.

d) Nationale, europäische und internationale Klimaschutzbemühungen

Die Energiewende wird normativ durch eine Vielzahl weiterer Gesetze und politischer Programme zum Klimaschutz flankiert. Hierzu zählen neben den Klimaschutzgesetzen der Länder¹⁴ und dem neuen Bundes-Klimaschutzgesetz¹⁵ auch der Klimaschutzplan 2050 der Bundesregierung¹⁶ und das Arbeitspapier „Klimaschutzprogramm 2030“ der Bundesregierung^{17,18}

liegt im öffentlichen Interesse und dient der öffentlichen Sicherheit.“

¹⁴ Siehe hierzu Thomas, NVwZ 2013, 679.

¹⁵ Gesetz zur Einführung eines Bundes-Klimaschutzgesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 12.12.2019, BGBl. I 2019, S. 2513.

¹⁶ BMU (Hrsg.), Klimaschutzplan 2050 – Klimapolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, 2019, abrufbar unter https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/klimaschutzplan_2050_bf.pdf.

¹⁷ BReg (Hrsg.), Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1679914/e01d6bd855f09bf05cf7498e06d0a3ff/2019-10-09-klima-massnahmen-data.pdf?download=1>.

¹⁸ Siehe zu Einzelheiten Kment, NVwZ 2020, 1537.

Hinzu kommen europäische und internationale Impulse, wie die Effort-Sharing-Decision (Lastenteilungsentscheidung)¹⁹ und die Europäische Klimaschutzverordnung²⁰ auf europäischer Seite²¹ sowie zuletzt das Klimaschutz-Abkommen von Paris auf internationaler Ebene.²²

e) Energiewende im Planungsrecht, insbesondere BauGB

Die Energiewende hat weitreichende normative Auswirkungen, die weit über den Erlass von primär klima- oder energierechtlich bezogenen Gesetzen hinausgehen. Auch planungsrechtliche Bereiche sind durch Anstrengungen zugunsten der Energiewende gekennzeichnet. Dies betrifft zunächst die Schaffung von spezifischem Fachplanungsrecht, wie etwa des NABEG, welches sich der Errichtung oder Änderung von länderübergreifenden oder grenzüberschreitenden Höchstspannungsleitungen und Anbindungsleitungen von den Offshore-Windpark-Umspannwerken zu den Netzverknüpfungspunkten an Land annimmt (vgl. § 2 Abs. 1 NABEG).²³ Hierdurch sollen der Energietransport innerhalb Deutschlands und die erleichterte Stromvernetzung sichergestellt werden.²⁴ Hinzu kommen aber auch gesetzgeberische Anstrengungen, welche den Bereich des Gesamtplanungsrechts, das nach seinem Wesen nicht themenspezifisch ausgerichtet ist, auf die Energiewende

¹⁹ Entscheidung Nr. 406/2009/EG v. 23.4.2009 über die Anstrengungen der Mitgliedstaaten zur Reduktion ihrer Treibhausgasemissionen mit Blick auf die Erfüllung der Verpflichtungen der Gemeinschaft zur Reduktion der Treibhausgasemissionen bis 2020, ABl. EU L 140/136.

²⁰ VO (EU) 2018/842 v. 30.5.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021-2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtung aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der VO (EU) Nr. 525/2013, ABl. EU L 156/26.

²¹ Zu Details siehe Schlacke, EnWZ 2020, 355 (356 ff).

²² Paris Agreement, UNFCCC, Home, FCC/CP/2015/L.9/Rev. 1 sowie BGBl. II 2016, S. 1082; vgl. dazu auch Albrecht, NuR 2020, 370 (370 f); Ekardt, NVwZ 2016, 355.

²³ Vgl. zum NABEG und seinem besonderen planerischen Charakter etwa Erbguth, NVwZ 2012, 326 (326 ff); Kment, NVwZ 2015, 616 (618).

²⁴ Kment, RdE 2011, 341 (341); Fest, NVwZ 2013, 824 (824).

vorbereiten sollen.²⁵ So wurden etwa durch Art. 1 des Gesetzes zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden vom 22. Juli 2011²⁶ der Klimaschutz und die Förderung erneuerbarer Energien vorrangig in den Blick genommen, um die Energiewende zu unterstützen. Dies macht die Gesetzesbegründung deutlich:²⁷

„Nicht zuletzt auf Grund des Weltklimaberichts der Vereinten Nationen (UN) ist deutlich geworden, dass die Bekämpfung des Klimawandels und die Anpassung an den Klimawandel dauerhafte Zukunftsaufgaben auch der Städte und Gemeinden sind. Diese Aufgaben haben auch eine städtebauliche Dimension, der die Gemeinden bei ihren Vorgaben zur örtlichen Bodennutzung Rechnung tragen sollen. Darüber hinaus sieht das Energiekonzept der Bundesregierung vom 28. September 2010 für den Ausbau der Windenergienutzung an Land vor, im Bau- und Planungsrecht erforderliche und angemessene Regelungen zur Absicherung des Repowering, d. h. des Ersatzes alter durch neue Windenergieanlagen, zu treffen.

Durch die Reaktorkatastrophe am 11. März 2011 in Japan hat sich die Notwendigkeit gezeigt, beschleunigt eine *Energiewende* durchzuführen. Hierzu kann auch das Bauplanungsrecht beitragen.“²⁸

Später erfolgte mit Art. 1 des Gesetzes zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen vom 15. Juli 2014²⁹ die Einführung einer Steuerungsmöglichkeit zugunsten der Länder (vgl. § 249 Abs. 3 BauGB). Diese Vorgabe sollte

²⁵ Groß, ZUR 2011, 171.

²⁶ BGBl. I 2011, S. 1509.

²⁷ Ausführlich hierzu Kment, DVBl. 2012, 1125; Mitschang, Klimagerechte Stadtentwicklung, 2012.

²⁸ BT-Drs. 17/6253, S. 1. Hervorhebung nicht im Original.

²⁹ BGBl. I 2014, S. 954.

„angesichts der gewachsenen Gesamthöhe von Windenergieanlagen sowohl dem Umstand Rechnung (tragen), dass die Akzeptanz von Windenergieanlagen vielfach von der Entfernung solcher Anlagen zu Wohnnutzungen abhängt, als auch dem Umstand, dass sich die Ausgangslage in den einzelnen Bundesländern – auch aufgrund der topographischen Verhältnisse – unterscheidet.“³⁰

Mit Art. 2 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze vom 8. August 2020³¹ hat die Regelung des § 249 BauGB insofern eine Konkretisierung und Reaktivierung³² erfahren, als dass nach § 249 Abs. 3 S. 2 BauGB nunmehr

„ein Mindestabstand nach Satz 1 (...) höchstens 1.000 Meter von der Mitte des Mastfußes der Windenergieanlage bis zur nächstgelegenen im Landesgesetz bezeichneten baulichen Nutzung zu Wohnzwecken betragen (darf)“.

Die Regelung des § 249 Abs. 3 BauGB in dieser neuen Fassung geht auf einen politischen Kompromiss zurück.³³

f) Langfristprojekt

Die bisherigen Darstellungen³⁴ können nur andeuten, welche große Herausforderung die nationale Energiewende darstellt und dass sie in einem europäischen und internationalen Kontext gedacht werden muss.

„Erforderlich ist ein langfristiger Transformationsprozess eines komplexen sozio-technischen Systems, bei dem es darum geht, heute die Weichen so zu stellen, dass es der Energieversorgung von morgen gelingt, ihren Ressourcenverbrauch und ihre

³⁰ BT-Drs. 18/1310, S. 6.

³¹ BGBl. I 2020, S. 1728.

³² § 249 Abs. 3 BauGB galt ursprünglich nur bis zum 31.12.2015.

³³ Tagesschau v. 18.5.2020: „Einigung bei Mindestabstand für Windräder“, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/windraeder-abstand-101.html>.

³⁴ Siehe die obige Darstellung unter A, I, 1 a-e.

Auswirkungen auf die Umwelt auf ein nachhaltiges Maß zu begrenzen und dabei Wirtschaftlichkeit und Sozialverträglichkeit zu wahren.“³⁵

Die Energiewende unterscheidet sich damit von vielfältigen Politikfeldern und fordert das politische System, welches durch enge Wahlzyklen stark beeinflusst ist, ganz besonders heraus. Es verlangt von den politischen Entscheidungsträgern langfristige Systemperspektive in den Blick zu nehmen und sie mitunter kurzzeitigen politischen Sympathiezuwächsen vorzuziehen, denn Letztgenannte rühren in der Regel aus der (partiellen) Bewältigung von Einzelthemen her, die das Problemfeld aber nur ausschnitthaft beleuchten.³⁶

2. Strombedarf und Primärenergiebedarf in der Bundesrepublik Deutschland im Zuge der Dekarbonisierung

a) Die Energiewende ist möglich

Eine von *Agora Energiewende*, *Agora Verkehrswende* und *Stiftung Klimaneutralität* in Auftrag gegebene aktuelle Studie belegt, dass die Energiewende in Deutschland energiewirtschaftlich möglich ist. Es ist ein besonderes Verdienst der *Prognos AG*, des *Öko-Instituts e.V.* und des *Wuppertaler Instituts für Klima, Umwelt, Energie gGmbH* den Pfad für eine treibhausgasfreie Bundesrepublik Deutschland modelliert zu haben.³⁷ Dabei wurde herausgearbeitet, wie durch die konsequente Anwendung von heute schon verfügbaren oder bereits weit entwickelten Technologien eine Dekarbonisierung unter Beachtung von Wirtschaftlichkeit und unter Wahrung der Investitionszyklen und Berücksichtigung der Akzeptanz in der Bevölkerung möglich ist.³⁸

³⁵ Gawel u.a., ZUR 2014, 219 (219).

³⁶ Siehe dazu Gawel/Hansjürgens, Wirtschaftsdienst 93, 5/2013, 283 ff.

³⁷ Siehe Prognos/Öko-Institut/Wuppertaler Institut, Klimaneutrales Deutschland. Zusammenfassung, 2020, abrufbar unter https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2020/10/KNDE_Zusammenfassung_DE_WEB.pdf.

³⁸ A.A. Schiffer, Wirtschaftsdienst 99, 2/2019, 141 (142).

b) Wachsender Strombedarf und sinkender Primärenergiebedarf

Die Studie von *Prognos AG*, des *Öko-Institut e.V.* und des *Wuppertaler Institut für Klima, Umwelt, Energie gGmbH* befasst sich mit einer Vielzahl von Einzelfragen.³⁹ Besonders hervorzuheben sind jedoch zwei zentrale Feststellungen: Zunächst wird deutlich erkennbar, dass sich der Primärenergieverbrauch, also der Energiegehalt aller in Deutschland direkt oder zur Umwandlung in Sekundärenergieträger genutzten Energieträger, durch eine Veränderung der Energiegewinnung von 2018 bis 2050 halbieren könnte.⁴⁰ Bereits in wenigen Jahren kann er von 13.129 Petajoule (PJ) in 2018 auf 9.897 PJ in 2025 gesenkt werden.⁴¹

Außerdem macht die Studie deutlich, dass der Bedarf an Strom ganz generell in der Zukunft durch Umstellungen in der Industrie, in der Energiewirtschaft, im Verkehrssektor, in der Landwirtschaft, in der Kreislaufwirtschaft und im Gebäudesektor zunehmen wird. Ausgelöst durch eine sich wohl ausbreitende Elektrifizierung wird der Bedarf in Deutschland von 592 TWh (heute) bis 2030 auf 643 TWh wachsen.⁴² Bis 2050 prognostizieren die Forscher der Studie zum klimaneutralen Deutschland sogar einen Bedarf von 962 TWh.⁴³

c) Umbau der Energie(infra)struktur

Zum Jahr 2050 wird es (unter Anstrengungen) möglich sein, den aufgezeigten Strom- und Energiebedarf vollständig klimaneutral zu erzeugen.⁴⁴

³⁹ Prognos/Öko-Institut/Wuppertaler Institut, Klimaneutrales Deutschland. Zusammenfassung, 2020.

⁴⁰ Prognos/Öko-Institut/Wuppertaler Institut, Klimaneutrales Deutschland. Zusammenfassung, 2020, S. 22.

⁴¹ Prognos/Öko-Institut/Wuppertaler Institut, Klimaneutrales Deutschland. Zusammenfassung, 2020, S. 23.

⁴² Prognos/Öko-Institut/Wuppertaler Institut, Klimaneutrales Deutschland. Zusammenfassung, 2020, S. 18.

⁴³ Prognos/Öko-Institut/Wuppertaler Institut, Klimaneutrales Deutschland. Zusammenfassung, 2020, S. 24.

⁴⁴ Dieses Szenario ist allerdings umstritten. Vgl. etwa Frondel/Thomas, Zeitschrift für

Voraussetzung, um dieses Zukunftsziel zu erreichen, ist der Umbau der nationalen Energie(infra)struktur: Die Onshore-Windenergie muss hierzu 130 GW installierte Leistung erbringen.⁴⁵ Auf die Offshore-Windenergie entfallen 70 GW, und die Photovoltaikleistung müsste bei 355 GW liegen.⁴⁶ Auch sind die Energienetze parallel zu entwickeln und auszubauen.

3. Mangel an Flächen für Windenergieanlagen

a) Entwicklung des Ausbaus von Windenergie

Die aufgezeigten erforderlichen Leistungssteigerungen der erneuerbaren Energien⁴⁷ erfordern also, dass erheblich mehr erneuerbare Energien genutzt werden als dies bislang geschehen ist. Jedoch hat der Zuwachs an erneuerbaren Energien in der jüngeren Vergangenheit deutlich abgenommen und bleibt hinter dem prognostizierten Bedarf zurück.

Dies macht die Windenergieentwicklung sehr deutlich: Nach einem besonders schwachen Zubaujahr in 2019⁴⁸ ist auch die Entwicklung in 2020 bislang nicht zufriedenstellend.⁴⁹ Mit den positiv stimmenden Zuwächsen in den Jahren 2014 bis 2018 sind die Zuwächse der beiden letzten Jahre jedenfalls nicht

Energiewirtschaft 2020, 195 (202).

⁴⁵ Prognos/Öko-Institut/Wuppertaler Institut, Klimaneutrales Deutschland. Zusammenfassung, 2020, S. 24; kritisch etwa Frondel/Thomas, Zeitschrift für Energiewirtschaft 2020, 195 (202).

⁴⁶ Prognos/Öko-Institut/Wuppertaler Institut, Klimaneutrales Deutschland. Zusammenfassung, 2020, S. 24; kritisch etwa Frondel/Thomas, Zeitschrift für Energiewirtschaft 2020, 195 (202).

⁴⁷ Siehe die obigen Ausführungen unter A, I, 2, c.

⁴⁸ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Erneuerbare Energien in Zahlen. Nationale und internationale Entwicklung im Jahr 2018, 2019, S. 10.

⁴⁹ Siehe auch Osing, NVwZ 2020, 749 (749).

zu vergleichen.⁵⁰ So lag der Nettozubau nach drei Quartalen in 2020 gerade einmal bei 737 MW bzw. 152 zusätzlichen Anlagen.⁵¹

b) Unzureichende Flächenausweisung

aa) Zurückhaltung bei der Flächenausweisung

Um den Anteil der Windenergie an Land zu steigern, ist es unter anderem⁵² notwendig, den Anteil von Flächenausweisungen zugunsten von Windenergie zu steigern und (planungs-)rechtssichere Rahmenbedingungen anzubieten. Gerade hier sehen viele eine wesentliche Hürde auf dem Weg zur Dekarbonisierung der Bundesrepublik und für das Gelingen der Energiewende.⁵³ Die Flächenausweisungsbereitschaft der Gemeinden bzw. der Träger der Regionalplanung ist vielerorts weiterhin sehr schwach ausgeprägt.⁵⁴ Manche bezeichnen die Planungsaktivitäten als

„letzte Bastion windenergiekritischer Planungsgeber“.⁵⁵

Auch wird festgestellt,

⁵⁰ Vgl. ausführlich Fachagentur Windenergie an Land, Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2020, 2020, abrufbar unter https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/Analysen/FA_Wind_Zubauanalyse_Wind-an-Land_Herbst_2020.pdf.

⁵¹ Fachagentur Windenergie an Land, Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2020, 2020, S. 6.

⁵² Es gibt noch weitere Hindernisse, wie etwa den schleppenden Netzausbau. Siehe dazu Fest, NVwZ 2013, 824; Hermes, ZUR 2014, 259 (261 ff).

⁵³ Frondel/Thomas, Zeitschrift für Energiewirtschaft 2020, 195 (202); UBA, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, 2019, S. 150.

⁵⁴ Schmitz/Haselmann, NVwZ 2015, 846 (846 f); UBA, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, 2019, S. 150; Osing, NVwZ 2020, 749 (749); Rodi, ZUR 2017, 658 (658). Gerade alte Pläne erweisen sich als Hemmnisse; vgl. Agatz, ZUR 2020, 584 (597).

⁵⁵ Kindler/Lau, NVwZ 2011, 1414 (1417).

„dass die Planung tendenziell restriktiv ausfällt und sich die Rechtsprechung immer wieder mit dem Problem einer sog. ‚Verhinderungsplanung‘ oder ‚Feigenblattplanung‘ auseinanderzusetzen hat.“⁵⁶

bb) Hohe, bisweilen zu hohe Anforderungen an die Planung

Aber es sind nicht nur Ressentiments, die dem Ausbau der Windenergie im Wege stehen. Bisweilen ist es den Gemeinden auch fachlich schwer möglich,⁵⁷ die erforderliche Qualität der Planung vorzuhalten, um die anspruchsvollen Anforderungen der Rechtsprechung an die Planung zu erfüllen.⁵⁸ Dabei ist es wenig hilfreich, wenn

„für einzelne Flächenkategorien zum Teil selbst die gerichtliche Bewertung uneinheitlich ausfällt.“⁵⁹

cc) 2%-Ziel bei der Flächenausweisung

Dies alles führt zu einem unbefriedigenden Befund: Es fehlen landesweit ausreichend viele qualitativ hochwertige Flächen, um die erforderliche Elektrizität aus Windenergie zu gewinnen und die Energiewende gelingen zu lassen.⁶⁰ Um die Energiewende zu ermöglichen, müssten nach aktuellen Schätzungen im Bundesdurchschnitt etwa 2% der Gemeindeflächen für

⁵⁶ Rodi, ZUR 2017, 658 (660).

⁵⁷ Siehe hierzu ergänzend nachfolgend B, I, 1, c, dd.

⁵⁸ Bovet/Kindler, DVBl. 2013, 488 (492).

⁵⁹ Albrecht/Zschiegner, NVwZ 2019, 444 (444).

⁶⁰ UBA, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, 2019, S. 150.

Windenergie zur Verfügung gestellt werden.⁶¹ Hiervon ist die Praxis mit bislang 0,9% der Gemeindeflächen noch weit entfernt.⁶²

II. Problemstellung

Die bisherige Darstellung⁶³ hat gezeigt, dass eine Steigerung des Anteils an erneuerbaren Energien auch voraussetzt, dass für Windenergieanlagen mehr qualifizierte Flächen zur Verfügung gestellt werden, auf denen sie errichtet werden können.⁶⁴ Die Auftraggeberin möchte daher vom Unterzeichnenden prüfen lassen, welche Änderungen des Baugesetzbuchs nötig sind, damit es zu einem schnelleren Zuwachs an Flächenausweisungen zugunsten von Windenergieanlagen kommen kann. Dabei soll auch auf die Wechselwirkungen innerhalb der sog. Planungspyramide (Raumordnung - Bauleitplanung) und die verfassungsrechtliche Dimension der Fragestellung, insbesondere unter Beachtung des Art. 28 Abs. 2 GG, eingegangen werden.

B. ERHÖHUNG VON FLÄCHENAUSWEISUNGEN ZUGUNSTEN DER WINDENERGIENUTZUNG

Die weiteren Ausführungen befassen sich mit notwendigen Änderungen des BauGB zugunsten der Windenergienutzung.

I. Änderungen des § 35 BauGB und Umgestaltung des § 249 BauGB

Die Untersuchung zur Erhöhung von Flächenausweisungen zugunsten der Windenergienutzung wird zu Beginn einen Blick auf die Regelungen der §§

⁶¹ UBA, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, 2019, S. 24.

⁶² UBA, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, 2019, S. 21, 24; skeptisch auch Schink, ZfBR 2015, 232 (232).

⁶³ Siehe die bisherige Darstellung unter A, I.

⁶⁴ Siehe die obigen Ausführungen unter A, I, 3.

35 und 249 BauGB werfen. Hierzu soll in einem ersten Schritt die aktuelle Regelungsstruktur der beiden Vorschriften erläutert werden (1.). Danach werden in zwei Abschnitten Modifikationen des § 35 BauGB vorgeschlagen. Der erste Vorschlag spricht sich für eine Befreiung der Windenergie von der Konzentrationszonenregelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB aus (2.). Ein Alternativvorschlag knüpft Konzentrationszonenabweisungen in Bezug auf Windenergieanlagen an Voraussetzungen (3.): Nur bei einer bedarfsgerechten Ausweisung von Windenergieflächen wird den adressierten Gemeinden oder Trägern der Raumordnung im Rahmen dieses Konzepts die Regelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zur Verfügung gestellt. In einem weiteren Abschnitt befasst sich die Untersuchung mit der Vorschrift des § 249 BauGB und wird dabei für deren Modifikation und teilweise Abschaffung plädieren (4.). Ein Exkurs erläutert, weshalb eine spezielle Fachplanung zur Windenergie abgelehnt wird (5.).

1. Aktuelle Regelungsstruktur des § 35 BauGB in Bezug auf Windenergieanlagen

a) Der Außenbereich im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB

aa) Juristische Bestimmung des Außenbereichs

Da gem. § 1a Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BauGB mit Grund und Boden als der natürlichen Lebensgrundlage des Menschen sparsam und schonend umgegangen werden soll, beschränkt das BauGB die bauliche Nutzung prinzipiell auf diejenigen Grundstücke, die nach § 30 BauGB durch einen Bebauungsplan als Bauland ausgewiesen oder, obwohl unbeplant, aufgrund ihrer Lage in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil gem. § 34 BauGB tatsächlich Bauland sind.⁶⁵ Das übrige Gemeindegebiet, einschließlich der gemeindefreien Grundstücke, bildet den Außenbereich im Sinne des § 35 BauGB. Die Bestimmung des Außenbereichs erfolgt mithin nach einem Ausschlussverfahren. Dieses

⁶⁵ BVerwG, NVwZ 1997, 899 (899); BVerwG, NVwZ 2011, 436 Rn. 11; BVerwG, NVwZ 2012, 1631 Rn. 11.

bewirkt, dass die Konturierung des Außenbereichs mittelbar vom Verständnis der §§ 30, 34 BauGB abhängt. Gleichzeitig gewährleistet es, dass ein Vorhaben immer einem der drei städtebaulichen Bereiche der §§ 30, 34 oder 35 BauGB zugeordnet werden kann, notfalls dem Außenbereich.⁶⁶ Aufgrund dieses rechtstechnisch negativen Zugangs kommt es beim Außenbereich auf eine naturalistisch-geographische Außenlage nicht an.⁶⁷ Flächenmäßig umfasst der Außenbereich den weitaus größten Teil der Gesamtfläche der Bundesrepublik Deutschland.⁶⁸

bb) Bauplanungsrechtliche Funktionen des § 35 BauGB im Hinblick auf den Außenbereich

Nach klassischem Verständnis liegt die Zielsetzung des § 35 BauGB darin, den Außenbereich möglichst von Bebauung freizuhalten, um eine möglichst umfassende Schonung un bebauter Landschaft zu gewährleisten.⁶⁹ Zudem soll der Außenbereich ein Ort für „Landwirtschaft und Erholung“ sein.⁷⁰ Letztgenanntes Ordnungsverständnis lässt sich angesichts der sukzessiven Erweiterung des Katalogs der privilegierten Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB wohl nicht mehr aufrechterhalten. Neben der Landwirtschaft finden sich im Außenbereich nämlich (mitunter in großen Zahlen) Tiermastbetriebe, Anlagen zur energetischen Nutzung von Biomasse, Windenergieanlagen oder Atomkraftwerke wieder. Ebenso werden großflächig Rohstoffe (Sand, Kies etc.) abgebaut. Im Hinblick auf den Umfang solcher Betriebe und den von ihnen ausgehenden Verkehrsauswirkungen sind sie mit Gewerbe- und Industriebetrieben durchaus vergleichbar.⁷¹ Damit wird erkennbar, dass es kein

⁶⁶ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 35 Rn. 3.

⁶⁷ BVerwG, BRS 25 Nr. 36.

⁶⁸ Rieger, in: Schrödter, BauGB Kommentar, 2019, § 35 Rn. 1.

⁶⁹ BVerwG, NJW 1968, 1105 (1106); BVerwG, NVwZ 2013, 805 Rn. 19; BVerwG, NVwZ 2013, 1288 Rn. 14.

⁷⁰ Schrödter, Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013, S. 394.

⁷¹ Peithmann/Pohl, Nachrichten der ARL 2/2015, 30 (30).

überrechtliches Ordnungsbild des Außenbereichs gibt.⁷² Bei der Anwendung des § 35 BauGB sind vielmehr allein die Voraussetzungen der Norm zu beachten, die einen von bauleitplanerischen Ordnungsbildern losgelösten Zulassungstatbestand ausbilden.⁷³

Nichtsdestotrotz hat das eingangs beschriebene Freihaltungsinteresse im Außenbereich weiterhin Auswirkungen auf die Systematik und Regelungsinhalte des § 35 BauGB: § 35 Abs. 1 BauGB definiert einen Kreis von Vorhaben, die der Gesetzgeber für den Außenbereich vorsieht, während alle weiteren Vorhaben gem. § 35 Abs. 2 BauGB nur unter sehr engen, speziellen Voraussetzungen zulässig sind, was einem Bauverbot nahe kommt.⁷⁴

b) Privilegierung von Windenergieanlagen gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB

aa) Windenergie im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB

Gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind Vorhaben privilegiert, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dienen.⁷⁵ Der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB erfasst damit ausschließlich Wind- und Wasserenergie, nicht aber *per se* erneuerbare Energien. Deshalb fallen Photovoltaik-Freiflächenanlagen nicht in seinen Anwendungsbereich.⁷⁶ Anlagen mit einem Mischcharakter, bei denen ein Teil der Anlage Wind- und/oder Wasser als Energiequelle nutzt, können insgesamt privilegiert werden.⁷⁷

bb) Zulässigkeit ohne Standortentscheidung

⁷² BVerwG, NVwZ 2000, 552 (553); Feldhaus, FS Koch, 2014, 651 (653).

⁷³ Thomann, Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen, 2018, S. 30.

⁷⁴ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 35 Rn. 4, 45; vgl. auch grundlegend BVerwG, NJW 1964, 1973 (1974); BVerwG, DVBl. 1968, 651 (652).

⁷⁵ BVerwG, NVwZ 2009, 918 Rn. 11.

⁷⁶ OVG Koblenz, ZfBR 2008, 63 (64).

⁷⁷ BVerwG, NVwZ 2009, 918 Rn. 16 ff.

Die konkrete Bedeutung einer Privilegierung, wie sie auch der Windenergie zugedacht ist, ist im Schrifttum unterschiedlich beurteilt worden. Teilweise geht man davon aus, dass § 35 Abs. 1 BauGB eine generelle Planung vornehme,⁷⁸ eine planähnliche Zuweisung enthalte⁷⁹ oder Ausdruck einer gesetzlichen Ersatzplanung sei.⁸⁰ Alle diese Einordnungen dürften jedoch übersehen, dass privilegierte Vorhaben im Außenbereich nicht schlechthin zulässig sind.⁸¹ Der Gesetzgeber hat zwar mit der Anordnung des § 35 Abs. 1 BauGB abstrakt zu erkennen gegeben, dass die aufgeführten Vorhaben *grundsätzlich* im Außenbereich anzusiedeln sind. Ob das Vorhaben jedoch an dem *konkret gewählten Standort* verwirklicht werden kann, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.⁸²

Aus diesem Grund hat das BVerwG in seinem Urteil vom 20. Januar 1984 ausdrücklich festgestellt, dass der Gesetzgeber mit § 35 Abs. 1 BauGB

„keine Entscheidung über den konkreten Standort der von ihm im Außenbereich grundsätzlich für zulässig erklärten Vorhaben getroffen (habe), sondern diese Vorhaben einschließlich ihres Standortes der Prüfung im konkreten bauaufsichtlichen Verfahren an dem Maßstab überlassen (habe), ob öffentliche Belange entgegenstehen. Beim qualifizierten Bebauungsplan (§ 30 BauGB) dagegen ist die Standortfrage, nämlich was jeweils wo gebaut werden darf, verbindlich entschieden. Im Falle des § 34 (BauGB) ist die Standortfrage durch das Vorhandensein des Ortsteils und durch die vorhandene Bebauung als Maßstab für die konkrete Bebaubarkeit der Grundstücke entschieden. Für privilegierte Vorhaben hat der Gesetzgeber mit § 35 Abs. 1 (BauGB) eine vergleichbare Entscheidung, nämlich etwa dahin, daß der Außenbereich Baubereich für diese

⁷⁸ Dürr, in: Brügelmann, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 35 Rn. 8; Bartsperger, Raumplanung im Außenbereich, 2003, S. 28 f.

⁷⁹ Stollmann, JuS 2003, 855.

⁸⁰ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB Kommentar, 2019, § 35 Rn. 1.

⁸¹ Kritisch auch Thomann, Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen, 2018, S. 35 ff.

⁸² Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 35 Rn. 4.

Vorhaben wäre und daß diese Vorhaben an jedem beliebigen Standort im Außenbereich errichtet werden könnten, nicht getroffen.“⁸³

Der Gesetzgeber habe gerade

„die Frage des konkreten Standorts privilegierter Vorhaben nicht ‚planartig‘ entschieden, sondern der Prüfung am Maßstab öffentlicher Belange unterworfen.“⁸⁴

Ob eine Windenergieanlage an einem konkret gewählten Standort verwirklicht werden kann, richtet sich folglich nach den Umständen des Einzelfalls. Es ist zu prüfen, ob eine ausreichende Erschließung gewährleistet ist und dem Vorhaben an dem gewünschten Standort keine öffentlichen Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehen.

cc) Keine Beeinträchtigung öffentlicher Belange – nachvollziehende Abwägung

Die relevanten öffentlichen Belange, die der privilegierten Windenergie entgegengehalten werden können, werden in § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB exemplarisch genannt.⁸⁵ Steht eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange durch die Windenergienutzung in Rede, ist eine nachvollziehende Abwägung gefordert,⁸⁶ die privilegierend in Rechnung stellt, dass die Vorhaben des § 35 Abs. 1 BauGB dem Außenbereich gesetzlich zugewiesen sind.⁸⁷ Damit besitzen die öffentlichen Belange im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 BauGB ein qualitativ geringeres Gewicht als im Rahmen des § 35 Abs. 2 BauGB.⁸⁸ Anders

⁸³ BVerwG, NVwZ 1984, 367 (368).

⁸⁴ BVerwG, NVwZ 1984, 367 (368).

⁸⁵ BVerwG, NVwZ 2002, 476 (477); BVerwG, NVwZ 2005, 211 (212); BVerwG, NVwZ 2006, 87 (90).

⁸⁶ BVerwG, NVwZ 2002 476 (477); BVerwG, NVwZ 2002, 1112 (1113); BVerwG, NVwZ 2013, 1011 Rn. 24.

⁸⁷ BVerwG, NJW 1968, 1105 (1105); Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 35 Rn. 60.

⁸⁸ BVerwG, NVwZ 1984, 367 (367 f); BVerwG, BRS 35 Nr. 60; VGH München, BayVBl.

gewendet: Die privilegierten Vorhaben verfügen über eine hohe Gewichtigkeit und ein gesteigertes Durchsetzungsvermögen gegenüber den von ihnen berührten öffentlichen Belangen. Außerdem können den Vorhaben aufgrund der ihnen abstrakt zugesprochenen Zulässigkeit im Außenbereich nur konkrete standortbezogene Belange entgegengesetzt werden.⁸⁹ So können beispielsweise einer Windenergienutzung die negativen Folgen für einen in der Nähe befindlichen Flughafen zum Verhängnis werden⁹⁰ oder die nicht hinnehmbare Beeinträchtigung von Belangen des Naturschutzes oder der Landschaftspflege eine Windenergienutzung ausschließen.⁹¹

c) Planerische Einschränkung von Windenergieanlagen durch Konzentrationszonen gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB

Von vielen als Vermeidung einer planlosen Ansiedlung von Windenergieanlagen verstanden, verschafft § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die Möglichkeit einer kommunalen und regionalen Standortsteuerung im Außenbereich. Diese soll Windenergieanlagen an bestimmten Standorten konzentrieren, um sie von anderen Bereichen des Plangebiets fernzuhalten.⁹²

aa) Steuerung durch Flächennutzungspläne

Diese Steuerungsoption des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB wird zunächst den Flächennutzungsplänen zugestanden, denn der Gesetzgeber bestimmt, dass

„öffentliche Belange (...) einem Vorhaben nach Absatz 1 Nummer 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegen(stehen), soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.“

2010, 112 (113).

⁸⁹ BVerwG, NVwZ 2006, 87 (90).

⁹⁰ BVerwG, NVwZ 2005, 328 (329 f); BVerwG, ZfBR 2017, 148 Rn. 38 ff.

⁹¹ VGH München, BRS 54 Nr. 67.

⁹² Gatz, DVBl. 2017, 461 (461); Marquard, ZUR 2020, 598 (600).

Damit gewinnt der Flächennutzungsplan im Rahmen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Außenwirkung gegenüber Vorhabenträgern⁹³ und kann im Wege der Normenkontrolle gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog vor dem Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof angegriffen werden.⁹⁴

Eine Voraussetzung der Konzentrationswirkung ist nach dem Wortlaut des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, dass der Plan nicht nur Positivflächen ausweist, sondern für die sonstigen Flächen eine Ausschlusswirkung festlegt.⁹⁵ Damit ist die Konzentrationswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB keine automatische Folge einer Flächenausweisung zugunsten der Windenergie im Außenbereich, sondern muss zusätzlich planerisch beschlossen werden.

Des Weiteren ist zu beachten, dass § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB kein absolutes Planungshindernis entwickelt. Die in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB angelegte Ausschlusswirkung⁹⁶ tritt nur „in der Regel“ ein.⁹⁷ Damit sind atypische Sonder-situationen und unverhältnismäßige Belastungslagen im Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen.⁹⁸ Schließlich muss berücksichtigt werden, dass von der Regelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die Prüfung anderer öffentlicher Belange, die nach § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB relevant sind, unberührt bleibt.⁹⁹

Ein weiterer Gesichtspunkt, der bei der Steuerung durch Flächennutzungspläne relevant ist, ist die Vorschrift des § 5 Abs. 2b BauGB. Damit hat der Gesetzgeber ein Instrument geschaffen, um die Ansiedlung privilegierter Vorhaben mit Hilfe eines sachlichen und räumlichen Teilplans zu steuern. So können

⁹³ BVerwG, NVwZ 2007, 1081 (1082); BVerwG, NVwZ 2011, 240 Rn. 14; BVerwG, NVwZ 2013, 1011 Rn. 14.

⁹⁴ BVerwG, NVwZ 2007, 1081 (1081); BVerwG, BRS 73 Nr. 54; BVerwG, NVwZ 2013, 1011 Rn. 10 ff; BVerwG, NVwZ 2019, 491 Rn. 10.

⁹⁵ BVerwG, NVwZ 2016, 396 Rn. 8.

⁹⁶ BVerwG, NVwZ 2008, 559 Rn. 10; BVerwG, NVwZ 2010, 1561 Rn. 43.

⁹⁷ BVerwG, NVwZ 2003, 733 (737).

⁹⁸ BVerwG, NVwZ 2003, 733 (738); BVerwG, NVwZ 2003, 738 (741).

⁹⁹ BVerwG, BauR 2010, 64 Rn. 4; BVerwG, NVwZ 2019, 491 Rn. 17; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 35 Rn. 123.

für Teilausschnitte des gemeindlichen Außenbereichs – für die möglicherweise bislang keine (rechtswirksame) oder eine nicht mehr erwünschte Regelung bestand – vergleichsweise schnell und zeitnah Darstellungen zu bestimmten Nutzungen getroffen werden.¹⁰⁰

Entschließen sich Gemeinden zu einer gemeinsamen Flächennutzungsplanung nach § 204 Abs. 1 BauGB, erweitern diese den Bezugsraum. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass eine bestimmte privilegierte Nutzung in einem besonders schutzwürdigen der erfassten Gemeindegebiete gar keine Verwirklichungsmöglichkeit eingeräumt bekommt, während sie im Gegenzug in einem anderen Gemeindegebiet eine entsprechende größere Berücksichtigung findet.¹⁰¹ Diese Ausschlusswirkung ohne Positivflächen kann eine einzelne Gemeinde in ihrem Gemeindegebiet nicht herbeiführen.¹⁰² Sie wäre dann gezwungen, von der Option des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Abstand zu nehmen.¹⁰³

bb) Raumordnungsplanerische Steuerung

§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB spricht neben den Flächennutzungsplänen auch Ziele der Raumordnung an, worunter man gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums versteht. Diese Ziele der Raumordnung können im gemeindlichen Außenbereich ebenfalls die räumliche Steuerung von Windenergieanlagen bewirken.

Als Ausdrucksform für die Steuerungswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB hält das Raumordnungsgesetz in § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 ROG für die Ziele der

¹⁰⁰ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 5 Rn. 4.

¹⁰¹ BVerwG, NVwZ 2003, 738 (739); BVerwG, NVwZ 2003, 1261 (1261).

¹⁰² BVerwG, NVwZ 2003, 733 (734); BVerwG, NVwZ 2005, 211 (211); BVerwG, NVwZ 2008, 559 Rn. 10.

¹⁰³ BVerwG, ZUR 2010, 96 Rn. 4.

Raumordnung die Eignungsgebiete bereit.¹⁰⁴ Als Pendant zu § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB besitzen Eignungsgebiete im bauplanungsrechtlichen Außenbereich eine doppelte Steuerungswirkung:¹⁰⁵ Sie treffen innergebietlich, d. h. in Bezug auf den von ihnen eingeschlossenen Raum, eine Eignungsaussage für bestimmte, raumbedeutsame Maßnahmen und entwickeln außergebietlich, d. h. für den Rest des Planungsgebiets, eine verbindliche Ausschlusswirkung. Bei letztgenannter Ausschlusswirkung handelt es sich um eine unüberwindbare Letztentscheidung.¹⁰⁶ Sie verleiht den Eignungsgebieten außergebietlich die Steuerungswirkung von Zielen der Raumordnung und schlägt so die Brücke zu § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, der an die Zielqualität der raumplanerischen Festsetzungen anknüpft.

Die Steuerung durch Ziele der Raumordnung begrenzt die Konzentrationswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB: Nur *raumbedeutsame* Vorhaben – im Sinne des Raumordnungsrechts – können durch Ziele der Raumordnung angesprochen werden. Ein Vorhaben muss demnach infolge seiner Größe oder der von ihm ausgehenden Emissionen Auswirkungen erwarten lassen, die über den unmittelbaren Nahbereich hinausgehen,¹⁰⁷ um der Wirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ausgesetzt zu sein. Obschon sich die Raumbedeutsamkeit an den Besonderheiten des Einzelfalls orientiert,¹⁰⁸ hat sich bei Windenergieanlagen ein

¹⁰⁴ § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 ROG versteht unter Eignungsgebieten Gebiete, „in denen bestimmten raumbedeutsamen Maßnahmen oder Nutzungen, die städtebaulich nach § 35 des Baugesetzbuchs zu beurteilen sind, andere raumbedeutsame Belange nicht entgegenstehen, wobei diese Maßnahmen oder Nutzungen an anderer Stelle im Planungsraum ausgeschlossen sind“. Siehe dazu auch Grotefels, in: Kment, ROG Kommentar, 2019, § 7 Rn. 65 ff.

¹⁰⁵ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 35 Rn. 78; Grotefels, in: Kment, ROG Kommentar, 2019, § 7 Rn. 68.

¹⁰⁶ OVG Münster, NuR 2008, 736 (737); Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB Kommentar, 2019, § 35 Rn. 120.

¹⁰⁷ BVerwG, BauR 2003, 837 (837); Roeser, in: Berliner Kommentar, BauGB, Stand 2020, § 35 Rn. 91.

¹⁰⁸ BVerwG, NVwZ 2003, 738 (739).

Orientierungswert von 100m Gesamthöhe herausgebildet.¹⁰⁹ Die aktuell errichteten Windenergieanlagen sind daher grundsätzlich raumbedeutsam.

Letztlich bleibt noch anzumerken, dass Raumordnungspläne, in denen sich gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG Ziele der Raumordnung, die in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB angesprochen sind, ausschließlich finden lassen, nicht zwingend für das gesamte Gemeindegebiet ergehen. Beschränkt sich der Raumordnungsplan nur auf Teile des Gemeindegebiets und verbleiben daher „weiße Flächen“, erstreckt sich die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB lediglich auf die überplanten Räume.¹¹⁰ In den übrigen Bereichen fehlt es an der notwendigen abschließenden raumordnungsrechtlichen Entscheidung.¹¹¹

Wie bei der gemeinsamen Flächennutzungsplanung gem. § 204 Abs. 1 BauGB¹¹² gilt auch für den Raumordnungsplan, dass er gemeindeübergreifende Steuerungen auslöst. Er berücksichtigt überregionale Aspekte und bezieht sich auf einen überregionalen Planungsraum. Dies kann – wie beim gemeinsamen Flächennutzungsplan – dazu führen, dass es zu einem Ausschluss einer privilegierten Nutzung im gesamten Gebiet einer Gemeinde kommt, wenn dieses Gebiet besonders schützenswert ist.¹¹³ Kompensierend kann dafür ein größerer Anteil an Windenergie in einem anderen Gemeindegebiet vorgesehen sein.

cc) Die Rechtsprechung des BVerwG zu den Konzentrationszonen - Tabuzonen

Aufgrund der stark einschränkenden Wirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB hat das BVerwG besondere Anforderungen entwickelt, denen sowohl Flächennutzungspläne als auch Ziele der Raumordnung entsprechen müssen, wenn sie privilegierte Vorhaben räumlich konzentrieren möchten; diese

¹⁰⁹ OVG Münster, BRS 70 Nr. 99; OVG Münster, BauR 2008, 643 Rn. 40 ff; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2003, 619 (620).

¹¹⁰ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 35 Rn. 79.

¹¹¹ BVerwG, NVwZ 2006, 339 (340).

¹¹² Siehe bereits die obige Darstellung unter B, I, 1, c, aa.

¹¹³ BVerwG, NVwZ 2003, 738 (742).

Rechtsprechung ist insbesondere zu Windenergieanlagen entwickelt worden.¹¹⁴

(1) Nach Ansicht des höchsten deutschen Verwaltungsgerichts müssen die relevanten Planwerke an erster Stelle ein schlüssiges Planungskonzept aufweisen, um die im Außenbereich eigentlich privilegiert zulässige Ansiedlung von Windenergieanlagen nicht abwägungsfehlerhaft zu stören.¹¹⁵ Diesen Anforderungen werden etwa unausgewogene Teilfortschreibungen der Pläne nicht gerecht.¹¹⁶ Konkret fordert das BVerwG ein strukturiertes und dokumentiertes Vorgehen.¹¹⁷ Dies bedeutet, dass zu Beginn zunächst die Flächen aus der Analyse ausscheiden, die für die Ansiedlung von Windenergieanlagen tatsächlich ungeeignet sind. Dies sind bei Windenergieanlagen etwa Flächen mit unzureichender Windhöflichkeit. Im nächsten Schritt sollen Flächen ausgesondert werden, denen rechtliche Hindernisse, etwa in Gestalt von FFH- bzw. Vogelschutzgebieten oder artenschutzrechtlichen Verboten, entgegenstehen. Ebenso gehören dazu Fälle, in denen der Betrieb der Windenergieanlage auf dem ausgewählten Gebiet gegen § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG verstieße, weil die Anlage im Betriebsfall schädliche Umwelteinwirkungen in Form von überhöhten Schallimmissionen hervorrufen würde;¹¹⁸ insofern ist die TA Lärm auch beim Betrieb von Windenergieanlagen maßgeblich.¹¹⁹ Man bezeichnet alle diese Gebiete auch als „harte Tabuzonen“¹²⁰, weil sie

¹¹⁴ Siehe jüngst wieder BVerwG, NVwZ 2019, 491.

¹¹⁵ BVerwG, NVwZ 2003, 733 (736 ff); BVerwG, BauR 2008, 2009 Rn. 9; BVerwG, NVwZ 2010, 1561 Rn. 17; BVerwG, ZUR 2010, 96 Rn. 8; BVerwG, NVwZ 2013, 1017 Rn. 5; BVerwG, NVwZ 2015, 1452 Rn. 22; BVerwG, NVwZ 2016, 396 Rn. 8; BVerwG, NVwZ 2019, 491 Rn. 19.

¹¹⁶ BVerwG, NVwZ 2003, 738 (739 f).

¹¹⁷ BVerwG, ZUR 2010, 96 Rn. 8; BVerwG, NVwZ 2013, 1017 Rn. 6; BVerwG, ZfBR 2015, 489 Rn. 7.

¹¹⁸ BVerwG, NVwZ 2013, 1017 Rn. 8; BVerwG, NVwZ 2019, 491 Rn. 19.

¹¹⁹ BVerwG, NVwZ 2008, 76 Rn. 13.

¹²⁰ BVerwG, NVwZ 2019, 491 Rn. 19.

„für die Windenergienutzung, aus welchen Gründen immer, nicht in Betracht kommen, also ‚schlechthin‘ ungeeignet sind.“¹²¹

Der Grund für diese Einschränkung des Suchraums ist – innerhalb der Konzeption des BVerwG – naheliegend: Ausweisungen, die derartige Flächen für die Windenergienutzung in Betracht ziehen würden, liefen ohnehin auf einen Verstoß gegen § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB hinaus, wären also nicht erforderlich im Sinne des Städtebaurecht,¹²² denn die planerisch vorgesehene Nutzung könnte nicht realisiert werden. Folgt man dieser Konzeption und vertieft man die Nähe zu § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB, dürften zu den harten Tabuzonen auch Flächen zu zählen sein, bei denen aufgrund der Eigentumsverhältnisse eine Vorhabenrealisierung von vornherein ausgeschlossen ist.¹²³

(2) In einem weiteren Schritt müssen nach Ansicht des BVerwG sog. „weiche Tabuzonen“ identifiziert werden. Dies sind Schutz- und Pufferzonen, die von der Windenergienutzung deshalb freizuhalten sind, weil die Gemeinde die Vorhabenansiedlung entsprechend ihrer städtebaulichen Vorstellungen nicht wünscht.¹²⁴ Man hat es also mit einer planerischen Entscheidung der Gemeinde zu tun, die auf Grundlage einer Abwägungsentscheidung anhand eigener Kriterien Schutzabstände, die etwa Wohnnutzungen oder Waldbeständen zugutekommen sollen, definiert.¹²⁵ Ministerielle Erlasse zu Mindestabständen sind in diesem Kontext rechtlich unverbindlich, da sie als Verwaltungsvorschriften keine Außenwirkung erzeugen.

¹²¹ BVerwG, NVwZ 2019, 491 Rn. 19.

¹²² BVerwG, NVwZ 2013, 519 Rn. 10, 12.

¹²³ BVerwG, NVwZ 2008, 559 Rn. 18.

¹²⁴ BVerwG, ZfBR 2014, 583 Rn. 16.

¹²⁵ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 35 Rn. 73; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 35 Rn. 124b.

Nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen bleiben Im Rahmen der Flächenanalyse nun die sog. Potenzialflächen übrig.¹²⁶ Wie viel dieser Flächen schließlich für die fragliche privilegierte Nutzung verwendet wird (Konzentrationsflächen), entscheidet sich auf Grundlage einer Abwägungsentscheidung, welche das Interesse an der privilegierten Nutzung mit anderen öffentlichen Belangen in einen Ausgleich bringt.¹²⁷ Die planerische Ausweisung von Konzentrationsflächen muss dabei insbesondere die privilegierte Stellung der in Bezug genommenen Nutzungen in Rechnung stellen und den Nutzungen substanziellen Raum verschaffen.¹²⁸ Sie darf sich nicht zu einer negativ wirkenden Verhinderungsplanung entwickeln.¹²⁹ Aufgabe des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ist nämlich die *Konzentration* der privilegierten Nutzungen, nicht ihre Verhinderung.¹³⁰ Das Verbot einer „Feigenblatt“-Planung bedeutet aber nicht, dass der Plangeber die privilegierte Windenergienutzung nach § 35 Abs. 1 BauGB in ihrer Verwirklichung bestmöglich fördern muss;¹³¹ privilegierte Nutzungen können auch gegenüber anderen Interessen zurückgestellt werden.¹³² Die Zurückstellung darf allerdings nicht unbegrenzt geschehen, so dass die Verwirklichung privilegierter Nutzungen nahe null tendiert.

(3) Die Definition abstrakter Werte oder abstrakter Relationen – etwa zwischen Potenzial- und Konzentrationsflächen –, die den Eintritt einer Verhinderungsplanung zu Lasten der privilegierten Nutzung festschreiben, ist auf

¹²⁶ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 35 Rn. 124b.

¹²⁷ BVerwG, NVwZ 2013, 1017 Rn. 6; Dürr, in: Brügelmann, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 35 Rn. 107.

¹²⁸ BVerwG, NVwZ 2015, 1452 Rn. 22, 28; BVerwG, BauR 2016, 1445 Rn. 4; BVerwG, NVwZ 2019, 491 Rn. 24.

¹²⁹ BVerwG, NVwZ 2003, 738 (739, 742); BVerwG, ZfBR 2006, 468 (468 f); BVerwG, NVwZ 2011, 812 Rn. 14; BVerwG, NVwZ 2013, 1011 Rn. 22.

¹³⁰ BVerwG, NVwZ 2008, 559 Rn. 11; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB Kommentar, 2019, § 35 Rn. 116.

¹³¹ BVerwG, ZfBR 2013, 571 Rn. 5; BVerwG, NVwZ 2015, 1452 Rn. 29.

¹³² BVerwG, NVwZ 2003, 733 (735); BVerwG, NVwZ 2011, 812 Rn. 14.

Basis der aktuellen gesetzlichen Grundlagen nicht möglich,¹³³ denn die Grenzziehung ist einem Abwägungsprozess vorbehalten, der sich an den individuellen Gegebenheiten vollzieht.¹³⁴ Hierbei muss – wie bei jeder Abwägung – jeweils auf die tatsächlichen Verhältnisse im fraglichen Planungsraum abgestellt werden, um die involvierten Belange in ein gerechtes Verhältnis zueinander zu bringen.¹³⁵ Erweist sich die Fläche, die den privilegierten Nutzungen zur Verfügung gestellt wird, letztlich als zu klein, muss der Plangeber den fehlerhaft durchgeführten Abwägungsprozess wiederholen. Hierbei müssen die involvierten Belange (diesmal) sachgerecht gewichtet werden. Dies hat Auswirkungen bis auf den Moment der Bestimmung der weichen Tabuzonen. So wird eine zu geringe Windenergie-Flächenausweisung in der Regel dazu führen, dass die Gemeinde über die von ihr planerisch definierten weichen Tabukriterien nochmals neu befinden und in diesem Rahmen beispielsweise die gewählten Schutzabstände lockern muss.¹³⁶

dd) Anwendungsschwierigkeiten in der Praxis und systematische Brüche

Die als Hilfestellung für die Gemeinden und Regionalplaner entwickelte Tabuzonen-Rechtsprechung des BVerwG zur Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB¹³⁷ hat sich schnell als Bärendienst erwiesen, mit dem das BVerwG „Geister“ heraufbeschworen hat, die es nun nicht mehr los wird.

Dies zeigt sich an erster Stelle in der Praxis: Viele Planer können die anspruchsvollen Anforderungen des BVerwG nicht erfüllen und scheitern

¹³³ BVerwG, NVwZ 2003, 738 (742); BVerwG, NVwZ 2010, 1561 Rn. 28; BVerwG, ZfBR 2016, 587 Rn. 4.

¹³⁴ BVerwG, NVwZ 2016, 396 Rn. 10; BVerwG, NVwZ 2019, 491 Rn. 24.

¹³⁵ BVerwG, NVwZ 2006, 339 (339); BVerwG, ZfBR 2006, 468 (469); BVerwG, NVwZ 2011, 812 Rn. 31; BVerwG, NVwZ 2015, 1452 Rn. 29.

¹³⁶ BVerwG, NVwZ 2008, 559 Rn. 15; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB Kommentar, 2019, § 35 Rn. 116; Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 35 Rn. 74.

¹³⁷ Siehe die obigen Ausführungen unter B, I, 1, c, cc.

zusehends mit ihren Planungen vor den Verwaltungsgerichten.¹³⁸ Dies führt zu einer großen rechtlichen Verunsicherung bei Planern, Vorhabenträgern und Privatpersonen und sorgt überdies für Unmut in der Bevölkerung, deren Akzeptanzbereitschaft ohnehin schwindet.¹³⁹ Dabei ist besonders problematisch, dass sich die zumeist in der Theorie einfach klingenden Tabuzonen-Kategorien

„praktisch weitgehend als untauglich“¹⁴⁰

erwiesen haben und

„gravierende Unsicherheiten“¹⁴¹

in sich bergen.¹⁴² So lässt sich in der Praxis in vielen Fällen nicht mit hinreichender Genauigkeit die harte Tabuzone bestimmen, da sich absolute *tatsächliche* Hindernisse schnell als relative Probleme erweisen, die letztlich vom technischen und ökonomischen Aufwand ihrer Überwindung abhängen.¹⁴³ Ähnlich unsicher sind absolute *rechtliche* Hindernisse. Hier zeigen sich bereits vom Ansatzpunkt her methodische Schwächen, wenn die Rechtsprechung Zulassungs- und Planungsebene miteinander vermischt, weil sie die Zulässigkeit von Vorhaben (Zulässigkeitsebene) als Anknüpfungspunkt für eine

¹³⁸ Siehe die Verfahren vor dem OVG Koblenz, ZNER 2013, 435 (436 ff); OVG Lüneburg, NuR 2013, 808 (809 ff); OVG Lüneburg, NuR 2013, 812 ff; OVG Lüneburg, Urt. v. 23.01.2014 – 12 KN 285/12, juris Rn. 18 ff.; OVG Münster, ZNER 2013, 443 (445 ff). Siehe auch die Nachweise aus der Literatur Wegner, ZfBR 2019, 230 (230); Hendlner/Kerkmann, DVBl. 2014, 1369 (1370).

¹³⁹ Rodi, ZUR 2017, 658 (658 f).

¹⁴⁰ Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2019, 434 (435).

¹⁴¹ Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2019, 434 (437).

¹⁴² Ähnlich der Befund bei Fest/Fechler, NVwZ 2016, 1050 (1050 f).

¹⁴³ Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2019, 434 (435 f).

planerische Tabuzone (Planungsebene) wählt.¹⁴⁴ Zudem knüpfen die rechtlichen Hindernisse bisweilen an Kriterien an, die, wie etwa das Merkmal der optisch bedrängenden Wirkung, von der Rechtsprechung auf der Basis von Einzelfallentscheidungen entwickelt wurden und jederzeit fortentwickelt oder modifiziert werden können, oder die auf Prüfungen hinauslaufen, die angesichts der Unkenntnis über die zukünftig zu errichtenden Windenergieanlagen gar nicht möglich sind.¹⁴⁵ Umgekehrt können sich sog. „weiche Tabuzonen“ einzelfallbedingt zu solchen „harter“ Art mausern.¹⁴⁶ Die hierdurch entstehende Unberechenbarkeit der Beurteilungsparameter führt in der Praxis zu einer Planungsaufgabe, die in der Literatur bereits als

„Lotteriespiel“¹⁴⁷

beschrieben wurde.

Zudem gibt es grundsätzliche rechtliche Vorbehalte: Auf unsicherer Basis eine strikte Trennung von absoluten und relativen Tabuzonen im Vorfeld der Entscheidung über die Konzentrationszonendarstellung zu fordern und diese zum Rechtmäßigkeitsmaßstab zu erheben, findet in der Vorschrift des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB – auch in Kombination mit § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB – keine normative Stütze.¹⁴⁸ Der Begriff der

„Irrlehre“¹⁴⁹

¹⁴⁴ Erbguth, DVBl. 2015, 1346 (1350): „rechtlicher Missgriff“.

¹⁴⁵ Hender/Kerkmann, DVBl. 2014, 1369 (1370).

¹⁴⁶ Erbguth, DVBl. 2015, 1346 (1348).

¹⁴⁷ Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2019, 434 (436).

¹⁴⁸ Bereits der Rückgriff auf § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB ist nicht ohne rechtliche Zweifel; vgl. Erbguth, DVBl. 2015, 1346 (1347 f).

¹⁴⁹ Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2019, 434 (437).

ist hier als Charakteristikum bereits gefallen. Die gerichtliche Unnachgiebigkeit bei der Abgrenzungspflicht oder, wie *Hendler/Kerkmann* sagen,

„doktrinaire Strenge“¹⁵⁰

verwundert.¹⁵¹ Schließlich dient die Abgrenzung von harten und weichen Tabuzonen letztlich nur der Vorbereitung der planerischen Entscheidung, um Potentialflächen zu ermitteln und die Beurteilung zu ermöglichen, ob von diesen Potentialflächen ein ausreichender Anteil für die Windenergienutzung übrig geblieben ist (substanzieller Raum). Diese so kritische Komponente, der substanziale Raum, soll aber, wie das BVerwG immer wieder betont, keine konkrete Größenordnung sein: Es lasse sich eben nicht abstrakt bestimmen, wann der Windenergieplanung „substanziell Raum“ verschafft wurde.¹⁵² Nach welchen Maßstäben die Gemeinden bei dieser Ausgangslage gleichwohl eine verbindliche Entscheidung zum „substanziellen Raumschaffen“ treffen sollen, vermag das BVerwG nur grob zu umschreiben: Die Gemeinden seien aufgerufen, unter Hinweis auf aussagekräftige Kriterien die *eigene* planerische Entscheidung zu erläutern, indem sie etwa auf die Siedlungsstruktur, die Bevölkerungsdichte oder die Windhöufigkeit in der Gemeinde abstellen.¹⁵³ Wie diese Kriterien als Kategorien konkret in Beziehung zueinander stehen, vermag das BVerwG jedoch nicht zu vermitteln. Dies ist sicherlich vor dem Hintergrund des Abwägungsgebots als dogmatisch richtig anzusehen, führt aber praktisch dazu, dass man sich ratlosen Planern gegenüber sieht. Denn die

¹⁵⁰ Hendler/Kerkmann, DVBl. 2014, 1369 (1370); auch kritisch Tyczewski, BauR 2014, 934 (934 f). Erbguth, DVBl. 2015, 1346 (1348) spricht von einer „apodiktisch verlangten Trennung“.

¹⁵¹ Siehe auch Schink, UPR 2016, 366; kritisch ebenfalls Wagner, VerwArch 2020, 220 (227 ff).

¹⁵² BVerwG, NVwZ 2003, 738 (742); BVerwG, NVwZ 2010, 1561 Rn. 28; BVerwG, ZfBR 2016, 587 Rn. 4.

¹⁵³ Siehe dazu Hendler/Kerkmann, DVBl. 2014, 1369 (1374).

anfängliche Differenzierung in harte und weiche Tabuzonen zahlt sich im Ergebnis bei dieser judikativen Weichzeichnung nicht aus und zerrinnt wie Sand durch die Finger.¹⁵⁴

So resümiert *Erbguth* zur Tabuzonen-Systematik zutreffend:

„Wenn die ‚Durchschlagskraft‘ der Tabuzonen vom Einzelfall abhängt und dergestalt harte zu weichen und weiche zu harten Planungsvorgaben mutieren können, fehlt der theoretischen Unterscheidung argumentativ die Sinnhaftigkeit und rechtlich jede Relevanz.“¹⁵⁵

Der herausgearbeitete kritische Befund stellt die gesamte Konzeption, die das BVerwG um den § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB aufgebaut hat, grundsätzlich in Frage. Bei genauer Betrachtung entpuppt sich die viele Sondierungsschritte durchlaufende Suche nach Konzentrationszonen ohnehin als eine „normale“ Abwägungsentscheidung im Sinne des § 1 Abs. 7 BauGB.¹⁵⁶ Da es auch im Rahmen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB – wie die Ausführungen bereits gezeigt haben – ohnehin nicht zu einer substanziellen Veränderung des Abwägungsgebots kommt, hätte der Mehrwert der durch die Rechtsprechung entwickelten Prüfungsschritte somit – wenn überhaupt – nur darin liegen können, die allgemein erforderliche Abwägung logisch zu strukturieren.¹⁵⁷ Selbst diesen kleinen Erfolg kann das BVerwG augenscheinlich aber nicht für sich verbuchen. *Hendler/Kerkmann* jedenfalls meinen, die Rechtsprechung gehe

„an der Realität komplexer Planungsprozesse vorbei.“¹⁵⁸

¹⁵⁴ Hendler/Kerkmann, DVBl. 2014, 1369 (1373) sprechen sich zurecht gegen eine Differenzierung aus.

¹⁵⁵ Erbguth, DVBl. 2015, 1346 (1348).

¹⁵⁶ Erbguth, DVBl. 2015, 1346 (1351 f); Kment, DÖV 2013, 17 (19).

¹⁵⁷ So bereits Kment, DÖV 2013, 17 (19).

¹⁵⁸ Hendler/Kerkmann, DVBl. 2014, 1369 (1371).

Dieses Ergebnis rechtfertigt es, die momentane Rechtslage kritisch zu betrachten und über Änderungen des BauGB nachzudenken. Dabei soll überlegt werden, welche Änderungen die Ansiedlung von Windenergieanlagen fördern würden.

2. Weitgreifende Ansiedlungsfreiheit von Windenergieanlagen ohne flächenmäßige Konzentration

a) Keine Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auf Windenergieanlagen (Konzentrationszonenfreistellung)

Die Konzentrationszonenplanung ist funktional darauf ausgerichtet, die Ansiedlung von Windenergieanlagen räumlich einzugrenzen.¹⁵⁹ Eine deutliche Verbesserung der Ausgangslage für Betreiber von Windenergieanlagen wäre darin zu erblicken, diese Einschränkung vollständig aufzuheben und den Ansiedlungsbereich von Windenergieanlagen somit signifikant zu verbreitern.

Diese Änderung der Rechtslage wäre aus rechtstechnischer Sicht leicht zu erreichen. Es wäre einzig notwendig, die Erwähnung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB aus der Aufzählung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu streichen.

Eine Neuformulierung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB würde daher heißen:

„Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nummer 2, 3, 4 und 6 in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.“¹⁶⁰

¹⁵⁹ Gatz, DVBl. 2017, 461 (461).

¹⁶⁰ Der geänderte Bereich ist unterstrichen.

b) Rechtliche Auswirkungen und Begründung der Konzentrationszonenfreistellung

aa) Baurechtliche Konsequenzen

Durch die Befreiung der Windenergienutzung von der Konzentrationszonenplanung würde ein Großteil des Außenbereichs dem Zugriff der Windenergie freigegeben. Dieser Bereich würde sogar noch über die Flächen hinausgehen, die in der Terminologie des BVerwG als „Potentialflächen“ geführt werden,¹⁶¹ da die Gemeinden bei einer Freistellung der Windenergienutzung insbesondere keine Mindestabstände zur bestehenden Wohnbebauung planerisch (als weiche Tabuzonen) definieren könnten.

Allerdings stände der Windenergienutzung auch bei einer Privilegierung ohne Konzentrationsvorbehalt nicht der gesamte Außenbereich zur Verfügung, denn die Ansiedlung von privilegierten Vorhaben darf nach § 35 Abs. 1 BauGB

„öffentlichen Belangen nicht entgegenstehen“.

Hierdurch wird, wie bereits beschrieben,¹⁶² weiterhin eine nachvollziehende Abwägung mit den öffentlichen Belangen ausgelöst. Überdies verbleibt es dabei, dass gesetzliche Verbote ihre Bedeutung behalten.¹⁶³ So dürfen Windenergievorhaben etwa auch nach ihrer Entlassung aus dem § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB weiterhin nicht gegen die Regeln zum Arten- oder Naturschutz oder gegen immissionsschutzrechtliche Schutzvorschriften verstoßen.¹⁶⁴ Insofern käme es zu keiner Erleichterung.

¹⁶¹ Zu den Potentialflächen siehe bereits oben B, I, 1, c, cc.

¹⁶² Siehe hierzu die obige Darstellung unter B, I, 1, b, cc.

¹⁶³ Siehe dazu ausführlich Agatz, ZUR 2020, 584 (587 ff).

¹⁶⁴ Siehe hierzu bereits ausführlich die Darstellung unter B, I, 1, c, cc.

Schließlich würde die Veränderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht verhindern, dass die zuständige Gemeinde durch den Erlass von neuen Bebauungsplänen, etwa zugunsten von Massentierhaltungen, Räume des Außenbereiches aktiv einer anderen Nutzung zuweist. Damit würde wiederum der räumliche Zuschnitt des Außenbereichs und mit ihm die Ansiedlungsfläche für Windenergievorhaben im Rahmen des § 35 BauGB schrumpfen. Dies ist dem dynamischen Verständnis des § 35 BauGB in Beziehung zu §§ 30, 34 BauGB geschuldet.¹⁶⁵

bb) Raumplanerische Auswirkungen

Mit dem Wegfall der Windenergienutzung aus dem Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB entfällt zugleich der unmittelbare Zugriff des Raumordnungsrechts auf die Zulassungsebene des Baurechts. Denn die Raumordnung bedarf – wie gem. § 4 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 ROG verdeutlicht – einer Raumordnungsklausel, um das kompetenzrechtliche Defizit des Raumordnungsrechts in der baurechtlichen Zulassungssituation zu überwinden.¹⁶⁶ Mit anderen Worten: Das Baurecht muss eine Steuerung der Raumordnung erst zulassen, bevor Ausdrucksformen der raumordnerischen Planung – wie Ziele der Raumordnung – gegenüber Privatpersonen Wirkungen entfalten können.¹⁶⁷ Mit einer Verengung des Anwendungsbereichs des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB wäre diese Brücke vom Raumordnungsrecht in das Recht der Vorhabenzulassung eingerissen und die Steuerungskraft der Raumordnung gegenüber Windenergievorhaben beendet.

Aus systematischen Gründen – nämlich aus dem Aspekt der Spezialität heraus – wäre es auch nicht möglich, über den Umweg des § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB die Konzentrationszonenwirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB mittelbar zu erzeugen. § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB bestimmt zwar, dass

¹⁶⁵ Siehe hierzu die obige Darstellung unter B, I, 1, a, aa.

¹⁶⁶ Siehe hierzu Durner, in: Kment, ROG Kommentar, 2019, § 4 Rn. 96 ff, 122 ff.

¹⁶⁷ Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG Kommentar, 2018, § 4 Rn. 160 ff.

„(r)aumbedeutsame Vorhaben (...) den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen (dürfen)“.

Gleichwohl würde aus der Freistellung der Windenergienutzung vom Anwendungszugriff des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eine erweiterte Privilegierung der Windenergienutzung, wie sie auch der Landwirtschaft zugute kommt, deutlich. Es würde diesem eindeutigen gesetzgeberischen Willen (historische Auslegung) widersprechen und der Stellung der Normen zueinander (systematische Auslegung) nicht gerecht, über die Hintertür des § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB die im Rahmen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB deutlich zum Ausdruck kommenden Wertung zu umgehen, wenn man die Windenergienutzung mit widersprechenden Zielfestlegungen von außen „umzingeln“ könnte, um einen Konzentrationseffekt zu erzielen.

Der bisherige Einfluss der Raumordnung, wie er durch § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB vermittelt wird, ist damit bei Herausnahme der Windenergie aus dem Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB – auch über Umwege – nicht mehr gegeben.

Es verbleibt bei einer weniger starken Steuerungskraft der Raumordnung durch § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB. Im Rahmen des § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB erfüllen die Ziele der Raumordnung nicht die Funktion eines öffentlichen Belangs, sondern sind strikt verbindlich einzuhalten;¹⁶⁸ dies gilt auch für privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB.¹⁶⁹ Eine Verbindlichkeit setzt aber eine Beteiligung der betroffenen Privatpersonen nach § 9 Abs. 1 ROG voraus.¹⁷⁰ Damit kann eine Windenergieanlage beispielsweise auch weiterhin nicht in

¹⁶⁸ BVerwG, NVwZ 2003, 1263 (1263); BVerwG, NVwZ 2015, 1540 Rn. 11.

¹⁶⁹ VGH Mannheim, ZfBR 2000, 63 (64).

¹⁷⁰ BVerwG, NVwZ 2002, 476 (479).

einem regionalplanerisch als Rohstoffabbaugebiet ausgewiesenen Bereich errichtet werden.

c) Mögliche Vorbehalte gegenüber der Konzentrationszonenfreistellung

aa) Ungesteuerte Ansiedlung der Windenergieanlagen, insbesondere „Versparung“ der Landschaft

Mit der Herauslösung der Windenergienutzung aus dem Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB träten diejenigen Vorbehalte wieder hervor, denen man gerade durch eine Erstreckung der Konzentrationszonenvorschrift auf die Windenergienutzung begegnen wollte. Rechtshistorisch betrachtet verstand der Gesetzgeber die Einführung der Konzentrationszonenregelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB als Gegengewicht einer Einbeziehung von Windenergieanlagen in den Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 BauGB, also quasi als Relativierung ihrer Privilegierung. Dabei stellte der

„Antragsdruck für Windenergieanlagen“¹⁷¹

sogar den Ausgangspunkt für die politischen Überlegungen zur Einführung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB dar. Konkret heißt es in den Gesetzgebungsunterlagen:¹⁷²

„In den Regionen, die bereits jetzt schon einem hohen Antragsdruck für Windenergieanlagen ausgesetzt sind, bedarf es flankierend einer planerischen Steuerungsmöglichkeit, um den nach wie vor gebotenen Außenbereichsschutz zu gewährleisten und zugleich eine Bündelung von Anlagen („Windenergieparks“) zu ermöglichen. (...) Durch positive Standortzuweisungen an einen oder auch mehreren Stellen im Plangebiet erhalten die Regionalplanung und die Gemeinden die Möglichkeit, den übrigen Planungsraum von den durch den Gesetzgeber privilegierten Vorhaben

¹⁷¹ BT-Drs. 13/4978, S. 7.

¹⁷² BT-Drs. 13/4978, S. 7.

freizuhalten. Die planende Gemeinde, die zugunsten bestimmter Schutzgüter (Landschaftsschutz, Fremdenverkehr, Anwohnerschutz) die Nutzung der Windenergie nicht im gesamten Plangebiet eröffnen will, muß dann mit dem Ziel der Steuerung ein schlüssiges Plankonzept vorlegen (...).

Die zur ausdrücklichen Regelung dieser planerischen Steuerungsmöglichkeit an Absatz 3 des § 35 angefügte Formulierung erstreckt sich auf alle privilegierten Vorhaben des § 35 Abs. 1 Nr. 4 bis 7, da diese in Fällen besonderen Planungsdrucks einer planerischen Steuerung im Außenbereich bedürfen. Eine Beschränkung nur auf Windenergieanlagen würde zu dem nicht gewollten Umkehrschluß verleiten, daß der zu regelnde ‚Planvorbehalt‘ bei anderen privilegierten Vorhaben zukünftig keine Geltung mehr beansprucht.“

Der ausbleibende planerische Zugriff auf die Ansiedlung der Windenergienutzung im Außenbereich lag in Hinblick auf die gesetzeshistorischen Wurzeln des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB recht offensichtlich nicht im Interesse des Gesetzgebers.¹⁷³ Später hat die Legislative zur Bewältigung von gleichwohl eingetretenen Fehlentwicklungen bei der Ansiedlung von Windenergieanlagen („Verspargelung der Landschaft“) durch weitere Gesetzgebungsakte gegenzusteuern versucht. Hier fällt insbesondere § 249 Abs. 2 BauGB auf, der sich dem sog. Repowering, also der Ersetzung älterer, oft vereinzelt stehender Windenergieanlagen durch moderne leistungsstärkere Windenergieanlagen, widmet.¹⁷⁴ Das erklärte Normierungsziel lag dabei auch in der Bündelung von Windenergieanlagen an zentralen Stellen (Windenergieparks), um dem Einzelstand von Anlagen mit Blick auf die Beeinträchtigung der Landschaft entgegenzuwirken.¹⁷⁵ Insofern spricht der Gesetzgeber ausdrücklich vom

¹⁷³ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 35 Rn. 123a.

¹⁷⁴ BR-Drs. 344/11, S. 31; Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 249 Rn. 5.

¹⁷⁵ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB Kommentar, 2019, § 249 Rn. 2.

„Aufräumen der Landschaft“.¹⁷⁶

Diese früher als politisch unerwünscht aufgefassten Nebeneffekte der Nutzung von Windenergie als Energiequelle würden bei Herauslösen der Windenergie aus der Konzentrationszonenregelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB fortbestehen, wenn nicht gar verstärkt. Es wird daher eine *politisch* zu beantwortende Frage sein, ob man diese Nachteile durch die Vorteile, die mit einem verstärkten Ausbau der Windenergie bei Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB verbunden sind, aufgewogen sieht. Klimaschutz und Versorgungssicherheit der Bevölkerung erlauben *juristisch* jedenfalls auch diese intensiveren Belastungen des Außenbereichs.¹⁷⁷

bb) Planungserfordernis bei Massenphänomenen im Außenbereich

Der Wortlaut des § 35 Abs. 1 BauGB belegt, dass dieser Privilegierungstatbestand im Gegensatz zu § 35 Abs. 2 BauGB („Einzelfall“) nicht auf singuläre Phänomene begrenzt ist. Es können also auch eine Vielzahl von Windenergieanlagen auf Grundlage des § 35 Abs. 1 BauGB genehmigt werden.

Man kann allerdings die Frage aufwerfen, ob bei sog. „Massenphänomenen“ im Außenbereich nicht ein Planerfordernis im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB ausgelöst wird. Hiervon ist nämlich insbesondere dann auszugehen, wenn ein oder mehrere Vorhaben einen Koordinierungsbedarf auslösen, der nicht durch das Konditionalprogramm des § 35 BauGB aufgefangen, sondern nur durch eine förmliche Planung mit entsprechender Abwägung bewältigt werden kann.¹⁷⁸ Dogmatisch kann man diese Anforderung sogar als einen öffentlichen Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB verstehen.¹⁷⁹ Inhaltlich kann sie sowohl eine Binnenkoordination betreffen – also die Frage nach der

¹⁷⁶ BR-Drs. 344/11, S. 31.

¹⁷⁷ Siehe auch die nachfolgenden Ausführungen unter B, I, 2, d und e.

¹⁷⁸ BVerwG, NVwZ 2003, 86 (87); Rieger, in: Schrödter, BauGB Kommentar, 2019, § 35 Rn. 161.

¹⁷⁹ BVerwG, NVwZ 2003, 86 (87); BVerwG, BauR 2005, 832 (832 f).

Zuordnung von Anlagenteilen zueinander – als auch eine Außenkoordination bei unmittelbaren Auswirkungen gewichtiger Art auf Nachbargemeinden.¹⁸⁰

Es ist allerdings zu beachten, dass bei privilegierten Vorhaben die grundsätzliche Außenbereichsverträglichkeit bereits gesetzgeberisch festgestellt wurde, da die Vorhaben in den Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 BauGB aufgenommen wurden. Deshalb vermag der Einwand, ein Vorhaben löse ein Planungserfordernis aus, bei privilegierten Vorhaben nicht zu verfangen.¹⁸¹ Speziell für Windenergieanlagen hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass durch die Anhäufung von Windenergieanlagen regelmäßig kein qualifizierter Koordinierungsbedarf ausgelöst wird.¹⁸²

d) Vereinbarkeit der Konzentrationszonenfreistellung mit der Planungshoheit der Gemeinden

aa) Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG

Art. 28 Abs. 2 GG garantiert den Gemeinden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze eigenverantwortlich zu regeln. Diese kommunale Selbstverwaltungsgarantie bezieht sich auf

„solche Aufgaben, die das Zusammenleben und -wohnen der Menschen vor Ort betreffen oder einen spezifischen Bezug darauf haben“.¹⁸³

Bei der Bestimmung des Kompetenzumfangs der Gemeinde wird typischerweise auf historische Entwicklungen Rücksicht genommen,¹⁸⁴ nicht aber

¹⁸⁰ BVerwG, NVwZ 2003, 86 (87); BVerwG, BauR 2010, 740 Rn. 6.

¹⁸¹ Roeser, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand 2020, § 35 Rn. 38; Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 35 Rn. 6.

¹⁸² BVerwG, BauR 2005, 832 (833).

¹⁸³ BVerfGE 138, 1 Rn. 45; ähnlich BVerfGE 147, 185 Rn. 70.

¹⁸⁴ BVerfGE 125, 141 (167).

auf die Leistungsfähigkeit und Verwaltungskraft der Gemeinde.¹⁸⁵ Von Art. 28 Abs. 2 GG werden nach allgemeiner Auffassung die gemeindlichen Hoheiten erfasst; hierzu zählt auch die Planungshoheit der Gemeinde. Letztere schließt die Befugnis ein, vorhersehbare Entwicklungen im Gemeindegebiet längerfristig zu steuern, insbesondere für das eigene Gebiet die Bodennutzung festzulegen.¹⁸⁶

bb) Eingriff und Rechtfertigung

Es ist bereits fraglich, ob die Streichung der Windenergienutzung aus dem Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die kommunale Planungshoheit negativ tangiert (Eingriffsrelevanz). Schließlich nimmt diese Verengung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB der Gemeinde nicht die Möglichkeit, im Wege der planerischen Aktivität durch Bauleitpläne ihre kommunalen Entwicklungsvorstellungen weiterhin aktiv zu gestalten. Der Gemeinde ist lediglich ein Instrument aus der Hand genommen worden, gegenüber der Windenergienutzung schneller und differenzierter planerisch zu agieren. Dieser Nachteil dürfte im Verhältnis zur fortbestehenden Fülle an planungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten jedoch eine marginale Belastung sein, also dürfte die Erfüllung gemeindlicher Planungsaufgaben nicht mit ausreichender Intensität beeinträchtigt sein.¹⁸⁷

Sollte man hierin doch einen Eingriff in die kommunale Planungshoheit sehen, etwa weil bestehende Planungskonzeptionen der Gemeinde nach Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB dem neuen Rechtsrahmen angepasst werden müssten, wäre diese Beeinträchtigung jedenfalls gerechtfertigt. Denn die kommunale Planungshoheit steht den Gemeinden gem. Art. 28 Abs. 2 GG nur

¹⁸⁵ BVerfGE 147, 185 Rn. 78.

¹⁸⁶ BVerfGE 56, 298 (310); BVerwGE 141, 144 Rn. 5.

¹⁸⁷ Zum Erfordernis der Intensität siehe BVerwGE 77, 128 (132 f); BVerwGE, 147, 184 Rn. 62.

„im Rahmen der Gesetze“

zu. Ausgesprochen ist hiermit ein Gesetzesvorbehalt.¹⁸⁸ Seine Anforderungen würden durch das veränderte BauGB bzw. ein zur Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erforderliches Änderungsgesetz erfüllt. Die hierdurch ausgelöste, bereits beschriebene¹⁸⁹ geringe Belastung ist mit Blick auf die verfolgten Ziele der Gesetzesänderung (Klimaschutz und Versorgungssicherheit der Bevölkerung) grundsätzlich verhältnismäßig.¹⁹⁰ Der Kernbereich der Planungshoheit wird sicher nicht tangiert.¹⁹¹

e) Keine Verletzung von Grundrechten

aa) Körperliche Unversehrtheit

Eine Verengung des Anwendungsbereichs des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB kann nur für einige Grundrechte von Relevanz sein. Zumindest diskussionswürdig scheint eine Verletzung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit). So könnte man etwa überlegen, ob durch eine Konzentrationszonenfreistellung möglicherweise Windenergieanlagen in einer Art und Weise errichtet werden, dass sie bei Nachbarn das körperliche oder psychische Wohlbefinden beeinträchtigen.¹⁹²

Zu bedenken ist jedoch, dass die Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB keine Gesetze zum Schutz der Bevölkerung oder des Nachbarn vor körperlichen Beeinträchtigungen tangiert. Insbesondere bleiben immissionsschutzrechtliche

¹⁸⁸ BVerfGE 79, 127 (143); BVerfGE 138, 1 Rn. 56.

¹⁸⁹ Siehe die Ausführungen in diesem Gliederungsabschnitt.

¹⁹⁰ Zum Verhältnismäßigkeitserfordernis siehe BVerfGE 125, 141 (167); BVerfGE 138, 1 Rn. 55 ff.

¹⁹¹ Vgl. zum Kernbereich BVerfGE 91, 228 (238); BVerfGE 107, 1 (12 f).

¹⁹² Zu diesem Element des Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG siehe Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 2020, Art. 2 Rn. 83.

Anforderungen von Windenergieanlagen unberührt.¹⁹³ Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG scheidet daher aus. Das Grundrecht ist nicht verletzt.

bb) Eigentumsrechte

Art. 14 GG garantiert den Schutz des Eigentums. Davon eingeschlossen sind grundsätzlich alle vom Gesetzgeber gewährten (konkreten) vermögenswerten Rechte,

„die Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass sie die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zum privaten Nutzen ausüben dürfen.“¹⁹⁴

Unter dieser Prämisse könnte man daran denken, dass die Eigentümer an Grundstücken im Außenbereich oder in daran angrenzenden Bereichen durch die Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB möglicherweise grundrechtsrelevante Nachteile erleiden.

Zu beachten ist allerdings, dass durch die hier vorgeschlagene Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB keine eigentumsrelevanten Belastungen eintreten. Im Hinblick auf Windenergieanlagen, die von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erfasst werden, kann es ohnehin nur zu Erleichterungen, nicht aber zu Belastungen bei der Ansiedlung kommen. Des Weiteren vermittelt § 35 BauGB den Eigentümern von Grundstücken im Außenbereich keinen „Gebietserhaltungsanspruch.“ Alle Nutzungsmöglichkeiten im Außenbereich verstehen sich als dynamische und nicht statische Nutzungsmöglichkeiten.¹⁹⁵ Auch deshalb fehlt Außenbereichsnutzungsmöglichkeiten die Entschädigungsfähigkeit nach § 42 BauGB.¹⁹⁶

¹⁹³ Siehe hierzu die obige Darstellung unter B, I, 2, b, aa.

¹⁹⁴ BVerfGE 131, 66 (79); ähnlich BVerfGE 123, 186 (258); BVerfGE 126, 331 (358).

¹⁹⁵ Breuer, in: Schrödter, BauGB Kommentar, 2019, § 42 Rn. 28.

¹⁹⁶ BVerwGE 152, 49 Rn. 13.

Schließlich würden Abwehrrechte von Nachbargrundstücken durch die Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht tangiert.

f) Zwischenergebnis

Die Freistellung der Windenergie von der Konzentrationszonenregelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ist rechtlich darstellbar. Es ist eine politische Entscheidung, die Nachteile eines vergleichsweise freien Zugangs zum Außenbereich mit den Vorteilen einer solchen gesetzlichen Ausgestaltung, nämlich mit Klimaschutz und gesicherter Energieversorgung der Bevölkerung, abzuwägen.

3. Ausreichende Flächenausweisung für Windenergieanlagen mit Konzentrationsmöglichkeiten

Ein weiterer Modifizierungsvorschlag zu § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB versucht, die Steuerungskraft der Norm im Hinblick auf konkrete Ansiedlungsorte mit dem Erfordernis hinreichender Flächenausweisungen zu verbinden. Dabei wird die Konzeption von dem Gedanken getragen, den Gemeinden möglichst viele Spielräume bei der Gewährleistung ausreichender Energiegewinnung aus Windenergie zu belassen. Die Gemeinden werden nicht verpflichtet, bestimmte Flächenausweisungen vorzunehmen; auch wird ihnen überlassen, auf welche Weise sie Energieleistungszuwächse durch Flächenausweisungen sicherstellen möchten (falls sie sich hierzu entschließen).

a) Gesetzliche Definition erforderlicher Flächenausweisungen

aa) Aktuell ungeklärte Rechtslage zum „Substanziellen Raumschaffen“ bei Windenergieanlagen

Die bisherigen Ausführungen zur Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB haben offengelegt, welche praktischen Schwierigkeiten sich eröffnen, wenn sich Gemeinden oder Träger der Raumordnungsplanung der

Konzentrationszonenplanung annehmen.¹⁹⁷ Ein Aspekt, der Probleme bereitet, ist die Feststellung, ob durch die Konzentration der Windenergienutzung auf bestimmte Flächen im Plangebiet ein hinreichender Entfaltungsraum zur Verfügung gestellt wird, mithin der nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Windenergie „substanziell Raum“ geschaffen wird.¹⁹⁸ Die Ermittlung dieser Rechengröße entzieht sich nach der Rechtsprechung einer abstrakten Festlegung, da sie von vielen Einzelfallfaktoren abhängt.¹⁹⁹

Vor dem Hintergrund der dargelegten Schwierigkeiten möchte sich der vorliegende Vorschlag von der Korrekturgröße des „substanziellen Raumschaffens“ lösen. Er nimmt den Gesetzgeber vielmehr in die Pflicht, Orientierungsgrößen bzgl. der erforderlichen Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie zu definieren.

bb) Positiv-rechtliche, politische Entscheidung zum erforderlichen Flächenbedarf

(1) Die bisherigen Ausführungen haben verdeutlicht, dass bislang ca. 0,9% der Gemeindeflächen für die Windenergienutzung zu Verfügung gestellt werden.²⁰⁰ Dies sind landesweit zu wenige nutzbare Flächen, um die Zielwerte der Energiewende zu erreichen und die hierzu erforderliche Leistung aus erneuerbaren Energien zu gewinnen.²⁰¹ Um den Umbau der Energieinfrastruktur erfolgreich abzuschließen, müssten nach aktuellen Schätzungen im Bundesdurchschnitt mindestens 2% der Gemeindeflächen für die Windenergie zur Verfügung gestellt werden.²⁰² Hiervon ist man aber noch weit entfernt.

¹⁹⁷ Siehe bereits oben B, I, 1, c, dd.

¹⁹⁸ Siehe die obigen Ausführungen unter B, I, 1, c, cc.

¹⁹⁹ Siehe die obigen Ausführungen unter B, I, 1, c, cc.

²⁰⁰ UBA, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, 2019, S. 21, 24.

²⁰¹ UBA, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, 2019, S. 150; Schink, ZfBR 2015, 232 (232).

²⁰² UBA, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, 2019, S. 24.

(2) Jede Form prognostischer Berechnungen weist, gerade mit Blick auf die weiten Entwicklungshorizonte bis ins Jahr 2050, Unschärfen und Unwägbarkeiten auf. Diese Unsicherheit bei der Bedarfsermittlung bzw. der Bestimmung des gesellschaftlichen Veränderungsdrucks darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es gerade jetzt der legislativen Kursbestimmung bedarf, um in der Gegenwart überhaupt einen aussichtsreichen Veränderungsprozess zur deutschen Energieinfrastruktur zu initiieren. Die prognostische Unbekannte fordert die politische Führung geradezu heraus.

Deshalb erkennt das Grundgesetz dem Gesetzgeber eine rechtlich durchaus relevante Einschätzungsprärogative zu, die bei entwicklungsoffenen Sachverhalten das legislative Urteil sogar der gerichtlichen Kontrolle entzieht. Konkret formuliert das BVerfG – auch zu den Grenzen: Es

„ist zu berücksichtigen, inwieweit dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Ausgangslage und der möglichen Auswirkungen der von ihm getroffenen Regelung eine Einschätzungsprärogative zukommt. Dafür ist maßgeblich insbesondere auf die Eigenart des jeweiligen Sachbereichs und auf die Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter abzustellen; außerdem hängt der Prognose-spielraum auch von der Möglichkeit ab, sich im Zeitpunkt der Entscheidung ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden.“²⁰³

Dabei ist wichtig, dass gerade bei komplexen Rechtsverhältnissen die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers besonders weit reicht.²⁰⁴ Der Gesetzgeber kann sogar Konzepte erproben.²⁰⁵ Stellt sich später eine Beurteilung als falsch heraus, muss die hierauf beruhende gesetzliche Regelung korrigiert werden.²⁰⁶ Allerdings gelten angemessene Anpassungszeiträume.²⁰⁷

²⁰³ BVerfGE 110, 141 (167 f).

²⁰⁴ BVerfGE 125, 1 (18).

²⁰⁵ BVerfGE 113, 167 (234).

²⁰⁶ BVerfGE 50, 290 (335); BVerfGE 95, 267 (314 f).

²⁰⁷ BVerfGE 83, 1 (21 f).

Die Einschätzungsprärogative rückt somit den Gesetzgeber an die erste Stelle, um durch Legislativakte Ausrichtung und Orientierung zu stiften.²⁰⁸ Das BVerfG meint ausdrücklich:

„In einer notwendigerweise mit Ungewißheit belasteten Situation liegt es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen.“²⁰⁹

Diese Entscheidungskraft wird in anderen Rechtsbereichen durchaus mit Erfolg genutzt. So definiert der Gesetzgeber etwa durch das BBPlG die Bedürfnisse für den länderübergreifenden und grenzüberschreitenden Netzausbau und liefert dabei zugleich die Grundlage, um gem. § 1 Abs. 1 BBPlG die Erforderlichkeit der gesetzgeberisch aufgegriffenen Projekte verbindlich vorzugeben.²¹⁰

Hiervon könnte auch der Ausbau der Windenergienutzung profitieren, wenn der Gesetzgeber das konkrete Bedürfnis an Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie an Land definieren würde.²¹¹ Hierzu wäre es denkbar, unmittelbar die erforderlichen Flächenmengen festzuschreiben oder die notwendig im Gemeindegebiet zu gewinnende Strommenge zu definieren. Letztere müsste dann durch die Gemeinde in Flächenausweisungen „übersetzt“ werden. Obschon die Verwendung von Werten der zu installierenden Leistung in der Sache etwas genauer sein dürfte, wird die vorliegende Untersuchung sich auf die ebenfalls zulässige unmittelbare Bestimmung

²⁰⁸ Kloepfer, NJW 2011, 131 (132 ff).

²⁰⁹ BVerfGE 49, 89 (131).

²¹⁰ Posser, in: Kment (Hrsg.), EnWG Kommentar, 2019, § 12e Rn. 22 ff; Köck, ZUR 2016, 579 (581).

²¹¹ Rodi, ZUR 2017, 658 (660 f); Agatz, ZUR 2020, 584 (597); Hermes, ZUR 2014, 259 (261); kritisch Thomann, Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen, 2018, S. 489.

erforderlicher Flächenausweisungen konzentrieren. Hierfür spricht, dass in der Praxis die Arbeit mit Flächengrößen geläufiger ist und daher größere Umsetzungserfolge und -geschwindigkeit verspricht.

cc) Regelungsbefugnis des Bundes nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und Ausgestaltung

Die Festschreibung eines konkreten Bedarfs an erneuerbaren Energien ist nach Maßgabe des Verfassungsrechts eine Aufgabe der konkurrierenden Gesetzgebung, vgl. Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Danach besitzt der Bund die Kompetenz, die Regeln zum Recht der Wirtschaft zu setzen, wobei das Grundgesetz als Aspekt dieses Kompetenztitels ausdrücklich die Energiewirtschaft benennt. Energiewirtschaft meint die Energiegewinnung und die Verteilung aller Energien und Energieträger, einschließlich der Energiepreise und Energieleitungen, der Sicherung der Energieversorgung und der Energieeinspeisung.²¹² Eine gesetzliche Definition des Flächenbedarfs zugunsten der Windenergie wäre somit tatbestandlich einschlägig.

Überdies würde eine Flächenbedarfsdefinition durch den Bund den zusätzlichen Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG gerecht. Diese zusätzliche Schranke für die Ausübung der Rechtssetzungskompetenz besagt, dass die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes nur besteht,

„wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.“²¹³

²¹² Degenhart, in: Sachs, GG Kommentar, 2018, Art. 74 Rn. 46; Oeter, in: von Mangoldt/Klein/Stark, GG Kommentar, 2018, Art. 74 Rn. 89; Kment, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 2020, Art. 74 Rn. 25.

²¹³ Art. 72 Abs. 2 GG.

Vorliegend könnte sich der Bund bei einer Bedarfsfestlegung bzgl. der erforderlichen Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie sowohl auf die Wahrung der Rechtseinheit als auch die Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse berufen. Ersteres setzt voraus, dass eine Gesetzesvielfalt auf Landesebene

„eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellt, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann“²¹⁴

während die Voraussetzungen des letztgenannten Tatbestandsmerkmals erfüllt sind,

„wenn Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen.“²¹⁵

Beide Anforderungen werden bei einer bundesrechtlichen Bedarfsfestlegung bzgl. der Windenergie (oder jeder anderen erneuerbaren Energie) erfüllt. Zum einen schafft eine einheitliche Bedarfsdefinition einheitliche rechtliche Standards hinsichtlich der Erforderlichkeit des Energieausbaus und der Erweiterung der mit ihm verbundenen Hilfsinfrastrukturen (zB. Netzausbau);²¹⁶ dies ist auch bei den Zulassungsentscheidungen von großer Bedeutung. Zum anderen ist die Deckung des Strombedarfs der Bundesrepublik – auch in seiner Einbindung in den europäischen Strommarkt – eine hochkomplexe Materie, die der gesamtdeutschen Abstimmung und Ausrichtung bedarf. Käme es insofern zu Normierungslücken, unausgewogenen Konzepten innerhalb der Länder, zeitlichen Versätzen bei den Landesregelungen oder Ähnlichem,

²¹⁴ BVerfGE 125, 141 (155); BVerfGE 140, 65 Rn. 49.

²¹⁵ BVerfGE 112, 226 (249); BVerfGE 138, 136 Rn. 109.

²¹⁶ Rodi, ZUR 2017, 658 (660 f); Hermes, ZUR 2014, 259 (261).

würde dies zu erheblichen Nachteilen beim Ausbau der erneuerbaren Energien führen und damit die gesamte Energiewirtschaft nachteilig betreffen. Es wären insbesondere Verzögerungen bei der Projektverwirklichung und Versorgungslücken zu erwarten.

Bei der konkreten Ausgestaltung des Bedarfsfeststellungsgesetzes ist der Bundesgesetzgeber grundsätzlich frei. Er wird sich – wie dies etwa in anderen Bereichen der Energiewirtschaft bereits vorgesehen ist (vgl. 12a ff EnWG) – durch exekutive Vorarbeiten unterstützen lassen, die ihn allerdings inhaltlich nicht binden.²¹⁷

b) Bedingte Konzentrationszonen

aa) Anwendung von Konzentrationszonen unter Förderbedingungen: Nachweis einer flächenbezogenen Mindestausweisung zugunsten der Windenergie

(1) Aus einer bundesweiten Bedarfsdefinition für den Bereich der erneuerbaren Energien können Rückschlüsse gezogen werden, welche Menge an Leistung durch die Onshore-Windenergie (oder jede andere erneuerbare Energie) bereitgestellt werden soll. Zeitlicher Bezugspunkt wären die verbleibenden 30 Jahre bis zum Jahr 2050 sowie alle Zeitstufen bis zu diesem Endpunkt. Wie bereits ausgeführt, liegt hierzu eine wissenschaftlich belastbare Modellierung von *Prognos*, *Öko-Institut* und *Wuppertaler Institut* vor:²¹⁸ Die Gutachter errechnen bis zum Jahr 2050 einen Bedarf von insgesamt 130 GW installierter Leistung für die Onshore-Windenergie.²¹⁹ Aus diesem Zielwert lassen sich flächenbezogene Anforderungen definieren, die jede Gemeinde in der Bundesrepublik Deutschland im Durchschnitt erfüllen müsste, damit das Ziel der Energiewende tatsächlich erreicht werden kann.

²¹⁷ Moench/Ruttloff, NVwZ 2011, 1040 (1042).

²¹⁸ Siehe die obigen Ausführungen unter A, I, 2, a.

²¹⁹ Prognos/Öko-Institut/Wuppertaler Institut, Klimaneutrales Deutschland. Zusammenfassung, 2020, S. 24.

(2) Bei der Feststellung des Bedarfs wie auch der Verteilung dieses Bedarfs auf die einzelnen Gemeinden besteht ein großer gesetzgeberischer Spielraum. So ist es etwa denkbar, dass der Bundesgesetzgeber einen allgemeingültigen pauschalen Zielwert an auszuweisenden Windenergieflächen für jede Gemeinde festschreibt oder aber sich bei der Zielwertbestimmung an Gemeindegruppen (Typen) orientiert. Im letztgenannten Fall würden Gemeinden anhand bestimmter abstrakter Kriterien einer bestimmten Gruppe zugeordnet; als Mitglied dieser Gruppe sollten sie einen gruppenspezifischen Zielwert erfüllen.

Eine Ausgestaltung der Lastenverteilung muss grundsätzlich nicht auf jede Gemeinde passgenau zugeschnitten sein. Der Gesetzgeber darf nämlich selbst in grundrechtsrelevanten Bereichen durchaus typisierend normieren.²²⁰ Lediglich wenn eine ganze Teilgruppe typischerweise sehr hart betroffen ist, verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Sonderbehandlung der Teilgruppe.²²¹ Diese ist umso eher erforderlich, je größer die Teilgruppe ist, je mehr sie einen eigenständigen Charakter aufweist und je größer die Gefahr der Rechtsbeeinträchtigung ist.²²²

Zieht man diese Grundprinzipien des Rechtsstaatsgebots (Art. 20 Abs. 3 GG) heran, ist es denkbar, einen deutschlandweit einheitlichen oder einen bezüglich bestimmter Gemeindetypen differenzierenden Zielwert zu definieren, der die notwendige Flächenausweisung zugunsten der Windenergie bestimmt (Windenergie-Beitragswert). In jedem Fall erscheint eine zeitliche Staffelung der Zielwerte ebenfalls sinnvoll.

(3) Aus diesem gesetzlich definierten Zielwert (Windenergie-Beitragswert) würde sich zwar keine Planungspflicht der Gemeinde im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB ableiten,²²³ im eigenen Gemeindegebiet hinreichende Flächen zur

²²⁰ Robbers, in: Bonner Kommentar, GG, Stand 2020, Art. 20 Rn. 1926.

²²¹ BVerfGE 30, 292 (327); BVerfGE 68, 155 (173); BVerwG, DVBl. 2001, 741 (743).

²²² Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 2020, Art. 20 Rn. 125.

²²³ Siehe zu Planungspflichten auch Moench, DVBl. 2005, 676.

Verfügung zu stellen, damit der Zielwert bzgl. erneuerbarer Windenergie tatsächlich realisiert wird.²²⁴ Allerdings wäre ablesbar, ob die Gemeinde auf dem Weg zur Energiewende hinreichende Anstrengungen unternommen hat, um ihren Anteil an den gesamtdeutschen Ausbauzielen bezüglich der Windenergie zu erreichen. Hat sie den für sie festgelegten Wert an auszuweisenden Flächen auf dem eigenen Gemeindegebiet durch planerische Ausweisungen sichergestellt, kann sie die Windenergienutzung weiterhin mittels § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auf die ausgewiesenen Flächen konzentrieren.

Liegen die Anstrengungen der betroffenen Gemeinde unterhalb des Zielwerts, fällt die Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB weg. Die zurückhaltende Gemeinde hat nicht die notwendigen Anstrengungen unternommen, um der Windenergienutzung ausreichende Flächenangebote zu unterbreiten. Sie kann daher nicht mehr auf die Steuerungskraft des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zurückgreifen. Die Ansiedlung von Windenergieanlagen vollzieht sich nun in der Gemeinde ohne dieses planerische Gestaltungsinstrument. Hierdurch entsteht keine Planungspflicht zu Lasten der säumigen Gemeinde. Allerdings entsteht ein Anreiz, durch eine ausreichende Flächenausweisung das Planungsgeschehen im Gemeindegebiet spezifischer steuern zu können.

Die Erfüllung des Windenergie-Beitragswerts kann sowohl durch Bebauungspläne zugunsten der Windenergie²²⁵ als auch durch geeignete Ausweisungen eines Flächennutzungsplans²²⁶ erfolgen, sofern hiermit die

²²⁴ Aus diesem Grund eröffnet sich auch nicht der Anwendungsbereich des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, da der Gemeinde keine Aufgabe übertragen wird. Sie gewinnt keine neue sachliche Zuständigkeit hinzu, denn Klimaschutzmaßnahmen und Klimaanpassungsmaßnahmen – zu denen auch die Errichtung von Windenergieanlagen (siehe dazu auch nachfolgend unter B, II, 1 und 2) gehören, obliegen ihr bereits; vgl. zum Merkmal der neuen sachlichen Zuständigkeit auch Hermes, in: Dreier, GG Kommentar, 2018, Art. 84 Rn. 74. *Rechtstechnische* Anpassungen des Regelwerks zur Aufgabenumsetzung, wie dies bei einer Änderung des § 35 BauGB erfolgen würde, lösen ebenfalls keine neuen *sachlichen* Zuständigkeiten aus.

²²⁵ Hier erfolgen Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB.

²²⁶ Darstellungen nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 BauGB sind dazu geeignet.

Ansiedlung von Windenergie im Bezugsraum ermöglicht wird. Damit ist auch klargestellt, dass der Windenergie-Beitragswert nicht zwingend im Außenbereich zu realisieren ist.²²⁷

Hat die Gemeinde Schwierigkeiten bei der planerischen Umsetzung ihrer Konzeptionen oder Zielvorstellungen, kann sie sich gem. § 4b BauGB fachkundiger Hilfe durch Dritte bedienen.²²⁸ Ein fachkundiger Dritter kann insbesondere beurteilen, ob durch die ausgewiesenen Flächen die Grundlagen gelegt sind, um den Windenergie-Beitragswert zu erreichen.

bb) Prüfung des gemeindlichen Nachweises durch die Bundesnetzagentur, Plausibilitätsprüfung

Es ist kein offensichtlicher, leichter oder gar stets zweifelsfreier Prüfvorgang, ob die Flächen, die Gemeinden durch planerische Ausweisung der Windenergie zuweisen, tatsächlich die Voraussetzungen schaffen, damit der für die jeweilige Gemeinde gültige Windenergie-Beitragswert erreicht wird.

Die Überprüfung dieses Umstands kann zunächst nur auf einem aussagekräftigen Nachweis der zuständigen Gemeinde basieren. Sie muss hierzu ihre Planungsaktivitäten erklären und damit zugleich ihre energiestrategischen Entscheidungen in Bezug auf die Windenergie darlegen. Auf dieser Grundlage muss die Erfüllung des Windenergie-Beitragswerts untersucht und bestätigt werden. Hierzu muss eine unabhängige und sachkundige Stelle bestimmt werden, welche die Erfüllung der Anforderungen prüfen kann und mit der Bestätigung des gemeindlichen Nachweises die Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB (durchaus auch bezogen auf bereits ausgewiesene Flächen für die Windenergienutzung) freigibt. Dabei bleibt es der Gemeinde überlassen,

²²⁷ Anderenfalls könnte die Gemeinde nicht ohne Nachteile durch Bauleitplanung die Ansiedlung der erneuerbaren Energien ermöglichen.

²²⁸ Siehe zum Einsatz fachkundiger Dritter Reidt, NVwZ 1998, 592; Stollmann, NuR 1998, 578.

welche Methoden bzw. Mittel sie nutzt, um den Windenergie-Beitragswert zu erreichen.

Als sachkompetente Prüfstelle kommt die Bundesnetzagentur in Betracht. Als obere Bundesbehörde ist sie mit Fragen der Energieversorgung bestens vertraut und hat im Zuge des Netzausbaus (Vollzug des EnWG, NABEG, EnLAG, BBPlG usw.) ihren breiten Erfahrungsschatz nochmals erweitern können. Dieser bezieht sich nicht nur auf planerische Ausweisungen in der Schnittstelle von Raumordnung, Bundesfachplanung und kommunaler Bauleitplanung,²²⁹ sondern auch auf den Außenkontakt mit den vielen beteiligten Akteuren (staatliche Stellen, Gemeinden, Bürger, NGOs, Protestbewegungen usw.).²³⁰ Überdies ist bei der Bundesnetzagentur eine große personale Fachkompetenz zum Bereich Energie und Planung vorhanden. Diese „Grundausstattung“ der Bundesnetzagentur befähigt sie, die Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie fachmännisch zu beurteilen und ungeeignete Flächen aufzuspüren. Dabei wahrt die Bundesnetzagentur als Bundesbehörde²³¹ zudem einen notwendigen Abstand zu singulären Länderinteressen, die bis auf die Gemeindeebene durchdringen könnten.

Um die Ausbaugeschwindigkeit nicht abzubremsen, sollte die Prüfung der Bundesnetzagentur als Pauschalitätsprüfung ausgestaltet sein, die sich auf die Schlüssigkeit der eingereichten Unterlagen beschränkt²³² und gerade eine intensive und langwierige Flächenanalyse vermeiden soll. Erfahrungen zu solchen Schlüssigkeitsprüfungen liegen im Bereich des Umweltrechts bereits vor; so ist etwa in § 5 Abs. 3 S. 2 UVPG im Rahmen der durchaus sehr komplexen Umweltverträglichkeits(vor-)prüfung eine Reduzierung des gerichtlichen

²²⁹ Kümper, NVwZ 2014, 1409.

²³⁰ Vgl. auch Gärditz, ZfU 2012, 249 (271).

²³¹ Vgl. zu Kritikpunkten Durner, DVBl. 2011, 853 (857 f).

²³² Kment, EurUP 2020, 317 (321 ff); Beckmann, FS Seibert, 2020, 13.

Kontrollmaßstabs auf eine pauschale Prüfung (Nachvollziehbarkeit) praktisch erprobt.²³³

Die Entscheidung der Bundesnetzagentur erginge als Verwaltungsakt.

cc) Nachweisfiktion bei Untätigkeit der Bundesnetzagentur, Nachbesserung der eingereichten Unterlagen

Um die kommunale Planung nicht unnötig lange der Unsicherheit aussetzen, ob die Anforderungen des Windenergie-Beitragswerts tatsächlich erfüllt sind, sollte eine Nachweisfiktion einsetzen, wenn die Bundesnetzagentur nicht innerhalb einer Frist von 3 Monaten über die Anfrage der vorlegenden Gemeinde entscheidet.²³⁴ Diese Frist kann von der Bundesnetzagentur aber nur eingehalten werden, wenn die Gemeinden aussagekräftige Unterlagen einreichen, die eine Überprüfung ihrer Flächenausweisungen ermöglichen. Zeigen sich insofern Mängel, muss die Bundesnetzagentur das Recht haben, die Ergänzung der Unterlagen zu verlangen. Sowohl die Konzeption einer Genehmigungsfiktion als auch das Recht, eine Ergänzung von Antragsunterlagen zu fordern, sind dem Umwelt- und Infrastrukturrecht nicht unbekannt. Fiktionsregelungen finden sich etwa in § 15 Abs. 2 S. 2 BImSchG oder § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB.²³⁵ Eine Ergänzung der Unterlagen kann nach § 10 Abs. 1 S. 2 BImSchG oder §§ 8, 21 Abs. 5 NABEG verlangt werden.

dd) Zeitliche Befristung kommunaler Berechtigung zur Konzentrationszonenplanung

Die Stromerzeugungsbedürfnisse der Gesellschaft und die Form ihrer Erreichung können nur prognostiziert werden.²³⁶ Dies bedeutet, dass etwa der Bundesgesetzgeber aufgerufen ist, seine Bedarfsfeststellungen in

²³³ Dienes, in: Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG/UmwRG, 2018, § 5 Rn. 26 ff.

²³⁴ Siehe zu solchen Entscheidungsfristen etwa § 6 Abs. 4 S. 4 BauGB; § 42a VwVfG.

²³⁵ Zu Genehmigungsfiktionen siehe Weidemann/Barthel, JA 2011, 221.

²³⁶ Siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen unter B, I, 3, a, bb.

angemessenen Zeiträumen zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.²³⁷ Hierdurch wird bereits eine Dynamik deutlich, die auch auf der Ebene der kommunalen Bauleitplanung nachgezeichnet werden muss: Erweisen sich etwa definierte Windenergie-Beitragswerte als zu niedrig, muss die Gemeinde weitere Anstrengungen unternehmen. Um sicherzustellen, dass die Ansiedlung von Windenergieanlagen durch legitimierte Konzentrationszonen nicht für einen zu langen Zeitraum gesperrt ist, sollte die Befugnis zur Konzentrationszonenplanung, die durch die Bestätigung des Nachweises der Erfüllung des Windenergie-Beitragswerts ausgelöst wird, nicht dauerhaft gültig sein.²³⁸ Eine zeitliche Befristung verschafft insofern Flexibilität und verhindert auch die Entstehung von Vertrauensschutz.

Die Gemeinden wären durch diese zeitliche Befristung der Bestätigung (Verwaltungsakt) nicht signifikant belastet. Bleiben die Windenergie-Beitragswerte stabil, wird es ihnen leichtfallen, auf der Grundlage alter Antragsunterlagen den Nachweis der ausreichenden Flächenausweisungen auf dem eigenen Gemeindegebiet zu erbringen. Zeigt sich aber im Laufe der Zeit, dass von Gemeinden angestellte Prognosen zur Flächeneignung fehlgegangen sind, muss die Gemeinde durch neue Bauleitplanung nachbessern.

ee) Gemeindeübergreifende Bedarfserfüllung bei Raumordnungsplänen, regionalen Flächennutzungsplänen und gemeinsamen Flächennutzungsplänen

Bezugsräume einer Ausweisung von Flächen für die Windenergienutzung müssen nicht immer nur die einzelnen Gemeindegebiete sein. In der Planungspraxis ist es durchaus üblich, dass etwa auf der Ebene der Regionalplanung gemeindegebietsübergreifende Ansiedlungsstrategien für die

²³⁷ Siehe dazu Hömig, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 2020, § 95 Rn. 73; Bernd, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflicht, 1989. In § 12e Abs. 1 S. 1 EnWG ist eine Überprüfung innerhalb von vier Jahren als Regelfall angelegt, der allerdings den Gesetzgeber nicht bindet; vgl. Posser, in: Kment, EnWG Kommentar, 2019, § 12e Rn. 19.

²³⁸ Vgl. auch Agatz, ZUR 2020, 584 (597).

Windenergie verfolgt werden.²³⁹ Ebenfalls ist es denkbar, dass durch regionale Flächennutzungspläne gem. § 13 Abs. 4 ROG²⁴⁰ oder durch gemeinsame Flächennutzungspläne gem. § 204 BauGB²⁴¹ größere Planräume geschaffen werden, die kommunale Grenzen überschreiten. In allen diesen Fällen ist es sachgerecht, die Windenergie-Beitragswerte der in Bezug genommenen Gemeinden zusammenzuführen und interkommunale „Verrechnungen“ und „Additionen“ zuzulassen. Damit müsste ein gemeindeübergreifend konzipierter Plan die Windenergie-Beitragswerte aller von ihm in Bezug genommenen Gemeinden an irgendeiner Stelle des Plangebiets planerisch erfüllen, diese aber nicht gemeindespezifisch zuordnen.

Um den Besonderheiten der Planung gerecht zu werden, sollte es möglich sein, dass Gemeindegebiete nicht immer vollständig einem regionalen oder überregionalen Planwerk zugeordnet werden. Denkbar ist auch, dass nur Teilräume einer Gemeinde in eine höherstufige Planung einbezogen werden. Daraus erwächst das Erfordernis, die Windenergie-Beitragswerte nur anteilig einer jeweiligen gemeindeübergreifenden Planung zuzuordnen. Um jedoch das Unterlaufen bzw. Umgehen der Windenergie-Beitragswerte durch „kreative“ Gemeindezuschnitte zu verhindern, darf eine solche teilweise Überplanung, welche die Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB beansprucht, nur dann zulässig sein, wenn der verbliebene Windenergie-Beitragswert von einer anderen Planung übernommen wird oder die Teilüberplanung aus zwingenden planerischen Gründen geboten ist. Letzteres dürften nur Ausnahmefälle sein.

²³⁹ Vgl. exemplarisch das Regionale Raumordnungsprogramm Region Hannover vom 30.08.2016, Karten Nr. 17.1-17.7.

²⁴⁰ Siehe hierzu Grotefels, in: Kment, ROG Kommentar, 2019, § 13 Rn. 87 ff; Hendler, UPR 2006, 325; Lahme, Der regionale Flächennutzungsplan. Eine Untersuchung am Beispiel des nordrhein-westfälischen Landesrechts, 2008.

²⁴¹ Siehe hierzu etwa Schmidt-Eichstaedt, Gemeinsame Flächennutzungsplanung nach Bundes- und Landesrecht, NVwZ 1997, 846; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 204 Rn. 8 ff.

Im Übrigen wären von den Planträgern dieselben Anforderungen zu erfüllen, wie sie für die kommunale Bauleitplanung gelten.

c) Sonderfragen zur Raumordnung

aa) Verhältnis der Ziele der Raumordnung zum Flächennutzungsplan

Schon nach dem geltenden Recht ist das Verhältnis zwischen den Zielen der Raumordnung und dem Flächennutzungsplan im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht störungsfrei.²⁴² Mit der hier vorgeschlagenen Neufassung der Regelungsstruktur ändert sich diese Interaktion nur unwesentlich. Beide Planwerke lösen unabhängig voneinander ihre Konzentrationswirkung aus, je nachdem ob sie den Nachweis der Erfüllung des Windenergie-Beitragswerts erbracht haben oder nicht. Bei einer Konkurrenz (räumlicher oder sachlicher Widerspruch von Ausweisungen) der beiden Planwerke sind Vorhaben nur dort zulässig, wo sie weder den Zielen der Raumordnung noch dem Flächennutzungsplan widersprechen.²⁴³ Wird hierdurch der Ansiedlungsraum für die Windenergienutzung so klein, dass er unter den Wert des notwendigen Windenergie-Beitragswerts fällt, wird der Nachweis des hinreichenden Windenergie-Beitragswerts nicht möglich sein und die Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB misslingen.

Erfüllt nur einer der beiden Planungsträger (Regionalplaner oder Gemeinde) die Anforderungen an den hinreichenden Windenergie-Beitragswert, sind nur die „ausreichenden“ Planungen mit der Wirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB versehbar. Die anderen Planwerke erfüllen keine Konzentrationswirkung. Dies gilt auch dann, wenn etwa der Regionalplan in einem Gemeindegebiet nur deshalb Konzentrationswirkungen erzielt, weil er hinreichende Flächen für die Windenergie in einem anderen Gemeindegebiet geschaffen hat. Der Flächennutzungsplan, der von Ausweisungen zugunsten der Windenergie entlastet ist, kann jetzt keine Konzentrationswirkung aufweisen, weil die

²⁴² Vgl. dazu Kümper, UPR 2020, 171.

²⁴³ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 35 Rn. 80.

Gemeinde für sich nicht die Anforderungen des Windenergie-Beitragswerts erfüllt. Der Konzentrationszonenverlust auf der Ebene der Flächennutzungsplanung ist unschädlich, da die Steuerungswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB hinlänglich durch die Ziele der Raumordnung wahrgenommen wird.²⁴⁴

Damit wird auch deutlich, welche wichtige Funktion die Raumordnung innerhalb der Planungspyramide wahrnehmen kann. So kann die Regionalplanung (oder auch die raumordnungsrechtliche Landesplanung) durchaus die kommunale Bauleitplanung bei der Konzentration von Windenergieanlagen signifikant entlasten: Wird nämlich auf regionaler oder landesweiter Ebene insgesamt der Windenergie-Beitragswert erfüllt, profitieren auch solche Gemeinden von der Konzentrationswirkung der Ziele der Raumordnung, die allein nicht in der Lage wären, die Windenergie-Beitragswerte auf kommunaler Ebene zu erfüllen.

Abschließend bleibt noch festzustellen, dass sich bei regionalen Flächennutzungsplänen oder gemeinsamen Flächennutzungsplänen die hier aufgezeigte Problematik naturgemäß nicht stellt. Auch gilt: Bleibt der Regionalplan hinter den Anforderungen des Windenergie-Beitragswerts zurück, ist eine direkte Einflussnahme der Raumordnung über die Raumordnungsklausel nach § 1 Abs. 4 BauGB nicht möglich; § 1 Abs. 4 BauGB löst nur eine Anpassungspflicht aus.²⁴⁵

bb) Verhältnis der Sonderregeln für Windenergie zu § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB

Wie bereits dargelegt,²⁴⁶ kann aus Gründen der Spezialität im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB nicht über die Vorgabe des § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB das speziellere Regelungssystem zu § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB umgangen werden. Dennoch verbleibt ein Steuerungsanspruch der Ziele der Raumordnung, die quasi

²⁴⁴ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 35 Rn. 129.

²⁴⁵ Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, BauGB Kommentar, 2019, § 1 Rn. 123 f.

²⁴⁶ Siehe hierzu die obigen Ausführungen unter B, I, 2, b, cc.

„bei Gelegenheit“, also nicht zur gezielten Konzentration von Windenergie, negative Wirkungen für Windenergieanlagen auslösen. Derartige Effekte sind von der Gemeinde, jedem anderen Planungsträger und von der überprüfenden Bundesnetzagentur bei der Einschätzung zur Erfüllung des Windenergiebeitragswerts einzubeziehen.

d) Verfassungsmäßigkeit bedingter Konzentrationszonen

aa) Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 GG

Wie bereits dargestellt,²⁴⁷ kann § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB vollständig abgeschafft werden, ohne hierdurch einen Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG auszulösen. Die unter einem Gesetzesvorbehalt stehende kommunale Planungshoheit steht einer solchen Veränderung des Rechtsrahmens nicht entgegen. Daher muss erst recht eine Ausgestaltung des baurechtlichen Zulassungsregimes im Außenbereich verfassungsrechtlich zulässig sein, die das Instrument der Konzentrationszonenplanung von der Erfüllung bestimmter zusätzlicher Anforderungen abhängig macht.

Keine Sonderaspekte ergeben sich mit Blick auf individuelle Charakteristika der Gemeinden. Eine pauschale oder typisierende Behandlung ist grundsätzlich unschädlich, sofern der Gesetzgeber nicht willkürlich oder unverhältnismäßig agiert.²⁴⁸

bb) Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 14 GG

Auch die Beurteilung der Vereinbarkeit mit Grundrechten darf sich an den bereits durchgeführten Untersuchungen zur vollständigen Abschaffung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB orientieren.²⁴⁹ Ist eine Abschaffung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB grundrechtlich unbedenklich, gilt dies auch für eine an Voraussetzungen anknüpfende Anwendbarkeit.

²⁴⁷ Siehe die obigen Ausführungen unter B, I, 2, d.

²⁴⁸ Siehe hierzu bereits oben B, I, 3, a, bb.

²⁴⁹ Siehe hierzu die obige Darstellung unter B, I, 2, e.

e) Zusammenführung der Regelungsgehalte in einem § 35 Abs. 3a BauGB

Die bisherigen Überlegungen zu einer eingeschränkten Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, welche die Erfüllung eines Windenergie-Beitragswerts voraussetzt, lässt sich, wie folgt, in einem neuen Absatz 3a des § 35 BauGB zusammenfassen:

¹Die Regelung des Absatz 3 Satz 3 kann Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 5 nur dann entgegengehalten werden, wenn eine Gemeinde den Nachweis erbringt, dass die Ausweisungen an anderer Stelle nach Absatz 3 Satz 3 den Anforderungen der Anlage 1 des Bedarfs-gesetzes zu erneuerbaren Energien* entsprechen (Windenergie-Bei-tragswert), und dieser Nachweis bestätigt wurde. ²Der nach Satz 1 vorgeschriebene Nachweis wird von der Bundesnetzagentur bestä-tigt; dabei prüft die Bundesnetzagentur, ob der Nachweis der Ge-meinde nachvollziehbar ist. ³Der Nachweis gilt als bestätigt, wenn die Bundesnetzagentur nicht innerhalb von drei Monaten nach Ein-reichung aller erforderlichen Unterlagen über den Antrag auf Be-stätigung der Erfüllung des kommunalen Windenergie-Beitrags-werts entscheidet. ⁴Die Bundesnetzagentur ist berechtigt, eine Er-gänzung erforderlicher Antragsunterlagen zu verlangen. ⁵Die Be-stätigung der Bundesnetzagentur oder ihre Fiktion ist für 4 Jahre gültig. ⁶Die Regelungen dieses Absatzes gelten entsprechend für Ziele der Raumordnung, regionale Flächennutzungspläne und ge-meinsame Flächennutzungspläne nach § 204. ⁷Bei Planungen nach Satz 6 sind die Windenergie-Beitragswerte der in Bezug genom-menen Gemeinden vollständig zu erfüllen; bei einer Planung, die ein Gemeindegebiet nur teilweise betrifft, darf der Windenergie-Bei-tragswert anteilig reduziert werden, wenn die verbleibende Ge-meindegebietsfläche in eine andere Planung nach Satz 6 einfließt oder die Teilüberplanung sachlich zwingend geboten ist.“

*Ein Bedarfsgesetz zu erneuerbaren Energien müsste vom Bund erlassen werden. Hier wären die anzustrebenden Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie in einer Anlage 1 aufzunehmen.

4. Aufhebung des § 249 Abs. 3 BauGB

a) Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB

aa) Regelungshistorie und Inhalt

Die Regelung des § 249 Abs. 3 BauGB hat durch Art. 1 des Gesetzes zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen vom 15. Juli 2014²⁵⁰ erstmalig Eingang in das BauGB gefunden. Sie ist zwischenzeitlich im Zuge eines politischen Kompromisses²⁵¹ durch Art. 2 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze vom 8. August 2020²⁵² geändert und wieder aktiviert worden.

In seiner neuen Gestalt sieht § 249 Abs. 3 BauGB vor, dass die Länder durch Landesgesetze bestimmen können,

„dass § 35 Absatz 1 Nummer 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie bestimmte Mindestabstände zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken einhalten.“

Dabei ist die Gestaltungsfreiheit der Länder nicht unbegrenzt. Der Gesetzgeber schreibt vor, dass ein Mindestabstand nach § 249 Abs. 3 S. 1 BauGB höchstens 1.000 Meter von der Mitte des Mastfußes der Windenergieanlage bis zur nächstgelegenen im Landesgesetz bezeichneten baulichen Nutzung zu Wohnzwecken betragen darf. Des Weiteren ist es den Ländern überlassen, Auswirkungen einer Mindestabstandsregelung auf bestehende Planwerke zu normieren und Übergangsregelungen zu treffen.

²⁵⁰ BGBl. I 2014, S. 954.

²⁵¹ Vgl. Schütte/Winkler, ZUR 2020, 445 (446); Meldung der Tagesschau unter <https://www.tagesschau.de/inland/windraeder-abstand-101.html>.

²⁵² BGBl. I 2020, S. 1728.

bb) Landesrechtliche Mindestabstände zur Wohnbebauung

Rechtlich ruht in § 249 Abs. 3 BauGB eine Ermächtigung an die Länder, die Privilegierungswirkung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zugunsten von Windenergieanlagen auf die Fälle zu beschränken, in denen die Windenergieanlagen einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten. Unterschreiten die angesprochenen Windenergievorhaben den landesrechtlich definierten Mindestabstand, sind sie zwar nicht *per se* unzulässig. Jedoch richtet sich ihre planungsrechtliche Zulässigkeit dann nach § 35 Abs. 2 BauGB,²⁵³ so dass die Verwirklichungschancen von Windenergievorhaben damit bei Unterschreitung der Abstandswerte sehr gering sind. Die Abstandsregelung verringert daher den verfügbaren Raum und erschwert die Realisierung von Windenergieanlagen.²⁵⁴

Keinen Einfluss nimmt der Bundesgesetzgeber auf sonstige Genehmigungsvoraussetzungen, die an die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen gestellt sind. § 249 Abs. 3 BauGB lässt folglich die immissionschutzrechtlichen Vorschriften unberührt.²⁵⁵ Ebenfalls unberührt bleibt die Befugnis der Gemeinden, die landesrechtlich vorgegebenen Abstandsregeln planerisch zu unterlaufen. So können Gemeinden durch Bebauungspläne Windenergievorhaben Flächen zur Verfügung stellen, die näher an die Wohnbebauung heranrücken als die landesrechtlichen Abstände es vorsehen.²⁵⁶

²⁵³ BayVerfGH, NVwZ 2016, 999 (1000); Roeser, in: Berliner Kommentar, BauGB, Stand 2020, § 249 Rn. 13; Kment, Verw 2014, 377.

²⁵⁴ Marquard, ZUR 2020, 598 (604). Vgl. auch Grigoleit/Operhalsky/Strothe, UPR 2020, 321 (325), die sich vor diesem Hintergrund für Einschränkungen bei der Anwendung des § 249 Abs. 3 BauGB aussprechen.

²⁵⁵ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 249 Rn. 8.

²⁵⁶ Scheidler, in: Schrödter, BauGB Kommentar, 2019, § 249 Rn. 36; Agatz, ZUR 2020, 584 (596); Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 249 Rn. 29, 46; Grigoleit/Operhalsky/Strothe, UPR 2020, 321 (324).

Vorreiter auf Seiten der Länder ist Bayern. Der Freistaat hat mit Art. 82 BayBO von der Befugnis des § 249 Abs. 3 BauGB Gebrauch gemacht. Art. 82 BayBO lautet:

„(1) § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB findet auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung, wenn diese Vorhaben einen Mindestabstand vom 10-fachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB), innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (§ 34 BauGB) – sofern in diesen Gebieten Wohngebäude nicht nur ausnahmsweise zulässig sind – und im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB einhalten.

(2) Höhe im Sinn des Abs. 1 ist die Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors. Der Abstand bemisst sich von der Mitte des Mastfußes bis zum nächstgelegenen Wohngebäude, das im jeweiligen Gebiet im Sinn des Abs. 1 zulässigerweise errichtet wurde bzw. errichtet werden kann.

(3) Soll auf einem gemeindefreien Gebiet ein Vorhaben nach Abs. 1 errichtet werden und würde der in Abs. 1 beschriebene Mindestabstand auch entsprechende Wohngebäude auf dem Gebiet einer Nachbargemeinde einschließen, gilt hinsichtlich dieser Gebäude der Schutz der Abs. 1 und 2, solange und soweit die Gemeinde nichts anderes in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss feststellt.

(4) Abs. 1 und 2 finden keine Anwendung,

1. wenn in einem Flächennutzungsplan für Vorhaben der in Abs. 1 beschriebenen Art vor dem 21. November 2014 eine Darstellung für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfolgt ist,

2. soweit und sobald die Gemeinde der Fortgeltung der Darstellung nicht bis einschließlich 21. Mai 2015 in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss widerspricht und

3. soweit und sobald auch eine betroffene Nachbargemeinde der Fortgeltung der Darstellung nicht bis einschließlich 21. Mai 2015 in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss widerspricht; als betroffen gilt dabei eine Nachbargemeinde, deren Wohngebäude in Gebieten im Sinn des Abs. 1 in einem geringeren Abstand als dem 10-fachen der Höhe der Windenergieanlagen, sofern der Flächennutzungsplan jedoch keine Regelung enthält, maximal in einem Abstand von 2 000 m, stehen.

(5) Die Frist nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c BauGB ist nicht anzuwenden.

Die Regelung des Art. 82 BayBO hatte in dieser Form vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof Bestand.²⁵⁷

cc) Unterstützung der Ansiedlung von Windenergieanlagen durch Aufhebung des § 249 Abs. 3 BauGB

Die Parallelführung der landesrechtlichen Entprivilegierungsmöglichkeit und der immissionsschutzrechtlichen Regeln zu Mindestabständen für Windenergieanlagen legt bereits offen, dass die Einführung des § 249 Abs. 3 BauGB nicht dazu dient, die Gesundheit der Wohnbevölkerung zu schützen. Den Schutz der Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen der Windenergieanlagen bewirkt bereits das Immissionsschutzrecht. Folglich folgt § 249 Abs. 3 BauGB einer anderen Agenda. Mit Blick in die Gesetzesmaterialien wird deutlich, dass der Gesetzgeber dreierlei Gründe für die Einführung des § 249 Abs. 3 BauGB sieht: erstens die Aufrechterhaltung der Akzeptanz von Windenergie auf Seiten der Bürger, zweitens Rücksichtnahme auf die Spezifika der Bundesländer und drittens die Einhaltung politischer Vereinbarungen. So heißt es zum Gesetzentwurf, der die Regelung des § 249 Abs. 3 BauGB eingefügt hat, dieser trage dem

„Umstand Rechnung, dass die Akzeptanz von Windenergieanlagen vielfach von der Entfernung solcher Anlagen zu Wohnnutzungen abhängt, als auch dem Umstand, dass sich die Ausgangslage in den einzelnen Bundesländern – auch aufgrund der topographischen Verhältnisse – unterscheidet.“²⁵⁸

Deshalb soll den Ländern

²⁵⁷ BayVerfGH, NVwZ 2016, 999.

²⁵⁸ BT-Drs. 18/1310, S. 6. Hervorhebung nicht im Original.

„zur Umsetzung des Koalitionsvertrages (...) die Befugnis eingeräumt werden, den Privilegierungstatbestand für Windenergieanlagen von der Einhaltung bestimmter Abstände zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen abhängig zu machen.“²⁵⁹

Analysiert man die Beweggründe zur Einführung des § 249 Abs. 3 BauGB, so darf man feststellen, dass die Umsetzung eines politischen Papiers (Koalitionsvertrag) für sich kein Gesichtspunkt ist, um die Ansiedlung der Windenergieanlagen, die zur Grundversorgung der Bundesrepublik Deutschland im Zuge der Energiewende unabdingbar ist,²⁶⁰ zusätzlich zu erschweren.

Sachlich überzeugender wirkt demgegenüber die Rücksichtnahme auf die unterschiedliche „Ausgangslage“ in den verschiedenen Bundesländern. Der Begriff der „Ausgangslage“ ist sicherlich doppeldeutig. Der Hinweis auf die geographischen Verhältnisse legt es nahe, dass man auf diese Besonderheiten eingehen wollte. Sicherlich unterscheiden sich die einzelnen Bundesländer geographisch. Dies tun sie aber nicht nur im Verhältnis zueinander, sondern auch innerhalb der eigenen Grenzen. Gerade Bayern ist ein geographisch heterogenes Land.²⁶¹ Sollen also geographische Besonderheiten relevant sein, dann dürfte der Platz für deren Beachtung die örtliche Planung sein und nicht eine landesweit – geographisch indifferente – einheitliche Abstandsregelung.

Die, drittens, angeführte Akzeptanz der Bevölkerung ist sicherlich in der Infrastrukturplanung eine wichtige Entscheidungsgröße.²⁶² Allerdings hat dieser außerrechtliche Bezugspunkt eine Einflussstärke erreicht, die man dauerhaft mit den Schäden für das Gemeinwohl in Bezug setzen muss. Es fragt

²⁵⁹ BT-Drs. 18/1310, S. 6. Hervorhebung nicht im Original.

²⁶⁰ Siehe die obigen Ausführungen zum Ausbaubedarf an Windenergieanlagen A, I, 2, a.

²⁶¹ Vgl. nur Perthes Länderprofile, Bayern - Geographische Strukturen Entwicklungen, Probleme, 1998.

²⁶² Peters, DVBl. 2015, 808 (809); Kment, in: ders. (Hrsg.), Unterirdische Nutzungen, 2015, 137 (137 f).

sich, wie lange die Befindlichkeiten der Nachbarschaft, die keine rechtlichen und keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen erfahren,²⁶³ den dringend notwendigen Ausbau der Windenergie stoppen sollen. Überdies ist es grundsätzlich zweifelhaft, ob Abstandsregelungen zu Windenergieanlagen überhaupt akzeptanzfördernd wirken;²⁶⁴ dies musste selbst die Bundesregierung einräumen.²⁶⁵

Entscheidet man sich für einen stärkeren Ausbau der Windenergieanlagen, dann liegt es – angesichts keiner entgegenstehenden juristischen Bedenken – nahe, die Regelung des § 249 Abs. 3 BauGB wieder zu streichen. Der politische Wille wird sich hierzu aber in absehbarer Zeit nicht finden lassen. Jedenfalls deutet die im August 2020 erfolgte Bestätigung dieser Regelung in die entgegengesetzte Richtung.

b) Erweiterungs- und Repoweringregelungen des § 249 Abs. 1 und 2 BauGB

Die Vorschriften des § 249 Abs. 1 und 2 BauGB haben durch Art. 1 des Gesetzes zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden vom 22. Juli 2011²⁶⁶ Eingang in das BauGB gefunden. In den nunmehr fast zehn Jahren ihrer Gültigkeit haben sie das Planungsgeschehen um die Windenergie letztlich kaum beeinflusst. Dies liegt sicherlich daran, dass beide Vorschriften inhaltlich missglückt sind.

aa) Inhaltliche Ausrichtung des § 249 Abs. 1 BauGB und Bewertung

§ 249 Abs.1 BauGB widmet sich thematisch der Erweiterung einer bestehenden Konzentrationszone iSd § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, also der Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergienutzung. Diese Regulationsintention wird zusätzlich auf Veränderungen des Maßes der baulichen Nutzung

²⁶³ Öffentliche Akzeptanz hat zudem kein Gewicht in der Abwägung; vgl. BVerwG, BauR 2001, 79 Rn. 46.

²⁶⁴ Fachagentur für Windenergie, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz? Ein umweltpsychologischer Studienvergleich, 2015.

²⁶⁵ Siehe BT-Drs. 19/3053, S. 1.

²⁶⁶ BGBl. I 2011, S. 1509.

übertragen. In beiden Fällen (Flächenausweisungen, Maß der baulichen Nutzung) sollen Erweiterungen zugunsten der Windenergie nicht die Konzentrationszonenkonzeption nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB in Frage stellen.

Für die in § 249 Abs. 1 BauGB vorgesehene Regelung gibt es kein Bedürfnis. Gemeinden ist es nämlich grundsätzlich freigestellt, oberhalb einer Mindestgrenze von Flächenausweisungen zusätzliche Flächen für die Windenergienutzung auszuweisen.²⁶⁷ Maßstab der *neuen* Ausweisung ist dabei insbesondere die städtebauliche Erforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB und das Abwägungsgebot nach § 1 Abs. 7 BauGB. Außerdem muss insgesamt – unter Berücksichtigung der *alten* Flächenausweisungen – ein schlüssiges Planungskonzept für das gesamte Gemeindegebiet entstehen.²⁶⁸ Eine Gesetzmäßigkeit, wonach eine – nun auf neuen planerischen Beurteilungen basierende – Flächenerweiterung bislang restriktivere Ausweisungen in Frage stellt, ist damit aber nicht begründet; eine solche Annahme ist eher fernliegend.²⁶⁹ Denn der Bestand älterer Planwerke wird durch neue Flächendarstellungen bzw. -festsetzungen regelmäßig nicht tangiert, es sei denn, ein neuer Plan hebt zugleich den älteren Plan auf oder ändert ihn. Für das Entgegensteuern des Gesetzgebers in § 249 Abs. 1 BauGB gibt es somit keinen begründeten Anlass.²⁷⁰

bb) Inhaltliche Ausrichtung des § 249 Abs. 2 BauGB und Bewertung

Gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BauGB ist vorgesehen, dass die Festsetzung von Windenergieanlagen in Bebauungsplänen unter der Voraussetzung erfolgen kann, dass nach der Errichtung der im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen andere im Bebauungsplan bezeichnete Windenergieanlagen innerhalb einer im Bebauungsplan zu bestimmenden angemessenen Frist zurückgebaut werden. Die Standorte der zurückzubauenden

²⁶⁷ Krautzberger, UPR 2011, 361 (364).

²⁶⁸ So fordert es aktuell jedenfalls die Rechtsprechung; vgl. dazu die obigen Ausführungen unter B, I, 1, c, cc.

²⁶⁹ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 249 Rn. 2.

²⁷⁰ Kment, DVBl. 2012, 1125 (1128).

Windenergieanlagen können nach § 249 Abs. 2 S. 2 BauGB auch außerhalb des Bebauungsplangebiets oder außerhalb des Gemeindegebiets liegen. Diese Regelungen können nach § 249 Abs. 2 S. 3 BauGB auf Darstellungen im Flächennutzungsplan, die die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB haben, ausgedehnt werden.

§ 249 Abs. 2 BauGB nimmt sich folglich dem Ersetzen älterer durch moderne, leistungsfähigere Windenergieanlagen an (sog. Repowering). Die in § 249 Abs. 2 S. 1 BauGB aufgezeigte Möglichkeit, in Bebauungsplänen zugunsten des Repowerings bedingte Festsetzungen zu treffen, bestand schon vor der Einführung der Norm.²⁷¹ Die erforderliche Rechtsgrundlage liefert für Bebauungspläne bereits § 9 Abs. 2 BauGB. Gleiches gilt nach § 5 Abs. 2 BauGB für die in § 249 Abs. 2 S. 3 BauGB angesprochenen Flächennutzungspläne, welche die Konzentrationswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB besitzen. Der Einführung des § 249 Abs. 2 S. 1, 3 BauGB hätte es somit nicht bedurft.

Einzig die Klarstellung des § 249 Abs. 2 S. 2 BauGB liefert einen Mehrwert. Sie beseitigt für Bebauungspläne wie auch Flächennutzungspläne eine Unklarheit hinsichtlich der räumlichen Anknüpfungspunkte für eine bedingte Festsetzung.²⁷² Danach können die Standorte der zurückzubauenden Windenergieanlagen auch außerhalb des Plan- oder Gemeindegebiets liegen; ein städtebaulicher Bezug zur Neuordnung der Windenergieansiedlung ist aber erforderlich.²⁷³

cc) Windenergieneutralität des § 249 Abs. 1 und 2 BauGB

Die Analyse hat aufgezeigt, dass die Regelungen des § 249 Abs. 1 und 2 BauGB wenige, teilweise auch keine rechtlichen Fortschritte zugunsten der

²⁷¹ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 249 Rn. 18; Scheidler, in: Schrödter, BauGB Kommentar, 2019 § 249 Rn. 26.

²⁷² Kment, DVBl. 2012, 1125 (1128 f).

²⁷³ Roeser, in: Berliner Kommentar, Stand 2020, § 249 Rn. 9; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 249 Rn. 23.

Ansiedlung von Windenergieanlagen bereithalten;²⁷⁴ sie schaden aber auch nicht. Sollte der Gesetzgeber zu einer substanziellen Änderung der Vorgaben zur Standortbestimmung von Windenergieanlagen ansetzen, wäre es gleichwohl überlegenswert, die Vorschrift des § 249 Abs. 1 und 2 BauGB aufzuheben oder zumindest § 249 Abs. 2 S. 2 BauGB systematisch in die Nähe des § 35 BauGB zu rücken.

5. Exkurs: Fachplanung zur Windenergie

a) Planfeststellung abseits der kommunalen Bauleitplanung

Die Installation hinreichender Windenergieanlagen, um die Versorgungssicherheit der Bundesrepublik Deutschland mit Energie in der Zukunft sicherzustellen, ist nicht nur eine aufwändige energiewirtschaftliche Kapazitätsplanung, sondern auch eine Infrastrukturplanung.²⁷⁵ Von diesem Ausgangspunkt her betrachtet ist es nur ein kleiner Schritt, über eine Überführung der planungsrechtlichen Anliegen zur Windenergie in das Fachplanungsrecht nachzudenken, denn viele Bereiche des Infrastrukturrechts sind als Fachplanungsrecht ausgestaltet.²⁷⁶ Dies würde die Bauleitplanung von der Suche nach Standorten der Windenergie entlasten und in der Fachplanung eine neue Planungsstruktur anlegen.

Ein zentrales Element der Fachplanung ist die Planfeststellung, die man zugunsten der Windenergienutzung zum Einsatz bringen könnte.²⁷⁷ Die Planfeststellung ist als Instrument im allgemeinen Verwaltungsrecht in den §§ 72 ff VwVfG normiert und wird durch spezielle Regelungen des Umwelt- und Infrastrukturrechts ergänzt.²⁷⁸ Sie kommt im Umwelt- und Infrastrukturrecht

²⁷⁴ Siehe die obigen Ausführungen unter B, I, 4, b, aa und bb.

²⁷⁵ Rodi, ZUR 2017, 658 (662).

²⁷⁶ Markante Beispiele sind die Straßen- und Wasserwegeplanung.

²⁷⁷ Rodi, ZUR 2017, 658 (662).

²⁷⁸ Kirchberg, in: Ziekow (Hrsg.), Handbuch des Fachplanungsrechts, 2014, § 2 Rn. 1 ff.

beispielsweise in der Wasserwirtschaft (§§ 68 ff WHG), im Eisenbahnrecht (§§ 18 ff AEG), im Energierecht (§§ 43 ff EnWG,²⁷⁹ §§ 18 ff NABEG) oder im Kreislaufwirtschaftsrecht (§ 35 KrWG) zur Anwendung. Dort verarbeitet sie nach Maßgabe des Abwägungsgebots die tangierten öffentlichen und privaten Belange²⁸⁰ und bietet auch im Vorgriff auf zukünftig erforderliche Enteignungen eine tragfähige Grundlage, wenn dies gesetzlich angeordnet wird.²⁸¹

Der entscheidende Unterschied der Planfeststellungsvariante zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung von Windenergieanlagen nach § 6 BImSchG wäre die Loslösung der Windenergienutzung von der kommunalen Bauleitplanung:

„Die Planung von Windenergie onshore ginge vollständig auf den Staat über.“²⁸²

Damit würde sich die Rolle der Gemeinden bei der Ansiedlung von Windenergienutzungen auf eine Beteiligtenrolle (formale Mitwirkung) verringern. Die Standortbestimmung bei der Ansiedlung von Windenergieanlagen würde eine staatlich definierte Stelle übernehmen.

b) Nachteile

Der Schritt, eine energiewirtschaftlich relevante Infrastruktur in ein planungsrechtliches Sonderregime zu überführen, ist nicht neu. Der Ausbau und die Ertüchtigung wichtiger Energienetzleitungen liefern einen Beleg aus

²⁷⁹ Siehe hierzu Kment, in: ders. (Hrsg.), EnWG Kommentar, 2019, § 43 Rn. 16 ff.

²⁸⁰ BVerwG, NVwZ 1993, 366 (367 f).

²⁸¹ Zur enteignungsrechtlichen Vorwirkung BVerfG, NVwZ 2007, 573; BVerwG, NVwZ 2002, 1119.

²⁸² Rodi, ZUR 2017, 658 (662).

jüngerer Zeit.²⁸³ Das NABEG und das BBPlG sind allein aus diesem Grund erlassen worden.²⁸⁴

Die Erfahrungen um den deutschen Netzausbau und die Ertüchtigung von Bestandsnetzen zeigen jedoch schonungslos die Nachteile auf, die mit diesem Schritt verbunden sind. Zunächst ergeben sich ungeklärte Konkurrenzfragen, wenn eine staatliche Planungsstelle neben die kommunale Planung tritt und sich, gerade bei der Flächenrelevanz der Windenergieanlagen, (politische und gesellschaftliche) Interessenwidersprüche ergeben. Selbst ausdrückliche Vorrangregeln, wie sie § 15 NABEG für die Bundesfachplanung bereithält, lösen nicht alle Konflikte.²⁸⁵ Im Übrigen wird man auf die Besänftigungskraft der §§ 7, 38 BauGB hoffen müssen.

Des Weiteren entfernt sich die Entscheidungsfindung bei staatlich verantworteten Fachplanungen typischerweise stärker von der kommunalen Anbindung, konkret den Menschen vor Ort. Hieraus resultieren Reserviertheiten, die der ohnehin fragilen öffentlichen Akzeptanz von Windenergieanlagen entgegenwirken würden.²⁸⁶ Vertreter der Bundesnetzagentur werden dies als Erfahrung aus zahlreichen Ortsterminen mitgenommen haben.

Schließlich ist die Überführung einer Regelungsmaterie in ein neues Regelungsregime immer eine zeitintensive und unsichere Unternehmung. Viele Streitfragen, die selbst bei einer optimalen gesetzlichen Ausgestaltung zwangsläufig auftreten werden, müssen zunächst langatmig ausgefochten werden. Vieles fällt dabei auf ganz neuen Boden, wobei der Ausgang offen ist. Verlässliche Anwendungsstrukturen (Anwendungsgewissheit) des Rechts bilden sich deshalb zumeist erst nach Jahren der Rechtsanwendung und nachdem grundlegende höchstgerichtliche Urteile ergangen sind.²⁸⁷

²⁸³ Siehe hierzu Kment, NVwZ 2015, 616; Mitschang, UPR 2015, 1.

²⁸⁴ Siehe BT-Drs. 17/6073, S. 17; BT-Drs. 17/12638, S. 13.

²⁸⁵ Vgl. dazu Kümper, NVwZ 2015, 1486; Weghake, DVBl. 2016, 271.

²⁸⁶ Gärditz, ZfU 2012, 249 (271).

²⁸⁷ Dabei hat die Energienetzplanung den Vorteil, dass eine erstinstanzliche

Vor diesem Hintergrund ist die Überführung der Windenergienutzung in die Fachplanung sicherlich rechtlich konstruierbar, praktisch aber wenig realistisch und im aktuellen politischen Klima wohl auch eher unerwünscht. *Rodi*, ein Fürsprecher der Fachplanungs- bzw. Planfeststellungslösung, stellt daher mit Blick auf die gesetzliche Umsetzung einer solchen

„radikal anmutenden Alternative“²⁸⁸

selbst ernüchert fest:

„Angesichts bestehender Pfadabhängigkeiten ist es eher unwahrscheinlich, dass (...) ‚dicke Bretter gebohrt‘ werden, wie etwa eine vollständige Reform des Planungsregimes“.²⁸⁹

II. Zur Änderung von Grundlagen der Planung (§ 1 BauGB)

1. Zur Erweiterung des Katalogs der öffentlichen Belange nach § 1 Abs. 6 BauGB

a) *Planungsleitlinien des § 1 Abs. 6 BauGB mit Bezug zur Windenergie*

aa) *Beispielhafte Aufzählung, Ausrichtung*

§ 1 Abs. 6 BauGB zählt eine große Menge von öffentlichen Belangen auf, die bei der Abwägung zu berücksichtigen sind. Die Nennung in § 1 Abs. 6 BauGB ist, wie der Wortlaut verrät („insbesondere“), beispielhaft und damit nicht

Zuständigkeit des BVerwG nach § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO vorgesehen ist. Zu verfassungsrechtlichen Vorbehalten bei einem zu weit ausgedehnten Einsatz des BVerwG als Tatsacheninstanz Kment, *Flexibilisierung von Netzverknüpfungspunkten*, 2020, S. 24 ff.

²⁸⁸ Rodi, ZUR 2017, 658 (662).

²⁸⁹ Rodi, ZUR 2017, 658 (666).

abschließend.²⁹⁰ Randunschärfen der Merkmale fallen daher nicht ins Gewicht, da nicht erfasste Inhalte problemlos als unbenannter Belang in die Abwägung eingestellt werden können.

Bei den Belangen des § 1 Abs. 6 BauGB spricht man von „Planungsleitlinien“.²⁹¹ Die von ihnen aufgegriffenen unterschiedlichen Interessenbereiche verdeutlichen, dass die Planungsleitlinien mitunter entgegengesetzte Stoßrichtungen haben können und nicht immer parallel zueinander verlaufen.²⁹² So können etwa Belange der Energieversorgung durch Windenergieanlagen (Nr. 7, 8) mit Belangen unionsrechtlich geschützter FFH- und Vogelschutzgebiete (Nr. 7) in Widerspruch geraten.

Ein grundsätzlicher Vorrang einzelner Belange gegenüber anderen Belangen existiert nicht.²⁹³ Vielmehr fließt jeder Belang entsprechend seinem situationsabhängigen Gewicht in die Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB ein,²⁹⁴ wo er mit gleichgerichteten Belangen Allianzen sucht und sich zugleich gegenüber anderen gegenläufigen Belangen durchzusetzen versucht.

bb) Erneuerbare Energien gem. § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. f BauGB

§ 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. f BauGB führt die Nutzung erneuerbarer Energien ausdrücklich als öffentlichen Belange auf. Dabei meint er unter erneuerbaren Energien Wind- und Wasserenergie, Energiegewinnung aus Biomasse, geo- und solarthermische Energie wie auch Photovoltaik.²⁹⁵

Die Nennung der erneuerbaren Energien in § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. f BauGB wirkt sich auf die Bauleitplanung in zweifacher Weise aus:

²⁹⁰ Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB Kommentar, 2019, § 1 Rn. 48; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 1 Rn. 108.

²⁹¹ BVerwG, NVwZ 2004, 220 (222); BVerwG, NVwZ 2009, 1228 (1229).

²⁹² Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB Kommentar, 2019, § 1 Rn. 49.

²⁹³ BVerwG, NVwZ 1994, 288 (291); BVerwG, ZfBR 2016, 157 Rn. 4.

²⁹⁴ BVerwG, ZfBR 2016, 157 Rn. 4.

²⁹⁵ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 1 Rn. 150.

„Er unterstützt die auf die Schaffung der bauplanungsrechtlichen Grundlagen hierfür ausgerichtete Bauleitplanung und er verpflichtet die Bauleitplanung, darauf zu achten, dass die erneuerbaren Energien in bauplanungsrechtlicher Hinsicht nicht oder nicht unnötig erschwert werden.“²⁹⁶

cc) Energieversorgung gem. § 1 Abs. 6 Nr. 8 lit. e BauGB

Die Versorgung der Bevölkerung mit Strom aus der Windenergienutzung spielt auch im Rahmen des § 1 Abs. 6 Nr. 8 lit. e BauGB eine Rolle, denn dort führt das Gesetz

„die Belange der Versorgung, insbesondere mit Energie und Wasser, einschließlich der Versorgungssicherheit“

ausdrücklich als erheblichen Belang auf. Da der Belang der Versorgung die Versorgungssicherheit, d. h. die dauerhafte Gewährleistung der Versorgung, mit einschließt, hätte es einer ausdrücklichen gesetzlichen Betonung der Versorgungssicherheit zwar nicht zwingend bedurft;²⁹⁷ schädlich ist dies jedoch nicht.

Die Versorgung bezieht sich neben Wärme und Wasser ausdrücklich auch auf Energie. Damit sind die unterschiedlichen Formen und Träger der Energie gemeint, die im Verbund zur Versorgung der Bevölkerung eingesetzt werden.²⁹⁸ Erneuerbare Energien gewinnen hier zunehmend an Bedeutung,²⁹⁹ so

²⁹⁶ Söfker, in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 1 Rn. 150.

²⁹⁷ Siehe aber BT-Drs. 17/11468, S. 12.

²⁹⁸ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 1 Rn. 165.

²⁹⁹ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 1 Rn. 165.

dass eine besondere Nähe zu § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. f BauGB entsteht,³⁰⁰ der die erneuerbaren Energien seinerseits zusätzlich herausstellt.³⁰¹

b) Keine Notwendigkeit einer Erweiterung des § 1 Abs. 6 BauGB

Die ausdrückliche Nennung der erneuerbaren Energien und die Klarstellung ihrer Funktion, nämlich die Gewährleistung von Versorgungssicherheit zugunsten der Menschen und Betriebe in der Bundesrepublik Deutschland,³⁰² machen es nicht notwendig, die Windenergie nochmals in die Liste der Belange des § 1 Abs. 6 BauGB aufzunehmen.

2. Zur Förderung von Windenergie im Lichte des § 1 Abs. 5 S. 2, § 1a Abs. 5 BauGB

a) Bedeutung des Merkmals des „Klimaschutzes“ im Rahmen des § 1 Abs. 5 S. 2 und § 1a Abs. 5 BauGB

aa) Der Normbestand

Der Kampf gegen den Klimawandel ist ein besonderes Anliegen des Gesetzgebers, auch im Rahmen des BauGB. So hat sich der Gesetzgeber mit Art. 1 des Gesetzes zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden vom 22. Juli 2011³⁰³ dazu entschlossen, die Planungsgrundsätze des § 1 Abs. 5 BauGB zu erweitern und den Klimaschutz (neben der Klimaanpassung) dort hinzuzufügen. § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB bestimmt daher, dass die Bauleitpläne

„dazu beitragen (sollen), eine menschenwürdige Umwelt zu sichern, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen und zu entwickeln sowie den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in der Stadtentwicklung, zu fördern (...)“.

³⁰⁰ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 1 Rn. 66.

³⁰¹ Siehe die obigen Ausführungen unter B, II, 1, a, bb.

³⁰² Siehe die obige Darstellung unter B, II, 1, a.

³⁰³ BGBl. I 2011, S. 1509.

Neben dieser sehr prominenten Stelle wird der Klimaschutz zusätzlich in § 1a Abs. 5 BauGB aufgeführt. Dort ist geregelt:

„Den Erfordernissen des Klimaschutzes soll sowohl durch Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, als auch durch solche, die der Anpassung an den Klimawandel dienen, Rechnung getragen werden. Der Grundsatz nach Satz 1 ist in der Abwägung nach § 1 Absatz 7 zu berücksichtigen.“

bb) Klimaschutz als Planungsgrundsatz zugunsten der Windenergienutzung

Mit der Aufnahme des Klimaschutzes in § 1 Abs. 5 BauGB haben die allgemeinen („globalen“) Klimafragen als eigenständige Aufgabe der Bauleitplanung Einzug in das BauGB gefunden.³⁰⁴ Aus diesem Grund sind Festsetzungen in Bebauungsplänen, die den globalen Klimaschutz verfolgen, grundsätzlich zulässig, sofern sie einen örtlichen, bodenrechtlichen Bezugspunkt aufweisen, d. h. mit Instrumenten des Städtebaurechts verfolgt werden können.³⁰⁵ Dies sind bezogen auf den Klimaschutz primär Darstellungen bzw. Festsetzungen, die dazu beitragen, den Energieverbrauch zu senken und durch die Stärkung erneuerbarer Energien und Kraft-Wärme-Kopplung das Zurückfahren von konventionellen Energiequellen zu ermöglichen, da letztgenannte durch ihren Kohlendioxid-Ausstoß den nicht mehr vollständig aufzuhaltenen, aber gleichwohl möglichst effektiv abzumildernden Klimawandel begünstigen. Bestätigend formuliert der Gesetzgeber:

³⁰⁴ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 1 Rn. 107a.

³⁰⁵ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 1 Rn. 27.

„Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, sind insbesondere die planungsrechtliche Absicherung und Unterstützung des Einsatzes erneuerbarer Energien.“³⁰⁶

Die planerische Unterstützung einer Ansiedlung von Windenergieanlagen ist demnach Klimaschutz im Sinne des § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB.³⁰⁷

Den Planungsgrundsatz des Klimaschutzes (und damit der Förderung der Windenergie) haben Gemeinden als gesetzliche Zielvorgaben für die städtebauliche Planung zu berücksichtigen.³⁰⁸ Er dient dazu, die planerische Abwägung im Sinne von Orientierungs- oder Leitlinien zu steuern.³⁰⁹ Der Klimaschutz (und mit ihm die Windenergienutzung) steht also „inmitten“ jeder Planung und wird so grundsätzlich Gegenstand jeder Abwägung. Auf diese Weise liefert er im Zusammenspiel mit den anderen Planungsgrundsätzen der Planung regelmäßig eine allgemeine Ausrichtung im Sinne eines allgemeinwohlorientierten Ziels, ohne abstrakten Vorrang zu genießen.³¹⁰ In den Planungsgrundsätzen ruht zudem eine mögliche Planrechtfertigung, wenn Inhalt und Schranken des Eigentums planerisch ausgestaltet werden.³¹¹ Will die Gemeinde von ihnen abweichen, lösen sie ein erhöhtes Begründungserfordernis aus.

cc) Windenergie als Abwägungsbelang im Kontext des Umweltschutzes nach § 1a BauGB

§ 1 Abs. 5 S. 2 BauGB steht in enger Beziehung zu § 1a Abs. 5 BauGB. Letztergenannte Norm erweitert funktional den allgemeinen Abwägungskatalog des § 1 Abs. 6 BauGB um Belange des Klimaschutzes und der Klimaanpassung;

³⁰⁶ BT-Drs. 17/6076, S. 8.

³⁰⁷ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 1 Rn. 27.

³⁰⁸ Dirnberger, in: Jäde/Dirnberger, BauGB Kommentar, 2018, § 1 Rn. 71.

³⁰⁹ Decker, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand 2020, § 1 Rn. 122.

³¹⁰ Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 1 Rn. 22.

³¹¹ BVerwG, NVwZ 2012, 315 Rn. 16.

wobei stets der bodenrechtliche Bezug der Belange in den Blick zu nehmen ist.³¹² § 1a Abs. 5 S. 2 BauGB stellt ausdrücklich klar, dass der Klimaschutz, der auch nach dem Normverständnis des § 1a Abs. 5 BauGB die Förderung der Windenergie einschließt, den allgemeinen Regeln der Abwägung unterworfen ist und keinen absoluten oder abstrakten Vorrang vor anderen Belangen genießt.³¹³

Mit dieser Feststellung entbehrt § 1a Abs. 5 BauGB aber nicht einer rechtlichen Relevanz. Um dem Gewicht des Klimaschutzes zukünftig gerecht zu werden, ist die Gemeinde gezwungen, die in Betracht kommenden Maßnahmen der Mitigation stets in ihre Planungsüberlegungen einzubeziehen. Hierzu zählen unter Klimaschutz Gesichtspunkten etwa gem. § 5 Abs. 2 Nr. 2b BauGB bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB die räumliche Zuordnung und die planungsrechtliche Absicherung von Anlagen, die der Gewinnung erneuerbarer Energien dienen; damit sind insbesondere Windenergieanlagen gemeint.

b) Kein Bedürfnis für eine weitere Erwähnung der Windenergie

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt,³¹⁴ dass der Gesetzgeber bereits das mit der Stärkung der Windenergienutzung verbundene Ziel, namentlich den Klimaschutz, in das Herz der kommunalen Planung gepflanzt hat. Damit genießt die Windenergienutzung nach dem Verständnis des Bundesgesetzgebers eine zentrale Rolle bei der gemeindlichen Bauleitplanung. Eine stärkere Rolle kann ihr auf der Ebene der Planungsgrundsätze und Planungsleitlinien nicht eingeräumt werden.

³¹² Krautzberger/Wagner, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 1a Rn. 262.

³¹³ Krautzberger/Wagner, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 1a Rn. 309; Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, BauGB Kommentar, 2019, § 1a Rn. 301.

³¹⁴ Siehe die Ausführungen oben unter B, II, 2, a.

3. Einführung einer Pflicht zur Ausweisung von Flächen für die Windenergienutzung

a) Planungspflichten nach § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB

Die Gemeinden genießen bei Ausübung ihrer nach Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Planungshoheit keine unbegrenzte Freiheit. Eine diesbezügliche Grenze wird ihnen durch § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB gezogen. Danach haben Gemeinden ihre Bauleitpläne aufzustellen (sowie nach § 1 Abs. 8 BauGB zu ändern, zu ergänzen oder aufzuheben), sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Die Erforderlichkeit wird durch die Entwicklungs- und Ordnungsfunktion der Bauleitplanung ebenso wie durch das Planmäßigkeitgebot des § 1 Abs. 1 BauGB näher bestimmt. Weitere Auslegungshilfen liefern Planungsgrundsätze und -leitlinien nach § 1 Abs. 5 und 6 BauGB.³¹⁵

Eine besondere Rolle beim Verständnis des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB hat das Merkmal der Erforderlichkeit. Es bedeutet, dass jeder Bauleitplan grundsätzlich von einer gemeindlichen Planungskonzeption getragen sein muss.³¹⁶ Bei der Definition dieser Konzeption sind der Gemeinde wenig Grenzen gesetzt; es liegt grundsätzlich in ihrem Ermessen, welche städtebaulichen Ziele sie sich setzt.³¹⁷ Ein akutes Planbedürfnis oder gar zwingende Gründe für eine Planung müssen jedenfalls nicht bestehen. Allerdings muss sich die Gemeinde insofern „konzepttreu“ verhalten, als sie sich an ihre durch Planungsziele konkretisierten eigenen städtebaulichen Entwicklungs- und Ordnungsvorstellungen halten muss und den Festsetzungen in Bezug auf diese Ziele Förderpotenzial zukommt.³¹⁸ Eine innere Konsistenz fordert die Rechtsprechung

³¹⁵ Siehe hierzu im Hinblick auf die Windenergienutzung bereits die obigen Ausführungen unter B, II, 1 und 2.

³¹⁶ BVerwG, NVwZ 1993, 1102 (1103); BVerwG, NVwZ 2001, 1280 (1280 f); BVerwG, NVwZ-RR 2003, 7 (7); BVerwG, NVwZ 2006, 458 (459); BVerwGE, BauR 2008, 325 Rn. 7; BVerwG, NVwZ 2009, 1228 Rn. 17.

³¹⁷ BVerwG, NVwZ 1999, 1338 (1338); BVerwG, NVwZ 2009, 1228 Rn. 17; BVerwG, ZfBR 2017, 151 Rn. 26.

³¹⁸ BVerwG, NVwZ 2016, 704 Rn. 18.

allerdings nicht.³¹⁹ Aus der Konzepttreue folgt nicht, dass die Gemeinde nicht jederzeit ihr Planungskonzept ändern kann. Deshalb verdichtet sich das Gebot des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB, die erforderlichen Bauleitpläne zu erlassen, nur in besonderen Ausnahmefällen zu einer strikten Planungspflicht hinsichtlich des „Ob“ oder „Wie“. Dies ist der Fall, wenn qualifizierte städtebauliche Gründe von besonderem Gewicht vorliegen.³²⁰

Die Rechtsprechung hat einen solchen Ausnahmefall bislang nur bei einer Genehmigungspraxis auf der Grundlage des § 34 BauGB angenommen, die solche städtebaulichen Konflikte auslöste, die eine Gesamtkoordination der widerstreitenden öffentlichen und privaten Belange in einem förmlichen Planungsverfahren dringend erforderten.³²¹ Auch zwingendes Unionsrecht, etwa der europäische Störfallschutz, kann diese Rechtsfolge auslösen.³²²

Es gibt neben dem § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB einige wenige besondere Planungspflichten. Sie ergeben sich aus dem Anpassungsgebot nach § 1 Abs. 4 BauGB (Anpassung an Ziele der Raumordnung), aus § 166 Abs. 1 S. 2 BauGB (Städtebauliche Entwicklungsmaßnahmen) und § 247 Abs. 3 S. 2 BauGB (Hauptstadt Berlin). Diese Planungspflichten zielen jedoch in keinem Fall auf einen konkreten Planungsinhalt ab, sondern sind in eine überfachliche Thematik eingebunden.

b) Zur Einführung einer Planungspflicht zugunsten der Windenergie

In Anbetracht der Zurückhaltung vieler Gemeinden, hinreichende Flächen für die Windenergienutzung auszuweisen, stellt sich die Frage, ob Gemeinden eine Pflicht zur Ausweisung von Flächen zugunsten der Windenergie im BauGB auferlegt werden sollte.

aa) Systemwiderspruch

³¹⁹ BVerwG, NVwZ 2016, 704 Rn. 18.

³²⁰ BVerwG, NVwZ 2004, 220 (221 f); BVerwG, NVwZ 2012, 825 Rn. 21.

³²¹ BVerwG, NVwZ 2013, 719 (723); BVerwG, NVwZ 2014, 515 Rn. 56.

³²² BVerwG, NVwZ 2014, 515 Rn. 58.

Hiergegen spricht zunächst ein systematisches Argument: der Charakter der Bauleitplanung als Repräsentant einer Gesamtplanung. In dieser Funktion hat die Bauleitplanung die Aufgabe, das Plangebiet strukturell zu entwickeln und zu gestalten.³²³ Neben der Bauleitplanung zählen zur Gesamtplanung die Raumordnung, die Landes- und Regionalplanung sowie die Landschaftsplanung. Demgegenüber betrifft die Fachplanung die planerische Gestaltung des Raums unter einem vorhabenspezifischen Gesichtspunkt.³²⁴ Sie widmet sich also beispielsweise dem Bau einer Eisenbahnlinie, einer Bundesfernstraße oder einer Abfallentsorgungsanlage. Da sowohl die Gesamtplanung als auch die Fachplanung raumgestaltend sind, müssen sie beide gegenseitig aufeinander Rücksicht nehmen. Dies rechtfertigt jedoch nicht, die in ihrer Funktion liegende Differenzierung aufzugeben.

Vor diesem Hintergrund würde es die Grundkonzeption des BauGB systematisch stören, Gemeinden einen konkreten vorhabenbezogenen (also thematischen) Planungsauftrag zu erteilen und ihnen aufzugeben, einen näher definierten Flächenumfang zugunsten der Windenergienutzung vorzusehen. Hierauf ist das BauGB auch mit seinem zentralen Steuerungsinstrument, dem Abwägungsgebot nach § 1 Abs. 7 BauGB, nicht ausgerichtet. Es ist vielmehr ein Wesensmerkmal der Bauleitplanung, eine große Vielzahl von Belangen in eine Abwägung zu führen und aus dem Gegenüberstellen der Interessen und Belange eine ausgewogene Planung abzuleiten. Dabei ist es selbstverständlich zulässig, gesetzgeberisch Akzente zu setzen und bestimmten Belangen besonderes Gewicht zu geben oder äußere Grenzen der Planung gesetzlich zu definieren. Die explizite Vorgabe einer positiven Planungspflicht hätte jedoch eine ganz andere Qualität; sie würde Elemente der Fachplanung – nämlich einen vorhabenspezifischen Zuschnitt der Planung – in die Bauleitplanung einstreuen.

³²³ Grotefels/Grüner, Ad Legendum 2009, 342 (344).

³²⁴ Finkelburg/Ortloff/Kment, Öffentliches Baurecht, 2017, § 20 Rn. 1.

Das Ventil, um gezielt staatlichen Einfluss auf konkrete Inhalte der Bauleitplanung zu nehmen, ist die Raumordnungs- und Landesplanung. Letztgenannte löst nach § 1 Abs. 4 BauGB ein striktes Anpassungsgebot aus. Die Systemharmonie zwischen der Bauleitplanung auf der einen und der Raumordnungs- und Landesplanung auf der anderen Seite wird dadurch erzeugt, dass auch die Raumordnungs- und Landesplanung gesamtplanerisch konzipiert und nach § 7 Abs. 2 S. 1 ROG dem Abwägungsgebot unterworfen ist. Darin unterscheidet sich die gesamtplanerische Planungspyramide deutlich von einer gesetzgeberischen Intervention, einen konkreten Planungsinhalt im Wege der Bauleitplanung umzusetzen.

bb) Bestimmbarkeit der Planungspflicht – Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im Einzelfall

Des Weiteren würde die Einführung einer Planungspflicht voraussetzen, diese Verpflichtung hinreichend bestimmt zu treffen. Soll sich die Verpflichtung nicht in grundsätzlichen, weitläufigen und dehnbaren Ausführungen verlieren, wie etwa der Aufforderung, dass „der Windenergie substanziell Raum verschafft werden soll“, wäre der Normgeber gezwungen, die konkreten Verpflichtungen der Gemeinde zu quantifizieren. Da eine solche Konkretisierung auf gesetzlicher Ebene wohl nur als allgemeiner Pauschalwert bzw. typengerechter Pauschalwert denkbar ist, würden einzelne Gemeinden möglicherweise in die Bedrängnis gebracht, Flächen in einer bestimmten Größenordnung zugunsten von Windenergieanlagen ausweisen zu müssen, die sie in dieser Qualität und Menge gar nicht besitzen. Auch wäre bei einer pauschalen Herangehensweise nicht ausgeschlossen, dass einzelne Gemeinden unzumutbar belastet würden, wenn sie den verbleibenden Freiraum in der Gemeinde vorrangig der Windenergienutzung zur Verfügung stellen müssen. Es könnte insofern zu Verletzungen des Art. 28 Abs. 2 GG kommen.

cc) Durchsetzung

Würden den Trägern der kommunalen Bauleitplanung konkrete Planungspflichten aufgegeben, wäre es nicht ausgeschlossen, dass einzelne Gemeinden diesem gesetzlichen Auftrag nicht oder nicht ausreichend nachkommen. Ein solches Verhalten würde der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG (Vorrang des Gesetzes) widersprechen.³²⁵

Deshalb würde ein Verstoß gegen eine Planungspflicht als Rechtsverstoß nicht folgenlos bleiben. Um ein rechtmäßiges Handeln in Angelegenheiten der kommunalen Selbstverwaltung sicherzustellen, sehen die jeweiligen kommunalrechtlichen Vorschriften der Länder grundsätzlich die Kommunalaufsicht als Instrument vor.³²⁶ Die Kommunalaufsicht erlaubt es, bei fehlender Einsicht der betroffenen Gemeinde, ihren rechtlichen Pflichten vollständig nachzukommen, eine Ersatzvornahme anzudrohen und im Ernstfall auch vorzunehmen.³²⁷ Die kommunalaufsichtsrechtliche Durchsetzung einzelner städtebaulicher Planungsmaßnahmen ist grundsätzlich auch mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar.³²⁸

III. Vereinfachte Planungsverfahren zugunsten der Windenergie

Man kann eine Förderung der Ansiedlung von Windenergieanlagen auch dadurch bewirken, dass man die Hürden ihrer Planung absenkt. Derartige Überlegungen tragen aktuell etwa die Regelung des § 13b BauGB, der zugunsten von Wohnnutzungen Anforderungen an die Planung absenkt. Dieser Regelungsansatz ist zumindest auf den ersten Blick theoretisch auf die Windenergie übertragbar (2.). Weitere planerische Erleichterungen kennt § 5 Abs. 2b BauGB, der eine abgespeckte Flächennutzungsplanung zu Lasten der

³²⁵ Vgl. Jarass, in Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 2020, Art. 20 Rn. 51 ff.

³²⁶ Siehe etwa Art. 108 ff BayGO; §§ 119 ff GO NRW.

³²⁷ Siehe exemplarisch Art. 113 BayGO; § 123 GO NRW; siehe auch Decker, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand 2020, § 1 Rn. 66 f; Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 1 Rn. 15.

³²⁸ BVerwG, NVwZ 2004, 220 (226).

Windenergienutzung ermöglicht hat. Es ist eine nähere Betrachtung wert, ob § 5 Abs. 2b BauGB auch zugunsten der Windenergie in Ansatz gebracht werden kann (1.).

1. Vereinfachungen bei der Aufstellung von sachlichen und räumlichen Teilflächennutzungsplänen nach § 5 Abs. 2b BauGB

a) Bedeutungsgehalt des § 5 Abs. 2b BauGB

Entsprechend seiner Funktion, ein städtebauliches Entwicklungsprogramm der Gemeinde zu enthalten,³²⁹ ist der Flächennutzungsplan grundsätzlich gemeindeumfassend, also flächendeckend, konzipiert.³³⁰ Diese Sichtweise stützt auch der § 5 Abs. 1 S. 1 BauGB, der die Formulierung „für das ganze Gemeindegebiet“ enthält.

Von dieser Grundkonzeption lässt der § 5 Abs. 2b BauGB eine Abweichung zu, um dem zunehmenden Bedeutungsgewinn des Flächennutzungsplans für den Außenbereich Rechnung zu tragen: den räumlichen und sachlichen Teilplan. Mit seiner Hilfe kann die nach aktueller Rechtslage in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB vorgesehene Ausschlusswirkung für Teilbereiche des Gemeindegebiets bereits dann erreicht werden, wenn für das gesamte Gemeindegebiet noch kein umfassendes planerisches Gesamtkonzept vorliegt oder ein vermeintlich bestehender „normaler“ Flächennutzungsplan unwirksam ist. Zielsetzung des § 5 Abs. 2b BauGB ist es, rasch rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, ohne sofort das aufwändige Verfahren zur Neuaufstellung eines umfassenden Flächennutzungsplans durchlaufen zu müssen.³³¹ Der Einsatz des § 5 Abs. 2b BauGB kann auch zur Ergänzung bestehender Pläne erfolgen.

Im Unterschied zur Änderung eines Flächennutzungsplans im Regelverfahren ermöglicht der Teilflächennutzungsplan, eine Regelungskonzeption

³²⁹ BVerwG, NVwZ 1988, 54 (55); BVerwG, NVwZ 2000, 1045 (1046); BVerwG, NVwZ 2006, 87 (89).

³³⁰ BVerwG, NVwZ 2003, 733 (735 f).

³³¹ Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB Kommentar, 2019, § 5 Rn. 35f.

für die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB sachlich auf bestimmte Regelungsgegenstände zu begrenzen, ohne die Auswirkungen dieser Darstellung in jeglicher Hinsicht – wie etwa bei einer Änderung des Gesamtplans sonst der Fall – für das gesamte Gemeindegebiet beurteilen zu müssen.³³² Die sachliche Einengung des Darstellungsgehalts kann mit einer räumlichen Begrenzung des Flächennutzungsplans kombiniert werden.

Mit der gesetzlichen Legitimation einer räumlichen Begrenzung ist nicht zugleich festgeschrieben, ob auch die Suchbewegungen der planenden Behörde im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf den räumlichen Ausdehnungsbereich des zukünftigen Plans begrenzt werden dürfen. Es spricht viel dafür, dass sich die zuständige Gemeinde weder hinsichtlich des übrigen Gemeindegebiets „blind stellen“ kann, noch eine lückenlose Prüfung des gesamten Planungsraums vorzunehmen hat. Demnach sollten die Auswirkungen auf die angrenzenden Räume in die Abwägung einzubeziehen sein, ohne eine Detailprüfung nach sich zu ziehen.

b) Ergänzung des § 5 Abs. 2b BauGB zugunsten der Windenergienutzung de lege ferenda

Die aufgezeigten Hindernisse bei der erstmaligen Aufstellung, Änderung oder Ergänzung eines Flächennutzungsplans stellen sich nicht nur, wenn Gemeinden zu Lasten von Windenergieanlagen die Rechtsfolgen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auslösen wollen, sondern sie stellen sich auch im Fall der gewünschten Förderung der Windenergie. Insofern darf man an die Situation denken, die der Gesetzgeber mit der Einführung des § 249 Abs. 1 BauGB im Sinn hatte.³³³

Entscheidet man sich als Gesetzgeber, zu rechtlichen Änderungen zu greifen, um die Windenergie zu fördern, würde es sich anbieten, die Anpassungsgeschwindigkeit auf Ebene des Flächennutzungsplans nicht nur bei

³³² Gaentzsch/Philipp/Tepperwien, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand 2020, § 5 Rn. 42c; Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 5 Rn. 4.

³³³ Siehe hierzu die obige Darstellung unter B, I, 4, b, aa.

windenergiebegrenzenden, sondern auch bei windenergiefördernden Planungsbestrebungen zu erhöhen. Dies könnte durch eine Ergänzung des § 5 Abs. 2b BauGB in der nachfolgenden Form geschehen:

„Für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB können sachliche Teilflächennutzungspläne aufgestellt werden; sie können auch für Teile des Gemeindegebiets aufgestellt werden. Sachliche und räumliche Teilflächennutzungspläne können auch zur Darstellung von Flächen für die Versorgung mit Windenergieanlagen nach Absatz 2 Nummer 4 zugelassen werden.“

Rechtliche Hindernisse, die dieser Erweiterung des § 5 Abs. 2b BauGB entgegenstehen, sind nicht ersichtlich.

2. Keine vereinfachte oder beschleunigte Bauleitplanung für Windenergieanlagen

a) Regelungsansätze in § 13, § 13a und § 13b BauGB

aa) Die Grundlagen des § 13 BauGB: das vereinfachte Verfahren

§ 13 BauGB normiert ein vereinfachtes Planungsverfahren. Es entbindet die nach § 13 Abs. 1 BauGB begünstigten Planungsvorhaben von einigen im Regelverfahren des baurechtlichen Planungsprozesses zwingend zu durchlaufenden Stationen.

Einzelheiten zu den Begünstigungen enthält § 13 Abs. 2 BauGB: So kann gem. S. 1 Nr. 1 von der frühzeitigen Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 BauGB abgesehen werden. Gem. S. 1 Nr. 2, 3 kann statt der Auslegung des Planentwurfs nach § 3 Abs. 2 BauGB bzw. der Behördenbeteiligung nach § 4 Abs. 2 BauGB der betroffenen Öffentlichkeit und den berührten Behörden bzw. sonstigen Trägern öffentlicher Belange Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist gegeben werden.³³⁴

³³⁴ Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar,

Insofern besteht ein Wahlrecht der Gemeinde.³³⁵ Die Gemeinde, bei deren Planung die Voraussetzungen des § 13 BauGB erfüllt sind, muss jedoch von Planerleichterungen keinen Gebrauch machen. Sie besitzt insofern ein Ermessen.

Da im Anwendungsbereich des § 13 BauGB mit keinen oder nur unwesentlichen Auswirkungen auf die Umwelt zu rechnen sein darf, wird gem. § 13 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 BauGB im vereinfachten Verfahren von der Umweltprüfung nach § 2 Abs. 4 BauGB und der Erstellung eines Umweltberichts nach § 2a BauGB abgesehen.³³⁶ Außerdem entfällt die Angabe nach § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind, sowie die zusammenfassende Erklärung, die im Regelverfahren nach § 6a Abs. 1 BauGB und § 10a Abs. 1 BauGB vorgeschrieben ist. Dies ist sicherlich die größte verfahrensrechtliche Erleichterung.

bb) Anknüpfung und Erweiterung durch §§ 13a, 13b BauGB: beschleunigtes Verfahren

Die verfahrensrechtlichen Vorzüge des § 13 BauGB, die ein beträchtliches Beschleunigungs- und Entlastungspotential haben, hat der Gesetzgeber auf Bebauungspläne ausgedehnt, die sich der Wiedernutzbarmachung von Flächen, der Nachverdichtung oder anderen Maßnahmen der Innenentwicklung (Bebauungsplan der Innenentwicklung) widmen. Überdies hat er in § 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB eine Möglichkeit zur Abweichung von den Darstellungen des Flächennutzungsplans etabliert und in § 13a Abs. 2 Nr. 4 BauGB die Freistellung von der Ausgleichspflicht bei Eingriffen in Natur und Landschaft nach § 1a Abs. 3 BauGB vorgesehen. Diese Erleichterungen, die auch beschleunigtes

Stand 2020, § 13 Rn. 38; Rieger, in: Schrödter, BauGB Kommentar, 2019, § 13 Rn. 21 ff.

³³⁵ Rieger, in: Schrödter, BauGB Kommentar, 2019, § 13 Rn. 21 ff; Spannowsky, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand 2020, § 13 Rn. 33.

³³⁶ Rieger, in: Schrödter, BauGB Kommentar, 2019, § 13 Rn. 28; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 13 Rn. 46 ff.

Verfahren genannt werden, rechtfertigen sich aus Sicht des Gesetzgebers, weil er in diesem Bereich keine größere Gefahr sieht, dass es zu wesentlichen Umweltauswirkungen kommt, die etwa eine Pflicht zur Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung oder zur Gewährung von Ausgleichen für Eingriffe in Natur und Landschaft auslösen würden.

Das beschleunigte Verfahren für Bebauungspläne der Innenentwicklung hat zwar einige Kritik nach sich gezogen, weil sich das Ausnahmeverfahren des § 13a BauGB in der Praxis mehr und mehr zum Regelverfahren entwickelt hat und ein Verstoß gegen die europäische SUP-Richtlinie erkannt wurde.³³⁷ Dennoch hält sich die Bestimmung im unionsrechtlichen Rahmen, der durch Art. 3 Abs. 3 SUP-RL gesetzt wird.³³⁸

Kritischer ist demgegenüber § 13b BauGB zu beurteilen, der für Bebauungspläne eine beschleunigte Aufstellung vorsieht, durch welche die Zulässigkeit von Wohnnutzungen auf Flächen begründet wird, die sich im Außenbereich an im Zusammenhang bebaute Ortsteile anschließen. Es gibt insbesondere unionsrechtliche Zweifel an § 13b BauGB: Anders als bei den Innenentwicklungsplänen kann man bei der Inanspruchnahme von grundsätzlich schutzwürdigen Außenbereichsflächen gerade nicht *per se* davon ausgehen, dass die geringe Größe der Grundfläche gegen die Umweltrelevanz des Planwerks spricht.³³⁹ Das Unterlassen einer Umweltprüfung bei Bebauungsplänen nach § 13b BauGB unterliegt somit einem gewissen unionsrechtlich bedingten Unwirksamkeitsrisiko.

³³⁷ Gierke, in: Brügelmann, BauGB Kommentar, 2020, § 13a Rn. 16, 159.

³³⁸ Spannowsky, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand 2020, § 13a Rn. 2; Jarass/Kment, BauGB Kommentar, 2017, § 13a Rn. 1.

³³⁹ Mitschang, in: ders., Schaffung von Bauland, 2019, S. 89 (96 f); von Nicolai, NordÖR 2017, 369 (371); Krautzberger/Kment, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 13b Rn. 1; Grotefels UPR 2018, 321; wenig überzeugend VGH München, NuR 2019, 421 Rn. 24.

b) Vermeidung von Wertungs- und Unionsrechtswidersprüchen aus Anlass der Windenergieplanung

Die aufgezeigten unionsrechtlichen Bedenken³⁴⁰ sprechen dagegen, eine planungsrechtliche Erleichterung im Sinne der §§ 13, 13a oder 13b BauGB zugunsten von Bauleitplänen anzuraten, wenn sich diese mit Vorhaben im Außenbereich beschäftigen. Dies gilt sowohl für Bauleitpläne, die sich mit Ausweisungen zugunsten von Windenergieanlagen befassen, als auch für alle anderen Planwerke mit Bezug zum Außenbereich. Wie bereits ausgeführt, kann der Plangeber - anders als bei Innenentwicklungsplänen - nicht davon ausgehen, dass im Außenbereich die in Anspruch genommenen Flächen nicht schutzwürdig sind bzw. das zu realisierende Projekt keine Umweltrelevanz besitzt.³⁴¹ Dies gilt ganz unabhängig von der Größe.

Überdies dürfte eine Aushebelung von Schutzvorschriften, die Natur und Landschaft im Außenbereich bewahren wollen, nicht recht zum Grundverständnis erneuerbarer Energien passen, die sich als Motor einer Energiewende verstehen, die ihrerseits im Dienste ökologischer Klimaschutzbemühungen steht.

IV. Übergangsregelungen

1. Wirkungsverlust für bestehende Flächennutzungspläne und raumordnungsrechtliche Vorgaben

a) Grundsatz des intertemporalen Rechts

Das Baugesetzbuch unterliegt - wie alle anderen Bereiche des Rechts auch - im Ausgangspunkt den Rechtsgrundsätzen des intertemporalen Rechts. Danach ist grundsätzlich neu erlassenes Recht ab dem Zeitpunkt seines

³⁴⁰ Siehe die obige Darstellung unter B, III, 2, a, bb.

³⁴¹ Mitschang in ders., Schaffung von Bauland, 2019, S. 89 (96 f); von Nicolai, NordÖR 2017, 369 (371); Krautzberger/Kment, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 13b Rn. 1; Grotefels UPR 2018, 321.

Inkrafttretens anzuwenden. Eine Ausnahme gilt nur, wenn auf der Grundlage des zuvor geltenden Rechts unanfechtbare Rechtspositionen oder sonstige Rechtsakte wie Satzungen und andere Entscheidungen wirksam oder – bei Verwaltungsakten – bestandskräftig geworden sind.³⁴²

Diese Grundsätze können durch den Gesetzgeber modifiziert werden. Hierzu werden Übergangsvorschriften erlassen.

b) Folgen der Änderung des § 35 BauGB

Die Auswirkungen einer Freistellung der Windenergienutzung von der Konzentrationszonenregelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB sind bereits beschrieben worden:³⁴³ Die flächenmäßige Konzentration durch Flächennutzungspläne und Ziele der Raumordnung geht verloren. Diese Rechtsfolge kann auch dann eintreten, wenn man sich für bedingte Konzentrationszonen ausspricht, die nur dann ihre Wirksamkeit entfalten, wenn die zuständigen Gemeinden oder anderweitig zuständigen Planungsträger die skizzierten Bedingungen eines § 35 Abs. 3a BauGB n.F. erfüllen.³⁴⁴ Ist der Planungsträger nicht schon im Vorfeld einer BauGB-Änderung den Anforderungen des § 35 Abs. 3a BauGB n.F. nachgekommen, fällt die Steuerungskraft seiner Planwerke im Hinblick auf § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB im Moment des Inkrafttretens des § 35 Abs. 3a BauGB n.F. weg.

2. Zweijähriger Übergangszeitraum

Die Auswirkungen einer Neuregelung in Form des § 35 Abs. 3, 3a BauGB n.F. können vom Gesetzgeber als abmilderungsbedürftig angesehen werden. Insbesondere würde es der Logik eines § 35 Abs. 3a BauGB n.F. folgen, wenn man den Gemeinden einen angemessenen Zeitraum zugestehen würde, ihre „Außenbereichspolitik“ zu prüfen und gegebenenfalls zu ändern. Sollte es

³⁴² Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, § 233 Rn. 2a.

³⁴³ Siehe hierzu die obige Darstellung unter B, I, 2, b.

³⁴⁴ Siehe die obige Analyse unter B, I, 3, b.

nach einer solchen Prüfung notwendig sein, im Gemeindegebiet zusätzliche Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie vorzunehmen, um weiter in den Genuss der Konzentrationsflächenausweisung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu kommen, sollte den Planungsträgern die Option hierzu – ohne zeitliche Konzentrationszonen-Brüche – offenstehen. Es obliegt dem Gesetzgeber, einen Übergangszeitraum zu definieren, den die Gemeinden zur Umstellung bzw. Anpassung ihrer Planung bekommen. Ein Übergangszeitraum von zwei Jahren dürfte planungsrechtlich ambitionierten Gemeinden wohl reichen.

C. GESETZESVORSCHLAG ZUR ÄNDERUNG DES BAUGB

Die bisherigen Ergebnisse der Untersuchung münden in konkreten Vorschlägen zur Änderung des BauGB. Diese sollen nachfolgend zusammengeführt werden.³⁴⁵ Ergänzende Erläuterungen runden die Darstellung ab; sie sind insbesondere dann geboten, wenn der Themenkomplex der Förderung der Windenergie und der Komplex der Förderung der Photovoltaik im Verbund betrachtet werden.

I. Änderung des § 35 BauGB

1. Vorschlag für die Änderung des Gesetzestextes

a) Variante 1 – neuer § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB

§ 35 BauGB Bauen im Außenbereich

(3) ¹Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt insbesondere vor, wenn das (...)

²Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nummer 2, 3, 4 und 6 in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür

³⁴⁵ Die nachfolgende Darstellung sollte im Zusammenhang mit den bisherigen Ausführungen gelesen werden, um ein vollständiges Bild zu zeichnen.

durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.

(...)

b) Variante 2 – neuer § 35 Abs. 3a BauGB

§ 35 BauGB Bauen im Außenbereich

(3a) ¹Die Regelung des Absatz 3 Satz 3 kann Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 5 nur dann entgegengehalten werden, wenn eine Gemeinde den Nachweis erbringt, dass die Ausweisungen an anderer Stelle nach Absatz 3 Satz 3 den Anforderungen der Anlage 1 des Bedarfsgesetzes zu erneuerbaren Energien* entsprechen (Windenergie-Beitragswert), und dieser Nachweis bestätigt wurde. ²Der nach Satz 1 vorgeschriebene Nachweis wird von der Bundesnetzagentur bestätigt; dabei prüft die Bundesnetzagentur, ob der Nachweis der Gemeinde nachvollziehbar ist. ³Der Nachweis gilt als bestätigt, wenn die Bundesnetzagentur nicht innerhalb von drei Monaten nach Einreichung aller erforderlichen Unterlagen über den Antrag auf Bestätigung der Erfüllung des kommunalen Windenergie-Beitragswerts entscheidet. ⁴Die Bundesnetzagentur ist berechtigt, eine Ergänzung erforderlicher Antragsunterlagen zu verlangen. ⁵Die Bestätigung der Bundesnetzagentur oder ihre Fiktion ist für 4 Jahre gültig. ⁶Die Regelungen dieses Absatzes gelten entsprechend für Ziele der Raumordnung, regionale Flächennutzungspläne und gemeinsame Flächennutzungspläne nach § 204. ⁷Bei Planungen nach Satz 6 sind die Windenergie-Beitragswerte der in Bezug genommenen Gemeinden vollständig zu erfüllen; bei einer Planung, die ein Gemeindegebiet nur teilweise betrifft, darf der Windenergie-Beitragswert anteilig reduziert werden, wenn die verbleibende Gemeindegebietsfläche in eine andere Planung nach Satz 6 einfließt oder die Teilüberplanung sachlich zwingend geboten ist.“

(...)

* Ein solches Bedarfsgesetz wäre zusätzlich zu erlassen.

2. Ergänzende Erläuterung

a) Variante 1

Mit der Streichung der Windenergie aus dem Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB würde diese Form der erneuerbaren Energien von der planerischen Konzentrationsregelung freigestellt. Hiermit eröffnet sich für die Windenergie ein größerer, aber nicht unbegrenzter Ansiedlungsraum im Außenbereich.

b) Variante 2

Im Gegensatz zu Variante 1 verfolgt Variante 2 hinsichtlich des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eine andere Strategie. Die Windenergie würde grundsätzlich der Konzentrationszonenregelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB unterworfen. Letztere könnte aber nur dann von Planungsträgern in Anspruch genommen werden, wenn auf dem Gebiet der betroffenen Gemeinde hinreichende Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie vorgenommen würden. Die Erfüllung der Voraussetzungen des § 35 Abs. 3a BauGB würde von der Bundesnetzagentur geprüft. Die Vorgaben würden für Gemeindegrenzen überschreitende Planungen (z.B. Regionalpläne) entsprechend gelten.

II. Änderung des § 5 Abs. 2b BauGB

1. Gesetzestext – neuer § 5 Abs. 2b S. 2 BauGB

Auch § 5 Abs. 2b BauGB sollte eine neue Gestalt bekommen:

§ 5 Inhalt des Flächennutzungsplans

(...)

(2b) „¹Für die Zwecke des § 35 Abs.3 Satz 3 BauGB können sachliche Teilflächennutzungspläne aufgestellt werden; sie können auch für Teile des Gemeindegebiets aufgestellt werden. ²Sachliche und räumliche Teilflächennutzungspläne können auch zur Darstellung

von Flächen für die Versorgung mit erneuerbaren Energien nach Absatz 2 Nummer 4 zugelassen werden.“

2. Ergänzende Erläuterung

Durch die Ergänzung des § 5 Abs. 2b BauGB würde es auf Seiten der Gemeinde möglich, durch sachliche und räumliche Teilflächennutzungspläne zusätzliche Ansiedlungsräume für erneuerbare Energien zu schaffen. Hiermit würde es den Gemeinden erleichtert, *schnell* zusätzliche Flächen für Windenergieanlagen auszuweisen.

III. Einführung einer Übergangsvorschrift in § 245d BauGB

1. Gesetzestext – neuer § 245d BauGB

Eine Überleitungsvorschrift hätte folgenden Text:

§ 245d Überleitungsvorschrift für das Gesetz zur Förderung erneuerbarer Energien

Die durch das Gesetz zur Förderung erneuerbarer Energien vom xx.xx.2021 vorgenommene Änderung des § 35 BauGB tritt am xx.xx.2023 in Kraft.

2. Ergänzende Erläuterung

Das zeitlich versetzte Inkrafttreten der hier vorgeschlagenen Änderungen des § 35 BauGB³⁴⁶ gewährleistet, dass sich die Gemeinden auf die neuen Voraussetzungen einer Konzentrationsplanung im Außenbereich einstellen können.

³⁴⁶ Gemeint sind alle Änderungsvorschläge.

IV. Aufhebung des § 249 Abs. 3 BauGB

Die Regelung des § 249 Abs. 3 BauGB sollte aufgehoben werden. Sie steht einem Ausbau der Windenergie tendenziell im Weg, da sie den zur Verfügung stehenden Raum verringert.

D. ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNG

1. Die Energiewende ist ein wichtiges politisches Ziel. Sie setzt viele Anstrengungen zur Abkehr von konventionellen Energiequellen und zum Ausbau erneuerbarer Energien voraus. Zur Bewältigung dieses durchaus komplexen sozio-technischen Transformationsprozesses wurden bereits viele legislative Anstrengungen unternommen. Neben der gesetzlichen Regelung des „Atomausstiegs“ und der Beendigung der Kohleverstromung finden sich auch vielfältige Regelwerke auf der nationalen, europäischen und internationalen Ebene zur Bekämpfung des Klimawandels. Außerdem sieht das Erneuerbare-Energien-Gesetz die Förderungen alternativer Energiequellen voraus, und auch im Planungsrecht lassen sich rechtliche Vorgaben zur Energiewende finden, deren Optimierung und Erweiterung möglich ist.
2. Die Energiewende lässt sich auf der Grundlage der heute schon verfügbaren Technologien umsetzen. Dabei zeigen aktuelle Modellierungen, dass der Primärenergiebedarf in Zukunft sinken wird, während der Strombedarf zukünftig wächst. In Deutschland werden bis zum Jahr 2050 nach einer Studie aus dem Jahr 2020 statt heute 592 TWh bis 962 TWh erforderlich sein, von denen die Windenergie 130 GW installierte Leistung onshore und 70 GW offshore beisteuern müsste, damit die Energiewende gelingt. Auf die Photovoltaik entfällt zudem ein Bedarf von 355 GW installierter Leistung. Parallel hierzu müssen die Energienetze ertüchtigt werden.
3. Die aufgezeigten Leistungsziele müssen durch erneuerbare Energien erbracht werden, die heute noch nicht (vollständig) genutzt werden können. Es fehlen insbesondere die notwendigen Flächenausweisungen, um genügend Anlagen zur Stromgewinnung aus erneuerbaren Energien zu errichten. Nach aktuellen Schätzungen wäre es notwendig, etwa 2% der Gemeindeflächen für die Windenergie zur Verfügung zu stellen. Hiervon ist die Praxis mit bislang 0,9% der Gemeindeflächen noch weit entfernt.
4. Es ist eine bedeutsame gesetzgeberische Aufgabe, für Deutschland den Bedarf an Flächenausweisungen bis zum Jahr 2050 festzustellen. Aus dem festgestellten Bedarf wären Rückschlüsse möglich, welche Flächenausweisungen in den einzelnen Gemeinden notwendig sind (Windenergie-Beitragswert) und welcher Umfang des flankierenden

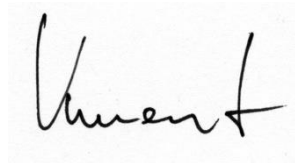
Netzausbaus hinzukommen muss, damit die Energiewende gelingen kann.

5. Der Bundesgesetzgeber hat zur Feststellung dieses Bedarfs die erforderliche Gesetzgebungskompetenz aus Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Bei der Bedarfsfestlegung besteht eine legislative Gestaltungsfreiheit. So können pauschale Werte genauso festgesetzt werden wie auch Typisierungen erfolgen können. Bei den Typisierungen könnte auf die Besonderheiten einzelner Gemeinden eingegangen werden.
6. Des Weiteren bedarf es einer Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, der in der Praxis zu erheblichen Anwendungsproblemen führt. Er erlaubt die Ausweisung von Konzentrationszonen zu Lasten von bestimmten privilegierten Vorhaben, zu denen auch die Windenergie gehört. Die Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB kann in zwei Varianten erfolgen.
7. Nach Variante 1 werden Windenergienutzungen vollständig aus dem Anwendungsbereich des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herausgenommen. Die damit verbundenen größeren Freiheiten führen nicht zu einer unbegrenzten Ansiedlung von Windenergieanlagen. Insbesondere ist der Gesundheits- und Naturschutz (etwa durch das BImSchG oder BNatSchG) weiter gewährleistet. Die Vorbehalte einer Belastung der Landschaft (Verspargelung) bleiben bestehen. Ein Planungserfordernis wird aber nicht ausgelöst.
8. Nach Variante 2 dürfen Planungsträger auch zum Nachteil von Windenergieanlagen auf § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zurückgreifen. Dies ist aber an die Voraussetzung geknüpft, dass auf dem Gebiet der betreffenden Gemeinde hinreichende Flächen zugunsten der Windenergie ausgewiesen werden. „Hinreichend“ sind die Flächenausweisungen, wenn sie dem Windenergie-Beitragswert, den der Bund (ggfs. typisierend) definiert (vgl. Nr. 4, 5), entsprechen.
9. Das Erreichen des Windenergie-Beitragswerts ist der Bundesnetzagentur vor Ausweisung von Konzentrationszonen nachzuweisen. Dabei wird von der Bundesnetzagentur nach dem Maßstab der Nachvollziehbarkeit auf der Basis vollständiger Antragsunterlagen geprüft und der Nachweis von ihr bestätigt. Die Bestätigung ergeht als Verwaltungsakt und ist auf vier Jahre befristet; die Bestätigung gibt die Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu Lasten erneuerbarer Energien frei.

10. Die Vorgaben der Variante 2 gelten gleichermaßen für Gemeindegrenzen überschreitende Raumordnungspläne, regionale Flächennutzungspläne und gemeinsame Flächennutzungspläne. Bei diesen Planungen sind die Windenergie-Beitragswerte der in Bezug genommenen Gemeinden vollständig zu erfüllen. Bei einer Planung, die ein Gemeindegebiet nur teilweise betrifft, darf der Windenergie-Beitragswert anteilig reduziert werden, wenn die verbleibende Gemeindegebietsfläche in eine andere Planung einfließt oder die Teilüberplanung sachlich zwingend geboten ist.
11. Eine Umgehung der Begünstigung von Windenergieanlagen, die bei Änderung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eintritt, ist durch die Raumordnung aus Gründen der normativen Spezialität nicht möglich; dennoch müssen die strikten Vorgaben von Zielen der Raumordnung beachtet werden.
12. Beide Varianten (vollständige Befreiung der Windenergie von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB und Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB unter bestimmten Bedingungen) sind mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG und den Grundrechten – insbesondere Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 GG – vereinbar.
13. Die Vorgaben des § 249 Abs. 1 und 2 BauGB zur Erweiterung einer bestehenden Konzentrationszone und zum Repowering bergen nur einen geringen rechtlichen Zugewinn. Gleichwohl enthalten sie für die Förderung des Ausbaus der Windenergie keine Hindernisse.
14. Dysfunktional vor dem Hintergrund des Ausbaus der Windenergie ist § 249 Abs. 3 BauGB. Er beraubt Windenergieanlagen bei Unterschreiten eines landesrechtlich definierten Mindestabstands zu bestimmten Wohnnutzungen ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB. Die Regelung sollte gestrichen werden.
15. Eine Fachplanung für Windenergieanlagen sollte nicht eingeführt werden. Sie ist wohl weder politisch durchsetzbar, noch verspricht sie entscheidende Beschleunigungseffekte.
16. Die ausdrückliche Nennung der erneuerbaren Energien und die Klarstellung ihrer Funktion, nämlich die Gewährleistung von Versorgungssicherheit zugunsten der Menschen und Betriebe in der Bundesrepublik Deutschland, im Rahmen des § 1 Abs. 6 BauGB machen es nicht notwendig, die Windenergie nochmals in die Liste der Belange des § 1 Abs. 6 BauGB aufzunehmen.

17. Da der Klimaschutz bereits eine zentrale Rolle auf der Ebene der Planungsgrundsätze und Planungsleitlinien (§§ 1 Abs. 5 S. 2; 1a Abs. 5 BauGB) besitzt und so die gemeindliche Bauleitplanung beeinflusst, bedarf es keiner erneuten Betonung von Windenergie in diesem Bereich.
18. Der Ausbau der Windenergie kann nicht zur Planungspflicht im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB erhoben werden. Dies würde insbesondere Systemwidersprüche zum Charakter der Bauleitplanung als Gesamtplanung auslösen.
19. Zugunsten des Ausbaus der Windenergie sind Verfahrenserleichterungen denkbar. Hierzu gehört eine Erweiterung des § 5 Abs. 2b BauGB, um eine räumliche und sachliche Teil-Flächennutzungsplanung auch zugunsten der Windenergie zu ermöglichen. Die Anwendung des vereinfachten oder beschleunigten Verfahrens nach §§ 13 ff BauGB kommt nur nach den allgemeinen Regeln in Betracht.
20. Die vorgeschlagenen Änderungen des BauGB sollten erst nach einer Übergangszeit von 2 Jahren in Kraft treten. Dies verschafft den betroffenen Gemeinden ein hinreichendes Zeitfenster, um ihre bisherige „Außenbereichspolitik“ den neuen rechtlichen Vorgaben anzupassen.

Augsburg, 16. Dezember 2020

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kment', is centered on the page. The signature is written in a cursive style with a horizontal line at the end.

(Prof. Dr. Martin Kment)

E. LITERATURVERZEICHNIS

- Agatz, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, ZUR 2020, 584
- Albrecht, Das Klimaschutzgesetz des Bundes - Hintergrund, Regelungsstruktur und wesentliche Inhalte, NuR 2020, 370
- Albrecht/Zschiegner, Die Unterscheidung harter und weicher Tabukriterien als fortwährendes Problem der Windkonzentrationsflächenplanung, NVwZ 2019, 444
- Bartsperger, Raumplanung im Außenbereich - Die raumplanerische Steuerung von Außenbereichsvorhaben, Berlin 2003
- Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, München 2019
- Beckmann, Plausibilität als richterlicher Kontrollmaßstab, FS Seibert, Berlin 2020, S. 13
- Berliner Kommentar zum BauGB, BauGB, Stand 2020, Berlin
- Bernd, Legislative Prognosen und Nachbesserungspflicht, Mainz 1989
- BMU (Hrsg.), Klimaschutzplan 2050 - Klimapolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, 2019
- Bonner Kommentar, GG Kommentar, Stand 2020, Heidelberg
- Bovet/Kindler, Wann und wie wird der Windenergie substanziell Raum verschafft? - Eine kritische Diskussion der aktuellen Rechtsprechung und praktische Lösungsansätze, DVBl. 2013, 488
- BReg (Hrsg.), Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050
- Brügelmann, BauGB Kommentar, Stand 2020, Stuttgart
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, EEG in Zahlen: Vergütungen, Differenzkosten und EEG-Umlage 2000 bis 2020, 2020

- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Erneuerbare Energien in Zahlen. Nationale und internationale Entwicklung im Jahr 2018, 2019
- Däuper, Das Atomausstiegs-Urteil und seine Folgen, NuR 2017, 169
- Dreier, GG Kommentar, Tübingen 2018
- Durner, Die aktuellen Vorschläge für ein Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) - Bewertung der Verfassungsmäßigkeit und des Beschleunigungspotentials, DVBl. 2011, 853
- Ekardt, Das Paris-Abkommen zum globalen Klimaschutz: Chancen und Friktionen - auf dem Weg zu einer substanziellen EU-Vorreiterrolle?, NVwZ 2016, 355
- Erbguth, Bindung und Abwägung bei der Planung von Konzentrationszonen: zum Verständnis des § 35 III 3 BauGB, DVBl. 2015, 1346
- Erbguth, Energiewende: großräumige Steuerung der Elektrizitätsversorgung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 2012, 326
- Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB Kommentar, Stand 2020, München
- Fachagentur für Windenergie, Mehr Abstand - mehr Akzeptanz? Ein umweltpsychologischer Studienvergleich, 2015
- Fachagentur Windenergie an Land, Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2020, 2020
- Fehling/Overkamp, Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Urteil vom 06.12.2016 (1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12) - Zum beschleunigten Atomausstieg nach Fukushima, ZJS 2017, 486
- Feldhaus, Ein Randproblem der Energiewende - Wieviel Lärm durch Windkraftanlagen darf der Bevölkerung nach der Rechtsprechung zugemutet werden?, FS Koch, Berlin 2014, S. 651
- Fest, Der Netzausbau im Recht der Energiewende, NVwZ 2013, 824

- Fest/Fechler, Neue Anforderungen an Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, NVwZ 2016, 1050
- Finkelburg/Ortloff/Kment, Öffentliches Baurecht, München 2017
- Franzius, Das Recht der Energiewende, JuS 2018, 28
- Frondel/Thomas, Dekarbonisierung bis zum Jahr 2050? Klimapolitische Maßnahmen und Energieprognosen für Deutschland, Österreich und die Schweiz, Zeitschrift für Energiewirtschaft 2020, 195
- Gärditz, Die Entwicklung des Umweltrechts im Jahr 2011: Umweltpolitische Herausforderungen zwischen Partizipation, Wutbürgertum und Energiewende, ZfU 2012, 249
- Gatz, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, DVBl. 2017, 461
- Gawel u.a., Die Zukunft der Energiewende in Deutschland, ZUR 2014, 219
- Gawel/Hansjürgens, Projekt „Energiewende“: Schneckentempo und Zickzackkurs statt klarer Konzepte für die Systemtransformation?, Wirtschaftsdienst 93, 5/2013, 283
- Grigoleit/Operhalsky/Strothe, Die neue Länderöffnungsklausel in § 249 III BauGB für Abstände zu Windenergieanlagen, UPR 2020, 321
- Groß, Klimaschutzgesetze im europäischen Vergleich, ZUR 2011, 171
- Grotefels, Bebauungspläne nach § 13b BauGB versus Boden- und Flächenschutz?, UPR 2018, 321
- Grotefels/Grüner, Überblick über das Recht der Bauleitplanung, Ad Legendum 2009, 342
- Hendler, Modelle interkommunaler Zusammenarbeit im Raumplanungsrecht, UPR 2006, 325
- Hendler/Kerkmann, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung und Windenergienutzung, DVBl. 2014, 1369

- Hermes, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, ZUR 2014, 259
- Hoppe/Beckmann/Kment, UVPG/UmwRG, Köln 2018
- Jäde/Dirnberger, BauGB Kommentar, Stuttgart 2018
- Jarass/Kment, BauGB Kommentar, München 2017
- Jarass/Pieroth, GG Kommentar, München 2020
- Kindler/Lau, Der Beitrag der Raumordnung zur Intensivierung der Windenergienutzung an Land, NVwZ 2011, 1414
- Kment (Hrsg.), EnWG Kommentar, Baden-Baden 2019
- Kment, Windenergie in der Bauleitplanung, DÖV 2013, 17
- Kment, Die Begleitung der Energiewende durch kommunale Bauleitplanung - Schafft das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden neue Optionen?, DVBl. 2012, 1125
- Kment, Faktische Grenzen judikativer Kontrolle und eingeforderte Maßstabsbildung in der (Nicht-) Wissensgesellschaft, EurUP 2020, 317
- Kment, Flexibilisierung von Netzverknüpfungspunkten, Tübingen 2020
- Kment, in: Kment, Unterirdische Nutzungen, Tübingen 2015, S. 137
- Kment, Bundesfachplanung von Trassenkorridoren für Höchstspannungsleitungen: Grundlegende Regelungselemente des NABEG, NVwZ 2015, 616
- Kment, Klimaschutzziele und Jahresemissionsmengen – Kernelemente des neuen Bundes-Klimaschutzgesetzes, NVwZ 2020, 1537
- Kment, Vorbote der Energiewende in der Bundesrepublik Deutschland: das Netzausbaubeschleunigungsgesetz, RdE 2011, 341
- Kment, ROG Kommentar, Baden-Baden 2019
- Kment, Das Planungsrecht der Energiewende, Verw 2014, 377

- Köck, Die Bedarfsplanung im Infrastrukturrecht, ZUR 2016, 579
- Krautzberger, Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden, UPR 2011, 361
- Kümper, Nochmals: Bundesfachplanung für Höchstspannungsleitungen und räumliche Gesamtplanung, NVwZ 2015, 1486
- Kümper, Konzentrationsplanung für die Windenergienutzung auf regionaler und kommunaler Ebene - zur Vorhabenzulassung bei divergierenden Ausweisungen, UPR 2020, 171
- Lahme, Der regionale Flächennutzungsplan. Eine Untersuchung am Beispiel des nordrhein-westfälischen Landesrechts, Berlin 2008
- Ludwigs, Der Atomausstieg und die Folgen: Fordert der Paradigmenwechsel in der Energiepolitik einen Paradigmenwechsel beim Eigentumschutz?, NVwZ 2016, 1
- Marquard, Windenergieplanung ins Ungewisse: § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als Auslaufmodell?, ZUR 2020, 598
- Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, München 2020
- Mitschang, Anwendungsfragen und aktuelle Rechtsprechung bei der Einbeziehung von Außenbereichsflächen in das beschleunigte Verfahren, in: Mitschang, Schaffung von Bauland, Baden-Baden 2019, S. 89
- Mitschang, Klimagerechte Stadtentwicklung, Bern 2012
- Mitschang, Netzausbau und räumliche Gesamtplanung, UPR 2015, 1
- Moench, Die Planungspflicht der Gemeinde, DVBl. 2005, 676
- Moench/Ruttloff, Netzausbau in Beschleunigung, NVwZ 2011, 1040
- Osing, Die Positivplanung von Windenergieflächen nach § BAUGB § 249 Abs. BAUGB § 249 Absatz 1 S. 1 BauGB – eine unterschätzte Chance für die Energiewende?, NVwZ 2020, 749

- Peithmann/Pohl, Unverantwortete Landschaften, Nachrichten der ARL 2/2015, 30
- Perthes Länderprofile, Bayern - Geographische Strukturen Entwicklungen, Probleme, Hamburg 1998
- Peters, Die Bürgerbeteiligung nach dem Energiewirtschafts- und Netzausbaubeschleunigungsgesetz - Paradigmenwechsel für die Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren?, DVBl. 2015, 808
- Prognos/Öko-Instituts/Wuppertaler Instituts, Klimaneutrales Deutschland. Zusammenfassung, 2020
- Reidt, § BAUGB § 4b BauGB - Die Einschaltung Dritter in die Bauleitplanung, NVwZ 1998, 592
- Rodi, Das Recht der Windkraftnutzung zu Lande unter Reformdruck, ZUR 2017, 658
- Sachs, GG Kommentar, München 2018
- Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Verantwortung für Europa übernehmen. Jahresgutachten 2011/2012, 2011
- Schiffer, Zielvorgaben und staatliche Strategien für eine nachhaltige Energieversorgung, Wirtschaftsdienst 99, 2/2019, 141
- Schink, Die planerische Steuerung von Windenergieanlagen und Abgrabungen - Harte und weiche Tabuzonen, UPR 2016, 366
- Schink, Vorranggebiete für die Windenergienutzung in Regionalplänen, ZfBR 2015, 232
- Schlacke, Klimaschutzrecht im Mehrebenensystem: Internationale Klimaschutzpolitik und aktuelle Entwicklungen in der Europäischen Union und in Deutschland, EnWZ 2020, 355
- Schmidt-Eichstaedt, Gemeinsame Flächennutzungsplanung nach Bundes- und Landesrecht, NVwZ 1997, 846

- Schmidt-Eichstaedt, Die harten und weichen Tabuzonen bei der Windenergieplanung und die Beachtlichkeit etwaiger Fehlzuordnungen, ZfBR 2019, 434
- Schmitz/Haselmann, Das raumordnerische Wegplanen von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen und seine entschädigungsrechtlichen Folgen, NVwZ 2015, 846
- Schrödter, BauGB Kommentar, Baden-Baden 2019
- Schröter, Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013Schütte/Winkler, Aktuelle Entwicklungen im Bundesumweltrecht, ZUR 2020, 445
- Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG Kommentar, München 2018
- Stollmann, Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 BauGB, JuS 2003, 855
- Stollmann, Die Einschaltung Dritter im neuen Städtebaurecht, NuR 1998, 578
- Thomann, Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen, Berlin 2018
- Thomas, Klimaschutz auf Landesebene: Eine Betrachtung des nordrhein-westfälischen Klimaschutzgesetzes, NVwZ 2013, 679
- Tyczewski, Konzentrationszonen für Windenergieanlagen rechtssicher planen - Illusion oder Wirklichkeit?, BauR 2014, 934
- UBA, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, 2019
- von Mangoldt/Klein/Stark, GG Kommentar, München 2018
- von Nicolai, Die BauGB- und BauNVO-Novelle zum neuen Zusammenleben in der Stadt, NordÖR 2017, 369
- Wagner, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, VerwArch 2020, 220

Weghake, Bundesfachplanungen versus Landesplanungen - Inhalt und Umfang der Vorrangwirkung bei Planungen nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz, DVBl. 2016, 271

Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen - Ein Update, ZfBR 2019, 230

Weidemann/Barthel, Die Genehmigungsfiktion und das 4. VwVfÄndG, JA 2011, 221

Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, München 2014