

Dr. Christoph Riese und Nicolas Brennecke, LL.M. (UCT)\*

# Beschleunigung des Windenergie-Ausbaus

## Behebung der Defizite in der Raum- und Bauleitplanung

### I. Einleitung

Am 7. und 8.7.2022 haben Bundestag und Bundesrat die Gesetze des „Osterpakets“ beschlossen.<sup>1</sup> Am 28.7.2022 erfolgte die Verkündung im Bundesgesetzblatt.<sup>2</sup> Das Gesetzespaket soll vor dem Hintergrund des stagnierenden Ausbaus der Windenergie und Photovoltaik<sup>3</sup> deren Beschleunigung entscheidend vorantreiben. Angesichts dieses ambitionierten Ziels untersucht dieser Beitrag im Hinblick auf die Windenergie, ob die Gesetzesänderungen den hohen Ansprüchen gerecht werden.

Der Beitrag fokussiert sich auf die Gesetzesänderungen mit Auswirkungen auf die Raum- und Bauleitplanung, weil eine effiziente Ausgestaltung des Planungsrechts für das Erreichen der Ausbau- und damit auch Klimaziele entscheidend ist.<sup>4</sup> Die bisher geltende Rechtslage ist im Hinblick auf die Windenergie von der sogenannten „Tabuzonen-Rechtsprechung“ des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) und der Oberverwaltungsgerichte geprägt, die den Ausbau der Windenergie an Land eher behindert als fördert. Auch stellt die bisher praktizierte Ausweisung von Schutzgebieten einen Hinderungsfaktor für den Ausbau dar. Dieser Beitrag zeigt auf, dass die Änderungen in dem Gesetzespaket Schritt

te in die richtige Richtung darstellen, nichtsdestotrotz weiterer Reformbedarf besteht.

### II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die aktuellen Gesetzesänderungen wie auch allgemein das Rechtsregime in der Raum- und Bauleitplanung müssen vor dem Hintergrund der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 24.3.2021 zum Klimaschutzgesetz und vom 23.3.2022 zu den Windenergie-Beteiligungsgesellschaften bewertet werden. Verfassungsrechtlich zu beachten sind die Gemeinwohlziele des Klimaschutzes und der Stromversorgungssicherheit, die eine besondere Verantwortung der Planungsbehörden wie der Verwaltungsgerichte beinhalten.

#### 1. BVerfG-Beschluss zum Klimaschutzgesetz

Zur Entscheidung des BVerfG zum Klimaschutzgesetz sind schon zahlreiche Beiträge erschienen.<sup>5</sup> Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Raum- und Bauleitplanung sind insbesondere seine Ausführungen zum Klimaschutzgebot nach Art. 20a GG von Relevanz.

Dem BVerfG zufolge verpflichtet Art. 20a GG den Staat zum Klimaschutz<sup>6</sup> und zielt auf die Herstellung von Klimaneutralität.<sup>7</sup> Zwar kommt Art. 20a GG kein unbedingter Vorrang gegenüber anderen Belangen zu, sondern ist im Konfliktfall in einen Ausgleich mit anderen Verfassungsgütern und Verfassungsprinzipien zu bringen.<sup>8</sup> Allerdings nimmt das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zu.<sup>9</sup>

Die Konkretisierung des Klimaschutzgebots in Art. 20a GG ist nicht allein dem Gesetzgeber zu überlassen.<sup>10</sup> Die verfassungsrechtliche Verantwortung, Maßnahmen zum Klimaschutz zu ergreifen oder zu unterlassen, trifft insbesondere die Planungs- und Genehmigungsbehörden und ebenso die Gerichte.

#### 2. BVerfG-Beschluss zu Windenergie-Beteiligungsgesellschaften

Von erheblicher Bedeutung für den Erneuerbaren-Ausbau sind neben den Aussagen des BVerfG im Beschluss zum Klimaschutzgesetz auch seine jüngsten Ausführungen zu den Gemeinwohlzielen des Klimaschutzes aus Art. 20a GG und

\* Dr. Christoph Riese ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner am Berliner Standort von GÖRG im öffentlichen Wirtschaftsrecht, Vergaberecht und Energiewirtschaftsrecht. Nicolas Brennecke, LL.M. (UCT) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei GÖRG in Berlin und promoviert zu einem umweltrechtlichen/verwaltungsprozessualen Thema.

1 Siehe <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw27-de-energie-902620>; <https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/22/1023/51.html> (jeweils zuletzt abgerufen am 21.8.2022).

2 Siehe die Ausführungen unter III. zu den einzelnen Gesetzen.

3 Siehe Riese/Brennecke, UWP 2021, 108 (109); Riese/Schneider, UPR 2021, 445 (445 f.).

4 Siehe Riese/Schneider, Fn. 3, S. 446 f.

5 Siehe u.a. Riese/Brennecke, Fn. 3, S. 110 f.; Riese/Schneider, Fn. 3, S. 446.

6 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, juris Rn. 198; vgl. Beschluss vom 13.3.2007 – 1 BvF 1/05, juris Rn. 110; Urteil vom 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, juris Rn. 47, 73; Beschluss vom 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 1 BvR 2190/17, juris Rn. 100.

7 BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., juris Rn. 198.

8 BVerfG, Fn. 7, juris Rn. 198 m.w.N.

9 BVerfG, Fn. 7, juris Rn. 198.

10 BVerfG, Fn. 7, juris Rn. 206.

der Sicherung der Stromversorgung in seinem Beschluss zu Windenergie-Beteiligungsgesellschaften in Mecklenburg-Vorpommern vom 23.3.2022.<sup>11</sup>

Die im Grunde recht weitgehenden Regelungen des Gesetzes sind aus Sicht des BVerfG gerechtfertigt, weil jede Förderung der Nutzung Erneuerbarer Energien dem legitimen Gemeinwohlziel des Klimaschutzes aus Art. 20a GG dient.<sup>12</sup> Auch der Windenergie-Ausbau leistet einen Beitrag zu dem mit dem Pariser Klimaabkommen in Gang gesetzten globalen Reduktionsprozess.<sup>13</sup> Ferner folgt aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und aus Art. 14 Abs. 1 GG die Pflicht des Staates, Leben und Gesundheit sowie das Eigentum vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen.<sup>14</sup> Demnach kommt dem Ausbau Erneuerbarer Energien für den Klimaschutz und den Schutz von Grundrechten vor den Folgen des Klimawandels eine hohe Bedeutung zu.<sup>15</sup>

Neben dem Klimaschutz hat das BVerfG auch die Sicherung der Stromversorgung als bedeutendes Gemeinwohlziel, dem der Ausbau der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien dient, betont.<sup>16</sup> Dass das BVerfG an zentraler Stelle des Beschlusses an seine bisherige Rechtsprechung zur Stromversorgungssicherheit anknüpft,<sup>17</sup> zeugt von der Bedeutung des Erneuerbaren-Ausbaus auch in dieser Hinsicht. Die Reduktion der Stromgewinnung durch Verbrauch fossiler Energieträger ist für die Sicherung der Stromversorgung erforderlich.<sup>18</sup> Diese Sicherung bei gleichzeitiger Wahrung des verfassungsrechtlichen Klimaschutzziels verlangt einen verstärkten Ausbau Erneuerbarer Energien.<sup>19</sup> Nicht zuletzt der Ukraine-Krieg zeigt, dass eine verstärkte Nutzung der in Deutschland verfügbaren Erneuerbaren Energien der Sicherung der Stromversorgung dient, weil dadurch die Abhängigkeit von Energieimporten reduziert und die Eigenversorgung gestärkt werden kann.<sup>20</sup> Folglich ist dem

Gemeinwohlziel der Sicherung der Stromversorgung umso besser gedient, je mehr Strom aus in Deutschland verfügbaren Erneuerbaren Energien erzeugt wird.<sup>21</sup>

### III. Auswirkungen des Osterpakets auf den Windenergie-Ausbau an Land

Die für den Ausbau der Windenergie an Land maßgeblichen drei Gesetze des sogenannten Osterpakets betreffen Änderungen des Erneuerbare Energien-Gesetzes (EEG)<sup>22</sup> und des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG)<sup>23</sup> und das Windan-Land-Gesetz (WaLG)<sup>24</sup>. Die sonstigen Gesetze des Pakets, die Änderungen des Windenergie-auf-See-Gesetzes (WindSeeG)<sup>25</sup> sowie des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG), Netzausbaubeschleunigungsgesetzes Übertragungsnetz (NABEG) und Bundesbedarfsplangesetzes (BBPlG)<sup>26</sup> beinhalten, betreffen den Ausbau der Windenergie auf See bzw. den Ausbau der Stromnetze und sollen – trotz ihrer Wichtigkeit für den Erfolg der Energiewende – in diesem Beitrag außer Betracht bleiben, da sie in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Ausbau der Erneuerbaren an Land stehen.

#### 1. Überraszendes öffentliches Interesse und öffentliche Sicherheit

Für die Abwägung in der Raum- und Bauleitplanung ist der nun in § 2 S. 1 EEG 2021<sup>27</sup> verankerte Grundsatz maßgeblich, dass die Nutzung Erneuerbarer Energien im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient.

11 BVerfG, Beschluss vom 23.3.2022 – 1 BvR 1187/17, juris; Dr. Christoph Riese und Dr. Marc Schöffner, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und für Medizinrecht und ebenfalls Partner am Berliner Standort von GÖRG im öffentlichen Wirtschaftsrecht, insbesondere im Gesundheitsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht, haben das in diesem Verfahren beigeladene Land Mecklenburg-Vorpommern vertreten.

12 Siehe BVerfG, Fn. 11, juris Rn. 103 f.; vgl. BVerfG, Fn. 7, juris Rn. 197 ff.

13 BVerfG, Fn. 11, juris Rn. 121; vgl. BVerfG, Fn. 7, juris Rn. 201 ff.

14 BVerfG, Fn. 11, juris Rn. 105; vgl. BVerfG, Fn. 7, juris Rn. 143 ff.

15 BVerfG, Fn. 11, juris Rn. 143.

16 BVerfG, Fn. 11, juris Rn. 106.

17 BVerfG, Beschluss vom 16.3.1971 – 1 BvR 52/66 u.a., juris Rn. 82; Beschluss vom 20.3.1984 – 1 BvL 28/82, juris Rn. 37; Urteil vom 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08 u.a., juris Rn. 286 m.w.N.; zu dieser Rechtsprechung siehe Riese/Brennecke, Fn. 4, S. 111.

18 BVerfG, Fn. 11, juris Rn. 107, 123.

19 BVerfG, Fn. 11, juris Rn. 107 m.w.N.

20 BVerfG, Fn. 11, juris Rn. 108, 123.

21 BVerfG, Fn. 11, juris Rn. 149.

22 Art. 1 und 2 des Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im

Stromsektor, BGBl. I S. 1237, wobei gemäß Art. 20 Abs. 2 Nr. 1 dieses Gesetzes Art. 1 bereits am Tag nach der Verkündung, d.h. am 29.7.2022, und gemäß Art. 20 Abs. 1 S. 1 dieses Gesetzes Art. 2 zum 1.1.2023 in Kraft tritt; dieser Beitrag geht nicht näher auf die übrigen Artikel dieses Gesetzes ein.

23 Viertes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, BGBl. I S. 1362, wobei gemäß Art. 3 Abs. 1 dieses Gesetzes das Gesetz größtenteils am Tag nach der Verkündung, d.h. am 29.7.2022, in Kraft tritt; die Änderung des § 26 BNatSchG tritt gemäß Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes erst am 1.2.2023 in Kraft.

24 Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land, BGBl. I S. 1353, wobei gemäß Art. 5 dieses Gesetzes das Gesetz am 1.2.2023 in Kraft tritt; dieser Beitrag geht allein auf die Art. 1 (Windenergieflächenbedarfsgesetz – WindBG) und Art. 2 (Änderung des Baugesetzbuchs – BauGB) ein.

25 Zweites Gesetz zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes und anderer Vorschriften, BGBl. I S. 1325.

26 Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung, BGBl. I S. 1214.

27 Die aus der Gesetzesbegründung übernommene Bezeichnung „2021“ bedeutet, dass diese Vorschrift bereits am Tag nach der Verkündung in Kraft tritt.

Die Gesetzesbegründung<sup>28</sup> verweist im Hinblick auf das überragende öffentliche Interesse auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus dem Jahre 2016, der zufolge „die Förderung erneuerbarer Energiequellen [...] im Hinblick darauf gerechtfertigt [ist], dass die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung beiträgt und zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung beitragen [...] kann“<sup>29</sup>. Im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit betont die Gesetzesbegründung den Aspekt der Energieversorgungssicherheit, weil ohne den Zubau der Erneuerbaren die Versorgung mit Strom nicht dauerhaft gesichert werden kann.<sup>30</sup> Ferner bezieht sich die Gesetzesbegründung<sup>31</sup> auf eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1984, der zufolge Energieerzeugnisse wegen ihrer außerordentlichen Bedeutung als Energiequelle in der modernen Wirtschaft wesentlich sind für die Existenz eines Staates.<sup>32</sup> Eine Versorgungsunterbrechung und die sich daraus für die Existenz eines Staates ergebenden Gefahren können seine öffentliche Sicherheit schwer beeinträchtigen.<sup>33</sup> Diese Erwägungen sind auf die Stromversorgung insgesamt übertragbar.<sup>34</sup>

Die Erneuerbaren Energien müssen nach § 2 S. 2 2021 EEG bis zum Erreichen der Treibhausgasneutralität als vorrangiger Belang in die Schutzgüterabwägung eingebracht werden.<sup>35</sup> Von hoher Relevanz für die Raum- und Bauleitplanung sind die folgenden Ausführungen der Gesetzesbegründung:

*„Konkret sollen die erneuerbaren Energien [...] im Rahmen von Abwägungsentscheidungen u.a. gegenüber seismologischen Stationen, Radaranlagen, Wasserschutzgebieten, dem Landschaftsbild, Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionsschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßenrecht nur in Ausnahmefällen überwunden werden. Besonders im planungsrechtlichen Außenbereich, wenn keine Ausschlussplanung erfolgt ist, muss dem Vorrang der erneuerbaren*

*Energien bei der Schutzgüterabwägung [...] Rechnung getragen werden. Öffentliche Interessen können in diesem Fall den erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des Klimaschutzgebotes nur dann entgegenstehen, wenn sie mit einem dem Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang gesetzlich verankert bzw. gesetzlich geschützt sind oder einen gleichwertigen Rang besitzen. Im planungsrechtlichen Außenbereich mit Ausschlussplanung ist regelmäßig bereits eine Abwägung zugunsten der erneuerbaren Energien erfolgt.“<sup>36</sup>*

Das EEG 2023 enthält darüber hinaus eine Vielzahl von weiteren Regelungen, die dem Ausbau der Erneuerbaren Energien dienen. Im Rahmen dieses Beitrages wird auf eine detaillierte Darstellung verzichtet, da diese Regelungen nicht unmittelbar mit dem hier relevanten Thema im Zusammenhang stehen.

## 2. Einbeziehung von Landschaftsschutzgebieten

Die Änderung des BNatSchG soll durch eine Ergänzung des § 26 BNatSchG sicherstellen, dass auch Landschaftsschutzgebiete in angemessenem Umfang in die Suche nach Flächen für den Windenergieausbau einbezogen werden können.<sup>37</sup>

Dem neu eingefügten § 26 Abs. 3 BNatSchG zufolge sollen Landschaftsschutzgebiete bei der Planung vollumfänglich als Gebiete für Windenergie ausgewiesen werden können.<sup>38</sup> Die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen sollen innerhalb von Landschaftsschutzgebieten zugelassen werden können, wenn sich der betreffende Standort in einem ausgewiesenen Windenergiegebiet befindet.<sup>39</sup> Dies gilt auch bei entgegenstehenden Bestimmungen der Erklärung zur Unterschutzstellung nach § 22 BNatSchG.<sup>40</sup> Eine zusätzliche Ausnahme nach der Landschaftsschutzgebietsverordnung oder eine Befreiung nach § 67 BNatSchG ist nicht erforderlich.<sup>41</sup> Solange ein Land bzw. ein Planungsträger die Flächenausweisungsziele nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG) nicht erreicht, sollen Windenergieanlagen innerhalb von Landschaftsschutzgebieten auch außerhalb von planerisch für die Windenergie ausgewiesenen Gebieten zugelassen werden können.<sup>42</sup>

Die grundsätzliche Zulässigkeit von Windenergievorhaben in Landschaftsschutzgebieten durch den neu eingefügten § 26 Abs. 3 BNatSchG ist zu begrüßen. Die bisherige Rechtslage wurde im Schrifttum deutlich kritisiert. So wurden in der Vergangenheit in vielen Regionalplänen Landschaftsschutzgebiete als ungeeignet für eine Windenergienutzung eingestuft und damit weiche Tabukriterien wie harte behandelt, obwohl sich auch solche Gebiete im Grundsatz für die Ausweisung von Konzentrationsflächen eignen.<sup>43</sup> Bei der Ausweisung solcher Schutzgebiete wurde die Privilegierung von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht hinreichend in die Entscheidung über die Aus-

28 BT-Drucks. 20/1630, S. 159; am ursprünglichen Entwurf des § 2 hat sich auch durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie nichts geändert, siehe BT-Drucks. 20/2580 (neu), S. 16 ff.

29 EuGH, Urteil vom 4.5.2016 – Rs. C-346/14, juris Rn. 73.

30 BT-Drucks. 20/1630, S. 159.

31 BT-Drucks. 20/1630, S. 159.

32 Vgl. EuGH, Urteil vom 10.7.1984 – 72/83, juris Rn. 34.

33 Vgl. EuGH, Fn. 32, juris Rn. 34<sup>7</sup>.

34 BT-Drucks. 20/1630, S. 159.

35 BT-Drucks. 20/1630, S. 159.

36 BT-Drucks. 20/1630, S. 159.

37 BT-Drucks. 20/2354, S. 2, 17.

38 BT-Drucks. 20/2354, S. 24.

39 BT-Drucks. 20/2354, S. 24.

40 BT-Drucks. 20/2354, S. 24.

41 BT-Drucks. 20/2354, S. 24.

42 BT-Drucks. 20/2354, S. 24.

43 *El Bureiasl*, NVwZ 2015, 1509 (1510) m.w.N.

gestaltung der Schutzregelungen eingestellt.<sup>44</sup> Insofern war bislang die großräumige Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten für den Windenergieausbau zu häufig ein Hindernis.<sup>45</sup> Dies wird sich aufgrund der Gesetzesänderung zumindest mittelfristig ändern.

### 3. Bundeseinheitliche Standards für den Artenschutz

Zwecks Vereinfachung und Beschleunigung von Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen an Land sieht die BNatSchG-Novelle zudem bundeseinheitliche Standards für die durchzuführende artenschutzrechtliche Prüfung vor und nimmt dabei vor allem die Signifikanzprüfung nach § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG und die Möglichkeit der Ausnahmeerteilung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG (neuer § 45b BNatSchG) in den Blick.<sup>46</sup> § 45c BNatSchG sieht zusätzliche artenschutzbezogene Erleichterungen für den Fall des Re-powerings von Windenergieanlagen an Land vor<sup>47</sup> und überführt die Bestimmungen des bisherigen § 16b Abs. 4 BImSchG hinsichtlich Windenergieanlagen an Land in das BNatSchG.<sup>48</sup> Aufgrund des raum- und bauleitplanungsrechtlichen Schwerpunkts geht dieser Beitrag – trotz ihrer hohen Relevanz für die Beschleunigung des Erneuerbaren-Ausbaus – nicht näher auf diese artenschutzrechtlichen Gesetzesänderungen ein.

Im Hinblick auf den in § 2 S. 1 EEG 2021 normierten Begriff der öffentlichen Sicherheit ist insbesondere bei Konflikten mit artenschutzrechtlichen Belangen auf die nicht in der Gesetzesbegründung erwähnte weite Auslegung dieses Begriffs im Sinne von § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG und Art. 9 Abs. 1 lit. a der Vogelschutz-Richtlinie im unionsrechtlichen Kontext hinzuweisen, der auch Infrastrukturvorhaben, für die zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses streiten, umfasst, weil ihre Realisierung der Vermeidung einer schweren Gefährdung dient.<sup>49</sup> Bisher hatte der Belang des Klimaschutzes in der planerischen Abwägung des Raumordnungsrechts keinen Vorrang und es galt lediglich ein Berücksichtigungsgebot.<sup>50</sup> Der nunmehr eingefügte Grundsatz in § 2 S. 1 EEG 2021 und die jüngste Rechtsprechung zur Bedeutung des Art. 20a GG dürften von nun an dazu führen, dass im Hinblick auf den Klimaschutz ein Optimierungsgebot<sup>51</sup> gilt. Im Rahmen der Abwägung im Einzelfall dürften andere öffentliche Interessen dem den Klimaschutz bezweckenden Ausbau der Erneuerbaren Energien nur noch in Ausnahmefällen entgegenstehen.

### 4. Wind-an-Land-Gesetz

Im aktuellen Gesetzespaket zum Erneuerbaren-Ausbau kommt dem WaLG entscheidende Bedeutung für die Raum- und Bauleitplanung zu. Es beinhaltet im Wesentlichen das

Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG) und Änderungen des Baugesetzbuchs (BauGB). Die geringfügigen Änderungen des Raumordnungsgesetzes (ROG) und EEG können in diesem Beitrag außer Betracht bleiben.

#### a. Bisherige Rechtslage: Tabuzonenkonzept des BVerwG

Die Planung von Windenergievorhaben in Regional- wie Flächennutzungsplänen<sup>52</sup> ist bislang maßgeblich durch das Planungskonzept des BVerwG<sup>53</sup> zu harten und weichen Tabuzonen geprägt. Nach Ansicht des BVerwG sind in einem ersten Arbeitsschritt diejenigen Bereiche als „Tabuzonen“ zu ermitteln, die für die Nutzung der Windenergie ausscheiden.<sup>54</sup> Hierbei ist zwingend zwischen harten und weichen Tabuzonen zu unterscheiden.<sup>55</sup> Bei den harten Tabuzonen handelt es sich um Flächen, die für die Windenergienutzung „schlechthin“ ungeeignet sind.<sup>56</sup> Mit den weichen Tabuzonen sind Flächen gemeint, in denen nach dem Willen der Gemeinde die Errichtung von Windenergieanlagen „von vornherein“ ausgeschlossen werden „soll“.<sup>57</sup> Die weichen Tabuzonen sind – anders als die harten Tabuzonen – einer Berücksichtigung im Wege der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zugänglich.<sup>58</sup> Ferner muss der Plangeber die weichen Tabuzonen einer erneuten Betrachtung unterziehen, wenn er erkennt, dass er für die Windenergienutzung nicht substanzial Raum schafft; demnach sind sie disponibel.<sup>59</sup>

44 Agatz, ZUR 2020, 584 (590 f.).

45 Vgl. Agatz, Fn. 44, S. 590.

46 BT-Drucks. 20/2354, S. 1, 17.

47 BT-Drucks. 20/2354, S. 1 f., 17.

48 BT-Drucks. 20/2354, S. 29.

49 Zu dieser weiten Auslegung vgl. u.a. VG Wiesbaden, Urteil vom 24.7.2020 – 4 K 2962/16.WI, juris Rn. 116; BVerwG, Urteil vom 16.3.2006 – 4 A 1073/04, juris Rn. 573; VGH München, Urteil vom 19.2.2014 – 8 A 11.40040 u.a., juris Rn. 849; OVG Münster, Urteil vom 29.3.2017 – 11 D 70/09.AK, juris Rn. 949; zu dieser Rechtsprechungslinie siehe *Riese/Brennecke*, Fn. 3, S. 114.

50 *Sauthoff*, ZUR 2021, 140 (146 f.).

51 Zu einem solchen Gebot siehe *Sauthoff*, Fn. 50, S. 146 f. *Schulze-Fleitz*, in: *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20a Rn. 80 m.w.N.

52 *Bovet/Kindler*, DVBl 2013, 488 (490).

53 BVerwG, Beschluss vom 15.9.2009 – 4 BN 25/09, juris; insbesondere der folgenden Entscheidung ist eine Art Arbeitsanleitung für die Aufstellung von Plänen zu entnehmen: BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris Rn. 10 ff.

54 BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1/11, juris Rn. 10.

55 BVerwG, Fn. 54, juris Rn. 10; vgl. Beschluss vom 15.9.2009 – 4 BN 25.09, juris Rn. 8.

56 BVerwG, Fn. 54, juris Rn. 10; vgl. Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, juris Rn. 17.

57 BVerwG, Fn. 54, juris Rn. 10; vgl. Urteil vom 21.10.2004 – 4 C 2/04, juris Rn. 15.

58 BVerwG, Fn. 54, juris Rn. 12.

59 BVerwG, Fn. 54, juris Rn. 12; vgl. Urteil vom 24.1.2008 – 4 CN 2/07, juris Rn. 15.

In einem zweiten Arbeitsschritt sind die Potenzialflächen, die nach Ausscheiden der harten und weichen Tabuzonen übrig bleiben, zu den konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d.h. die gegen die Ausweisung einer Fläche als Konzentrationszone sprechenden öffentlichen Belange sind mit den für die Windenergie sprechenden Belangen abzuwägen, wobei der Privilegierung der Windenergienutzung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB Rechnung zu tragen ist.<sup>60</sup> Im Rahmen eines dritten Arbeitsschritts muss der Plangeber überprüfen, ob er mit der Ausweisung der nun feststehenden Konzentrationsflächen der Windenergie substanziell Raum verschafft.<sup>61</sup>

### b. Kritik am Tabuzonenkonzept

Die Gesetzesbegründung zum WindBG benennt explizit die Defizite des Tabuzonenkonzepts, dem zufolge die Planungsträger bestimmen können, auf welchen Flächen Windenergieanlagen in der Regel ausgeschlossen sind.<sup>62</sup> Kritikwürdig an dieser Steuerungsmöglichkeit sei insbesondere, dass sie nicht an die energiewirtschaftlichen Bedarfe geknüpft und somit keine bedarfsgerechte Flächenausweisung sicherstellt sei.<sup>63</sup> Für die von der Rechtsprechung aufgestellte Bedingung, dass der Windenergie „substanziell Raum verschafft wird“, bestünden bisher keine klaren gesetzlichen Mengenvorgaben.<sup>64</sup> Dies habe eine hohe Komplexität der Planung und gerichtlichen Kontrolle verursacht und zu

Rechtsunsicherheit geführt.<sup>65</sup> Insofern schließe die Gesetzesänderung eine Lücke, Sorge für mehr Rechtssicherheit, beschleunige die Planungen und entlaste die gerichtliche Kontrolle.<sup>66</sup>

Die Gesetzesbegründung knüpft an die – berechtigte – Kritik großer Teile des Schrifttums an, die das Tabuzonenkonzept des BVerwG seit einigen Jahren aus planungsfachlicher wie planungsrechtlicher Sicht mit zunehmender Vehemenz ablehnen.<sup>67</sup> Unter Hinweis auf die Kritik hat auch das OVG Münster explizit an der Tauglichkeit und praktischen Umsetzbarkeit des Konzepts gezweifelt, es jedoch aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit übernommen.<sup>68</sup>

Die Planungspraxis ist durch das Tabuzonenkonzept offensichtlich und verständlicherweise überfordert.<sup>69</sup> Das Tabuzonenkonzept führt zu einer „erheblichen Rechtsunsicherheit“ und einem Planungsaufwand, der die Planungsverbände und Planungsbehörden überfordert.<sup>70</sup> Die Unterscheidung zwischen harten und weichen Tabuzonen ist ohnehin nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich.<sup>71</sup> Es verwundert vor diesem Hintergrund nicht, dass viele, im Ergebnis wohl viel zu viele Regionalpläne und auch Flächennutzungspläne „fehlerhaft“ und rechtswidrig sind, da sie den Anforderungen der Rechtsprechung nicht genügen. Es dient nicht der Regionalplanung im Allgemeinen und ganz sicher nicht der Förderung der Erneuerbaren Energien, wenn eine erhebliche Zahl von Regionalplänen unwirksam ist und eine Fortschreibung wegen der hohen rechtlichen Hürden erfolglos ist oder sich erheblich verzögert. Die Planungsdauer ist ohnehin eine Zumutung und stellt ein erhebliches Hemmnis für den Ausbau der Erneuerbaren Energien dar. Es ist höchste Zeit zu überlegen, ob es nicht die hohen Anforderungen sind, die unnötigerweise zur mutmaßlichen Fehlerhaftigkeit der Pläne führen.<sup>72</sup>

### c. Angemessene Planung

Aufgrund der Überleitungsvorschrift des § 245e Abs. 1 BauGB dürfte das Tabuzonenkonzept auch in den nächsten Jahren von Relevanz bleiben. Jedoch erlaubt die Festlegung von Tabuzonen den Genehmigungsbehörden nicht die detaillierte Prüfung, ob im Einzelfall nicht doch ein Windpark oder einzelne Windenergieanlagen zulässig sind, ohne gegen vermeintlich harte oder weiche Tabukriterien zu verstoßen. Die Tabukriterien reduzieren von vornherein das für die Erneuerbaren Energien in Betracht kommende Gebiet, ohne dass aber im Rahmen der Regionalplanung eine Prüfung mit einer solchen Detailtiefe durchgeführt wird, dass dies tatsächlich festgestellt werden kann. Es sind die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen, in denen im Einzelfall und ausgesprochen ausführlich geprüft wird, welche Belange zu berücksichtigen und welche Konflikte zu lösen sind. Im immissionsschutzrechtlichen Verfahren wird in einem sehr detaillierten und konkretisierten Maßstab die Zulässigkeit eines Vorhabens geprüft. Mit der Festsetzung der Tabukriterien werden Flä-

60 BVerwG, Fn. 54, juris Rn. 10 m.w.N.

61 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 15.9.2009 – 4 BN 25.09, juris Rn. 8; Marquard, ZUR 2020, 598 (603).

62 BT-Drucks. 20/2355, S. 24.

63 BT-Drucks. 20/2355, S. 24.

64 BT-Drucks. 20/2355, S. 24.

65 BT-Drucks. 20/2355, S. 24.

66 BT-Drucks. 20/2355, S. 24.

67 Kritisch zum Tabuzonenkonzept u.a. Kindler/Lau, NVwZ 2011, 1414 (1415 ff.); Lau, LKV 2012, 163 (164 ff.); Bovet/Kindler, Fn. 53, S. 490 ff.; Tyczewski, BauR 2014, 934 ff.; Hendler/Kerkmann, DVBl 2014, 1369 ff.; Erbguth, DVBl 2015, 1346 ff.; Schink, UPR 2016, 366 ff.; Wagner, VerwArch 2020, 220 ff., der den Ausschluss harter Tabuzonen aus dem Abwägungsvorgang gar als „Kardinalfehler“ bezeichnet; Riese/Schneider, Fn. 3, S. 447.

68 OVG Münster, Urteil vom 22.9.2015 – 10 D 82/13.NE, juris Rn. 43.

69 Vgl. Wagner, Klimaschutz durch Raumordnung, 2018, S. 633.

70 Hendler/Kerkmann, Fn. 67, S. 1369; zustimmend Wagner, Fn. 69, S. 633; vgl. Bovet/Kindler, Fn. 52, S. 492; Erbguth, Fn. 67, S. 1346; Schink, Fn. 67, S. 376; Wagner, Fn. 67, S. 247 f., der diese Schwierigkeiten als „Resultat eines untauglichen richterlichen Versuchs, normative Strukturen zusammenzupressen, die nicht zusammengehören“, ansieht.

71 Marquard, Fn. 61, S. 604; vgl. Wagner, Fn. 67, S. 221; Hendler/Kerkmann, Fn. 67, S. 1370 f.; Schmidt-Eichstaedt, ZfBR 2019, 434 (439); Bovet/Kindler, Fn. 52, S. 492; Stüer, DVBl 2013, 509 (510).

72 Wagner, Fn. 69, S. 634; vgl. Wagner, Fn. 67, S. 221; Riese/Schneider, Fn. 3, S. 447; Hendler/Kerkmann, Fn. 67, S. 1370 m.w.N. zur Rechtsprechung.

chen aus dieser Prüfung herausgenommen, ohne dass man sicher sein kann, dass diese Flächen tatsächlich nicht geeignet sind.

Würde man an der bisherigen Handhabung der Tabukriterien festhalten, würde man ein wesentliches Problem bei der Regionalplanung beibehalten. Geeignete Flächen stehen nicht bestmöglich und unter Beachtung der übrigen Belange für eine Nutzung durch Erneuerbare Energien zur Verfügung. Auch sollten die Planungsträger sich stets vor Augen halten, dass es zwar ihre Aufgabe ist, ein gesamtträumliches Konzept zu entwickeln. Dieses gesamtträumliche Konzept muss aber den Anforderungen an eine Regionalplanung entsprechen. Es hieße, über das Ziel hinauszuschießen, würde man im Rahmen der Regionalplanung eine detaillierte flächengenaue Vorgabe machen, an welchen Stellen Windenergieanlagen in Zukunft zulässig sein sollen oder nicht. Die bisherige Praxis ist bedauerlicherweise so. Sie schränkt die Flexibilität ohne sachlichen Grund ein. Die Flächenziele, auf die im Weiteren noch einzugehen sein wird, werden nicht erreicht werden können, wenn man an dieser Praxis festhält. Die Ausweisung von Flächen für Windenergie in einem Vorranggebiet bedeutet nicht, dass an diesen Stellen tatsächlich Windenergieanlagen errichtet werden können. Ob dies möglich ist und in welchem Umfang, zeigt das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren. Daher ist es fatal, wenn von vornherein Flächen ausgeschlossen werden, bei denen auf Planungsebene überhaupt nicht gesagt werden kann, ob Windenergieanlagen zulässig sind oder nicht. Viel zu schnell schwenken die Planungsträger auf eine Worst-Case-Betrachtung ein, wonach Flächen nicht als Vorranggebiete ausgewiesen werden, weil es möglicherweise, aber nicht unbedingt, Konflikte mit anderen Belangen gibt. Das ist der falsche Weg.

#### d. Festlegung verbindlicher Flächenziele im Windenergieflächenbedarfsgesetz

Das WindBG regelt nunmehr detailliert das Ziel, 2 % der Fläche der Bundesrepublik Deutschland für die Erneuerbaren Energien zur Verfügung zu stellen. Klar ist bei allen Bemühungen, dass dieses Ziel nur erreicht werden kann, wenn die Planungsdauer deutlich gekürzt wird und die Planung realistisch ist. Dies wiederum ist nur dann der Fall, wenn die ausgewiesenen Vorrangflächen tatsächlich für die Nutzung durch Erneuerbare Energien geeignet sind. Das zuvor bereits beschriebene Problem, dass die übertriebene Ausweisung von harten und weichen Tabuzonen den Zielen des Gesetzes entgegenstehen kann, gilt selbstverständlich auch hier.

Zu den Inhalten des WindBG im Einzelnen:

Das WindBG gibt den Bundesländern ein Gesamtziel für Ende des Jahres 2032 vor und legt für Ende des Jahres 2027 ein Zwischenziel fest, um eine den Ausbaumengen des EEG 2023 entsprechende Flächenausweisung sicherzustellen.<sup>73</sup>

Die Gesetzesbegründung identifiziert – richtigerweise<sup>74</sup> – den Mangel an verfügbarer Fläche als eines der wesentlichen Hemmnisse für den Windenergie-Ausbau an Land und daher gibt § 1 Abs. 2 WindBG den Bundesländern mit den sogenannten Flächenbeitragswerten verbindliche Flächenziele vor.<sup>75</sup> Anlage 1 WindBG sieht zeitlich gestaffelte, länderspezifische Flächenbeitragswerte für die Windenergieflächen vor, die in den Bundesländern gemäß § 3 Abs. 1 WindBG ausgewiesen werden müssen.<sup>76</sup> Die Flächenzielvorgaben leiten sich zeitlich wie inhaltlich aus den Ausbauzielen des EEG 2023 ab.<sup>77</sup> Das WindBG verankert ein Flächenziel von insgesamt 2 % der Bundesfläche bei einer gleichzeitigen Festlegung länderspezifischer Flächenbeitragswerte, um diese Ausbauziele zu erreichen.<sup>78</sup>

§ 3 Abs. 1 WindBG normiert in Verbindung mit Anlage 1 verbindliche Flächenbeitragswerte für die Windenergie an Land.<sup>79</sup> Für den Fall, dass die Flächenbeitragswerte ab den in § 3 Abs. 1 S. 2 WindBG genannten Stichtagen nicht eingehalten werden, ist die Rechtsfolge in § 249 Abs. 7 BauGB geregelt.<sup>80</sup> Im gesamten von der Zielverfehlung betroffenen Planungsraum sind Windenergieanlagen privilegiert und Mindestabstandsregelungen nicht anwendbar.<sup>81</sup> Gemäß § 3 Abs. 2 WindBG können sich die Länder unterschiedlicher Optionen zur Erfüllung der Pflicht nach § 3 Abs. 1 WindBG bedienen.<sup>82</sup> Die Norm ermöglicht eine eigene Ausweisung der erforderlichen Flächen (S. 1 Nr. 1) oder die Sicherstellung einer Ausweisung durch andere Planungsträger (S. 1 Nr. 2).<sup>83</sup>

§ 4 Abs. 1 S. 1 WindBG bestimmt, dass alle in ausgewiesenen Windenergiegebieten<sup>84</sup> liegenden Flächen auf die Flächenbeitragswerte angerechnet werden.<sup>85</sup> Gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 WindBG setzt die Anrechnung grundsätzlich die Wirksamkeit der jeweiligen planerischen Ausweisung voraus.<sup>86</sup>

73 BT-Drucks. 20/2355, S. 17.

74 Die Gesetzesbegründung weist auf den Umstand hin, dass aktuell nur etwa 0,8 % der Bundesfläche für die Windenergie an Land ausgewiesen und nur 0,5 % tatsächlich hierfür verfügbar seien. Insofern müsse die ausgewiesene Fläche in den nächsten Jahren mehr als verdoppelt werden, um eine Leistung von rund 165 GW Windenergie an Land zu installieren.

75 Siehe BT-Drucks. 20/2355, S. 1 f., 17, 23.

76 BT-Drucks. 20/2355, S. 29.

77 BT-Drucks. 20/2355, S. 29.

78 BT-Drucks. 20/2355, S. 29 f.; Anlage 2 WindBG normiert zusammen mit § 4 Abs. 3 S. 5 WindBG ein Umrechnungsverfahren für Rotor-innenhalb-Flächen, für die keine GIS-Daten vorliegen.

79 BT-Drucks. 20/2355, S. 25.

80 BT-Drucks. 20/2355, S. 25.

81 BT-Drucks. 20/2355, S. 25.

82 BT-Drucks. 20/2355, S. 25.

83 BT-Drucks. 20/2355, S. 25.

84 Dieser Begriff ist in § 2 Nr. 1 WindBG definiert.

85 BT-Drucks. 20/2355, S. 26.

86 BT-Drucks. 20/2355, S. 26.

Ausnahmen sind in § 4 Abs. 2 S. 2 und 3 WindBG vorgesehen.<sup>87</sup> Während nach § 4 Abs. 3 S. 1 WindBG Flächenausweisungen grundsätzlich im vollen Umfang auf die Flächenbeitragswerte angerechnet werden, sehen die folgenden Sätze eine besondere Anrechnungsregelung für Rotor-innerhalb-Flächen im Sinne des § 2 Nr. 2 WindBG vor.<sup>88</sup>

§ 5 Abs. 1 WindBG normiert die Prüfung, Feststellung und Publizität des Erreichens der Flächenbeitragswerte bzw. der aus diesen abgeleiteten regionalen oder kommunalen Teilflächenziele nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 oder S. 2 WindBG.<sup>89</sup> Die Rechtsfolge des § 249 Abs. 2 BauGB knüpft an diese Regelung an.<sup>90</sup> Die Prüfung und Feststellung erfolgt im jeweils maßgeblichen Planungsverfahren und der Planungsträger ist an die Flächenbeitragswerte bzw. die abgeleiteten Teilflächenziele gebunden.<sup>91</sup> Die Feststellung, dass der jeweilige Plan die maßgeblichen Flächenbeitragswerte bzw. Teilflächenziele einhält, ist ein unselbstständiger Teil der Planung und nicht isoliert gerichtlich angreifbar.<sup>92</sup>

#### e. Integration der Flächenziele im Baugesetzbuch

Die Integration der gesetzlichen Mengenvorgaben für die Flächenausweisung in das Planungsrecht nach dem BauGB verfolgt das Ziel, die Planung zu vereinfachen.<sup>93</sup> Sobald das Erreichen eines Flächenziels nach § 5 Abs. 1 oder Abs. 2 WindBG festgestellt wird, entfällt gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BauGB die Privilegierung außerhalb der ausgewiesenen Flächen.<sup>94</sup> Demnach kann die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen nur noch im Falle der Zielerreichung auf bestimmte Bereiche beschränkt werden. Werden die Ziele hingegen verfehlt, sind Windenergieanlagen im gesam-

ten Planungsraum als privilegierte Vorhaben im Außenbereich genehmigungsfähig.<sup>95</sup>

Die bisherige Privilegierung für Windenergie-Vorhaben im planungsrechtlichen Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB soll durch die Sonderregelungen in § 249 BauGB eine besondere Ausgestaltung erhalten und vor allem an die neuen Zielvorgaben im WindBG geknüpft werden.<sup>96</sup>

Gemäß § 249 Abs. 1 BauGB soll § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für Windenergie-Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht mehr anwendbar sein.<sup>97</sup> § 245e Abs. 1 BauGB dient als Überleitungsvorschrift zu dieser Sonderregelung und regelt, dass die aufgrund von Bestandsplanungen bei Inkrafttreten dieses Gesetzes schon vorhandenen Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB übergangsweise weiter Anwendung finden. Die Fortgeltung dieser Wirkungen soll mit der erstmaligen Feststellung der Erreichung eines Flächenbeitragswerts oder Teilflächenziels entfallen.<sup>98</sup> Spätestens soll die Fortgeltung mit Ablauf des 31.12.2027 enden.<sup>99</sup> § 245e Abs. 2 BauGB enthält eine Sonderregelung für die Zurückstellung von Baugesuchen nach § 15 Abs. 3 BauGB.<sup>100</sup> Die Überleitungsvorschrift zum Repowering von Windenergieanlagen in § 245e Abs. 3 BauGB besagt, dass die ggf. bis Ende 2027 fortbestehende Ausschlusswirkung gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Repowering-Vorhaben grundsätzlich nicht entgegengehalten werden kann, sofern dadurch die Grundzüge der Planung nicht berührt werden.<sup>101</sup>

§ 249 Abs. 2 BauGB regelt, dass für den Fortbestand der gesetzlichen Privilegierung außerhalb der anrechenbaren Windenergiegebiete kein Bedürfnis mehr besteht, wenn die Flächenbeitragswerte bzw. die Teilflächenziele erreicht oder überschritten werden.

Die Ausnahme von § 249 Abs. 2 BauGB in § 249 Abs. 3 bewirkt, dass trotz des Erreichens der Flächenbeitragswerte ein Repowering von Bestandsanlagen auch außerhalb ausgewiesener Flächen bis zum Ablauf des Jahres 2030 weiter möglich bleibt.<sup>102</sup>

Das WindBG stellt es den Bundesländern frei zu bestimmen, auf welcher Planungsebene die Flächenausweisungen für die Windenergie erfolgen soll.<sup>103</sup> Gemäß § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB ist der zuständige Planungsträger bei der Ausweisung von Windenergiegebieten an entgegenstehende Ziele der Raumordnung oder entgegenstehende Darstellungen in Flächennutzungsplänen nicht gebunden, soweit dies erforderlich ist, um den Flächenbeitragswert oder ein abgeleitetes Teilflächenziel zu erreichen. Sind Windenergiegebiete ausgewiesen worden, entfallen gemäß § 249 Abs. 5 S. 2 BauGB innerhalb dieser Gebiete die entsprechenden Bindungen auch im Zulassungsverfahren.

§ 249 Abs. 7 S. 1 BauGB betrifft den Fall, dass nach Ablauf eines Stichtags gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 WindBG in einem Gebiet die nach diesem Stichtag verbindlichen Flächenziele des WindBG weder in Gestalt des Flächenbeitragswerts noch in Gestalt des Teilflächenziels eingehalten werden.<sup>104</sup> In dem jeweiligen Gebiet entfällt dann gemäß § 249 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BauGB die Rechtsfolge des § 249 Abs. 2, sofern sie

87 BT-Drucks. 20/2355, S. 27.

88 BT-Drucks. 20/2355, S. 27.

89 BT-Drucks. 20/2355, S. 28.

90 BT-Drucks. 20/2355, S. 28.

91 BT-Drucks. 20/2355, S. 28.

92 BT-Drucks. 20/2355, S. 28; § 5 Abs. 2 WindBG sieht eine Sonderregelung für existierende Pläne vor, die bereits den Flächenbeitragswerten oder den Teilflächenzielen entsprechen; § 5 Abs. 3 WindBG regelt die Feststellung und Publizität der Erfüllung der Pflicht nach § 3 Abs. 3 WindBG.

93 BT-Drucks. 20/2355, S. 17.

94 BT-Drucks. 20/2355, S. 18.

95 BT-Drucks. 20/2355, S. 18.

96 BT-Drucks. 20/2355, S. 30.

97 BT-Drucks. 20/2355, S. 31.

98 BT-Drucks. 20/2355, S. 31.

99 BT-Drucks. 20/2355, S. 31.

100 BT-Drucks. 20/2355, S. 31.

101 BT-Drucks. 20/2355, S. 31.

102 BT-Drucks. 20/2654, S. 6.

103 BT-Drucks. 20/2355, S. 34.

104 BT-Drucks. 20/2355, S. 34.



vor diesem Zeitpunkt bereits eingetreten war.<sup>105</sup> Gemäß § 249 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BauGB können auch sonstige Maßnahmen der Landesplanung den genannten Vorhaben nicht entgegeng gehalten werden.<sup>106</sup>

Es ist sehr fraglich, ob das für die Raum- und Flächennutzungsplanung entscheidende WaLG auch zu einer kurzfristigen Beschleunigung führt, da die neuen Regelungen wohl erst in einigen Jahren ihre Wirkung entfalten werden. So gelten gemäß § 245e Abs. 1 BauGB die aktuellen Regional- und Flächennutzungspläne, die sich nach dem den § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB konkretisierenden Tabuzonenkonzept richten, – nach § 245e Abs. 3 BauGB lediglich abgesehen von Repowering-Vorhaben – bis zur Feststellung der Zielerreichung Ende 2027 fort. Die größten – durch das Gesetzespaket nicht beseitigten – Herausforderungen für Projektentwickler sind darin begründet, dass die Ausweisung von Windenergiegebieten wohl erst in einigen Jahren erfolgt, die Erreichung der Zielvorgaben erst festgestellt werden muss – womöglich, ohne dass die tatsächliche Nutzbarkeit der ausgewiesenen Flächen sichergestellt ist – und zudem vor allem in den Jahren 2028 bzw. 2033<sup>107</sup> Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich des Erreichens oder Verfehlens der Zielvorgaben zu befürchten sind. Schon jetzt ist angesichts langer Projektentwicklungsprozesse absehbar, dass bis zur Ausweisung neuer Flächen viele Unternehmen ihre knappen Planungsressourcen nicht in ungewisse zukünftige Planungen investieren.<sup>108</sup>

#### f. Neukonzipierung der Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 9 BauGB

Im Falle des Verfehlens der jeweiligen Flächenbeitragswerte werden gegebenenfalls bestehende landesgesetzliche Mindestabstandsvorgaben unanwendbar und auch Festlegungen in Raumordnungsplänen oder Darstellungen in Flächennutzungsplänen können Windenergieanlagen nicht mehr entgegeng gehalten werden.<sup>109</sup>

Die diesbezüglich maßgebliche Vorschrift ist der neue § 249 Abs. 9 BauGB. Diese Norm entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 249 Abs. 3 BauGB und enthält eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Landesgesetzen, die einen Mindestabstand für Windenergieanlagen zu im Landesgesetz näher bezeichneten Nutzungen zu Wohnzwecken vorsieht.<sup>110</sup> Damit sich diese Länderöffnungsklausel in die Systematik des neuen § 249 BauGB einfügt, muss neu erlassenes Landesrecht jedoch vorsehen, dass die Mindestabstände auf Flächen in Windenergiegebieten keine Anwendung finden.<sup>111</sup>

### IV. Maßnahmen zur kurzfristigen Beschleunigung des Windenergie-Ausbaus

Zur weiteren Verbesserung der Voraussetzungen für den beschleunigten Ausbau der Windenergie sind folgende Maßnahmen zu erwägen:

#### 1. Fortfall der Ausschlusswirkung

Um eine kurzfristige Beschleunigung des Windenergie-Ausbaus zu erreichen, sollte der Gesetzgeber die Ausschlusswirkung mit sofortiger Wirkung entfallen lassen, wenn nicht mindestens 2 % Windenergiefläche im jeweiligen Plangebiet ausgewiesen wurde.<sup>112</sup> Dieser Fortfall muss dauerhaft gelten, wenn mit einem Projekt begonnen worden ist. Andernfalls droht zulasten der Planungssicherheit, dass ein Projekt von den Planungen der Vorranggebiete „überholt“ wird. Ferner sollte die Außenbereichsprivilegierung erst dann wegfallen, wenn sichergestellt ist, dass die Flächen tatsächlich nutzbar sind.<sup>113</sup>

#### 2. Umstellung von Ausschluss- auf Positivplanung

Die Tabuzonensystematik muss modifiziert werden. Dies ist die Aufgabe der Gerichte und gegebenenfalls des Gesetzgebers. Es widerspricht den angeführten jüngsten Aussagen des BVerfG zum Klimaschutzgebot, harte Tabuzonen als „schlechthin ungeeignet“ für Windenergie zu qualifizieren.<sup>114</sup> Selbst hinsichtlich weicher Tabuzonen wäre es verfassungsrechtlich unzulässig, den Ausbau von Windenergie vom schlichten Willen des Planungsträgers abhängig zu machen.<sup>115</sup>

Die Planungsbehörden haben wegen Art. 20a GG die verfassungsrechtliche Pflicht, sämtliche Flächen in die planerische Abwägungsentscheidung einzustellen und auf die Benennung harter Tabuzonen zu verzichten.<sup>116</sup> Der rein negativen Wirkung der Festlegung von Ausschlussgebieten

<sup>105</sup> BT-Drucks. 20/2355, S. 34.

<sup>106</sup> BT-Drucks. 20/2355, S. 35.

<sup>107</sup> Stellungnahme des Bundesverbands WindEnergie (BWE) zum Entwurf des WaLG, abrufbar unter [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a25\\_klimaschutz\\_und\\_energie/anhoeerungen/899840-899840](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a25_klimaschutz_und_energie/anhoeerungen/899840-899840), S. 13 (zuletzt abgerufen am 21.8.2022).

<sup>108</sup> Vgl. Stellungnahme des BWE, Fn. 107, S. 7.

<sup>109</sup> BT-Drucks. 20/2355, S. 18.

<sup>110</sup> BT-Drucks. 20/2355, S. 33.

<sup>111</sup> BT-Drucks. 20/2355, S. 33; in Verbindung mit § 249 Abs. 9 BauGB ist § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB zu lesen, der bestimmt, dass erlassene Mindestabstandsvorgaben der Bundesländer mit der Feststellung gemäß § 5 Abs. 3 S. 2 WindBG unanwendbar werden sollen, wenn das Bundesland entgegen § 3 Abs. 3 WindBG nicht die dort geforderten Nachweise darüber erbringt, auf welche Weise es seine Flächenbeitragswerte erreichen will.

<sup>112</sup> Stellungnahme des BWE, Fn. 107, S. 14.

<sup>113</sup> Stellungnahme des Bundesverbands der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (BDEW) zum Entwurf des WaLG, abrufbar unter [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a25\\_klimaschutz\\_und\\_energie/anhoeerungen/899840-899840](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a25_klimaschutz_und_energie/anhoeerungen/899840-899840), S. 6 (zuletzt abgerufen am 21.8.2022).

<sup>114</sup> Vgl. *Riese/Schneider*, Fn. 3, S. 448.

<sup>115</sup> Vgl. *Riese/Schneider*, Fn. 3, S. 448.

<sup>116</sup> Zu diesem Reformvorschlag einer „kleinen Lösung“ siehe *Wagner*, Fn. 69, S. 720 ff.



durch harte Tabuzonen ist ein Abwägungsansatz vorzuziehen.<sup>117</sup> Dieser könnte beinhalten, dass die Planungsbehörde die verschiedenen Belange benennt und im Rahmen einer Abwägungsentscheidung einem Belang den Vorrang einräumt.<sup>118</sup> Allerdings würde sich an dem negativen und den Zielen von Klimaschutz und Windenergieausbau konträren Ansatz des Tabuzonenkonzepts<sup>119</sup> bei dessen teilweiser Beibehaltung nichts Entscheidendes ändern. Da harte Tabuzonen elementarer Bestandteil des Tabuzonenkonzepts sind, ist dieses insgesamt nicht mehr aufrechtzuerhalten.<sup>120</sup> Vielmehr sollte sich eine planerische Abwägung ab sofort auf sämtliche Flächen des Plangebiets erstrecken.<sup>121</sup>

Zudem muss das raumordnungsrechtliche Zielabweichungsverfahren im Sinne des § 6 Abs. 2 ROG, das bisher lediglich einen Ausnahmefall darstellt, in den Fällen einer Ausweisung von Tabuzonen zum Regelfall werden. Es ist angesichts der neuen Rechtsprechung zum Art. 20a GG und zur Stromversorgungssicherheit verfassungsrechtlich geboten, dass von allen Zielen in Regionalplänen, die einen umfassenden Ausschluss von Windenergievorhaben zur Folge haben, von nun an großzügig im Rahmen eines solchen Verfahrens abgewichen werden darf. So muss das Ermessen in Richtung einer Positivplanung für Windenergie intendiert sein.

### 3. Realistische Planungen

Die Planungsträger müssen realistisch planen. Realistisch zu planen heißt, den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht zu werden. Dies bedeutet vor allem, zügig zu planen und inhaltlich praxisnah zu planen.

Letztlich geht es auch darum, die Planungsträger zu entlasten. Es sollte nicht das Ziel der Planungsträger sein, unnötig viel Aufwand und Zeit zu verwenden, um einen neuen Plan aufzustellen. Der mit der Aufstellung eines Plans

117 Vgl. Wagner, Fn. 69, S. 720.

118 Wagner, Fn. 69, S. 720.

119 Wagner, Fn. 69, S. 724.

120 Wagner, Fn. 67, S. 248.

121 Zu dieser „großen Lösung“ siehe Wagner, Fn. 69, S. 724 ff.; Wagner, Fn. 67, S. 249; Bovet/Kindler, Fn. 52, S. 491.

122 Vgl. Erbguth, Fn. 67, S. 1349.

123 Siehe Erbguth, Fn. 67, S. 1349 f.

124 Erbguth, Fn. 67, S. 1350; zustimmend Schink, Fn. 67, S. 376.

125 COM(2022) 222 final, Vorschlag vom 18.5.2022 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, der Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden sowie der Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz; Stellungnahme der Stiftung Umweltenergierecht zum Entwurf des WaLG, abrufbar unter [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a25\\_klimaschutz\\_und\\_energie/anhoeerungen/899840-899840](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a25_klimaschutz_und_energie/anhoeerungen/899840-899840), S. 25 (zuletzt abgerufen am 21.8.2022).

126 Stellungnahme der Stiftung Umweltenergierecht, Fn. 125, S. 25.

verbundene Aufwand ist das Resultat überzogener rechtlicher Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Plans und an dessen Planungstiefe und Genauigkeit.

Kommt man zu dem Ergebnis, den Umgang mit Tabuzonen flexibel zu handhaben und würde dies von Gerichten akzeptiert werden, würde damit kurzfristig ein erhebliches Fehlerpotenzial ausgeräumt. Würden die Planungsträger sich zudem darauf beschränken, ein gesamtträumliches Konzept zu entwickeln, ohne flächenscharfe Festlegungen zu der Zulässigkeit von Windenergieanlagen vorzunehmen, würde dies zu einer deutlichen Entschlackung führen. Die Verfahren wären schneller und – mit Unterstützung der Gerichte – rechtssicher abzuschließen.

Zudem dürfen die Planungsträger in Zukunft nur noch mit solcher Detailtiefe Planungen vornehmen, die dem großräumigen Charakter der Planung entspricht. Zulassungsspezifische Betrachtungen haben auf Ebene der Regionalplanung in der Regel nichts zu suchen.

### 4. Fokussierung auf das Genehmigungsverfahren

Ferner darf die maßgebliche Prüfung bei der Planung einer Windenergieanlage nicht mehr vorrangig auf der wegen § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB vorgelagerten Raumordnungs- bzw. Flächennutzungsplanungsebene, sondern muss auf der Zulassungsebene stattfinden.<sup>122</sup> Bisher ist man auf Prognosen der Raumordnungsbehörden und Gemeinden, die für diese Aufgabe jedoch eigentlich nicht berufen sind, angewiesen.<sup>123</sup> Eine derartige Vermischung der Planungs- mit der Zulassungsebene stellt eine rechtliche Fehlkonstruktion dar.<sup>124</sup> Daher sind die Planungen auf Regional- und Kommunalebene auf ein sachlich angemessenes Maß zurückzuführen.

Zudem darf die Festlegung von Flächenzielen nicht dazu führen, dass beliebig Flächen ausgewiesen werden, die am Ende gar nicht tatsächlich nutzbar sind. Schließlich müssen die wohl auch zukünftig zu langen Planungsprozesse – so dauert die Erstellung eines Regionalplans bspw. durchschnittlich vier Jahre – auch mit Hilfe einer höheren Einstellung und einer verstärkten Schulung von Mitarbeitern erheblich beschleunigt werden.

### 5. Go-To-Gebiete

Schließlich ist die Festschreibung von Flächen als sogenannte „Go-To-Gebiete“ zu empfehlen, um das Klimaschutzgebot des Art. 20a GG zu optimieren. Diese Gebiete sind im Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Änderung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie enthalten.<sup>125</sup> Nach derzeitigem Stand soll es sich hierbei um Gebiete handeln, die bei einer bestimmten Art Erneuerbarer Energien keine erheblichen Umweltauswirkungen erwarten lassen (Art. 15c Abs. 1 a)).<sup>126</sup> Bei ihrer Ausweisung sollen die Gebiete im Rah-

men einer Umweltprüfung bereits auf mögliche Umweltauswirkungen untersucht werden (Art. 15c Abs. 1 b), Abs. 2).<sup>127</sup> Innerhalb von Go-To-Gebieten soll dann auf Zulassungsebene eine weitere Umweltverträglichkeitsprüfung grundsätzlich entbehrlich sein (Art. 16a Abs. 3) und eine Vermutung gelten, nach der auch die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände nicht verletzt sind (Art. 15c Abs. 1 b)).<sup>128</sup> Mit Go-To-Gebieten würden spezielle Bereiche

geschaffen, in denen Erleichterungen gelten würden, die zu einer erheblichen Beschleunigung der Zulassungsverfahren führen können.<sup>129</sup>

---

127 Stellungnahme der Stiftung Umweltenergierecht, Fn. 125, S. 25.

128 Stellungnahme der Stiftung Umweltenergierecht, Fn. 125, S. 25.

129 Stellungnahme der Stiftung Umweltenergierecht, Fn. 125, S. 25.