



LEUPHANA
UNIVERSITÄT LÜNEBURG

Nachhaltigkeitsrecht –
Energie, Ressourcen, Umwelt

Masterarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades

Master of Laws (LL.M.)

§ 245e Abs. 5 BauGB – Regelungsinhalt und Umsetzungsfragen

§ 245e Abs. 5 BauGB
– Regulatory Content and Implementation Issues

eingereicht von:

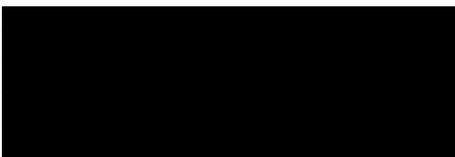
Moritz Alexander Klanten



Abgabedatum:
06.02.2024

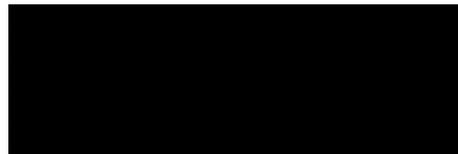
Erstprüfer:

Prof. Dr. Klaus Joachim Grigoleit



Zweitprüfer:

Prof. Dr. Thomas Schomerus



Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
B. Hintergründe.....	4
I. Das System der räumlichen Gesamtplanung im Überblick	4
II. Krise des Windenergieausbaus: Konzentrationsflächenplanung	7
III. Das Wind-an-Land-Gesetz.....	11
1. Regelungen des WindBG	11
2. Änderungen des BauGB.....	13
a) § 249 BauGB - Sonderregelungen für Windenergieanlagen an Land	13
b) § 245e BauGB - Überleitungsvorschriften	15
C. Die Regelungen des § 245e Abs. 5 BauGB.....	17
I. Genese	17
II. Sinn und Zweck der Vorschrift.....	20
III. Verhältnis zu § 6 Abs. 2 ROG	22
IV. Voraussetzungen der erleichterten Zielabweichung.....	24
1. Zeitlicher Anwendungsbereich	24
2. Sachlicher Anwendungsbereich	26
a) Die Gemeinde als unzuständige Planungsträgerin	26
b) Mit einem Ziel der Raumordnung unvereinbares Windenergiegebiet.....	28
3. Keine unvereinbare Nutzung oder Funktion.....	30
4. Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale	32
V. Rechtsfolgen.....	35
1. Intendiertes Ermessen	36
2. Bedeutung auf der Zulassungsebene	37
D. Ausgewählte Umsetzungsfragen	41
I. Abweichungsgesetzgebung durch die Länder	42
1. § 245e Abs. 5 BauGB als Subsumtionsgegenstand	44
2. In Betracht kommende Kompetenzmaterien.....	46

3. Zuordnung zu einer Kompetenzmaterie.....	48
II. Untersagung der Windenergiegebietsausweisung (§ 12 ROG)	52
1. Unbefristete Untersagung gemäß § 12 Abs. 1 ROG	53
2. Befristete Untersagung gemäß § 12 Abs. 2 ROG	55
3. Anwendungsausschluss durch § 245e Abs. 5 BauGB	57
III. Anrechnung der bauleitplanerisch ausgewiesenen Gebiete	59
1. Anrechnungsfähigkeit.....	60
2. Anrechnungsmöglichkeiten	61
E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	64
Quellenverzeichnis.....	IV
Persönliche Erklärung	XI

A. Einleitung

„Die neue Bundesregierung macht es sich [...] zu ihrer gemeinsamen Mission, den Ausbau der Erneuerbaren Energien drastisch zu beschleunigen und alle Hürden und Hemmnisse aus dem Weg zu räumen. In diesem Zusammenhang stellt der massiv beschleunigte Ausbau der Windenergie an Land eine der größten Herausforderungen der Energiewende dar“¹ – so heißt es in der von Minister Habeck im Januar 2022 vorgestellten „Eröffnungsbilanz Klimaschutz“.

Seit Januar 2022 ist viel passiert. Manches Vorhaben ist gelungen, anderes erwies sich hingegen als „sperrig“ – man denke etwa an die Schwierigkeiten mit Hinblick auf das Gebäudeenergiegesetz². Gerade im Bereich des Windenergieausbaus an Land entfaltete der Gesetzgeber besondere Aktivität. Mit dem „Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land“ vom 20.07.2022³ (dem sogenannten „Wind-an-Land-Gesetz“), der hiermit verbundenen Einführung des Windenergieflächenbedarfsgesetzes (WindBG) sowie den korrelierenden, tiefgreifenden Änderungen des Baugesetzbuches (BauGB) stellte der Gesetzgeber die planungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen auf neue Füße. Ob hiermit der „große Wurf“ gelungen ist, bleibt abzuwarten. Bemerkenswert erscheint insofern, dass der Gesetzgeber seit dem 20.07.2022 das WindBG⁴ und die diesbezüglichen Bestimmungen des BauGB⁵ bereits mehrfach und in nicht unerheblicher Weise geändert beziehungsweise angereichert hat. Der planungsrechtlichen Praxis dürfte die „Eingewöhnung“ in das neue System hierdurch nicht leichter fallen und das Ziel der „Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land“ eher behindert werden. „Hürden und Hemmnisse“ räumt man so nicht aus dem Weg.

Eine dieser neuerlichen Anreicherungen bildet § 245e Abs. 5 BauGB. Mit dem „Gesetz zur Änderung des LNG-Beschleunigungsgesetzes und zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und zur Änderung des Baugesetzbuchs“ vom 12.07.2023⁶ hat der Gesetzgeber den neuen Absatz 5 in die Überleitungsvorschriften des § 245e BauGB eingefügt. Mit der Vorschrift schafft der Gesetzgeber die Möglichkeit einer erleichterten Abweichung von Zielen der

¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, S. 14.

² BVerfG, Beschl. v. 5.7.2023 – 2 BvE 4/23, NJW 2023, S. 2561.

³ BGBl. 2022 I, S. 1353.

⁴ BGBl. 2023 I, Nr. 202; BGBl. 2023 I, Nr. 176; BGBl. 2023 I, Nr. 88; BGBl. 2023 I, Nr. 6.

⁵ BGBl. 2023 I, Nr. 184; BGBl. 2023 I, Nr. 176; BGBl. 2023 I, Nr. 6; BGBl. 2022 I, S. 1726.

⁶ BGBl. 2023 I, Nr. 184.

Raumordnung zugunsten von Gemeinden. Hierdurch sollen „Handlungsspielräume“⁷ von Gemeinden beim Windenergieausbau (an Land) erweitert werden. Mit dieser Norm wird sich die folgende Arbeit intensiv auseinandersetzen.

Die Idee einer vertieften Beschäftigung entstammt aus Beratungen eines für die Umsetzung des WindBG zuständigen Planungsakteurs. Aus diesem Austausch und hieraus resultierender Vorarbeiten⁸ wurde die rechtliche Komplexität der Vorschrift und der hiermit verbundenen Fragestellungen deutlich. Diese können zum einen dazu führen, dass Gemeinden – deren Handlungsspielräume durch die Norm eigentlich erweitert werden sollen – vor ihrer Anwendung zurückschrecken. Zum anderen hat die Vorschrift angesichts der durch sie ausgelösten Rechtsunsicherheiten das Potential, die bisherigen Planungsprozesse in den Ländern entscheidend zu stören und damit neuerliche „Hürden und Hemmnisse“ beim Ausbau der erneuerbaren Energien zu bereiten. Erschwerend kommt hinzu, dass es sich um eine relativ „junge“ Vorschrift handelt, die noch nicht umfassend rechtswissenschaftlich besprochen wurde.

Diese „Lücke“ soll die folgende Arbeit füllen. Mit ihr sollen einige „Hürden und Hemmnisse“ in Bezug auf die Vorschrift abgebaut und die Handhabung des § 245e Abs. 5 BauGB in der Praxis erleichtert werden. Wie bereits aus dem Titel deutlich wird, werden hierzu die wesentlichen Regelungsinhalte des § 245e Abs. 5 BauGB vorgestellt und Umsetzungsfragen beleuchtet. Die Untersuchung und Lösung der aufgeworfenen Rechtsfragen erfolgt mithilfe der juristischen Methodenlehre. Die Arbeit befindet sich auf dem Stand vom 06.02.2024.

An der obigen Zielsetzung orientiert sich der Gang der Untersuchung. Zunächst werden einige Hintergründe geschildert, die zum Verständnis des § 245e Abs. 5 BauGB unabdingbar erscheinen (Gliederungspunkt B.). Anschließend werden die Regelungen des § 245e Abs. 5 BauGB vorgestellt und analysiert. Die diesbezüglichen Ausführungen sind dabei „kommentarartig“ aufgebaut und orientieren sich an der Struktur der Vorschrift (Gliederungspunkt C.). Anschließend werden ausgewählte Fragen hinsichtlich der Umsetzung der Vorschrift untersucht (Gliederungspunkt D.), namentlich die Möglichkeit zur Abweichungsgesetzgebung durch die Länder, der Einsatz der raumordnerischen Untersagung zur Verhinderungen von bauleitplanerischen Windenergiegebietsausweisungen und

⁷ Vgl. BT-Drs. 20/7622, S. 15.

⁸ Die Gutachter wurden auf Vorarbeiten hingewiesen. Sie hatten die Möglichkeit, in diese Einsicht zu nehmen.

zuletzt die Anrechnung von mithilfe des § 245e Abs. 5 BauGB ausgewiesener Flächen auf den Flächenbeitragswert. Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (Gliederungspunkt E.).

B. Hintergründe

Mit § 245e Abs. 5 BauGB schafft der Gesetzgeber die Möglichkeit einer erleichterten Abweichung von Zielen der Raumordnung zugunsten von Gemeinden. Unabdingbar zum Verständnis erscheint zunächst ein Überblick über die Hintergründe der Norm. Hierzu soll das System der räumlichen Gesamtplanung kursorisch vorgestellt werden (Gliederungspunkt I.). Auf dieser Grundlage wird anschließend die bisherige „Konzentrationsflächenplanung“ skizziert, die bis zum Erlass des Wind-an-Land-Gesetzes das planerische Vorgehen zum Windenergieausbau bestimmte und aus deren Unzulänglichkeiten der Gesetzgeber einen Handlungsauftrag zur Schaffung eines neuen Planungssystems ableitete (Gliederungspunkt II.). Anschließend wird die gesetzgeberische Reaktion, also das Wind-an-Land-Gesetz, in seinen Grundzügen dargestellt und § 245e BauGB insofern eingeordnet (Gliederungspunkt III.).

I. Das System der räumlichen Gesamtplanung im Überblick

„Das Raumplanungsrecht“, so führt *Durner* in seiner Habilitationsschrift „Konflikte räumlicher Planungen“ aus, „wird gemeinhin als Summe jener Normen definiert, die die hoheitliche, förmlich-systematische Nutzung des Raums festlegen.“⁹ Hiervon erfasst sind „auf örtlicher und auf überörtlicher Ebene sämtliche gebietsbezogenen Planungen der Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinden, sonstiger öffentlicher Stellen sowie in gewissem Umfang auch die raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen Privater, namentlich dann, wenn solche Planungen der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dienen oder über sie im Wege der Planfeststellung oder Plangenehmigung entschieden wird.“¹⁰

Das Raumplanungsrecht ist demnach – wie auch aus seiner Bezeichnung hervorgeht – raumbezogen. Aus dem obigen Definitionsversuch klingt dabei bereits an, dass im Rahmen des Systems der Raumplanung zwischen räumlicher Fachplanung und räumlicher Gesamtplanung unterschieden werden kann.¹¹ Während die räumliche Fachplanung das „Handlungsinstrument der fachlichen

⁹ *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 31.

¹⁰ Vgl. *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 31, der zur Bestimmung des Regelungsgehaltes auf § 3 Nr. 6 ROG rekurriert.

¹¹ Vgl. *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, S. 32 f; Koch/Hendler/Hendler, § 1 Rn. 30.

(sektoralen) Raumgestaltung“¹² darstellt, mithin also primär auf die Nutzung des Raums unter bestimmten Sachgesichtspunkten gerichtet ist¹³, verfolgt die räumliche Gesamtplanung einen überfachlichen, gebietsbezogenen Ansatz. Mit ihr sollen konkurrierende Raumnutzungsansprüche ins Verhältnis gesetzt und ein sinnvoller Ausgleich der Nutzungen gefunden werden.¹⁴

Die räumliche Gesamtplanung kann wiederum in die Raumordnung und die städtebauliche Planung unterteilt werden. Wegweisend sind insofern die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), welches sich bereits früh in seiner Geschichte mit dieser Unterscheidung zu beschäftigen hatte. In seinem Gutachten vom 16.06.1954 hatte sich das Gericht nach einem gemeinsamen Antrag des Bundestags, des Bundesrats und der Bundesregierung mit mehreren – im weiteren Sinne „baurechtlichen“ – Fragen auseinandergesetzt. In diesem Zusammenhang führte es aus, dass es sich bei der städtebaulichen Planung um „örtliche“ Planung handelt, während die Raumordnung die „zusammenfassende, übergeordnete Planung und Ordnung des Raumes“ darstellt.¹⁵ Diese Aussagen haben noch immer Bestand. Die städtebauliche Planung ist heute maßgeblich im BauGB geregelt, die überörtliche Planungsebene ist auf Bundesebene im Raumordnungsgesetz (ROG) normiert.

Auf Ebene der „überörtlichen“ Raumordnung wird die intendierte Steuerungswirkung (vgl. zu den Aufgaben und Leitvorstellungen der Raumordnung § 1 ROG) dabei maßgeblich über die Raumordnungspläne (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 7 ROG) erreicht, also den landesweiten Plan (§ 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG) sowie die Regionalpläne (§ 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ROG). In diesen Plänen sind gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 ROG „für einen bestimmten Planungsraum und einen regelmäßig mittelfristigen Zeitraum Festlegungen als Ziele und Grundsätze der Raumordnung zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums, insbesondere zu den Nutzungen und Funktionen des Raums, zu treffen.“ Ziele der Raumordnung sind dabei nach § 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 [...]“, Grundsätze der Raumordnung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG „Aussagen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums als Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen [...]“. Ziele und

¹² Koch/Hendler/Hendler, § 1 Rn. 22.

¹³ Koch/Hendler/Hendler, § 1 Rn. 22.

¹⁴ B. Stüer, Bau- und Fachplanungsrecht, Teil E - Fachplanung Rn. 3662.

¹⁵ BVerfG, Gutachten v. 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52, BeckRS 1954, 30700512.

Grundsätze der Raumordnung unterscheiden sich demnach vor allem hinsichtlich ihrer Endabgewogenheit und ihrer Bindungswirkung – während Ziele der Raumordnung nach § 4 Abs. 1 S. 1 ROG im Rahmen der dort genannten planerischen Tätigkeiten „zu beachten“ und damit streng verbindlich sind, sind Grundsätze der Raumordnung nach § 4 Abs. 1 S. 1 ROG lediglich „zu berücksichtigen“ und können im Rahmen von planerischen Abwägungsentscheidungen „weggewogen“ werden.

Die „örtliche“ städtebauliche Planung (Bauleitplanung) bildet neben der Raumordnung die andere „Ebene“ der räumlichen Gesamtplanung. Die Aufgabe der Bauleitplanung ist es nach § 1 Abs. 1 BauGB, „die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde nach Maßgabe dieses Gesetzbuchs vorzubereiten und zu leiten.“ Nach § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB haben die Gemeinden „Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist“. Hinsichtlich der Bauleitpläne ist zwischen dem Flächennutzungsplan und der Bebauungsplan zu unterscheiden (vgl. § 1 Abs. 2 BauGB). Der Flächennutzungsplan wird für das ganze Gemeindegebiet aufgestellt. In ihm ist nach § 5 Abs. 1 S. 1 BauGB „die sich aus der beabsichtigten städtebaulichen Entwicklung ergebende Art der Bodennutzung nach den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde in den Grundzügen darzustellen“. Bebauungspläne sind aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln (§ 8 Abs. 2 S. 1 BauGB, siehe aber auch § 8 Abs. 2 S. 2 BauGB). Sie enthalten nach § 8 Abs. 1 S. 1 BauGB „die rechtsverbindlichen Festsetzungen für die städtebauliche Ordnung“ und bilden nach § 8 Abs. 1 S. 2 BauGB „die Grundlage für weitere, zum Vollzug dieses Gesetzbuchs erforderliche Maßnahmen“.

Im Rahmen des Systems der räumlichen Gesamtplanung stehen die überörtliche und die örtliche Planungsebene mit ihren verschiedenen Planwerken dabei nicht separat und isoliert nebeneinander. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) vermag sogar „eine Abfolge von Planungsentscheidungen auf Bundes- und auf Landesebene mit fortschreitender Verdichtung bis hin zu konkreten Festlegungen auf Gemeindeebene“, mithin eine „Planungshierarchie“, zu erkennen, deren unterste Ebene die gemeindliche Bauleitplanung darstelle.¹⁶ Die Ebenen der „Planungshierarchie“ werden dabei durch das Gegenstromprinzip (vgl. § 1 Abs. 3 ROG) und gesetzliche Harmonisierungsregelungen wie Raumordnungsklauseln

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 16.3.2006 – 4 A 1075/04, NVwZ-Beil. 2006, S. 1, 4.

gekoppelt. Eine der bedeutendsten Raumordnungsklauseln ist § 1 Abs. 4 BauGB, nach der Bauleitpläne an Ziele der Raumordnung anzupassen sind.

Dieses System der verschiedenen Planungsebenen ist zentral für das Verständnis der planerischen Rahmenbedingungen des Windenergieausbaus. Auf die konkreten Rahmenbedingungen wird im Folgenden genauer eingegangen.

II. Krise des Windenergieausbaus: Konzentrationsflächenplanung

Hinsichtlich der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 29 ff. BauGB kann zwischen drei Ausgangslagen unterschieden werden.¹⁷ Der vorgesehene Standort des Vorhabens kann sich – erstens – im Geltungsbereich eines Bebauungsplans befinden („beplanter“ Bereich, vgl. § 30 BauGB), – zweitens – in einem „im Zusammenhang bebauten Ortsteil“ nach § 34 BauGB liegen („unbeplanter Innenbereich“) oder – drittens – Bestandteil des Außenbereichs sein (§ 35 BauGB). Die Errichtung von Windenergieanlagen bietet sich dabei vor dem Hintergrund der Raumbeanspruchung sowie ihres optischen Erscheinungsbildes außerhalb von Siedlungsbereichen an, also üblicherweise im Außenbereich nach § 35 BauGB.

Wie aus § 35 Abs. 2 BauGB hervorgeht, ist der Außenbereich im Grundsatz unbebaubar.¹⁸ Hierdurch soll der Außenbereich freigehalten werden, damit er seine Funktion zum Schutz der Umwelt sowie der sonstigen schützenswerten Belange (vgl. § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB) erfüllen kann.¹⁹ Diese grundsätzliche Unbebaubarkeitsentscheidung gilt jedoch nicht für einen eng umgrenzten Katalog von Vorhaben („privilegierte Vorhaben“) nach § 35 Abs. 1 BauGB. Diese hat der Gesetzgeber eigens dem Außenbereich zugeordnet²⁰ und ihre dortige bauplanungsrechtliche Zulassung im Vergleich zu den „sonstigen Vorhaben“ nach § 35 Abs. 2 BauGB erleichtert. Während „sonstige Vorhaben“ nach § 35 Abs. 2 BauGB nur zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt (und die Erschließung gesichert ist), sind privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB bereits zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen (und die ausreichende Erschließung gesichert ist).

¹⁷ Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, Vorbemerkungen zu den §§ 29 bis 38 Rn. 4 ff.

¹⁸ Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, Vorbemerkungen zu den §§ 29 bis 38 Rn. 5.

¹⁹ Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, § 35 Rn. 13.

²⁰ Vgl. hierzu Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang/Reidt, § 35 Rn. 4.

Privilegierten Vorhaben kommt demnach ein gesteigertes Durchsetzungsinteresse zu.²¹

Windenergieanlagen sind spätestens²² seit dem „Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs“ vom 30.06.1996²³ und der Einführung des damaligen § 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB im Außenbereich privilegiert zulässig.²⁴ Bereits im Jahr 1996 erkannte man, dass „[d]ie Windenergie [...] einen wichtigen positiven Beitrag zum Klimaschutz leisten [kann] und [...] daher planungsrechtlich so gestellt werden [muss], daß sie an geeigneten Standorten auch eine Chance hat.“²⁵ Mit der Außenbereichsprivilegierung wollte man der Windenergie diese Chance geben. Gleichzeitig sorgte man sich um die Regionen, die schon zum damaligen Zeitpunkt „einem hohen Antragsdruck für Windenergieanlagen ausgesetzt“²⁶ waren. Um hier den nach wie vor gebotenen Außenbereichsschutz zu gewährleisten und zugleich eine Bündelung von Anlagen zu ermöglichen, bedurfte es nach Ansicht des Gesetzgebers flankierender planerischer Steuerungsmöglichkeiten.²⁷ Diese schuf man mit dem sogenannten „Planvorbehalt“ nach § 35 Abs. 3 S. 4 BauGB (vgl. den heutigen § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB), den man zusammen mit der Außenbereichsprivilegierung in das BauGB einfügte.²⁸ Hiermit erhielten die Träger der Raumordnungs- und Bauleitplanung „[d]urch positive Standortzuweisungen an einer oder auch mehreren Stellen im Plangebiet [...] die Möglichkeit, den übrigen Planungsraum von den durch den Gesetzgeber privilegierten Anlagen freizuhalten“.²⁹ Zu den Voraussetzungen dieser – mittlerweile als „Konzentrationsflächenplanung“ bekannten – Steuerung heißt es in den Ausschussmaterialien, dass „[d]ie planende Gemeinde [...] mit dem Ziel der Steuerung ein schlüssiges Planungskonzept vorlegen [muss], in welchem sie einerseits durch Darstellungen im Flächennutzungsplan positiv geeignete Standorte für die Windenergienutzung festlegt, um damit andererseits ungeeignete Standorte im übrigen Planungsgebiet auszuschließen. Demgegenüber reicht eine

²¹ *Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten*, NVwZ 2022, S. 512, 513.

²² Vgl. zur vorher geltenden Rechtslage BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20/93, NVwZ 1995, S. 64.

²³ BGBl. 1996 I, S. 1189.

²⁴ Siehe hierzu vertiefend Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, § 35 Rn. 58; zudem *Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten*, NVwZ 2022, S. 512; *B. Stürer/E.-M. Stürer*, BauR 2021, S. 1735.

²⁵ BT-Drs. 13/4978, S. 6.

²⁶ BT-Drs. 13/4978, S. 7.

²⁷ BT-Drs. 13/4978, S. 7.

²⁸ Zum Verhältnis von § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB und § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB - insbesondere hinsichtlich der raumordnerischen Ausweisung von Eignungsgebieten - vgl. *Kümper*, UPR 2019, S. 161 ff; siehe zudem *Gatz*, Windenergieanlagen, S. 167 ff; *Wegner*, ZNER 2018, S. 181, 184.

²⁹ BT-Drs. 13/4978, S. 7.

ausschließlich negativ wirkende „Verhinderungsplanung“ einer Gemeinde ohne gleichzeitig positive Ausweisung eines der Windenergienutzung dienenden Standorts im Plangebiet grundsätzlich nicht.“³⁰

Die heutige „desolate Lage“³¹ und „Misere der Windenergieplanung“³² gehen hierauf zurück.³³ Denn ausgehend von diesem Kompromiss zwischen Förderung des Windenergieausbaus und planerischen Steuerungsmöglichkeiten machte sich die Rechtsprechung in den folgenden Jahren daran, die Voraussetzungen für die Konzentrationsflächenplanung zu konkretisieren. So stellte das BVerwG in einer Entscheidung aus dem Jahr 2002 klar: „Aus dem Regelungszusammenhang, in den § 35 III 3 BauGB hineingestellt ist, ergibt sich, dass nicht beliebige Gründe einen Ausschluss rechtfertigen. Die mit der positiven Standortzuweisung verbundene Ausschlusswirkung muss durch städtebauliche Gründe legitimiert sein. Die Gemeinde darf nicht im Gewande der Bauleitplanung eine Windkraftpolitik betreiben, die den Wertungen des Baugesetzbuchs zuwiderläuft und darauf abzielt, die Windenergienutzung aus anderweitigen Erwägungen zu reglementieren oder gar gänzlich zu unterbinden“³⁴, vielmehr „muss sie der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers Rechnung tragen und für die Windenergienutzung in substantieller Weise Raum schaffen“³⁵ (sogenannte „Substanzrechtsprechung“).

Statt aber insoweit „den gemeindlichen und regionalen Planungsträgern ein auch für die Praxis verfügbares Modell an die Hand zu geben“, so führen *B. Stüer/E.-M. Stüer* aus, „wurden die Anforderungen an die Konzentrationsplanung immer weiter hochgeschraubt“.³⁶ Im Rahmen einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 hat das BVerwG diese Anforderungen wie folgt zusammengefasst:

„Eine planerische Entscheidung zur Herbeiführung der Rechtsfolgen des § 35 III 3 BauGB – hiernach stehen öffentliche Belange u. a. einem Vorhaben zur Nutzung der Windenergie in der Regel entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist – bedarf zu ihrer Wirksamkeit eines schlüssigen gesamtträumlichen Planungskonzepts (BVerwG, NVwZ 2003, 1261). Um den

³⁰ BT-Drs. 13/4978, S. 7.

³¹ Vgl. *B. Stüer/E.-M. Stüer*, BauR 2021, S. 1735, 1736.

³² *Kümper*, DVBl 2021, S. 1591, 1592.

³³ Vgl. hierzu schon *Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten*, NVwZ 2022, S. 512, 513.

³⁴ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, NVwZ 2003, S. 733, 736.

³⁵ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, NVwZ 2003, S. 733, 735.

³⁶ *B. Stüer/E.-M. Stüer*, BauR 2021, S. 1735, 1736.

Anforderungen gerecht zu werden, die an den Abwägungsvorgang zu stellen sind, muss das Konzept nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen wird, sondern auch die Gründe für die beabsichtigte Freihaltung des übrigen Planungsraums von Windenergieanlagen aufzeigen. Nach der Rechtsprechung des Senats, die das OVG zutreffend referiert hat, vollzieht sich die Ausarbeitung des Planungskonzepts abschnittsweise (vgl. BVerwG, BRS 74 Nr. 112 = BeckRS 2009, 39251): In einem ersten Arbeitsschritt sind diejenigen Bereiche als „Tabuzonen“ zu ermitteln, die für die Nutzung der Windenergie nicht zur Verfügung stehen. Die Tabuzonen lassen sich in „harte“ und „weiche“ untergliedern (BVerwG, BeckRS 2009, 39251). Der Begriff der harten Tabuzonen dient der Kennzeichnung von Teilen des Planungsraums, die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen immer, nicht in Betracht kommen, mithin für eine Windenergienutzung „schlechthin“ ungeeignet sind (vgl. BVerwGE 117, 287 [295, 299] = NVwZ 2003, 733), mit dem Begriff der weichen Tabuzonen werden Bereiche des Gemeindegebiets erfasst, in denen nach dem Willen des Plangebers aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen „von vornherein“ ausgeschlossen werden „soll“ (vgl. BVerwGE 122, 109 [112] = NVwZ 2005, 211). Die Potenzialflächen, die nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen übrig bleiben, sind in einem weiteren Arbeitsschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d. h. die öffentlichen Belange, die gegen die Ausweisung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 I Nr. 5 BauGB gerecht wird.³⁷

Angesichts dieser elaborierten Anforderungen bereitete sich eine gewisse Sprach- und Ratlosigkeit in der planungsrechtlichen Praxis aus.³⁸ Der – wohl gutgemeinte³⁹ – Versuch der Rechtsprechung, der Windenergie durch die formulierten Anforderungen letztlich „in substantieller Weise Raum [zu] schaffen“⁴⁰, führte zu erheblichen Unsicherheiten bei der Ausweisung neuer Flächen⁴¹, zumal eine Vielzahl von Plänen eine gerichtliche Kontrolle nicht überstanden⁴². Die Literatur zog Vergleiche zu einem planerischen Lotteriespiel⁴³; man habe zudem den Eindruck gewinnen können, dass „mit jeder gelösten Rechtsfrage zwei neue

³⁷ BVerwG, Urt. v. 11.4.2013 – 4 CN 2/12, NVwZ 2013, S. 1017.

³⁸ Vgl. *Kment*, NVwZ 2023, S. 959, 960.

³⁹ So *Kment*, NVwZ 2023, S. 959, 960.

⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, NVwZ 2003, S. 733, 735.

⁴¹ Vgl. jeweils *Schmidt-Eichstadt*, ZfBR 2019, S. 434; *Kment*, NVwZ 2023, S. 959, 960.

⁴² Vgl. *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, S. 1369, 1370.

⁴³ *Schmidt-Eichstadt*, ZfBR 2019, S. 434, 436.

aufgeworfen werden“⁴⁴.⁴⁵ Treffend resümieren *B. Stüer/E.-M. Stüer* daher mit Hinblick auf den ursprünglichen gesetzgeberischen Kompromiss aus dem Jahre 1996: „Was [...] die Rechtsprechung des BVerwG und ihr folgend der OVG/VGH daraus gemacht haben, grenzt an ein Fiasko.“⁴⁶

III. Das Wind-an-Land-Gesetz

Vor diesem Hintergrund zeichnete sich seit längerem ab, dass es des Einschreitens des Gesetzgebers bedurfte, um den – primär von der Rechtsprechung geschaffenen⁴⁷ – „gordischen Knoten“⁴⁸ zu durchschlagen. Verschiedene Vorschläge wurden unterbreitet und diskutiert⁴⁹, wobei sich der Gesetzgeber letztlich an einem Vorschlag von *Kment*⁵⁰ orientierte und das „Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land“ vom 20.07.2022⁵¹ mitsamt WindBG und Änderungen des BauGB erließ.

Einige der entscheidenden Regelungen und Mechanismen des WindBG (Gliederungspunkt 1.) sowie die hiermit korrespondierenden Änderungen des BauGB (Gliederungspunkt 2.) werden im Folgenden im Überblick vorgestellt.

1. Regelungen des WindBG

Ausdrückliches Ziel des WindBG ist es nach § 1 Abs. 1 WindBG, „die Transformation zu einer nachhaltigen und treibhausgasneutralen Stromversorgung [...] durch den beschleunigten Ausbau der Windenergie an Land zu fördern“. Der grundlegende Mechanismus, wie dieses Ziel erreicht werden soll, wird in § 1 Abs. 2 WindBG offenbar: „Hierfür gibt dieses Gesetz den Ländern verbindliche Flächenziele (Flächenbeitragswerte) vor, die für den Ausbau der Windenergie an Land benötigt werden, um die Ausbauziele und Ausbaupfade des

⁴⁴ *Tyczewski*, BauR 2014, S. 934.

⁴⁵ Siehe zum Ganzen m.w.N. *Kment*, NVwZ 2023, S. 959, 960.

⁴⁶ *B. Stüer/E.-M. Stüer*, BauR 2021, S. 1735, 1736.

⁴⁷ Bemerkenswert erscheinen insofern die Ausführungen im Gesetzentwurf zum Wind-an-Land-Gesetz, in denen es im Hinblick auf die Anforderungen der Substanzrechtsprechung heißt, dass sie „in der praktischen Handhabung [...] schwierig“ seien, Planungsverfahren „verkomplizieren und verlangsamen“ und zu Rechtsunsicherheiten führen würden, BT-Drs. 20/2355, S. 2; hierauf ebenfalls hinweisend *Kment*, NVwZ 2023, S. 959, 960.

⁴⁸ *Kment*, NVwZ 2023, S. 959, 960.

⁴⁹ Vgl. hierzu *Grigoleit/Engelbert/Strothe/Klanten*, NVwZ 2022, S. 512, 514 ff.

⁵⁰ *Kment*, Gutachten Flächenausweisungen.

⁵¹ BGBl. 2022 I, S. 1353.

Erneuerbare-Energien-Gesetzes [...] zu erreichen.“ Anders als die Ausbaupfade des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) sieht das WindBG damit keine zu erreichende Mega- oder Gigawattmenge vor, sondern verfolgt vielmehr einen flächenbezogenen Ansatz. Das mit der Substanzrechtsprechung verfolgte Ziel, der „Windenergienutzung in substanzieller Weise Raum“ zu verschaffen⁵², wird damit gesetzlich normiert und konkretisiert. Während nach der Substanzrechtsprechung im jeweiligen Einzelfall entschieden werden musste, wann hinreichender Raum für die Windenergie geschaffen war, werden nun mit dem WindBG konkrete Flächenangaben gesetzlich vorgegeben.

Einzelheiten hinsichtlich des Flächenbeitragswertes sind § 3 WindBG zu entnehmen. Nach § 3 Abs. 1 WindBG ist „ein prozentualer Anteil der Landesfläche nach Maßgabe der Anlage (Flächenbeitragswert) für die Windenergie an Land auszuweisen“. § 3 Abs. 1 WindBG sieht zudem bestimmte Stichtagsregelungen für die Ausweisung vor, namentlich für die Werte nach Spalte 1 der Anlage das Erreichen bis zum 31.12.2027, für die Werte nach Spalte 2 den Stichtag zum 31.12.2032. Mit dem „Gesetz zur Änderung des Erdgas-Wärme-Preisbremsengesetzes, zur Änderung des Strompreisbremsengesetzes sowie zur Änderung weiterer energiewirtschaftlicher, umweltrechtlicher und sozialrechtlicher Gesetze“⁵³ vom 26.07.2023 wurde nunmehr ausdrücklich festgelegt, dass die Länder freiwillig jeweils höhere als die in der Anlage geregelten Beitragswerte vorsehen und beziehungsweise oder die in § 3 Abs. 1 S. 2 WindBG vorgesehenen Stichtage vorziehen können (vgl. § 3 Abs. 4 WindBG).

§ 3 Abs. 2 WindBG konkretisiert⁵⁴ die Möglichkeiten der Länder, die Verpflichtung nach § 3 Abs. 1 WindBG zu erfüllen. Nach den Gesetzesmaterialien handelt es sich insoweit um eine deklaratorische Aufzählung der Handlungsmöglichkeiten.⁵⁵ Nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WindBG können sie zum einen die zur Erreichung der Flächenbeitragswerte notwendigen Flächen selbst in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen ausweisen (vgl. auch § 3 Abs. 2 S. 2 WindBG), nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WindBG zum anderen eine Ausweisung der zur Erreichung der Flächenbeitragswerte notwendigen Flächen durch von ihnen abweichende regionale oder kommunale Planungsträger sicherstellen. Im Fall der Vorgehensweise nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WindBG kann das Land hierzu

⁵² Vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, NVwZ 2003, S. 733, 735.

⁵³ BGBl. 2023 I, Nr. 202.

⁵⁴ BT-Drs. 20/2355, S. 25.

⁵⁵ BT-Drs. 20/2355, S. 25.

regionale oder kommunale Teilflächenziele⁵⁶ festlegen, die in Summe den Flächenbeitragswert erreichen müssen.

Um den Flächenbeitragswert zu erreichen, bedarf es der Ausweisung von Flächen für die Windenergie an Land. Welche Flächen auf den Flächenbeitragswert anrechenbar sind, wird in § 4 WindBG bestimmt. Aus § 4 Abs. 1 S. 1 WindBG geht dabei hervor, dass es sich hierzu um Flächen handeln muss, die in Windenergiegebieten liegen (vgl. aber die Ausnahmefälle nach § 4 Abs. 1 S. 3 WindBG sowie § 4 Abs. 4 WindBG). Was unter einem Windenergiegebiet zu verstehen ist, wird in § 2 Nr. 1 WindBG legaldefiniert. Werden hinreichende Flächen ausgewiesen, führt deren grundsätzliche Anrechenbarkeit nach § 4 WindBG jedoch noch nicht zur Erfüllung der Verpflichtung nach § 3 Abs. 1 S. 1 WindBG (vgl. insoweit auch § 249 Abs. 2 S. 1 BauGB). Hierfür ist eine entsprechende Feststellung und Bekanntmachung nach § 5 WindBG erforderlich.

2. Änderungen des BauGB

Die neu eingeführten Vorschriften des WindBG korrelieren mit den gleichzeitig vorgenommenen Änderungen des BauGB. Die Änderungen des § 249 BauGB (Gliederungspunkt a)) sowie die Bestimmungen des neu eingeführten § 245e BauGB (Gliederungspunkt b)) werden nun cursorisch vorgestellt.

a) § 249 BauGB - Sonderregelungen für Windenergieanlagen an Land

Der mit dem „Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden“ vom 22.07.2011⁵⁷ in das BauGB eingefügte § 249 BauGB („Sonderregelungen zur Windenergie in der Bauleitplanung“, später nur „Sonderregelungen zur Windenergie“⁵⁸) wurde mit dem Wind-an-Land-Gesetz umfassend geändert. Die neuen „Sonderregelungen für Windenergieanlagen an Land“ weisen enge Bezüge zu den Vorgaben des WindBG auf und modifizieren die bauplanungsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf die Windenergie tiefgreifend. Dies kommt auch im geänderten § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zum Ausdruck: Hiernach

⁵⁶ Sofern nicht gesondert genannt oder sich aus dem Sinnzusammenhang etwas anderes ergibt, werden regionale oder kommunale Teilflächenziele im Folgenden unter den Oberbegriff der Flächenbeitragswerte (oder einfach Beitragswerte) gefasst.

⁵⁷ BGBl. 2011 I, S. 1509.

⁵⁸ BGBl. 2014 I, S. 954.

kann ein Windenergievorhaben nur dann im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zulässig sein, wenn es „der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie nach Maßgabe des § 249 [...] dient“. Die Außenbereichsprivilegierung der Windenergie wird damit unmittelbar an die Vorgaben des § 249 BauGB gekoppelt.

Diese Vorgaben beginnen mit § 249 Abs. 1 BauGB und dem dortigen Richtungsentscheid. § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB ist hiernach auf Windenergievorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht anzuwenden, der dort normierte Planvorbehalt gilt demnach nicht mehr für die Windenergieplanung. Die „Substanzrechtsprechung“ und die hierzu entwickelten – elaborierten – Anforderungen an die „Konzentrationsflächenplanung“ sind damit nach dem neuen System grundsätzlich nicht mehr relevant.

Dieses System ersetzt der Gesetzgeber vielmehr durch einen neuen Ansatz, der eine unmittelbare Koppelung an das Erreichen oder Verfehlen der Flächenbeitragswerte vorsieht. So richtet sich nach § 249 Abs. 2 BauGB fortan die Zulässigkeit von Windenergieanlagen an Land nach § 35 Abs. 2 BauGB, sofern das Erreichen des Flächenbeitragswertes festgestellt wurde und sich die Windenergieanlagen außerhalb von Windenergiegebieten befinden. Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, werden demnach ab diesem Zeitpunkt „entprivilegiert“, eine Vorhabenverwirklichung außerhalb der dafür vorgesehenen Gebiete wird damit (zumindest) erheblich erschwert.⁵⁹ Spiegelbildlich hierzu verhält sich § 249 Abs. 7 BauGB. „Sobald und solange“ die Flächenbeitragswerte nach dem WindBG nicht erreicht werden, entfällt nach § 249 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BauGB die Rechtsfolge nach Absatz 2 – die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gilt also (gegebenenfalls wieder) uneingeschränkt – und Darstellungen in Flächennutzungsplänen, Ziele der Raumordnung und sonstige Maßnahmen der Landesplanung können dem Vorhaben nicht entgegengehalten werden. Die nach § 249 Abs. 9 BauGB weiterhin möglichen landesrechtlichen Abstandsregelungen sind nach § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB bei Verfehlen des Flächenbeitragswerts nicht mehr anzuwenden. Während also § 249 Abs. 2 BauGB für den Fall des Erreichens der Flächenbeitragswerte eine „Entprivilegierung“ vorsieht, statuiert § 249 Abs. 7 BauGB bei Nichterreichung eine Art „Superprivilegierung“, bei deren Eintreten der Windenergieausbau umfassend von Restriktionen befreit wird. Der der Einführung des Planvorbehalts

⁵⁹ Vgl. hierzu *Kment*, NVwZ 2023, S. 959, 962 („Außerhalb der Windenergiegebiete wird die Windenergie also als „sonstiges Vorhaben“ behandelt, so dass eine außergebietliche Vorhabenverwirklichung letztlich ausscheidet.“).

im Jahre 1996 zugrundeliegende Kompromiss zwischen einerseits dem Ziel, der Windenergie „an geeigneten Standorten auch eine Chance“⁶⁰ zu geben und andererseits den Planungsträgern eine Steuerung zu ermöglichen, wird also nicht gänzlich aufgegeben, aber in seiner Ausgestaltung erheblich modifiziert. Sofern der Flächenbeitragswert erreicht wird, können die Planungsträger den Windenergieausbau insbesondere durch die eintretende „Entprivilegierung“ umfassend lenken; sofern dies allerdings nicht gelingt, droht eine „Verspargelung“ der Landschaft durch die Anwendbarkeit der – gemäß § 249 Abs. 7 BauGB von Einschränkungen befreiten – Außenbereichsprivilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.

Für Windenergiegebiete ist in § 249 Abs. 2 BauGB geregelt, dass eine etwaige „Entprivilegierung“ in diesen Gebieten nicht erfolgt. Auch hinsichtlich anderer planungsrechtlicher Aspekte werden Windenergiegebiete im Rahmen des § 249 BauGB besonders berücksichtigt. So wird in § 249 Abs. 4 BauGB klargestellt, dass das Erreichen des Flächenbeitragswertes einer Ausweisung zusätzlicher Flächen nicht entgegensteht. Nach § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB ist der jeweils 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 zu erreichen. Wurden Windenergiegebiete unter Anwendung des Satzes 1 ausgewiesen, gilt der in S. 1 statuierte Wegfall von Restriktionen nach § 249 Abs. 5 S. 2 BauGB zudem auch im Zulassungsverfahren. Schließlich bestimmt § 249 Abs. 6 BauGB, dass die Ausweisung von Windenergiegebieten nach den für die jeweiligen Planungsebenen geltenden Vorschriften für Gebietsausweisungen erfolgt, für die Rechtswirksamkeit des Plans es dabei jedoch unbeachtlich ist, ob und welche sonstigen Flächen für die Ausweisung von Windenergiegebieten geeignet sind – dem Erfordernis eines gesamträumlichen Planungskonzeptes (wie bei der Konzentrationsflächenplanung erforderlich) wird also ausdrücklich eine Absage erteilt.

b) § 245e BauGB - Überleitungsvorschriften

Mit den Regelungen des WindBG sowie dem neuen § 249 BauGB nimmt der Gesetzgeber folglich umfassende Änderungen der Vorgaben des Ausbaus der Windenergie vor. Für den Zeitraum, in dem sich der Wechsel von dem einen in das

⁶⁰ BT-Drs. 13/4978, S. 6.

andere System vollzieht, sieht § 245e BauGB „Überleitungsvorschriften aus Anlass des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land“ vor. Für die in den verschiedenen Absätzen des § 245e BauGB enthaltenen Regelungen ist prägend, dass sie jeweils (weitgehend) separate Zielrichtungen haben, jedoch durch ihren Bezug auf den Übergangszeitraum miteinander verknüpft sind.

Von besonderer Bedeutung ist hier dessen Absatz 1. Nach § 245e Abs. 1 S. 1 BauGB gilt der Planvorbehalt nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB – entgegen § 249 Abs. 1 BauGB – weiter fort, wenn der Plan bis zum 1. Februar 2024 wirksam geworden ist. Diese Rechtswirkungen entfallen nach § 245e Abs. 1 S. 2 BauGB, soweit für den Geltungsbereich des Plans das Erreichen des Flächenbeitragswerts festgestellt wird, spätestens aber mit Ablauf des Stichtags für den Flächenbeitragswert nach Spalte 1 der Anlage des WindBG. Durch die Vorschrift gilt also der Planvorbehalt für einen Übergangszeitraum weiter fort. Die Regelung soll „sicherstellen, dass Bestandsplanungen im Übergangszeitraum weiterhin umfassende Steuerungswirkung entfalten.“⁶¹

⁶¹ BT-Drs. 20/2355, S. 31.

C. Die Regelungen des § 245e Abs. 5 BauGB

Mit dem „Gesetz zur Änderung des LNG-Beschleunigungsgesetzes und zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und zur Änderung des Baugesetzbuchs“ vom 12.07.2023⁶² hat der Gesetzgeber die Überleitungsvorschriften des § 245e BauGB um Absatz 5 angereichert. Dieser lautet:

„Plant eine Gemeinde, die nicht zuständige Planungsträgerin nach § 249 Absatz 5 in Verbindung mit § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes ist, vor dem in Absatz 1 Satz 2 genannten Zeitpunkt ein Windenergiegebiet gemäß § 2 Nummer 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes auszuweisen, das mit einem Ziel der Raumordnung nicht vereinbar ist, soll ihrem Antrag auf Abweichung von diesem Ziel abweichend von § 6 Absatz 2 des Raumordnungsgesetzes stattgegeben werden, wenn der Raumordnungsplan an der von der Gemeinde für Windenergie geplanten Stelle kein Gebiet für mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen festlegt.“

Die Vorschrift soll im Rahmen der folgenden Ausführungen näher analysiert werden. Hierzu werden zunächst die Genese (Gliederungspunkt I.) sowie der Sinn und Zweck der Vorschrift (Gliederungspunkt II.) vorgestellt. Anschließend werden ihr Verhältnis zu § 6 Abs. 2 ROG (Gliederungspunkt III) und die Voraussetzungen der erleichterten Zielabweichung (Gliederungspunkt IV.) untersucht. Abschließend wird die Ebene der Rechtsfolgen (Gliederungspunkt V.) betrachtet.

I. Genese

Bereits aus dem im März 2023 vom Koalitionsausschuss geschnürten „Modernisierungspaket für Klimaschutz und Planungsbeschleunigung“ war ersichtlich, dass die Koalition bezüglich der Rolle der Gemeinden beim Windenergieausbau Handlungsbedarf sah.⁶³ Der „Handlungsspielraum für Kommunen“, so das Modernisierungspaket, solle erweitert werden, „indem die Kommunen auch dann Flächen für Windenergie ausweisen können, wenn die regionalen Planungen in ihrem Gebiet keine Windflächen vorgesehen haben.“⁶⁴

⁶² BGBl. 2023 I, Nr. 184.

⁶³ Auf das Modernisierungspaket hinweisend, BT-Drs. 20/7622 S. 15.

⁶⁴ *Koalitionsausschuss der Bundesregierung*, Modernisierungspaket, S. 5.

Nahezu gleichlautend betonte auch die Windenergie-an-Land-Strategie des BMWK (Stand: Mai 2023) das Ziel, den Handlungsspielraum der Kommunen zur Ausweisung von Flächen für Windenergie zu erweitern.⁶⁵

Im ursprünglichen, aus dem Mai datierenden Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Gesetz, das später das „Gesetz zur Änderung des LNG-Beschleunigungsgesetzes und zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und zur Änderung des Baugesetzbuchs“⁶⁶ werden sollte, war § 245e Abs. 5 BauGB jedoch noch nicht enthalten (der ursprüngliche Titel des Gesetzentwurf lautete dementsprechend „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des LNG-Beschleunigungsgesetzes und des Energiewirtschaftsgesetzes“⁶⁷). Erst im Rahmen der diesbezüglichen Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie⁶⁸ vom 05.07.2023 findet sich § 245e Abs. 5 BauGB, der in dieser Fassung dann auch Eingang in das Bundesgesetzblatt fand. Trotz (kritischer) Nachfragen von Teilen der Opposition nach dem Sachzusammenhang⁶⁹ zwischen den Änderungen des § 245e BauGB und der Änderung des LNG-Beschleunigungsgesetzes⁷⁰ wurden die neu angedachten Änderungen des BauGB durch die Ausschussmehrheit unter Bezugnahme auf eine – die den Regelungsvorhaben gemeinsame und damit einen Sachzusammenhang (vermeintlich) herstellende – Beschleunigungskomponente⁷¹ im Rahmen eines Omnibus-Verfahrens⁷² verbunden und in den Ausschussentwurf aufgenommen.

Die übrigen Gesetzesmaterialien spiegeln die Kurzfristigkeit der Inkorporation und die thematische Diskrepanz zum ursprünglichen Entwurf wider. Die durch die Opposition mit der Kritik hinsichtlich des Sachzusammenhangs ebenfalls geäußerte Befürchtung, „die geladenen Sachverständigen seien Experten zum Thema LNG und könnten wahrscheinlich nicht zum Thema Windenergie Stellung nehmen“⁷³, werden bedauerlicherweise durch die Anhörung der Sachverständigen

⁶⁵ *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, Windenergie-an-Land-Strategie, S. 9; auf das Strategiepapier hinweisend, *Herzer*, KlimR 2023, S. 262, 263.

⁶⁶ BGBl. 2023 I, Nr. 184.

⁶⁷ BR-Drs. 219/23, S. 1.

⁶⁸ BT-Drs. 20/7622.

⁶⁹ Zum Erfordernis eines Zusammenhangs, siehe *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das sogenannte Omnibusverfahren, S. 5.

⁷⁰ BT-Drs. 20/7622, S. 11.

⁷¹ BT-Drs. 20/7622, S. 11.

⁷² BT-Drs. 20/7622, S. 12; siehe zum Omnibusverfahren *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das sogenannte Omnibusverfahren.

⁷³ BT-Drs. 20/7622, S. 11.

am 03.07.2023 bestätigt. Lediglich die (schriftliche⁷⁴ sowie mündliche⁷⁵) Stellungnahme des Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (BDEW) beschäftigt sich eingehend mit § 245e Abs. 5 BauGB. Diesbezügliche Beiträge von Vertretern der Kommunen oder überörtlicher Planungsträger fehlen. Der Ausschussbericht beschränkt sich hinsichtlich des Zielabweichungsverfahrens dementsprechend im Wesentlichen darauf, zu betonen, dass der „Spielraum der Gemeinde“ durch die Vorschrift erweitert werden soll.⁷⁶

Bemerkenswert erscheint der im Rahmen der 1035. Sitzung des Bundesrats (am 07.07.2023) geäußerte Hinweis des Landes Schleswig-Holstein zu § 245e Abs. 5 BauGB, dass die mit § 245e Abs. 5 BauGB eröffnete Möglichkeit zur Zielabweichung „[...] möglicherweise mit der zurzeit in Vorbereitung befindlichen Regionalplanung zur Festlegung von Vorranggebietsflächen kollidiert“.⁷⁷ Hierdurch könne „das Risiko bestehen, dass die im Planfeststellungsverfahren ermittelte Flächenkulisse durch eine gegenläufige gemeindliche Planung unterlaufen wird und materiell nicht mit dem Plankonzept der Regionalplanung kompatibel ist.“⁷⁸

Angesichts der mit dem Zielabweichungsverfahren verbundenen – und teilweise noch zu erörternden – Rechtsfragen sowie den ungeklärten Implikationen für bereits begonnene Planungsprozesse ist der Stellungnahme des Landes auch darin beizupflichten, „dass das Omnibusverfahren für die Regelung als nicht sachgerecht betrachtet wird, da eine Erörterung und Klärung der angesprochenen Fragen nicht in angemessenem Umfang stattfinden konnte. Die Eilbedürftigkeit erschließt sich für diesen Teil nicht [...]“⁷⁹. Weniger Eile, aber dafür mehr Gründlichkeit sowie eine Anhörung, die in Bezug auf § 245e Abs. 5 BauGB auch den Namen verdient, hätten dem Gesetz sicherlich gutgetan.

Mit dem „Gesetz zur Änderung des LNG-Beschleunigungsgesetzes und zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und zur Änderung des Baugesetzbuchs“ vom 12.07.2023⁸⁰ wurde der neue Absatz 5 schließlich in die Überleitungsvorschriften des § 245e BauGB eingefügt.

⁷⁴ Vgl. Au-Drs. (Ausschuss für Klimaschutz und Energie) 20(25)442, S. 18 ff. der Zusammenstellung.

⁷⁵ Vgl. etwa Au-Wortprotokoll (Ausschuss für Klimaschutz und Energie) 20/72, S. 12 und 29.

⁷⁶ BT-Drs. 20/7622, S. 15.

⁷⁷ BR-Plenarprotokoll 1035, S. 246 f.

⁷⁸ BR-Plenarprotokoll 1035, S. 246 f.

⁷⁹ BR-Plenarprotokoll 1035, S. 246 f.

⁸⁰ BGBl. 2023 I, Nr. 184.

II. Sinn und Zweck der Vorschrift

Wie bereits dargestellt zielt die erleichterte Zielabweichung des § 245e Abs. 5 BauGB darauf ab, den Spielraum der Gemeinden zur Ausweisung von Windenergiegebieten zu erweitern.⁸¹ Den Hintergrund der Regelung bildet die bisherige Konzentrationsflächenplanung, die mit dem Wind-an-Land-Gesetz abgelöst wird (siehe hierzu Gliederungspunkte B. II. und B. III). Die bisherige – planerisch aufwendige – „Ausschlussplanung“ durch Konzentrationszonen wird nicht mehr nötig (und möglich) sein, vielmehr sollen durch die Ausweisung von Windenergiegebieten bestimmte Flächen – mit vergleichsweise niedrigerem planerischen Aufwand – für Windenergievorhaben angeboten werden („Positivplanung“). Für den bereits skizzierten Übergangszeitraum (siehe hierzu Gliederungspunkt B. III. 2. b)) des Systemwechsels gelten nach § 245e Abs. 1 S. 1 BauGB die Rechtswirkungen eines Raumordnungs- oder Flächennutzungsplans gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bis zu einem näher bezeichneten Zeitpunkt fort, sofern der Plan bis zum 01.02.2024 wirksam geworden ist. Bis dahin erfolgte Konzentrationsflächenplanungen können damit weiterhin eine Sperrwirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB entfalten.

Wohl hieran anknüpfend wird im Bericht zur Beschlussempfehlung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie zu § 245e Abs. 5 BauGB ausgeführt: „Nach der Konzeption des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353) können planerische Ausschlusswirkungen im Sinne des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB noch längstens bis Ende 2027 fortgelten, § 245e Absatz 1 Satz 1 BauGB. Durch die fortgeltende Ausschlusswirkung können Gemeinden rechtlich daran gehindert sein, in ihrem Gemeindegebiet Windenergiegebiete auszuweisen, obwohl dort dazu die Bereitschaft besteht. Der neue Absatz 5 soll insbesondere in diesem Fall den Spielraum der Gemeinde erweitern.“⁸²

Diese Erwägungen des Gesetzgebers zum Sinn und Zweck der Vorschrift mögen auf den ersten Blick einleuchten, scheinen bei genauerer Betrachtung allerdings zumindest ungenau und missverständlich. Denn § 35 BauGB trifft Regelungen für das „Bauen im Außenbereich“ und betrifft primär die Ebene der Vorhabenzulassung. Richtigerweise führen *Meurers/Söfker* insoweit aus: „§ 35 Abs. 3 S. 3 bildet die Rechtsgrundlage für die Beachtlichkeit der Ausschlusswirkung im Rahmen der Zulässigkeitsentscheidung, indem er der

⁸¹ BT-Drs. 20/7622, S. 2, 8, 12, 15.

⁸² BT-Drs. 20/7622, S. 15.

planerischen Ausschlusswirkung rechtliche Außenwirkung gegenüber den Bauantragstellern und Vorhabenträgern verleiht, die Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen ansonsten nicht unmittelbar zukommen würde.⁸³ Inwiefern allerdings Gemeinden – auf der Planungsebene der Bauleitplanung (und gerade nicht auf Ebene der Vorhabenzulassung) – durch die gemäß § 245e Abs. 1 S. 1 BauGB fortgeltenden „planerische[n] Ausschlusswirkungen im Sinne des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB“ „rechtlich daran gehindert sein [können], in ihrem Gemeindegebiet Windenergiegebiete auszuweisen, obwohl dort dazu die Bereitschaft besteht“⁸⁴, erschließt sich auf den ersten Blick nicht, enthält § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB doch hierfür (zumindest unmittelbar) keine Restriktionen.

Trotz dieser verunglückten Begründung kann auf den Sinn und Zweck des § 245e Abs. 5 BauGB nur vor dem Hintergrund der Konzentrationsflächenplanung geschlossen werden. Denn auf überörtlicher Ebene fand die Konzentrationsflächenplanung überwiegend im Rahmen der Regionalplanung statt. Entsprechende Festlegungen wurden als Ziele der Raumordnung formuliert (siehe hierzu auch Gliederungspunkt B. I.) und in den Regionalplänen verankert. Zur Illustration kann die überörtliche Planung des Freistaats Sachsen herangezogen werden. Im derzeit geltenden Landesentwicklungsplan 2013⁸⁵ (LEP 2013), also dem landesweiten Plan im Sinne des § 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG, sieht Ziel 5.1.3 vor, dass die „Nutzung der Windenergie [...] durch eine abschließende, flächendeckende Planung nach dem Prinzip der dezentralen Konzentration in den Regionalplänen durch die Festlegung von Vorrang- und Eignungsgebieten zur Nutzung der Windenergie räumlich zu konzentrieren [ist]“.⁸⁶ Die Regionalplanungsträger sind an diese Vorgabe gebunden (vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG). Dementsprechend legt etwa der Regionalplan Leipzig-West Sachsen in dessen Festlegung Z 5.1.2.1 fest, dass „[d]ie Errichtung von Windenergieanlagen [...] ausschließlich in den Vorrang- und Eignungsgebieten zur Nutzung der Windenergie zulässig [ist]“.⁸⁷ Z 5.1.2.2 des Regionalplans zählt anschließend die Vorrang- und Eignungsgebiete auf. An diese Vorgaben sind die Gemeinden – auf Ebene der Bauleitplanung – ihrerseits gemäß § 1 Abs. 4 BauGB gebunden. Vor diesem Hintergrund können Gemeinden durch eine Ausschlusswirkung der durch die Regionalplanung festgelegten Konzentrationsflächen „[...] rechtlich daran

⁸³ Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Meurers/Söfker, § 245e Rn. 4.

⁸⁴ BT-Drs. 20/7622, S. 15.

⁸⁵ SächsGVBl. 11/2013, S. 582.

⁸⁶ *Freistaat Sachsen*, LEP 2013, S. 146.

⁸⁷ *Regionaler Planungsverband Leipzig-West Sachsen*, Regionalplan Leipzig-West Sachsen, S. 183.

gehindert sein, in ihrem Gemeindegebiet Windenergiegebiete auszuweisen, obwohl dort dazu die Bereitschaft besteht.“⁸⁸

Auch bisher war den Gemeinden in diesen Konstellationen über § 6 Abs. 2 ROG eine Zielabweichung möglich (siehe hierzu Gliederungspunkt C. III.). Die mit § 245e Abs. 5 BauGB eröffnete Möglichkeit zur Zielabweichung adressiert diese Fälle jedoch ebenfalls und erweitert den diesbezüglichen „Spielraum der Gemeinde[n]“⁸⁹. Der Sinn und Zweck der Vorschrift liegt damit darin, vor dem Hintergrund der oben skizzierten raumordnerischen Restriktionen den Gemeinden (als nicht zuständigen Planungsträgerinnen) eine erleichterte Zielabweichung von Zielen der Raumordnung zur bauleitplanerischen Ausweisung von Windenergiegebieten zu ermöglichen. Angesichts dessen erscheint es damit zwar nicht falsch, bei § 245e Abs. 5 BauGB von einer „kommunale[n] Öffnungsklausel“⁹⁰ zu sprechen. Da die Vorschrift den Weg zur Zielabweichung aber streng genommen nicht neu „öffnet“ (vgl. § 6 Abs. 2 ROG), sondern vielmehr „nur“ erleichtert, erscheint die Bezeichnung als erleichterte Zielabweichung⁹¹ konsequenter.

III. Verhältnis zu § 6 Abs. 2 ROG

Bereits in den obigen Ausführungen klang an, dass § 245e Abs. 5 BauGB den Weg einer Zielabweichung nicht neu öffnet, sondern nur erleichtert. Denn nicht erst seit Erlass des WindBG besteht das Bedürfnis nach Abweichungen von den – im Grundsatz strikt verbindlichen (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG sowie § 4 Abs. 1 ROG) – Bindungen der Ziele der Raumordnung. Mit Artikel 4 des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz vom 22.04.1993⁹² wurde erstmals eine Zielabweichungsvorschrift im bundesrechtlichen ROG normiert.⁹³ In der derzeitigen Fassung des ROG sind Möglichkeiten zur Zielabweichung sowohl in § 6 Abs. 2 ROG als auch in § 19 ROG geregelt. § 19 ROG behandelt dabei den Sonderfall von Zielabweichungen bei Raumordnungsplänen des Bundes, verweist jedoch hinsichtlich seiner Voraussetzungen maßgeblich auf § 6 Abs. 2 ROG („Hinsichtlich der Zielabweichung [...] gilt § 6 Abs. 2 mit der Maßgabe, dass [...]“).

⁸⁸ BT-Drs. 20/7622, S. 15.

⁸⁹ BT-Drs. 20/7622, S. 15.

⁹⁰ Siehe etwa *Herzer*, KlimR 2023, S. 262.

⁹¹ So letztlich wohl auch *Tischmacher*, KommunalPraxis Bayern 2023, S. 366, 367.

⁹² BGBl. 1993 I, S. 466.

⁹³ Vgl. *Kment/Kment*, § 6 Rn. 5.

In § 6 Abs. 2 ROG ist der „Grundfall“ der Zielabweichung geregelt. Die Vorschrift lautet:

„¹Die zuständige Raumordnungsbehörde soll einem Antrag auf Abweichung von einem Ziel der Raumordnung stattgeben, wenn die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt werden. ²Antragsberechtigt sind die öffentlichen Stellen und die Personen des Privatrechts, die das Ziel, von dem eine Abweichung zugelassen werden soll, nach § 4 zu beachten haben. ³Antragsberechtigt sind auch Personen des Privatrechts, deren beantragtes Vorhaben der Planfeststellung oder der Genehmigung mit der Rechtswirkung der Planfeststellung bedarf oder deren beantragtes Vorhaben nach § 4 Absatz 2 zu beurteilen ist. ⁴Die Bundesregierung berichtet dem Deutschen Bundestag bis zum 28. September 2024, welche Auswirkungen die Zielabweichungsverfahren nach den Sätzen 1 bis 3 auf die kommunale Planungshoheit haben.“

Nach dieser Vorschrift soll demnach die zuständige Raumordnungsbehörde einem Antrag auf Zielabweichung stattgeben, wenn die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt werden. Zu den Antragsberechtigten im Sinne des § 6 Abs. 2 S. 1 ROG können auch Gemeinden zählen. Mithilfe der Zielabweichungsmöglichkeit nach § 6 Abs. 2 ROG könnten damit Gemeinden – wie auch nach § 245e Abs. 5 BauGB – Abweichungen von Zielfestlegungen beantragen. Dies wirft die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis der Vorschriften auf.

Eindeutig erscheint insofern, dass es sich bei § 245e Abs. 5 BauGB um eine speziellere Vorschrift als § 6 Abs. 2 ROG handelt. Denn während nach § 6 Abs. 2 ROG eine Antragsberechtigung für „die öffentlichen Stellen und die Personen des Privatrechts, die das Ziel, von dem eine Abweichung zugelassen werden soll, nach § 4 zu beachten haben“ besteht, sind nach dem insoweit enger formulierten § 245e Abs. 5 BauGB lediglich die Gemeinden antragsberechtigt. Zudem soll § 245e Abs. 5 BauGB nur zur Ausweisung von Windenergiegebieten zur Anwendung kommen. § 6 Abs. 2 ROG hingegen ist nicht hierauf beschränkt.

Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht falsch, § 245e Abs. 5 BauGB als eine Art *lex specialis*⁹⁴ und § 6 Abs. 2 ROG als *lex generalis* anzusehen.⁹⁵ Hierfür spricht auch der Wortlaut des § 245e Abs. 5 BauGB, nach dem einer Zielabweichung

⁹⁴ Herzer, KlimR 2023, S. 262, 263.

⁹⁵ Vgl. jeweils Wank, Juristische Methodenlehre, § 16 Rn. 182 ff; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 31 f.

„abweichend von § 6 Absatz 2 des Raumordnungsgesetzes stattgegeben werden“ soll. Die mit dieser Kategorisierung üblicherweise verbundene Auslegungsregel *lex specialis derogat legi generali* dürfte hier jedoch in die Irre leiten. Denn es erscheint möglich, dass in Einzelfällen zwar eine Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB, nicht aber die Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 ROG ausscheidet. Eine Pflicht zur vorrangigen Anwendung des § 245e Abs. 5 BauGB oder gar eine hierdurch hervorgerufene Sperrwirkung gegenüber § 6 Abs. 2 ROG ist vor dem Hintergrund des Sinn und Zwecks der Vorschrift, also die „Spielräume“ der Gemeinden⁹⁶ zu erweitern, kontraproduktiv und nicht im Sinne des Gesetzgebers. Den Gemeinden kommt vielmehr ein Wahlrecht zu. Sie können entscheiden, ob sie die Abweichung nach der neuen (und damit unerprobten) spezielleren Norm des § 245e Abs. 5 BauGB beantragen oder ob sie die – langjährig bekannte und erprobte – Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 ROG anstreben.

IV. Voraussetzungen der erleichterten Zielabweichung

§ 245e Abs. 5 BauGB enthält die spezifischen Voraussetzungen einer erleichterten Zielabweichung. Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht auf sämtliche Einzelheiten der jeweiligen Anwendungsvoraussetzungen eingegangen werden; dies bleibt der rechtswissenschaftlichen Kommentarliteratur vorbehalten. Im Folgenden werden einige relevante Aspekte skizziert und punktuell genauer analysiert.

1. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die erleichterte Zielabweichung kommt nur innerhalb eines bestimmten zeitlichen Anwendungsbereiches in Betracht. Beginn und Ende des Anwendungsbereiches werden im Folgenden vorgestellt.

Die Vorschrift des § 245e Abs. 5 BauGB trat – trotz ihrer Verkündung im Bundesgesetzblatt im Juli 2023 – gemäß Artikel 4 des „Gesetzes zur Änderung des LNG-Beschleunigungsgesetzes und zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und zur Änderung des Baugesetzbuchs“⁹⁷ erst am 14.01.2024 in Kraft. Ab diesem Zeitpunkt können Gemeinden mithin in den Genuss der erleichterten Zielabweichung kommen.

⁹⁶ Vgl. BT-Drs. 20/7622, S. 15.

⁹⁷ BGBl. 2023 I, Nr. 184.

Das zeitliche Ende des Anwendungsbereichs ergibt sich aus einem Verweis auf § 245e Abs. 1 S. 2 BauGB. Nur wenn die Gemeinde plant, „vor dem in Absatz 1 Satz 2 genannten Zeitpunkt ein Windenergiegebiet [...] auszuweisen“, kommt eine erleichterte Zielabweichung in Betracht. Bei dem in Abs. 1 S. 2 genannten Zeitpunkt kann es sich zum einen um die Feststellung des „Erreichen[s] des Flächenbeitragswerts oder eines daraus abgeleiteten Teilflächenziels gemäß § 5 Absatz 1 oder Absatz 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes“ handeln. Zum anderen, als spätester Zeitpunkt, kommt auch der „Ablauf des Stichtags für den Flächenbeitragswert nach Spalte 1 der Anlage des Windenergieflächenbedarfsgesetzes“ in Betracht. Dies bedeutet, dass – sofern die Länder von der ihnen durch § 3 Abs. 4 WindBG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht und die in der Anlage zum WindBG genannten Stichtage auf einen früheren Zeitpunkt vorgezogen haben – mit der selbstgesetzten Frist auch die Möglichkeit zur erleichterten Zielabweichung zugunsten von Gemeinden endet.⁹⁸

Einerseits ist die Anwendbarkeit der erleichterten Zielabweichung demnach – im Gleichlauf zu § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB und logisch konsequent – auflösend an das Erreichen des Beitragswertes geknüpft. Ab diesem Zeitpunkt besteht für die punktuelle Aufhebung der Bindungswirkung von Zielen der Raumordnung gemäß § 245e Abs. 5 BauGB (und gemäß § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB) keine Notwendigkeit mehr.

Andererseits bedeutet der Verweis auf § 245e Abs. 1 S. 2 BauGB jedoch auch, dass der zeitliche Anwendungsbereich „spätestens aber mit Ablauf des Stichtags für den Flächenbeitragswert nach Spalte 1 der Anlage des Windenergieflächenbedarfsgesetzes“ endet. Dies erscheint systematisch und teleologisch fragwürdig. Denn sofern der Flächenbeitragswert verfehlt wird, sieht § 249 BauGB mit der Regelung des § 249 Abs. 7 BauGB eine „Superprivilegierung“ für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB vor, sofern sie der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen. Auf Zulassungsebene können derartigen Vorhaben Ziele der Raumordnung nicht mehr entgegengehalten werden, ihre Zulassung wird damit erheblich vereinfacht. Auch die Rechtswirkungen des Planvorbehalts nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gelten gemäß § 245e Abs. 1 S. 2 BauGB nicht mehr fort. Auf der Ebene der Planung bleiben die zuständige Planungsträger hinsichtlich der Ausweisung von Windenergiegebieten

⁹⁸ Einen derartigen dynamischen Stichtag kritisiert der BDEW in seiner Stellungnahme zum Gesetz, siehe Au-Drs. (Ausschuss für Klimaschutz und Energie) 20(25)442, S. 21 f. der Zusammenstellung aller Stellungnahmen.

weiterhin nach § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB privilegiert. Die Ausweisung von Windenergiegebieten wird also – trotz oder gerade wegen der Verfehlung der Flächenbeitragswerte – nicht zusätzlich erschwert. Für nicht zuständige Gemeinden bedeutet das Verfehlen der Flächenbeitragswerte hingegen, dass die Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB aufgrund des Verweises auf § 245e Abs. 1 S. 2 BauGB nicht mehr zur Anwendung kommen kann und den Gemeinden vielmehr nur noch das Instrument der Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 ROG zur Verfügung steht (siehe hierzu Gliederungspunkt C. III.). Angesichts der Vorschriften nach § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB und § 249 Abs. 7 BauGB sowie dem Sinn und Zweck der erleichterten Zielabweichung erscheint dies ein bemerkenswertes Ergebnis. Sollte sich der Gesetzgeber – wie in der Vergangenheit bei anderen Normen üblich und bereits kritisiert – zu einer nachträglichen „Feinjustierung“ entscheiden, dürfte dies einen geeigneten und sinnvollen Anknüpfungspunkt darstellen.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Sachlich kann § 245e Abs. 5 BauGB nur dort zur Anwendung kommen, wo eine „Gemeinde, die nicht zuständige Planungsträgerin nach § 249 Absatz 5 in Verbindung mit § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes ist“ (Gliederungspunkt a)), plant, „ein Windenergiegebiet gemäß § 2 Nummer 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes auszuweisen, das mit einem Ziel der Raumordnung nicht vereinbar ist“ (Gliederungspunkt b)).

a) Die Gemeinde als unzuständige Planungsträgerin

Wie aus dem insoweit deutlichen Wortlaut des § 245e Abs. 5 BauGB klar wird, kommt als Antragstellerin nur eine Gemeinde in Betracht. Die Regionalplanung, die nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 ROG ebenfalls an die Ziele der Raumordnung gebunden ist⁹⁹, ist damit nicht umfasst und kann folglich nicht mithilfe des § 245e Abs. 5 BauGB erleichtert von den Festlegungen eines landesweiten Raumordnungsplans abweichen.

⁹⁹ Spannowsky/Runkel/Goppel/Goppel, § 4 Rn. 37.

Bei der Gemeinde muss es sich zudem um eine „nicht zuständige Planungsträgerin nach § 249 Absatz 5 in Verbindung mit § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes“ handeln. Dies ist logisch konsequent. Denn nach § 249 Abs. 5 BauGB ist der nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 WindBG jeweils 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 Teilflächenziel) zu erreichen. Wäre die Gemeinde zuständige Planungsträgerin, bedürfte es auch keiner Zielabweichung, da Zielabweichungen nur dort in Betracht kommen, wo ein (wirksames) entgegenstehendes Ziel der Raumordnung vorliegt.¹⁰⁰

Vor diesem Hintergrund bedarf es nach *Herzer* zur Anwendung der erleichterten Zielabweichung „einer verbindlichen Entscheidung des jeweiligen Landes, welcher Planungsträger die (ggf. regionalisierten oder kommunalisierten) Flächenbeitragswerte des WindBG erreichen muss und insofern als Planungsträger nach § 249 Abs. 5 BauGB i.V.m. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WindBG zu beurteilen ist“¹⁰¹. Vor der Benennung des zuständigen Planungsträgers, so *Herzer*, könne § 245e Abs. 5 BauGB nicht angewandt werden, „da unklar ist, wer im konkreten Einzelfall als Planungsträger nach § 249 Abs. 5 BauGB i.V.m. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WindBG zu bewerten ist“¹⁰², mithin also nicht determiniert werden könnte, ob es sich bei der Gemeinde um eine „nicht zuständige Planungsträgerin“ handelt. Da diese Entscheidung ausweislich § 3 Abs. 3 WindBG spätestens bis zum 31.05.2024 geschehen sein muss, gäbe es also gegebenenfalls – je nach Planungsstand innerhalb der Länder und trotz des Inkrafttretens der Norm am 14.01.2024 – einen Zeitraum, in dem die erleichterte Zielabweichung noch nicht zur Anwendung kommen könnte. Dem ist nicht zuzustimmen.

Richtig ist insoweit, dass § 245e Abs. 5 BauGB eng mit der Vorschrift des § 249 Abs. 5 BauGB verknüpft ist. „Nicht zuständige Planungsträgerin“ ist die Gemeinde – entgegen der Auffassung *Herzers* – allerdings nicht nur dann, wenn das jeweilige Land eine Entscheidung im Sinne des § 3 Abs. 2 WindBG getroffen und sich insofern gegen die Formulierung von Teilflächenzielen für die Kommune entschieden hat. Sie ist vielmehr auch vor dieser Entscheidung unzuständig im Sinne des § 249 Abs. 5 BauGB. Die Entscheidung der Länder nach § 3 Abs. 2 WindBG führt gerade nicht dazu, dass die Gemeinde „nicht zuständige

¹⁰⁰ Vgl. *Kment/Kment*, § 6 Rn. 11.

¹⁰¹ *Herzer*, *KlimR* 2023, S. 262, 264.

¹⁰² *Herzer*, *KlimR* 2023, S. 262, 264.

Planungsträgerin“ wird, denn dies ist angesichts der in § 3 Abs. 1 WindBG formulierten Verpflichtung der Länder der „Ausgangsfall“ (vgl. auch § 3 Abs. 2 S. 1 WindBG: „Die Länder erfüllen die Pflicht [...]“). Die Entscheidung des Landes ist bezüglich der Unzuständigkeit nicht konstitutiv. Anders liegt dies hinsichtlich der Eigenschaft als „zuständiger Planungsträger“ im Sinne des § 249 Abs. 5 BauGB. Durch die Festlegung von kommunalen Teilflächenzielen werden die bisher unzuständigen Gemeinden – konstitutiv – zu „zuständigen Planungsträgern“ im Sinne des § 249 Abs. 5 BauGB.¹⁰³ Erst ab diesem Zeitpunkt sind sie an entgegenstehende Ziele der Raumordnung nicht gebunden.

Vor diesem Hintergrund ist die Anwendung des § 245e Abs. 5 BauGB nicht davon abhängig, dass die Länder verbindlich darüber entschieden haben, welcher Planungsträger die Flächenbeitragswerte erreichen muss (wenngleich ein Abwarten dieser Entscheidung aus Gründen der Verfahrensökonomie¹⁰⁴ sinnvoll erscheint).

b) Mit einem Ziel der Raumordnung unvereinbares Windenergiegebiet

Der Begriff des Windenergiegebiets ist in § 2 Nr. 1 WindBG legaldefiniert. Hieraus geht hervor, dass Gemeinden im Rahmen von Bauleitplänen entsprechende Gebiete ausweisen können (vgl. insoweit § 2 Nr. 1 a) WindBG). Fraglich erscheint, von welchen Zielfestlegungen der § 245e Abs. 5 BauGB hierzu eine erleichterte Abweichung ermöglicht. Welchen Inhalt die Zielfestlegung haben muss, wird in der Vorschrift nicht näher spezifiziert. Denkbar ist einerseits, dass § 245e Abs. 5 BauGB eine erleichterte Abweichung von allen Arten von Zielen der Raumordnung ermöglicht, sofern das geplante Windenergiegebiet mit diesem Ziel nicht vereinbar ist und die übrigen Voraussetzungen des § 245e Abs. 5 BauGB vorliegen. Andererseits könnte § 245e Abs. 5 BauGB so zu interpretieren sein, dass lediglich von derartigen Zielfestlegungen abgewichen werden können soll, die für Gemeinden in Flächenrestriktionen hinsichtlich der Windenergie resultieren – also etwa regionalplanerischen Festlegungen, nach denen bauleitplanerische

¹⁰³ Vgl. insoweit auch BT-Drs. 20/2355 S. 34 („Die Regelung [des § 249 Abs. 5 BauGB] ist anwendbar, sobald verbindlich feststeht, welcher Planungsträger der zuständige gemäß § 3 Absatz 2 WindBG ist“).

¹⁰⁴ Wird die Gemeinde nach Einleitung eines Zielabweichungsverfahrens „zuständiger Planungsträger“ im Sinne des § 249 Abs. 5 BauGB, ist sie ab diesem Zeitpunkt bei der Ausweisung von Windenergiegebieten nicht mehr an entgegenstehende Ziele der Raumordnung gebunden. Der Grund für das angestrebte Zielabweichungsverfahren entfällt damit nachträglich.

Windenergiegebiete gänzlich ausgeschlossen oder zumindest nur in den dafür vorgesehenen Bereichen zulässig sind.

Die Gesetzesmaterialien führen bei der Klärung dieser Frage nicht entscheidend weiter. Zwar enthält der Bericht zur Beschlussempfehlung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie des deutschen Bundestages Ausführungen hinsichtlich des § 245e Abs. 5 BauGB. Wie bereits ausgeführt wurde (siehe Gliederungspunkt C. II.), sind diese Erwägungen jedoch zumindest hinsichtlich der Bedeutung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für bauleitplanerische Ausweisungen missverständlich und damit auch hinsichtlich der hier relevanten Auslegungsfrage nur bedingt tragfähig.

Systematische Erwägungen weisen jedoch darauf hin, dass § 245e Abs. 5 BauGB Abweichungen (nur) von flächenbezogenen Zielen ermöglicht. Wie bereits aus dem Wortlaut des § 245e Abs. 5 BauGB ersichtlich ist, kann die hier normierte Zielabweichungsmöglichkeit nur in einem Zusammenhang mit § 249 Abs. 5 BauGB verstanden werden („nicht zuständige Planungsträgerin nach § 249 Absatz 5 in Verbindung mit § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes“). Im Rahmen einer gemeinsamen Betrachtung beider Vorschriften kann ihr Verhältnis so verstanden werden, dass einerseits die zuständigen Planungsträger bei der Ausweisung von Windenergiegebieten gemäß § 249 Abs. 5 BauGB nicht an entgegenstehende Ziele der Raumordnung gebunden sein sollen, während den unzuständigen Gemeinden andererseits – gewissermaßen als „minus“ hierzu – zumindest die Möglichkeit der erleichterten Zielabweichung zugutekommen soll. Legt man dieses Verständnis zugrunde, kann von § 249 Abs. 5 BauGB auf den Inhalt des § 245e Abs. 5 BauGB geschlossen werden. Nach § 249 Abs. 5 BauGB sind die zuständigen Planungsträger „an entgegenstehende Ziele der Raumordnung oder entgegenstehende Darstellungen in Flächennutzungsplänen nicht gebunden, soweit dies erforderlich ist, um den Flächenbeitragswert im Sinne des § 3 Absatz 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes oder ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel zu erreichen“. § 249 Abs. 5 BauGB entbindet demnach nur von Zielen der Raumordnung, soweit dies erforderlich ist, um den Flächenbeitragswert zu erreichen. Der hiermit vorgesehene Entfall der Zielbindung hat damit im Grundsatz einen flächenbezogenen Ansatz. Wenn man nun die Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB als „minus“ zu § 249 Abs. 5 begreift, kann die Abweichungsmöglichkeit der Gemeinde aber nicht weiter reichen als der Wegfall der Bindungswirkung gemäß § 249 Abs. 5 BauGB zugunsten des zuständigen Planungsträgers. Hieraus folgt, dass eine Zielabweichung nach § 245e Abs. 5

BauGB – im Gleichklang mit § 249 Abs. 5 BauGB – nur für Ziele ermöglicht wird, die in Flächenrestriktionen für Gemeinden resultieren.¹⁰⁵

Ob und inwieweit ein Ziel der Raumordnung flächenbezogen ist, dürfte allerdings im Einzelfall zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen. Als Beispiel seien hier raumordnerische Höhenbegrenzungen genannt. Angesichts des § 4 Abs. 1 S. 5 WindBG erscheint offen, ob es sich insofern nicht auch um eine Festlegung handelt, von der eine Abweichung erforderlich sein kann, um die Flächenbeitragswerte zu erreichen. Um derartige Abgrenzungsprobleme zu vermeiden und der im Rahmen der Gesetzesmaterialien – wenn auch missverständlich – vorgenommenen Anknüpfung an § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Rechnung zu tragen, kann der Anwendungsbereich noch weiter eingegrenzt werden: Eine Abweichung mithilfe des § 245e Abs. 5 BauGB kommt danach nur dort in Betracht, wo von solchen – letztlich flächenbezogenen – Zielen der Raumordnung abgewichen werden soll, die mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB in Zusammenhang stehen.¹⁰⁶ In Zusammenschau mit § 245 Abs. 1 S. 1 BauGB ergibt sich bei einem solchen Verständnis zudem, dass das Ziel der Raumordnung bis zum 01.02.2024 wirksam geworden sein muss.

3. Keine unvereinbare Nutzung oder Funktion

Gemäß § 245e Abs. 5 BauGB soll dem Antrag der Gemeinde auf Zielabweichung stattgegeben werden, „wenn der Raumordnungsplan an der von der Gemeinde für Windenergie geplanten Stelle kein Gebiet für mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen festlegt.“ Der Gesetzgeber sieht hiermit ein Ausschlusskriterium vor.

Wie aus dem Wortlaut der Vorschrift deutlich wird, bedarf es für die Ausschlusswirkung zunächst einer Gebietsfestlegung im Raumordnungsplan, durch die für die in Betracht kommende Fläche (mit der Windenergie unvereinbare) Nutzungen oder Funktionen festgelegt werden. § 245e Abs. 5 BauGB zielt damit erkennbar auf § 7 Abs. 3 ROG. Die Bezugnahme auf „unvereinbare Nutzungen oder Funktionen“ scheint zunächst dafür zu sprechen, dass sich der Gesetzgeber

¹⁰⁵ Hierfür sprechen auch die Angaben zum „Wesentliche[n] Inhalt der Vorlage“ im Rahmen des Berichts des Ausschusses. Denn hier wird bezüglich § 245e Abs. 5 BauGB angegeben: „Darüber hinaus soll der Handlungsspielraum erweitert werden, indem die Kommunen auch dann Flächen für Windenergie ausweisen können, wenn die Regionalplanungen in ihrem Gebiet keine Windflächen vorgesehen haben“, BT-Drs. 20/7622, S. 8.

¹⁰⁶ A.A. wohl Herzer, KlimR 2023, S. 262, 266.

insbesondere an der Gebietskategorie der „Vorranggebiete“ nach § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ROG orientierte.¹⁰⁷ Vorranggebiete sind gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ROG Gebiete, „die für bestimmte raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen vorgesehen sind und andere raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen in diesem Gebiet ausschließen, soweit diese mit den vorrangigen Funktionen oder Nutzungen nicht vereinbar sind“. In diesem Sinne könnte auch der Ausschussbericht verstanden werden, wird dort doch betont, dass der Gemeinde „die Abweichung von Zielen der Raumordnung gestattet werden soll, wenn nicht der Raumordnungsplan die Fläche dezidiert für eine andere, mit der Windenergie nicht vereinbare Nutzung reserviert hat.“¹⁰⁸

Dennoch ist § 245e Abs. 5 BauGB nicht so zu verstehen, dass nur Vorranggebiete nach § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ROG eine „Sperrwirkung“ auszulösen vermögen. Denn der Wortlaut des § 245e Abs. 5 BauGB benennt nicht explizit alleine die Vorranggebiete als „Ausschlussgebiete“, sondern spricht vielmehr unbestimmt von der Festlegung von „Gebiet[en] für mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen“. Die im Rahmen des Ausschussberichts verwendeten Wörter „dezidiert“ und „reserviert“ mögen zwar so gedeutet werden können, dass der Gesetzgeber eine Beschränkung auf Vorranggebiete gewollt hat. Vor dem Hintergrund dieser – nicht zweifelsfreien – Interpretation auf eine gesetzgeberische Begrenzung exklusiv auf Vorranggebiete zu schließen, überzeugt angesichts des offen formulierten Gesetzeswortlauts jedoch nicht, zumal es dann nahegelegen hätte, dies im Ausschussbericht durch explizite Bezugnahme auf Vorranggebiete klarzustellen. Gerade dies ist aber nicht der Fall. Vor diesem Hintergrund kommen für die Ausschlusswirkung auch andere Gebietsfestlegungen in Betracht. Da der Katalog des § 7 Abs. 3 ROG nicht abschließend ist („[i]nbesondere können dies Gebiete sein“), lässt sich nicht verallgemeinern, welche Gebiete die ausschließende Wirkung im Sinne des negativen Tatbestandsmerkmals hervorzurufen vermögen.

Das Gebiet muss auch „mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen“ festlegen. Zu der Frage, wann eine Unvereinbarkeit in diesem Sinne vorliegt, schweigt § 245e Abs. 5 BauGB. Vor dem Hintergrund der ähnlichen Formulierungen erscheint ein Rückgriff auf § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ROG möglich.¹⁰⁹ „Nicht vereinbar“ sind nach *Grotfels* Nutzungen und Funktionen in Vorranggebieten, wenn „die Realisierung der anderen Funktionen oder Nutzungen

¹⁰⁷ Vgl. *Herzer*, KlimR 2023, S. 262, 264 f.

¹⁰⁸ BT-Drs. 20/7622, S. 15.

¹⁰⁹ Vgl. insoweit auch *Herzer*, KlimR 2023, S. 262, 264.

die der vorrangigen Funktion oder Nutzung in dem betroffenen Gebiet verhindern oder zumindest behindern würde“¹¹⁰. Diese Definition kann auf die vorliegende Konstellation entsprechend übertragen werden. Letztlich ist hier anhand der Umstände im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden. Aus dem Merkmal der Unvereinbarkeit wird jedoch deutlich, dass eine als Grundsatz der Raumordnung formulierte Gebietsfestlegung die Ausschlusswirkung nicht begründen kann.¹¹¹ Denn Grundsätze der Raumordnung sind im Rahmen von Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 ROG lediglich „zu berücksichtigen“, können also „weggewogen“ werden. Die Annahme einer Unvereinbarkeit erscheint daher in diesen Konstellationen fernliegend.

4. Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale

Nach den obigen Ausführungen muss der zeitliche sowie sachliche Anwendungsbereich für eine erleichterte Zielabweichung eröffnet sein, zudem darf an der von der Gemeinde angedachten Stelle kein Gebiet für mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen festgelegt sein. Fraglich ist, ob § 245e Abs. 5 BauGB daneben um (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmale anzureichern ist.¹¹² Eine derartige Ergänzung kommt vor dem Hintergrund der „*lex generalis*“ (siehe hierzu Gliederungspunkt C. III.) des § 6 Abs. 2 ROG in Betracht. Denn nach dieser Vorschrift soll der Zielabweichung nur stattgegeben werden, „wenn die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt werden“. Insbesondere um diese beiden Tatbestandsmerkmale¹¹³ könnte § 245e Abs. 5 BauGB daher anzureichern sein.

Raumordnerische Vertretbarkeit bedeutet, so *Kerkmann*, „dass die Abweichung materiell-rechtlich den Anforderungen des Plans entspricht, d.h. von vornherein Inhalt des Plans hätte sein können.“¹¹⁴ Durch dieses – letztlich offen gehaltene¹¹⁵ – Tatbestandsmerkmal wird sichergestellt, dass ein durch die förmliche

¹¹⁰ So *Kment/Grotefels*, § 7 Rn. 51.

¹¹¹ Vgl. etwa zur Festlegung von Vorbehaltsgebieten im Sinne des § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ROG als Grundsatz der Raumordnung *Kment/Grotefels*, § 7 Rn. 61 .

¹¹² Vgl. hierzu *Herzer*, KlimR 2023, S. 262, 264.

¹¹³ Vgl. *Kment/Kment*, § 6 Rn. 75 ff. hinsichtlich der im Übrigen diskutierten Tatbestandsmerkmale des § 6 Abs. 2 ROG.

¹¹⁴ *Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz/Kerkmann*, § 6 Rn. 40.

¹¹⁵ Vgl. *Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz/Kerkmann*, § 6 Rn. 41.

Raumplanung nicht zu erzielendes Ergebnis auch nicht im Wege der Abweichung erreicht werden kann¹¹⁶.

Restriktiver¹¹⁷ und problematischer ist hingegen die Voraussetzung, dass durch die Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 ROG „die Grundzüge der Planung nicht berührt werden“ dürfen. Was unter einem Grundzug der Planung zu verstehen ist, kann nicht allgemeingültig bestimmt werden.¹¹⁸ Verkürzt und vereinfacht lässt sich am ehesten sagen, dass hierunter „die den Festsetzungen des Plans zugrunde liegende und in ihm zum Ausdruck kommende planerische Konzeption“ zu verstehen ist, wobei hierzu „auch die mit ihr verfolgten Ziele und Zwecke gehören“¹¹⁹. Eine – die Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 ROG ausschließende – Berührung der Grundzüge der Planung dürfte dann vorliegen, wenn „die Abweichung dem planerischen Grundkonzept zuwiderläuft. Maßgeblich sind dabei im Wesentlichen die Wechselwirkungen mit anderen Zielen und deren dadurch bedingte Beeinflussung. [...] Je tiefer die Befreiung in das Interessengeflecht der Planung eingreift, desto eher liegt der Schluss auf eine Änderung der Planungskonzeption nahe, die nur im Wege der (Um-)Planung möglich ist [...]“.¹²⁰ Insbesondere dort, wo die Abweichung aus Gründen erteilt wird, die für eine Vielzahl gleich gelagerter Fälle gelten, spricht viel für ein Berührtsein der Grundzüge der Planung.¹²¹

Der Wortlaut des § 245e Abs. 5 BauGB enthält diese Tatbestandsmerkmale nicht. Dadurch, dass § 245e Abs. 5 BauGB vorsieht, dass einem Antrag auf Abweichung „abweichend von § 6 Absatz 2 des Raumordnungsgesetzes stattgegeben werden [soll], wenn der Raumordnungsplan an der von der Gemeinde für Windenergie geplanten Stelle kein Gebiet für mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen festlegt“, drückt der Gesetzgeber aus, dass hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen nicht auf § 6 Abs. 2 ROG zurückgegriffen werden soll. Dies widerspräche auch dem Sinn und Zweck des § 245e Abs. 5 BauGB, würde doch eine tatbestandliche „Anreicherung“ dazu führen, dass eine Zielabweichung nur – zusätzlich – unter den Bedingungen des § 6 Abs. 2 ROG durchgeführt werden könnte. (Neue) Spielräume für Gemeinden würden hiermit gerade nicht geschaffen.

¹¹⁶ Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Schmitz, M § 6 Rn. 177.

¹¹⁷ Kment/Kment, § 6 Rn. 70.

¹¹⁸ Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz/Kerkmann, § 6 Rn. 46.

¹¹⁹ Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz/Kerkmann, § 6 Rn. 47; Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Schmitz, M § 6 Rn. 181.

¹²⁰ Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz/Kerkmann, § 6 Rn. 48.

¹²¹ Kment/Kment, § 6 Rn. 73 m.w.N.

Weitgehend unproblematisch erscheint dabei der Verzicht auf das Merkmal der raumordnerischen Vertretbarkeit. Schon aus dem Charakter eines Zielabweichungsverfahrens dürfte sich ergeben, dass § 245e Abs. 5 BauGB keinesfalls dazu dienen kann, planerisch nicht haltbare Zustände zu schaffen.¹²²

Diffiziler stellt sich das Absehen der „Nichtberührung der Grundzüge der Planung“ dar.¹²³ „Das Unberührtlassen der Grundzüge der Planung“, so *Schmitz*, „kann als Wesensmerkmal eines Abweichungsverfahrens bezeichnet werden, da es die Abweichung von der Zieländerung oder Ergänzung abgrenzt [...]“.¹²⁴ Ähnlich sieht es wohl auch die Bundesregierung, die im Gesetzentwurf zur kürzlich erfolgten Änderung des § 6 Abs. 2 ROG¹²⁵ ausführte: „Nach der Neuregelung in Satz 1 soll von der zuständigen Raumordnungsbehörde die Abweichung von einem in einem Raumordnungsplan festgelegten Ziel der Raumordnung erteilt werden, wenn die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt werden. Durch die letztgenannten Tatbestandsvoraussetzungen, die unberührt bleiben, wird gewährleistet, dass ein Zielabweichungsverfahren auch zukünftig auf Einzelfälle begrenzt bleibt und als allgemeines Instrument zur Planänderung nicht zur Verfügung steht.“¹²⁶

Dadurch, dass mit § 245e Abs. 5 BauGB insbesondere auf das Merkmal der Nichtberührung der Grundzüge der Planung verzichtet wird, könnte zu schließen sein, dass die erleichterte Zielabweichungsmöglichkeit gerade nicht auf Einzelfälle beschränkt bleibt, sondern vielmehr „flächendeckend“ angewendet werden kann, also als „allgemeines Instrument zur Planänderung“ zur Verfügung steht. Dies würde einen erheblichen Eingriff in das System der Raumordnung nach dem ROG bedeuten. Gerade vor dem Hintergrund des mit § 245e Abs. 5 BauGB angeordneten „intendierten Ermessens“ (siehe hierzu Gliederungspunkt C. V. 1.) käme den (für die überörtliche Planung eigentlich unzuständigen) Gemeinden im Bereich der Windenergie eine nicht unerhebliche raumordnerische Machtfülle zu.

Gegen eine derart weitreichende Grenzverschiebung sprechen jedoch einerseits die Gesetzesmaterialien. Die – zur Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 eher

¹²² Ähnlich *Herzer*, *KlimR* 2023, S. 262, 264.

¹²³ Im Freistaat Sachsen existiert mit der sogenannten „Flexibilisierungsklausel“ nach § 20 Abs. 3 SächsLPIG bereits eine (landesrechtliche) Vereinfachung von Zielabweichungen zugunsten des Ausbaus von Windenergieanlagen. Auch im Rahmen dieser Vorschrift wird auf das Tatbestandsmerkmal der „Nichtberührung der Grundzüge der Planung“ verzichtet. Ob sich der Bundesgesetzgeber die Regelung des sächsischen Landesplanungsgesetz zum Vorbild nahm, ist dem Verfasser nicht bekannt.

¹²⁴ *Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Schmitz*, M § 6 Rn. 182 m.w.N.

¹²⁵ BGBl. 2023 I, Nr. 88.

¹²⁶ BT-Drs. 20/4823, S. 22.

dürftigen und insgesamt knappen – Erwägungen im Bericht zur Beschlussempfehlung lassen keinen solchen Paradigmenwechsel vermuten. Hätte der Gesetzgeber einen solchen bezweckt, wäre eine ausführliche Begründung dessen zu erwarten gewesen. Andererseits erscheint es auch sinnwidrig, wenn der Gesetzgeber zunächst die Länder durch § 3 Abs. 2 WindBG berechtigt und verpflichtet, die Flächenbeitragswerte mit den dort beschriebenen Umsetzungsmöglichkeiten zu erreichen, nun aber – wenngleich nur für den Übergangszeitraum nach § 245e Abs. 1 S. 2 BauGB – die Gemeinde (als die nach der Länderentscheidung eigentlich „nicht zuständige Planungsträgerin“) mit derartig weitreichenden Kompetenzen ausstattet.

Vor diesem Hintergrund ist damit davon auszugehen, dass es sich bei § 245e Abs. 5 BauGB um ein „klassisches“ Zielabweichungsverfahren (wenn auch mit modifizierten Voraussetzungen) und gerade nicht um eine Möglichkeit der Planänderung „in anderem Gewande“ handeln soll. Aus dem Charakter des Zielabweichungsverfahrens ergibt sich dabei, dass es auf Einzelfälle beschränkt bleiben muss.¹²⁷ Hierzu trägt auch eine enge Interpretation der Tatbestandsmerkmale bei (vgl. insoweit Gliederungspunkt C. IV. 2. b)) Eines Rückgriffs auf das Tatbestandsmerkmal der „Nichtberührung der Grundzüge der Planung“ und der Anreicherung um andere Tatbestandsmerkmale bedarf es dazu nicht.

V. Rechtsfolgen

Im Rahmen von Zielabweichungsverfahren wird, in den Worten des BVerwG, „rechtsverbindlich darüber entschieden, ob von einem Ziel der Raumordnung, das einem konkreten Vorhaben entgegensteht, unter den gesetzlich geregelten Voraussetzungen abgewichen und damit der Weg für die Verwirklichung des Vorhabens frei gemacht werden kann“¹²⁸. Dieses „Freimachen“ bedeutet jedoch nicht, dass das Ziel in seinem Bestand erschüttert würde, vielmehr wird nur in dem konkreten Fall von der Bindungswirkung befreit.¹²⁹ Dies gilt auch für den Fall des § 245e Abs. 5 BauGB.

¹²⁷ Vgl. zu dieser Problematik im Rahmen des § 6 Abs. 2 ROG etwa Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Schmitz, M § 6 Rn. 186 ff; Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz/Kerkmann, § 6 Rn. 50.

¹²⁸ BVerwG, Urt. v. 5.11.2009 – 4 C 3/09, NVwZ 2010, S. 133, 135.

¹²⁹ Vgl. jeweils etwa Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz/Kerkmann, § 6 Rn. 38; Sponer, LKV 2023, S. 252, 253.

Sofern die Voraussetzungen für die von der Gemeinde beantragte Zielabweichung vorliegen, „soll ihrem Antrag auf Abweichung von diesem Ziel abweichend von § 6 Absatz 2 des Raumordnungsgesetzes stattgegeben werden“. Im Folgenden soll zunächst das mit § 245e Abs. 5 BauGB ausgedrückte „intendierte Ermessen“ (Gliederungspunkt 1.) skizziert werden. Anschließend wird untersucht, ob die Stattgabe der Zielabweichung auch Bedeutung auf der Zulassungsebene hat (Gliederungspunkt 2.).

1. Intendiertes Ermessen

Hinsichtlich der Rechtsfolge des § 245e Abs. 5 BauGB heißt es im Ausschussbericht: „Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor und sprechen im Einzelfall keine atypischen Gründe gegen die Erteilung, ist die Zielabweichung durch die zuständige Stelle in der Regel umgehend zu gestatten.“¹³⁰ Dieser gesetzgeberische Wille findet im Wortlaut der Norm Ausdruck. Hiernach „soll“ einem Antrag einer Gemeinde stattgegeben werden, sofern die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. § 245e Abs. 5 BauGB ordnet damit – wie nunmehr auch § 6 Abs. 2 ROG¹³¹ – einen Fall des „intendierten Ermessens“¹³² an.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG handelt es sich beim intendierten Ermessen um „eine Ermessensbetätigung [...], deren Richtung vom Gesetz vorgezeichnet ist (sog. intendiertes Ermessen), bei der also ein bestimmtes Ergebnis dem Gesetz nähersteht, sozusagen im Grundsatz gewollt ist und davon nur ausnahmsweise abgesehen werden darf. Bei einer solchen Konstellation gilt nämlich, daß es für die eine Ausnahme ablehnende Ermessenentscheidung keiner Abwägung des „Für und Wider“ bedarf; damit entfällt zugleich auch eine entsprechende Begründungspflicht der Behörde (vgl. BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 168, S. 126 (127 f.)).“¹³³ Nach § 245e Abs. 5 BauGB soll damit – sofern die Voraussetzungen der Norm vorliegen – die Gestattung der Abweichung der Regelfall, eine Versagung derselben die Ausnahme sein.

¹³⁰ BT-Drs. 20/7622, S. 15.

¹³¹ Siehe hierzu auch BT-Drs. 20/4823, S. 22.

¹³² Siehe hierzu vertiefend (und kritisch) *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 11 f.

¹³³ BVerwG, Urt. v. 5.7.1985 – 8 C 22/83, NJW 1986, S. 738, 739 f.

2. Bedeutung auf der Zulassungsebene

Fraglich erscheint, inwieweit die Zielabweichungsentscheidung auf der Zulassungsebene Bedeutung entfaltet. Diese Problematik erschließt sich vor folgendem Hintergrund:

§ 245e Abs. 5 BauGB ermöglicht Gemeinden die erleichterte Zielabweichung zur Ausweisung von Windenergiegebieten. Windenergiegebiete sind nach § 2 Nr. 1 a) WindBG „Sonderbauflächen, Sondergebiete und mit diesen vergleichbare Ausweisungen in Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen“. Mit Stattgabe der erleichterten Zielabweichung wird der Weg für das Planungsvorhaben insofern „frei gemacht“¹³⁴, als der (planerischen) Windenergiegebietsausweisung der Gemeinden im Rahmen des Flächennutzungs- oder Bebauungsplan das Ziel der Raumordnung nicht (mehr) entgegensteht. Zur Ebene der Vorhabenzulassung schweigt § 245e Abs. 5 BauGB jedoch.

Die bauplanerische Zulässigkeit von Vorhaben richtet sich nach den §§ 29 ff. BauGB (siehe hierzu auch Gliederungspunkt B. II.). Sofern die Gemeinde mithilfe des § 245e Abs. 5 BauGB ein Windenergiegebiet in Bebauungsplänen ausweist, ist hinsichtlich der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit der jeweiligen Windenergieanlage § 30 BauGB einschlägig. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB kommt hier nicht zur Anwendung.

Daneben besteht für Gemeinden gemäß § 2 Nr. 1 a) WindBG aber auch die Möglichkeit, Windenergiegebiete im Rahmen von Flächennutzungsplänen auszuweisen. Will nun ein Vorhabenträger in dem so ausgewiesenen Bereich eine oder mehrere Windenergieanlagen errichten, könnte dies städtebaulich unzulässig sein. In diesem Fall wird nämlich die Zulässigkeit der Vorhaben regelmäßig nach § 35 BauGB zu beurteilen sein. Der auf Zulassungsebene wirkende und gemäß § 245e Abs. 1 S. 1 BauGB fortgeltende § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB sieht vor, dass öffentliche Belange einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 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.“ Im hier zugrunde liegenden Fall stünde das Vorhaben zwar in Einklang mit dem (um das Windenergiegebiet ergänzten) Flächennutzungsplan. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB sieht aber vor, dass sowohl Darstellungen im Flächennutzungsplan „oder“ Ziele der Raumordnung Ausschlusswirkung entfalten können. Darstellungen in Flächennutzungsplänen

¹³⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 5.11.2009 – 4 C 3/09, NVwZ 2010, S. 133, 135.

und Festlegungen in Raumordnungsplänen stehen also alternativ nebeneinander – beide können dazu führen, dass öffentliche Belange der Vorhabenzulassung entgegenstehen.¹³⁵ Die Zielabweichung befreit jedoch nur im konkreten Einzelfall von der Bindungswirkung des Ziels der Raumordnung und begründet im Grundsatz lediglich ein Rechtsverhältnis zwischen dem Antragsteller (also hier der Gemeinde) und der hierüber entscheidenden Behörde¹³⁶. Da die Ausschlusswirkung gemäß § 245e Abs. 1 S. 1 BauGB weiter fort gilt und die Zielabweichung nur gegenüber der Gemeinde zur Darstellung des Windenergiegebiets im Flächennutzungsplan erteilt wurde, also das Ziel der Raumordnung im Übrigen – anders als bei einer Planänderung – bestehen bleibt¹³⁷, könnte der Vorhabenträger durch die vom Ziel der Raumordnung hervorgerufene Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB daran gehindert sein, innerhalb des Windenergiegebiets das Vorhaben zu realisieren.

Dass dieses Ergebnis dem Sinn und Zweck des § 245e Abs. 5 BauGB (und letztlich der Wertung des Wind-an-Land-Gesetzes) zuwiderläuft, liegt auf der Hand. Man wird dem Gesetzgeber unterstellen dürfen, dass ihm nicht nur daran gelegen war, den Gemeinden Spielräume zur (planerischen) Ausweisung von Windenergiegebieten zu geben, sondern auch, dass die so ausgewiesenen Gebiete möglichst schnell zur Stromerzeugung aus Windkraft genutzt werden. Dies gilt umso mehr, da er mit § 249 Abs. 5 S. 2 BauGB eine Regelung geschaffen hat, die für die nach § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB ausgewiesenen Windenergiegebiete gerade diese Konstellationen adressiert („entfallen innerhalb dieser Gebiete die entsprechenden Bindungen auch im Zulassungsverfahren“). Vor diesem Hintergrund erscheint es unbillig und sinnwidrig, die Vorhabenträger auf ein Zuwarten auf den Entfall der Ausschlusswirkungen gemäß § 245e Abs. 1 S. 2 BauGB zu verweisen.

Zur Lösung dieses Problems kommen mehrere Ansätze in Betracht. So kann etwa an die analoge Anwendung des § 249 Abs. 5 S. 2 BauGB gedacht werden. Da es sich bei der Analogie jedoch um einen Fall der Rechtsfortbildung handelt, ist hierbei Zurückhaltung geboten. Lässt sich eine „gesetzliche Lücke“ bereits durch die Auslegung des Gesetzes füllen, ist stattdessen dieser Weg zu beschreiten.¹³⁸

¹³⁵ Vgl. zum Alternativenverhältnis und zu divergierenden Planungen insgesamt *Kümper*, ZfBR 2018, S. 646; *Gatz*, Windenergieanlagen, S. 165 ff; *Reidt*, BauR 2017, S. 1293.

¹³⁶ *Kment/Kment*, § 6 Rn. 108.

¹³⁷ Vgl. *Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz/Kerkmann*, § 6 Rn. 38.

¹³⁸ Vgl. *Wank*, Juristische Methodenlehre, § 15 Rn. 1 ff, insbesondere Rn. 35 ff.

Dies erscheint vor dem Hintergrund der gegenüber der Gemeinde ergangenen Zielabweichungsentscheidung in Verbindung mit § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB möglich.

Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist, dass der Zielabweichungsentscheidung nach der Rechtsprechung des BVerwG eine „Tatbestandswirkung“¹³⁹ zukommt. Aus Art. 20 Abs. 3 GG und § 43 VwVfG folge, dass „ein (rechtswirksamer) Verwaltungsakt“ – und hierum handelt es sich bei Zielabweichungsentscheidungen¹⁴⁰ – „grundsätzlich von allen Staatsorganen zu beachten und ihren Entscheidungen als gegeben zugrunde zu legen“¹⁴¹ sei.¹⁴² Wenngleich das BVerwG diese Ausführungen im Zusammenhang mit der Inzidentprüfung von Zielabweichungsentscheidungen getroffen hat, lässt sich die hierdurch ausgedrückte Wertung auch bei der Lösung der vorliegenden Frage heranziehen. Denn die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB beruht darauf, dass der Vorhabenrealisierung „in der Regel“ öffentliche Belange entgegenstehen, wenn Ausweisungen an anderer Stelle erfolgt sind. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB sieht damit lediglich eine Regelvermutung vor, die in Sonderfällen Ausnahmen erlaubt.¹⁴³ „Eine Abweichung im Einzelfall“, so führt das BVerwG hierzu aus, ist damit „zwar möglich, sie steht aber unter dem Vorbehalt, dass die Konzeption, die der Planung zu Grunde liegt, als solche nicht in Frage gestellt wird.“¹⁴⁴ Für Vorhaben innerhalb von mithilfe des § 245e Abs. 5 BauGB ausgewiesener Windenergiegebiete wird – vor dem Hintergrund der Tatbestandswirkung der Zielabweichung – ein solcher Ausnahmefall anzunehmen sein. Denn wenn die Abweichung von einem Ziel der Raumordnung zur Ausweisung von Windenergiegebieten ermöglicht wird, kann nicht angenommen werden, dass die Realisierung von Windenergievorhaben innerhalb dieser Gebiete dazu führt, dass die Konzeption, die der Planung zu Grunde liegt, als solche in Frage gestellt wird. In diesen Sonderfällen greift die Regelvermutung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht.

§ 245e Abs. 5 BauGB hat damit mittelbar auch für die Zulassungsebene Bedeutung. Der Vorhabenträger ist nicht durch die vom Ziel der Raumordnung

¹³⁹ BVerwG, Beschl. v. 25.6.2007 – 4 BN 17/07, BeckRS 2007, 24704.

¹⁴⁰ Kment/Kment, § 6 Rn. 108 m.w.N.

¹⁴¹ BVerwG, Beschl. v. 25.6.2007 – 4 BN 17/07, BeckRS 2007, 24704.

¹⁴² Vgl. hierzu auch etwa OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.12.2015 – 7 MS 8/15, BeckRS 2015, 56174 Rn. 15; Kment/Kment, § 6 Rn. 108.

¹⁴³ Gatz, Windenergieanlagen, S. 163 ff; OVG Münster, Ur. v. 12.5.2023 – 7 D 328/21.AK, BeckRS 2023, 11639 Rn. 70.

¹⁴⁴ BVerwG, Ur. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, NVwZ 2003, S. 733, 737.

hervorgerufene Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB daran gehindert, sein Vorhaben innerhalb des Windenergiegebiets zu realisieren.

D. Ausgewählte Umsetzungsfragen

Während im ersten Teil der Arbeit die Regelungsinhalte des § 245e Abs. 5 BauGB vorgestellt und analysiert wurden, widmet sich der nun folgende zweite Teil ausgewählten Umsetzungsfragen auf Landesebene.

Während für die Gemeinden die „Spielräume“¹⁴⁵ durch die Zielabweichungsvorschrift erweitert werden, kann die gemeindliche Zielabweichung für die – gemäß § 3 Abs. 2 WindBG zur Sicherstellung der Ausweisung von Flächen verpflichteten – Länder zu planerischen Komplikationen führen.¹⁴⁶ Planungsprozesse, die seit Erlass des Wind-an-Land-Gesetzes vor dem Hintergrund des § 3 Abs. 2 WindBG darauf ausgerichtet waren, dass Windenergiegebiete lediglich auf der Ebene der Raumordnung ausgewiesen werden, müssen gegebenenfalls an die (neu) im Rahmen von Flächennutzungs- oder Bebauungsplan ausgewiesenen Windenergiegebiete angepasst werden. Will ein Land die Ausweisung von Windenergiegebieten auf das nach dem WindBG erforderliche Mindestmaß beschränken, kann der zuständige Planungsträger bei gemeindlichen Flächenausweisungen dazu gezwungen sein, geplante Ausweisungen auf Ebene der Raumordnung zurückzunehmen, um so den bundesrechtlich geforderten Flächenbeitragswert nicht zu überschreiten. Und selbst wenn Länder offen gegenüber gemeindlichen Ausweisungen sind, stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage der Anrechnung derartiger Flächen. Kurzum: § 245e Abs. 5 BauGB kann dazu führen, dass die Planungen des eigentlichen zuständigen Planungsträger durch die Windenergiegebietsausweisungen der Gemeinden verlangsamt und erschwert werden.¹⁴⁷

Vor diesem Hintergrund erscheint es naheliegend, dass einzelne Länder ein Interesse daran haben, die Anwendung des § 245e Abs. 5 BauGB auf wenige Fälle zu beschränken oder gar ganz auszuschließen. Im Folgenden soll deshalb zunächst untersucht werden, ob den Ländern eine Abweichungskompetenz von § 245e Abs. 5 BauGB zukommt, ob sie also die Möglichkeiten der erleichterten Zielabweichungsmöglichkeit durch Landesrecht ausschließen oder modifizieren können (Gliederungspunkt I.). Anschließend wird analysiert, ob mithilfe des Instruments der Untersagung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen

¹⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 20/7622, S. 15.

¹⁴⁶ Vgl. BR-Plenarprotokoll 1035, S. 246 f.

¹⁴⁷ In diese Richtung geht auch etwa die Erklärung des Landes Schleswig-Holstein, BR-Plenarprotokoll 1035, S. 246 f. („Insofern kann ein Rechtsrisiko nicht ausgeschlossen werden, das den Ausbau erneuerbarer Energien im Ergebnis gefährden statt befördern könnte.“).

nach § 12 ROG die erleichterte Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB im Einzelfall verhindert werden kann, ohne dass dafür eine Abweichungskompetenz in Anspruch genommen werden müsste (Gliederungspunkt II.). Schließlich wird geprüft, ob und inwieweit eine Anrechnung der mithilfe der Zielabweichung ausgewiesenen Windenergiegebiete auf den Flächenbeitragswert möglich ist (Gliederungspunkt III.).

I. Abweichungsgesetzgebung durch die Länder

Das System der Gesetzgebungskompetenzen¹⁴⁸ nach dem Grundgesetz ergibt sich aus den Art. 70 ff. GG. Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz dem Bund nicht Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern, so setzt Art. 70 Abs. 2 GG fest, bemisst sich dabei nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung. Eine Auflistung von Kompetenztiteln (im folgenden auch Kompetenzmaterien oder schlicht Materien genannt) der ausschließlichen und konkurrierenden Gesetzgebung findet sich in den Katalogen der Art. 73 GG und Art. 74 GG.¹⁴⁹ Gem. Art. 71 GG haben die Länder im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes die Befugnis zur Gesetzgebung nur, „wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetze ausdrücklich ermächtigt werden“. Anders liegt es nach der konkurrierenden Gesetzgebung. Hier haben „die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat“ (Art. 72 Abs. 1 GG). Sofern der Bundesgesetzgeber eine erschöpfende Regelung getroffen hat, entfaltet diese für den Landesgesetzgeber eine Sperrwirkung.¹⁵⁰

Diese Sperrwirkung vermögen die Länder in den in Art. 72 Abs. 3 S. 1 GG genannten Fällen mithilfe der hier normierten Abweichungskompetenz zu überwinden. Mit dieser Abweichungskompetenz, so heißt es in der Begründung des damaligen Gesetzentwurfs, „gewinnen [die Länder] die Möglichkeit, in den genannten Bereichen abweichend von der Regelung des Bundes eigene Konzeptionen zu verwirklichen und auf ihre unterschiedlichen strukturellen Voraussetzungen und Bedingungen zu reagieren. Ob von dieser Möglichkeit

¹⁴⁸ Zum Begriff der Kompetenz, siehe *Schröder*, Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs, S. 24 ff.

¹⁴⁹ Vgl. *Badura*, Staatsrecht, F - Gesetzgebung Rn. 28.

¹⁵⁰ *Sachs/Degenhart*, Art. 72 Rn. 25.

Gebrauch gemacht wird oder ob die bundesgesetzliche Regelung ohne Abweichung gelten soll, unterliegt der verantwortlichen politischen Entscheidung des jeweiligen Landesgesetzgebers.¹⁵¹

Nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG können die Länder, auch wenn der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat, durch Gesetz hiervon abweichende Regelungen treffen über „die Raumordnung“. Mit § 245e Abs. 5 BauGB hat der Bund eine Regelung erlassen, bei der angesichts des Regelungszwecks und des Wortlauts davon auszugehen ist, dass sie abschließend ist und damit nicht durch die Länder ergänzt werden kann. Mithilfe der in Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG normierten Abweichungskompetenz könnte es ihnen aber dennoch möglich sein, die Regelungsinhalte des § 245e Abs. 5 BauGB zu modifizieren oder dessen Anwendung auszuschließen. Auf die Einzelheiten solcher „Abweichungsgesetze“ kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden, da eine konkrete Beurteilung nur anhand des jeweiligen Gesetzeswortlauts möglich ist.¹⁵² Im Folgenden soll vielmehr die entscheidende „Vorfrage“ untersucht werden, nämlich, ob es sich bei § 245e Abs. 5 BauGB um eine Vorschrift handelt, die der Materie der Raumordnung im Sinne des Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG – und damit Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG¹⁵³ – zuzuordnen ist („kompetenziellen Qualifizierung“¹⁵⁴).

Hierzu wird zunächst analysiert, ob § 245e Abs. 5 BauGB als einzelne Regelung einer Kompetenzbetrachtung zugänglich ist oder ob die Vorschrift nicht vielmehr im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen des BauGB (oder zumindest des § 245e BauGB) zu beurteilen ist. Im letztgenannten Fall könnte sie dann, gewissermaßen automatisch, auch dem Kompetenztitel des übergeordneten Abschnittes oder des BauGB insgesamt unterfallen (Gliederungspunkt 1.). Anschließend gilt es mögliche Kompetenztitel zu identifizieren (Gliederungspunkt 2.), unter die die Regelung subsumiert werden kann. Auf dieser Grundlage erfolgt dann eine Zuordnung zu einer Kompetenzmaterie (Gliederungspunkt 3.).

¹⁵¹ BT-Drs. 16/813, S. 11.

¹⁵² Vgl. hierzu etwa Sachs/Degenhart, Art. 72 Rn. 43a; *Erbguth*, ZUR 2019, S. 195, 198 ff; *Schmitz*, ZUR 2019, S. 203.

¹⁵³ Dürig/Herzog/Scholz/Uhle, Art. 72 Rn. 219 f; *Schmitz/Müller*, RuR 2007, S. 456, 459 f.

¹⁵⁴ Vgl. *Wagner*, Konkurrenzen der Gesetzgebungskompetenzen, S. 22 ff.

1. § 245e Abs. 5 BauGB als Subsumtionsgegenstand

Zunächst gilt es zu untersuchen, inwieweit eine Kompetenzbeurteilung einer Teilregelung wie § 245e Abs. 5 BauGB möglich ist.

Der Ausgangspunkt derartiger Überlegungen ist der anderweitige „Extremfall“: Die gesamthafte Begründung ganzer Gesetzeswerke mit einer Vielzahl von Einzelregelungen auf einen (oder mehrere¹⁵⁵) Kompetenztitel. Dies wird oftmals zutreffen, da der Gesetzgeber üblicherweise Vorschriften in einem Gesetzeswerk zusammenfasst, die thematisch in einem engen Zusammenhang stehen und damit auch den gleichen Bezug zu einer übergeordneten Materie teilen.¹⁵⁶ Eine generelle Regel dergestalt, dass ein Gesetzeswerk – ohne jegliche Differenzierung nach einzelnen Vorschriften – nur aufgrund einer allen Einzelregelungen gemeinsamen (jeweils mehr oder minder ausgeprägten) Verbindung zu einer übergeordneten Materie in seiner Gesamtheit „automatisch“ dieser Materie zuzuordnen wäre, besteht allerdings nicht. Eine solche Herangehensweise ließe außer Betracht, dass einzelne Abschnitte oder gar Vorschriften desselben Gesetzeswerks, die zwar einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt haben, noch andere Materien berühren oder dort sogar schwerpunktmäßig zuzuordnen sein können.¹⁵⁷ Beurteilt man dies anders, stünde ein kompetenzrechtlicher „Blankoscheck“ zu befürchten: Solange nur der Schwerpunkt des gesamten Gesetzes in seine Gesetzgebungskompetenz fiele, könnte der Gesetzgeber auch Vorschriften unterbringen, die separat betrachtet nicht von seiner Kompetenz umfasst wären.

Zur kompetenziellen Qualifizierung wird man deshalb Gesetzeswerke regelmäßig in kleinere Einheiten „herunterbrechen“ müssen, um diese dann anschließend kompetenzrechtlich zu beurteilen.¹⁵⁸ Fraglich erscheint, bis auf welche Ebene eine solche Reduzierung möglich ist. *Herbst* stellt dementsprechend die Frage, welchen Umfang eine Regelung haben kann oder muss, um unter eine Kompetenznorm subsumiert werden zu können („Eignung [...] als Subsumtionsgegenstand“).¹⁵⁹ Er hält eine Zerlegung in kleinere Regelungseinheiten zwar grundsätzlich für möglich, aber auch für problematisch, insbesondere in dem „Extremfall“, in dem eine Einzelregelung betrachtet wird.¹⁶⁰ Hier bestehe die Gefahr, dass der Sinnzusammenhang der Regelung verloren gehe, mithin nicht deutlich erkennbar

¹⁵⁵ Siehe zur sogenannten „Mosaikkompetenz“ etwa *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 171 ff.

¹⁵⁶ Vgl. *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 113.

¹⁵⁷ Vgl. *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 110.

¹⁵⁸ Vgl. *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 113.

¹⁵⁹ *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 113.

¹⁶⁰ *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 114.

wird, welchem Sinn und Zweck die Regelung dient.¹⁶¹ Damit könne auch die – gerade durch die maximale Verkleinerung des Betrachtungsbereichs auf nur eine Regelung – erhoffte größere kompetenzielle Klarheit verfehlt und die erleichterte Zuordnung zum Kompetenztitel vereitelt werden.¹⁶² Ähnlich können auch Ausführungen von *Rengeling* verstanden werden, der betont: „Bei der Zuweisung von Gesetzen zu einer Kompetenznorm dürfen die einzelnen Vorschriften eines Gesetzes nicht isoliert betrachtet werden. Es kommt vielmehr auf den Regelungszusammenhang an.“¹⁶³

Die Rechtsprechung des BVerfG scheint ebenfalls in diese Richtung zu deuten. Exemplarisch sei hier auf das Urteil zur Kurzberichterstattung¹⁶⁴ eingegangen. Im Rahmen der Entscheidungen beschäftigte sich das Gericht ausführlich mit den Gesetzgebungskompetenzen. Es führte hierzu aus: „Bei der Zuordnung einzelner Teilregelungen eines umfassenden Regelungskomplexes zu einem Kompetenzbereich dürfen die Teilregelungen nicht aus ihrem Regelungszusammenhang gelöst und für sich betrachtet werden. Kommt ihre Zugehörigkeit zu verschiedenen Kompetenzbereichen in Betracht, so ist aus dem Regelungszusammenhang zu erschließen, wo sie ihren Schwerpunkt haben. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, wie eng die fragliche Teilregelung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung verbunden ist. Eine enge Verzahnung und ein dementsprechend geringer eigenständiger Regelungsgehalt der Teilregelung spricht regelmäßig für ihre Zugehörigkeit zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung.“¹⁶⁵ Diese Linie bestätigte das BVerfG mit dem Urteil zur Medienbeteiligung politischer Parteien.¹⁶⁶

Angesichts dieser Ausführungen kann die von *Herbst* aufgeworfene Fragen, wie klein eine Regelungseinheit sein kann, damit eine kompetenzielle Zuordnung noch möglich ist, für die hier vorliegende Konstellation dahinstehen. Denn aus der Entscheidung des BVerfG ist in Bezug auf § 245e Abs. 5 BauGB zu schlussfolgern, dass die Norm als geeigneter Subsumtionsgegenstand anzusehen ist. Sie ist nicht so eng mit den übrigen Vorschriften des § 245e BauGB verwoben, dass bei dessen „Herauslösung“ kein eigenständiger Regelungsgehalt mehr erkennbar wäre. Für die Vorschriften des § 245e BauGB ist geradezu charakteristisch, dass die einzelnen Absätze einen weitgehend eigenständigen Regelungsgehalt haben –

¹⁶¹ *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 114.

¹⁶² Vgl. *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 114.

¹⁶³ HdbStR VII/H.-W. *Rengeling*, § 135 Rn. 46.

¹⁶⁴ BVerfG, Ur. v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, BeckRS 1998, 20558.

¹⁶⁵ BVerfG, Ur. v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, BeckRS 1998, 20558, Rn. 89.

¹⁶⁶ BVerfG, Ur. v. 12.3.2008 – 2 BvF 4/03, BeckRS 2008, 33176, Rn. 80.

die „Verklammerung“ der einzelnen Vorschriften ist nicht ihre enge inhaltliche Nähe oder Zielrichtung, sondern vielmehr ihre Eigenschaft als Überleitungsvorschriften, die nur für die Zeit des „Systemwechsels“ zwischen Konzentrationsflächenplanung und dem neuen System nach dem WindBG gelten sollen. Von einer „engen Verzahnung“ mit der Gesamtregelung und einem „dementsprechend geringe[n] eigenständige[n] Regelungsgehalt der Teilregelung“ des § 245e Abs. 5 BauGB kann also vorliegend gerade nicht gesprochen werden.

§ 245e Abs. 5 BauGB kommt danach als Subsumtionsgegenstand in Betracht.

2. In Betracht kommende Kompetenzmaterien

Ist hiernach § 245e Abs. 5 BauGB als geeigneter Subsumtionsgegenstand ausgemacht, gilt es nun zu untersuchen, ob die Regelung unter eine oder mehrere Kompetenzmaterien subsumiert werden kann. Zunächst gilt es hierzu zu analysieren, welche Materien in Betracht kommen.

Wie ein Kompetenztitel der Art. 73 und 74 GG zu interpretieren ist, um hierdurch festzustellen, ob er als Kompetenzmaterie für den Subsumtionsgegenstand in Frage kommt, ist mithilfe der anerkannten Auslegungsmethoden zu determinieren.¹⁶⁷ In seinem Fernsehurteil vom 28.02.1961 betonte das BVerfG insofern, dass die „Systematik des Grundgesetzes [...] eine strikte Interpretation der Art. 73 ff. GG“ fordert¹⁶⁸; in nachfolgenden Entscheidungen bestätigte es dies¹⁶⁹. Diese vermeintlich klare Linie wirft wiederum die Frage auf, was unter einer solchen „strikten“ Interpretation zu verstehen ist.¹⁷⁰ Obschon diese Frage für die Auslegung der Kompetenztitel große Relevanz besitzt, kann sie an dieser Stelle dahinstehen. Denn für die erleichterte Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB kommen angesichts ihres klaren Flächenbezugs vor allem zwei Kompetenzmaterien in Betracht.

Einerseits ist an die Materie der Raumordnung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG zu denken, von der der Gesetzgeber mit Erlass des Raumordnungsgesetzes

¹⁶⁷ Stern/Sodan/Möstl/Uhle, § 42 Rn. 28; BVerfG, Beschl. v. 25.3.2021 – 2 BvF 1/20, NJW 2021, S. 1377, 1380 (Rn. 99 ff.).

¹⁶⁸ BVerfG, Urte. v. 28.2.1961 – 2 BvG 1/60, BeckRS 1961, 387, Rn. 78.

¹⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 9.7.1969 – 2 BvL 25/64, BeckRS 1969, 104923, Rn. 65; BVerfG, Beschl. v. 10.3.1976 – 1 BvR 355/67, BeckRS 1976, 108180; BVerfG, Urte. v. 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BeckRS 1982, 2086; BVerfG, Urte. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, BeckRS 2002, 23985, Rn. 136; Dürig/Herzog/Scholz/Uhle, Art. 70 Rn. 33.

¹⁷⁰ Vgl. nur Dürig/Herzog/Scholz/Uhle, Art. 70 Rn. 33.

Gebrauch gemacht hat. Andererseits könnte es sich um eine Regelung des Bodenrechts nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG handeln, denn hierzu sind weite Teile des BauGB zuzuordnen. Dieser Befund wird durch die Gesetzesmaterialien bestätigt, wird hier doch in der Einleitung zum besonderen Teil des Berichts des zuständigen Ausschusses ausgeführt: „Ergänzend zu den Ausführungen der Gesetzgebungskompetenz ist für die Änderung des Baugesetzbuchs der Bund im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht nach Artikel 74 Absatz 1 Nummer 18 des Grundgesetzes zuständig. Soweit auch Raumordnungspläne betroffen sind, wird die Änderung ergänzend auf die Gesetzgebungskompetenz für die Raumordnung (Artikel 74 Absatz 1 Nummer 31 des Grundgesetzes) gestützt.“¹⁷¹

Im Rahmen des Baurechtsgutachten¹⁷² ist das BVerfG dem Inhalt der beiden hier relevanten Kompetenztitel nachgegangen. Klärungsbedürftig war unter anderem, ob sich die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes auf „das Recht der städtebaulichen Planung [erstreckt], dessen Inhalt und Zweck“ – zumindest ausweislich der Vorlagefrage – „darin besteht, daß die gesamte Bebauung in Stadt und Land, die zu ihr gehörigen baulichen Anlagen und Einrichtungen sowie die mit der Bebauung in Verbindung stehende Nutzung des Bodens durch eine der Wirtschaftlichkeit, der Zweckmäßigkeit sowie den sozialen, gesundheitlichen und kulturellen Erfordernissen dienende Planung vorbereitet und geleitet werden sollen“¹⁷³.

Das BVerfG griff diesen Definitionsversuch auf und stellte klar, dass „[die] Eigenart der Materie und ihr Zusammenhang mit Landesplanung und Raumordnung bedingen, daß die Frage nicht bestimmter gestellt werden kann, als es geschehen ist“¹⁷⁴. Anschließend betonte es, dass zur Beantwortung der Frage „die verschiedenen Stufen der auf die Nutzung des Bodens bezüglichen Planung unterschieden werden [müssen], soweit dies für die Bestimmung der gesetzgeberischen Zuständigkeit von Bedeutung ist.“¹⁷⁵ Dies vollzog das Gericht sodann. Soweit Pläne verbindliche Kraft für den einzelnen Grundstückseigentümer in der Weise entfalten, dass sie bestimmen, wie dieser sein Grundstück nutzen darf, also insbesondere, ob er bauen darf und in welcher Weise, handele es sich um eine Planung, die insoweit die rechtliche Qualität des Bodens regle. Diese

¹⁷¹ BT-Drs. 20/7622, S. 14.

¹⁷² BVerfG, Gutachten v. 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52, BeckRS 1954, 30700512.

¹⁷³ BVerfG, Gutachten v. 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52, BeckRS 1954, 30700512.

¹⁷⁴ BVerfG, Gutachten v. 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52, BeckRS 1954, 30700512.

¹⁷⁵ BVerfG, Gutachten v. 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52, BeckRS 1954, 30700512.

städtebauliche Planung gehöre damit zum „Bodenrecht“ im Sinne des Art. 74 Nr. 18 GG, denn diese Kompetenzmaterie umfasse „Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben, also die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln“¹⁷⁶. Von dieser „örtlichen“ sei jedoch die „überörtliche“ Planung zu unterscheiden. Regele der Gesetzgeber die überörtliche Planung, ordne er „die Verwaltungsaufgabe als solche, nicht das rechtliche Schicksal des Grund und Bodens. Erst da, wo die Pläne in dem örtlichen Planungsraum der Gemeinde konkretisiert werden, wo also die Stufe der städtebaulichen Planung erreicht ist, ist jene unmittelbare rechtliche Beziehung der Planung zum Grund und Boden erreicht, die die Gesetzgebung über diese Planung zu einem Teil des Bodenrechts macht.“¹⁷⁷ Vor diesem Hintergrund resümiert das BVerfG: „Die überörtliche Planung fällt unter den Begriff der „Raumordnung“ im Sinne des Art. 75 Nr. 4 GG. Diese ist zusammenfassende, übergeordnete Planung und Ordnung des Raumes. Sie ist übergeordnet, weil sie überörtliche Planung ist und weil sie vielfältige Fachplanungen zusammenfaßt und aufeinander abstimmt.“¹⁷⁸

Diese Erwägungen zu den Kompetenztiteln sollen für die folgenden Untersuchungen zugrunde gelegt werden.

3. Zuordnung zu einer Kompetenzmaterie

Abschließend gilt es festzustellen, ob und inwieweit die erleichterte Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB diesen Kompetenzmaterien zugeordnet werden kann. Die Einzelheiten der Qualifizierung eines Subsumtionsgegenstandes sind inhaltlich komplex und in Literatur und Rechtsprechung nicht allgemeingültig klar konturiert.¹⁷⁹ Die Zuordnung des § 245e Abs. 5 BauGB soll in der vorliegenden Arbeit anhand von Ausführungen des BVerfG zum Berliner Mietendeckel erfolgen. In seiner Entscheidung hat das BVerfG – unter Heranziehung zahlreicher Literatur- und Rechtsprechungsnachweise, die hier zur besseren Lesbarkeit ausgespart werden – zu dieser Thematik formuliert:

¹⁷⁶ BVerfG, Gutachten v. 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52, BeckRS 1954, 30700512.

¹⁷⁷ BVerfG, Gutachten v. 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52, BeckRS 1954, 30700512.

¹⁷⁸ BVerfG, Gutachten v. 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52, BeckRS 1954, 30700512.

¹⁷⁹ Siehe hierzu ausführlich etwa *Scholz*, FG BVerfG, S. 252, 264 ff; *HdbStR VII/H.-W. Rengeling*, § 135 Rn. 41 ff; *Stern/Sodan/Möstl/Uhle*, § 42 Rn. 33.

„Die Zuordnung einer gesetzlichen Regelung zu einem Kompetenztitel von Art. 73, 74 oder Art. 105 GG erfolgt anhand ihres (unmittelbaren) Regelungsgegenstands [...]. Ob sich eine Regelung unter einen Kompetenztitel subsumieren lässt, hängt davon ab, ob der dort genannte Sachbereich unmittelbar oder lediglich mittelbar Gegenstand dieser Regelung ist [...] Für dessen Ermittlung ist der sachliche – auch aufgrund des Gesamtzusammenhangs der Regelung im jeweiligen Gesetz zu ermittelnde – Gehalt einer Regelung und nicht die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung maßgebend [...]. Eine gesetzliche Regelung ist – ihrem Hauptzweck entsprechend – dem Kompetenztitel zuzuordnen, den sie speziell und nicht (lediglich) allgemein behandelt [...], wobei die Regelung in ihrem – kompetenzbegründenden – (Gesamt-)Sachzusammenhang zu erfassen ist [...]. Dass der Gegenstand eines Kompetenztitels lediglich reflexartig berührt oder als Annex behandelt wird, genügt insoweit nicht [...]. Während die – erst ex post zu bestimmenden – Wirkungen eines Gesetzes aus seinen Rechtsfolgen hervorgehen [...], ergibt sich der Normzweck regelmäßig aus dem – durch Auslegung zu ermittelnden – objektivierten Willen des Gesetzgebers [...]. Dieser ist mithilfe der anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu ermitteln, dh anhand des Wortlauts der Norm, ihrer systematischen Stellung, nach Sinn und Zweck sowie anhand der Gesetzesmaterialien und ihrer Entstehungsgeschichte, wobei sich diese Methoden nicht gegenseitig ausschließen, sondern ergänzen. Keine unter ihnen hat einen unbedingten Vorrang vor der anderen [...]. Nicht entscheidend sind allerdings die subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder Einzelner ihrer Mitglieder [...]“¹⁸⁰

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt der kompetenziellen Zuordnung ist hiernach der Regelungsgegenstand der Norm. Der Hauptzweck der Vorschrift liegt bei § 245e Abs. 5 BauGB darin, den Gemeinden als nicht zuständigen Planungsträgerinnen eine erleichterte Zielabweichung von Zielen der Raumordnung zur bauleitplanerischen Ausweisung von Windenergiegebieten zu ermöglichen. Anhand dieses Regelungszwecks lässt sich ein klarer raumplanerischer Schwerpunkt der Vorschrift ausmachen (siehe bereits unter Gliederungspunkt C. II.).

Diesen Schwerpunkt der überörtlichen Raumordnung oder der städtebaulichen Planung (und damit dem Bodenrecht) zuzuordnen, stellt sich jedoch als schwierig

¹⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 25.3.2021 – 2 BvF 1/20, NJW 2021, S. 1377, 1381 (Rn. 104 ff.); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, NJW 2022, S. 139, 143 (Rn. 121).

dar. Denn einerseits wird zwar die erleichterte Abweichung von den Bindungen eines Ziels der Raumordnung ermöglicht – hier besteht also ein klarer Bezug zur überörtlichen Materie der Raumordnung. Andererseits werden Gemeinden begünstigt, um so Ausweisungen auf Ebene der Bauleitplanung zu erleichtern – es besteht also auch eine starke städtebauliche Komponente.

Zielführend dürfte insofern die Betrachtung der „Vorbildregelung“ des § 6 Abs. 2 ROG sein. Nach dieser soll einem Antrag auf Abweichung von einem Ziel der Raumordnung stattgegeben werden, wenn die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt werden. Antragsberechtigt sind dabei, wie aus § 6 Abs. 2 S. 2 ROG hervorgeht, auch „öffentlichen Stellen [...] die das Ziel, von dem eine Abweichung zugelassen werden soll, nach § 4 zu beachten haben.“. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 5 ROG handelt es sich bei öffentlichen Stellen um „Behörden des Bundes und der Länder, kommunale Gebietskörperschaften, bundesunmittelbare und die der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts“, mithin auch Gemeinden¹⁸¹. Da die Vorschrift (anders als § 245e Abs. 5 BauGB) ohne besondere Anknüpfung an die Ebene der Bauleitplanung formuliert ist, kann sie angesichts ihres Regelungsinhalts – also der Möglichkeit der Abweichung von den Bindungen eines Ziels der Raumordnung – der Kompetenzmaterie der Raumordnung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG zugeordnet werden.¹⁸²

Betrachtet man vor diesem Hintergrund § 245e Abs. 5 BauGB, dürfte für diese Vorschrift nichts anderes gelten. Denn die wesentlichen Unterschiede zwischen § 245e Abs. 5 BauGB und § 6 Abs. 2 ROG liegen – erstens – darin, dass bei der Vorschrift des BauGB die Anforderungen für eine Zielabweichung gesenkt werden (siehe Gliederungspunkt C. III.). Aus dieser Absenkung kann jedoch nicht auf eine „Kompetenzverschiebung“ geschlossen werden, zumal auch das für § 245e Abs. 5 BauGB spezifische Tatbestandsmerkmal („wenn der Raumordnungsplan an der von der Gemeinde für Windenergie geplanten Stelle kein Gebiet für mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen festlegt“) an die Raumordnung anknüpft. Zweitens unterscheiden sich die erleichterte Zielabweichung und § 6 Abs. 2 ROG darin, dass nach § 245e Abs. 5 BauGB nur Gemeinden zur erleichterten Zielabweichung antragsberechtigt sind. Auf den ersten Blick mag dieser Befund für einen bodenrechtlichen Bezug sprechen, sind

¹⁸¹ Spannowsky/Runkel/Goppel/Runkel, § 3 Rn. 89 f.

¹⁸² Im Ergebnis so auch Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz/Kerkmann, § 6 Rn. 11; Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Schmitz, M § 6 Rn. 11.

doch die Gemeinden die für die städtebauliche Planung maßgeblichen Akteure. Wie bereits oben ausgeführt können die Gemeinden allerdings auch nach § 6 Abs. 2 ROG einen Antrag auf Zielabweichung stellen. Im Vergleich zu § 6 Abs. 2 ROG verengt § 245e Abs. 5 BauGB insoweit damit lediglich den Kreis der möglichen Antragssteller. Aus dieser Verengung auf eine bodenrechtliche Regelung zu schließen, scheint verfehlt.

Nach den obigen Ausführungen spricht viel dafür, dass es sich bei der erleichterten Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB – genauso wie bei § 6 Abs. 2 ROG – um eine Vorschrift handelt, die schwerpunktmäßig der Materie der Raumordnung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG zuzuordnen ist.¹⁸³ Schon aus diesem Grunde kann angenommen werden, dass die Abweichungskompetenz nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG besteht. Doch selbst wenn man dieser Argumentation nicht folgt, also die schwerpunktmäßige Zuordnung zur Materie der Raumordnung verneint, ist hinsichtlich § 245e Abs. 5 BauGB eine Abweichungskompetenz zugunsten der Länder anzunehmen. Denn vor dem Hintergrund des Regelungszwecks der Vorschrift wird man zumindest einen Kompetenzmix aus Bodenrecht und Raumordnung anzunehmen haben, bei dem weder die eine noch die andere Kompetenzmaterie den klaren Schwerpunkt bildet (ein Überwiegen der Komponente des Bodenrechts erscheint fernliegend). Bei einem derartigen Kompetenzmix aus einerseits einer Materie, die im Sinne des Art. 72 Abs. 3 GG „abweichungsfest“ ist (also hier das Bodenrecht), und andererseits einer „Abweichungsmaterie“ (hier gemäß Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG die Raumordnung), gilt – auch vor dem Hintergrund der in Art. 30, 70 Abs. 1 GG niedergelegten Kompetenzverteilungsregel¹⁸⁴ zugunsten der Länder¹⁸⁵ –, dass die Abweichungskompetenz letztlich auch für die auf dem Kompetenzmix gestützte Norm gilt. *Rozeck* formuliert insofern prägnant: „Ein „Kompetenzmix“ gibt dem Bund schließlich nie mehr Kompetenzen als die Summe seiner Einzelteile.“¹⁸⁶

Dieses Ergebnis wird durch das Gesetz, mit welchem § 245e Abs. 5 BauGB in das BauGB eingefügt wurde, und die diesbezüglichen Gesetzesmaterialien bestätigt. Denn nach Artikel 4 des „Gesetzes zur Änderung des LNG-Beschleunigungsgesetzes und zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und zur Änderung des Baugesetzbuchs“¹⁸⁷ vom 12.07.2023 wurde in Bezug auf das

¹⁸³ Im Ergebnis so wohl auch *Herzer*, KlimR 2023, S. 262, 263.

¹⁸⁴ Vgl. hierzu *Dürig/Herzog/Scholz/Uhle*, Art. 70 Rn. 33.

¹⁸⁵ Vgl. aber *Erbguth*, ZUR 2019, S. 195, 197.

¹⁸⁶ v. *Mangoldt/Klein/Starck/Rozeck*, Art. 70 Rn. 57; *BK GG/Heintzen*, Art. 70 Rn. 204; vgl. auch *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, S. 173 f.

¹⁸⁷ BGBl. 2023 I, Nr. 184.

Inkrafttreten des Artikel 3 – der die Änderungen des BauGB und damit (unter anderem) § 245e Abs. 5 BauGB beinhaltet – vorgesehen, dass dieser erst am 14.01.2024 in Kraft tritt. Im Ausschussbericht heißt es hierzu: „Für die Änderung in Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe b (Ergänzung des § 5 Absatz 2 Satz 2 (neu) „§ 179 des Baugesetzbuchs bleibt unberührt.“) und für Artikel 3 ist eine gesonderte Inkrafttretensregelung erforderlich. Durch Satz 2 wird infolge der Berührung der Gesetzgebungskompetenz für die Raumordnung den Erfordernissen des Artikel 72 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes Rechnung getragen.“¹⁸⁸ Art. 72 Abs. 3 S. 2 GG sieht vor, dass Bundesgesetze auf den Gebieten des Satzes 1 – also unter anderem auch dem Gebiet der Raumordnung nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG – frühestens sechs Monate nach ihrer Verkündung in Kraft treten, soweit nicht mit Zustimmung des Bundesrates anderes bestimmt ist. Der zuständige Ausschuss formulierte zwar vorsichtig („Berührung“), fühlte sich aber letztlich doch bemüßigt, den „Erfordernissen des Artikel 72 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes Rechnung“ zu tragen. Dies kann so verstanden werden, dass auch der Ausschuss der Ansicht war, dass ein Fall des Art. 72 Abs. 3 S. 1 GG gegeben ist und die Abweichungsmöglichkeit zugunsten der Länder vorliegt.

Den Ländern steht demnach bezüglich § 245e Abs. 5 BauGB ein Abweichungsrecht nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG zu.

II. Untersagung der Windenergiegebietsausweisung (§ 12 ROG)

Will ein Land die Abweichungskompetenz nicht nutzen, aber dennoch eine mithilfe des § 245 Abs. 5 BauGB geplante Windenergiegebietsausweisung verhindern, kommt hierfür das Instrument der raumordnerischen Untersagung nach § 12 ROG in Betracht. Nach dieser Vorschrift können Raumordnungsbehörden raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen sowie die Entscheidung über deren Zulässigkeit gegenüber den in § 4 ROG genannten öffentlichen Stellen untersagen. Bei der Aufstellung oder Änderung von Bauleitplänen zum Zwecke der Windenergiegebietsausweisung handelt es sich um eine raumbedeutsame Planung und Maßnahme und damit einen geeigneten Untersagungsgegenstand, bei der Gemeinde um eine in § 4 genannte öffentliche Stelle und damit einen geeigneten Untersagungsadressaten.¹⁸⁹ Den Raumordnungsbehörden ist bei Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen ein Ermessen eingeräumt.

¹⁸⁸ BT-Drs. 20/7622, S. 15.

¹⁸⁹ Vgl. Kment/Hager, § 12 Rn. 13.

Möglich erscheint dabei einerseits die unbefristete Untersagung nach § 12 Abs. 1 ROG (Gliederungspunkt 1.), andererseits die befristete Untersagung nach § 12 Abs. 2 ROG (Gliederungspunkt 2.). Dies gilt jedoch nur, sofern nicht die Anwendung des § 12 ROG bei der erleichterten Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB ausgeschlossen ist (Gliederungspunkt 3.).

1. Unbefristete Untersagung gemäß § 12 Abs. 1 ROG

Gemäß § 12 Abs. 1 ROG kann eine raumbedeutsame Planung und Maßnahme sowie die Entscheidung über deren Zulässigkeit unbefristet untersagt werden, „wenn Ziele der Raumordnung entgegenstehen“. § 12 Abs. 1 ROG dient damit der Durchsetzung bestehender Ziele der Raumordnung.¹⁹⁰ Mit der Untersagung nach § 12 Abs. 1 ROG können zum einen rechtswidrige Zielverstöße der Untersagungsadressaten verhindert werden, andererseits aber auch solche raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen untersagt werden, bei denen die Reichweite der Zielbindung – etwa aufgrund der abstrakten Formulierung eines Zieles – umstritten ist.¹⁹¹

Ein Entgegenstehen eines Ziels der Raumordnung kann angenommen werden, „wenn es mehr als geringfügig beeinträchtigt wird“¹⁹². Dafür muss das Ziel rechtsverbindlich aufgestellt worden und noch nicht außer Kraft getreten sein.¹⁹³ Das Ziel der Raumordnung, von dem mithilfe § 245e Abs. 5 BauGB erleichtert abgewichen werden soll, scheidet damit als entgegenstehendes Ziel der Raumordnung im Sinne des § 12 Abs. 1 ROG aus. Denn die erfolgreiche Durchführung des Zielabweichungsverfahrens befreit von der Bindungswirkung des Ziels der Raumordnung, womit in diesem Fall nicht mehr von einem „Entgegenstehen“ des Ziels der Raumordnung gesprochen werden kann. § 12 Abs. 1 ROG stünde mangels Untersagungsgrund nicht zur Verfügung.

Anders liegt es, wenn ein Land bereits in einem landesweiten Raumordnungsplan (vgl. § 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG) regionale Teilflächenziele im Sinne des § 3 Abs. 2 WindBG ausgegeben (vgl. auch § 3 Abs. 3 Nr. 2 WindBG) hat. Im Fall läge dann ein an die Vorgaben des WindBG angepasster landesweiter Raumordnungsplan vor, die nicht hieraus entwickelten Regionalpläne (vgl. § 13 Abs. 2 S. 1 ROG)

¹⁹⁰ Kment/Hager, § 12 Rn. 2; Spannowsky/Runkel/Goppel/Goppel, § 12 Rn. 10.

¹⁹¹ Kment/Hager, § 12 Rn. 2.

¹⁹² Kment/Hager, § 12 Rn. 17; vgl. auch Spannowsky/Runkel/Goppel/Goppel, § 12 Rn. 17.

¹⁹³ Spannowsky/Runkel/Goppel/Goppel, § 12 Rn. 16; Kment/Hager, § 12 Rn. 17.

würden allerdings noch die „alte“ Planungssystematik mit Konzentrationszonen widerspiegeln (sofern nicht eine Verdrängung der regionalplanerischen Ziele durch die Festlegungen des landesweiten Plans angenommen wird¹⁹⁴). Eine Gemeinde könnte nun – sofern der Anwendungsbereich des § 245e Abs. 5 BauGB eröffnet ist – anstreben, mithilfe der erleichterten Zielabweichung von den Restriktionen der Regionalplanung abzuweichen und außerhalb der vorgesehenen Konzentrationszonen Windenergiegebiete auszuweisen. Je nach Formulierung der Festlegung im Rahmen des landesweiten Raumordnungsplans kann dann ein (die Vorgaben des WindBG umsetzendes und im landesweiten Raumordnungsplan formuliertes) Ziel der Raumordnung der bauleitplanerischen Windenergiegebietsausweisung entgegenstehen und damit § 12 Abs. 1 ROG in Betracht kommen.

Problematisch erscheinen in diesem Zusammenhang Fälle, in denen sich ein Land nicht für eine Teilflächenzielfestlegung im landesweiten Raumordnungsplan, sondern stattdessen im Rahmen eines Landesgesetzes entschieden hat. Auch hier kann es zu ähnlichen Situationen kommen. So könnte ein Land im Rahmen eines Landesgesetzes (vgl. § 3 Abs. 2 WindBG) vorgesehen haben, dass Windenergiegebietsausweisungen nur auf Ebene der Raumordnung erfolgen dürfen. Lässt man die Frage, ob das Land kompetenzrechtlich hierzu befugt ist, hier einmal außer Betracht, kann es sich um eine ähnliche Konstellation wie die oben Besprochene handeln. Auch hier bestünde eine Diskrepanz, jedoch nicht zwischen dem (neuen) landesweiten Raumordnungsplan und dem Regionalplan, sondern zwischen dem (das die Vorgaben des WindBG umsetzenden) Landesgesetz und der noch nicht angepassten Raumordnung. § 12 Abs. 1 ROG ist – zumindest nicht ohne eine rechtsfortbildende Analogie – auf diese Fälle nicht anwendbar, da hier kein Ziel der Raumordnung, sondern vielmehr eine landesgesetzliche Regelung der bauleitplanerischen Windenergiegebietsausweisung entgegensteht. Eine rechtsfortbildende Analogie des § 12 Abs. 1 ROG ist hier jedoch nicht notwendig. Eine entsprechende Ausweisung würde einen Verstoß gegen das Landesrecht bedeuten. Da Flächennutzungspläne gemäß § 6 Abs. 1 BauGB und die in § 10 Abs. 2 BauGB genannten Bebauungspläne einer Genehmigungspflicht unterliegen, kann bei einem derartigen Vorgehen die Genehmigung zur bauleitplanerischen

¹⁹⁴ Vgl. Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz/Hendler, § 3 Rn. 56 f; Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Runkel, M § 4 Rn. 56; zweifelnd Kment/Kümper, § 3 Rn. 70.

Windenergiegebietsausweisung verweigert werden. Einer Untersagung nach § 12 Abs. 1 ROG bedarf es nicht.

2. Befristete Untersagung gemäß § 12 Abs. 2 ROG

Neben der unbefristeten Untersagung kommt auch die Anwendung des § 12 Abs. 2 ROG in Betracht. Hiernach können raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen sowie die Entscheidung über deren Zulässigkeit untersagt werden, „wenn sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet und wenn zu befürchten ist, dass die Planung oder Maßnahme die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde.“ § 12 Abs. 2 ROG ist damit zukunftsbezogen. Mit der Vorschrift wird der Raumordnungsbehörde ermöglicht, ein in Entstehung begriffenes Ziel der Raumordnung vor divergierenden raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen zu schützen.¹⁹⁵ Die Raumordnungsbehörde könnte § 12 Abs. 2 ROG dazu nutzen, die Ausweisung von bauleitplanerischen Windenergiegebieten zu untersagen, um so zukünftige raumordnerische Windenergiegebietsausweisungen zu sichern.

Wie aus § 12 Abs. 2 ROG hervorgeht, muss sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befinden. Zudem muss zu befürchten sein, dass die Planung oder Maßnahme die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde.

Bis zum „Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften“ (ROGÄndG) vom 22.03.2023¹⁹⁶ war streitig, ab wann von einem in Aufstellung befindlichen Raumordnungsplan im Sinne des § 12 Abs. 2 ROG gesprochen werden konnte.¹⁹⁷ Mit dem ROGÄndG hat sich der Gesetzgeber nun klar positioniert. Mit § 3 Abs. 1 Nr. 4a ROG hat er eine Legaldefinition für in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung in das ROG eingefügt. Hiernach handelt es sich um „Ziele der Raumordnung, die nach Durchführung des Beteiligungsverfahrens nach § 9 Absatz 2 in einem die Ergebnisse der Beteiligung berücksichtigenden Planentwurf enthalten sind und als solche den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gegeben wurden“ handelt. In der Beschlussempfehlung und Bericht des zuständigen Ausschusses für Wohnen,

¹⁹⁵ Vgl. Spannowsky/Runkel/Goppel/Goppel, § 12 Rn. 18; Kment/Hager, § 12 Rn. 34.

¹⁹⁶ BGBl. 2023 I, Nr. 88.

¹⁹⁷ Vgl. etwa Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Schmitz, M § 12 Rn. 69 f; Kment/Hager, § 12 Rn. 46 f; Spannowsky/Runkel/Goppel/Goppel, § 12 Rn. 21.

Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen heißt es insofern: „Die geänderte Definition in § 3 Absatz 1 Nummer 4a – neu – bestimmt den Zeitpunkt entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu in Aufstellung befindlichen Zielen, auch im Hinblick auf die befristete Untersagung nach § 12 Absatz 2 [...]. Entgegen der Stellungnahme des Bundesrates (Ziffer 3) reicht das alleinige Kriterium „in einem Planentwurf enthalten“ nicht aus. Daher wird der auch vom Bundesrat geforderte frühere beziehungsweise frühestmögliche Zeitpunkt von „in Aufstellung befindlichen“ beziehungsweise „vorgesehenen“ Zielen der Raumordnung gegenüber dem Gesetzentwurf der Bundesregierung wie folgt vorverlegt: [...]“.¹⁹⁸ Es folgt eine genaue Beschreibung, ab wann Ziele der Raumordnung „in Aufstellung befindlich“ sind.

Angesichts dieser eindeutigen Positionierung ist damit hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals des in Aufstellung befindlichen Raumordnungsplans – und damit letztlich dem frühestmöglichen Zeitpunkt einer Untersagung nach § 12 Abs. 2 ROG – auf § 3 Abs. 1 Nr. 4a ROG abzustellen. Sofern die als Ziel der Raumordnung formulierte Windenergiegebietsausweisung dieses Stadium noch nicht erreicht hat, kann eine Untersagung nicht auf dessen Sicherung gestützt werden. Insbesondere die bis zum 31.05.2024 nachzuweisende Planaufstellungsbeschlüsse im Sinne des § 3 Abs. 3 Nr. 1 WindBG genügen demnach nicht.

Für eine Untersagung nach § 12 Abs. 2 ROG müsste zudem zu befürchten sein, dass die Planung oder Maßnahme die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung – im hiesigen Anwendungsfall namentlich also die raumordnerischen Windenergiegebietsausweisungen – unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde. Die Anforderungen an dieses „Sicherungsbedürfnis“¹⁹⁹ sind in Einzelheiten umstritten.²⁰⁰ Einigkeit dürfte insoweit bestehen, dass das zu sichernde Ziel einen gewissen Konkretisierungsgrad und Bestimmtheit aufweisen muss, damit so die Unmöglichmachung oder wesentliche Erschwerung der Zielverwirklichung beurteilt werden kann.²⁰¹ Umstritten ist der notwendige Grad der „Zielwidrigkeit der Planung oder Maßnahme“²⁰². Hinsichtlich diesbezüglicher Einzelheiten sei auf die Kommentarliteratur zum

¹⁹⁸ BT-Drs. 20/5830, S. 43.

¹⁹⁹ Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Schmitz, M § 12 Rn. 71.

²⁰⁰ Vgl. Kment/Hager, § 12 Rn. 48 ff; Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Schmitz, M § 12 Rn. 71 ff; Spannowsky/Runkel/Goppel/Goppel, § 12 Rn. 22 ff.

²⁰¹ Kment/Hager, § 12 Rn. 49.

²⁰² Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Schmitz, M § 12 Rn. 76.

Raumordnungsgesetz verwiesen²⁰³, als Mindestanforderung wird man jedoch einen im Wege einer Prognose ermittelten Widerspruch zum in Aufstellung befindlichen Ziel fordern müssen²⁰⁴.

3. Anwendungsausschluss durch § 245e Abs. 5 BauGB

Fraglich erscheint zuletzt, ob die Untersagung nach § 12 ROG in den hier diskutierten Fällen, in denen eine Windenergiegebietsausweisung mithilfe des § 245e Abs. 5 BauGB zustande kommen soll, durch den Sinn und Zweck der erleichterten Zielabweichung und dem dahinterstehenden gesetzgeberischen Willen ausgeschlossen ist.

Anknüpfungspunkt derartiger Erwägungen ist die im Rahmen des § 245e Abs. 5 BauGB verwendete „soll“-Formulierung und die hiermit vom Gesetz vorgezeichnete Ermessensbetätigung. Nach dem gesetzgeberischen Willen soll der Zielabweichung stattgegeben werden, sofern die Voraussetzungen nach § 245e Abs. 5 BauGB vorliegen – nur in Sonderfällen soll sie verweigert werden und das Ziel der Raumordnung weiterhin seine verhindernde Wirkung entfalten (siehe Gliederungspunkt C. V. 1.). Die Vorschrift des § 245e Abs. 5 BauGB ist folglich gerade darauf ausgerichtet, dass die Gemeinde befähigt wird, Windenergiegebiete auszuweisen.

Untersagt nun die zuständige Raumordnungsbehörde – trotz erfolgreichem Zielabweichungsverfahren – die Windenergiegebietsausweisung, erreicht die Gemeinde zwar zunächst erfolgreich eine Freistellung von der Bindungswirkung des Ziels der Raumordnung, wird jedoch anschließend durch die Untersagung an der Ausweisung des Gebiets gehindert. Der durch die erleichterte Zielabweichungsmöglichkeit geschaffene „Spielraum“ zugunsten der Gemeinden wäre durch das Instrument der raumordnerischen Untersagung sogleich wieder erheblich eingeschränkt (wenn nicht gar gänzlich geschlossen). Die Anwendung des § 12 ROG, so ließe sich argumentieren, könnte hierdurch dazu führen, dass der mit der „soll“-Formulierung ausgedrückte bundesgesetzgeberische Wille durch die zuständigen Landesbehörden unterlaufen wird. Fraglich ist damit das Verhältnis zwischen § 12 ROG und § 245e Abs. 5 BauGB.

²⁰³ Hierzu ausführlich insbesondere Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Schmitz, M § 12 Rn. 76 ff; Kment/Hager, § 12 Rn. 50.

²⁰⁴ Spannowsky/Runkel/Goppel/Goppel, § 12 Rn. 22 ff.

Zur Beantwortung könnte zunächst an § 27 Abs. 4 ROG gedacht werden. Die Vorschrift sieht Regelungen zur Auflösung von Normkonflikten zwischen dem ROG und dem BauGB vor. „Für Raumordnungspläne,“ so heißt es dort, „die Windenergiegebiete [...] beinhalten, sind die Überleitungsvorschriften des § 245e des Baugesetzbuchs und die Sonderregelungen des § 249 des Baugesetzbuchs vorrangig anzuwenden“. Hierdurch soll ausweislich der Gesetzesmaterialien sichergestellt werden, „dass die Überleitungsvorschriften des § 245e BauGB und die Sonderregelungen des § 249 BauGB bei Raumordnungsplänen, die Windenergiegebiete im Sinne von § 2 Nummer 1 des WindBG beinhalten, entgegenstehenden Regelungen des Raumordnungsgesetzes vorgehen.“²⁰⁵ In den vorliegenden Konstellationen bildet jedoch gerade nicht ein Raumordnungsplan, sondern vielmehr die geplante bauleitplanerische Windenergiegebietsausweisung den entscheidenden Anknüpfungspunkt der raumordnerischen Untersagung. Dass § 27 Abs. 4 ROG diese Fälle adressiert und einen Vorrang des (letztlich die Bauleitplanung begünstigenden) § 245e Abs. 5 BauGB gegenüber § 12 ROG und damit der Raumordnung bezweckt, erscheint angesichts des Wortlauts der Norm und den Ausführungen im Rahmen der Gesetzesmaterialien eher fernliegend.

Zur Klärung des Verhältnisses zwischen § 245e Abs. 5 und § 12 ROG ist es sinnvoller, die jeweiligen Zielrichtungen und Inhalte der Vorschriften zu betrachten. § 245e Abs. 5 BauGB ist darauf gerichtet, den Gemeinden als nicht zuständigen Planungsträgerinnen eine erleichterte Zielabweichung von solchen Zielen der Raumordnung zu ermöglichen, die im Zusammenhang mit der Konzentrationsflächenplanung festgelegt wurden. § 245e Abs. 5 BauGB zielt damit auf das „alte“ Planungssystem und dessen Restriktionen. Anders liegt es hingegen bei den hiesigen Fällen des § 12 ROG: In den angesprochenen Konstellationen, in denen § 12 Abs. 1 ROG zur Untersagung der erleichterten Zielabweichung in Betracht kommen könnte, läge bereits ein die Vorgaben des WindBG umsetzender landesweiter Raumordnungsplan vor. In den Fällen des § 12 Abs. 2 ROG würde ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 4a ROG gesichert, welches ein sonstiges Erfordernis der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 ROG) darstellt und damit nach § 4 Abs. 1 S. 1 ROG eine Berücksichtigungspflicht auslöst. Gemeinsam ist sowohl § 12 Abs. 1 ROG als auch § 12 Abs. 2 ROG folglich, dass hier planerische Aktivitäten gesichert werden sollen, die der Umsetzung der Vorgaben des WindBG (letztlich also dem Erreichen

²⁰⁵ BT-Drs. 20/2355, S. 35.

des Flächenbeitragswerts) dienen. Das Instrument der raumordnerischen Untersagung zielt hier also auf die Sicherung des „neuen“ Planungssystems.

Ein Anwendungsausschluss des § 12 ROG würde der – auf das „alte“ System zielenden – Übergangsregelung des § 245e BauGB den Vorrang vor der Sicherung des „neuen“ Systems nach dem WindBG geben. Dies erscheint nicht sachgerecht und ist abzulehnen. Eine Verneinung eines derartigen Wertungswiderspruchs und die Anwendbarkeit des § 12 ROG führt auch nicht zu unbilligen Ergebnissen. Denn zum einen kann § 12 ROG nur dort zur Anwendung kommen, wo – im Fall des § 12 Abs. 1 ROG – Ziele der Raumordnung der Windenergiegebietsausweisung „entgegenstehen“, oder – im Fall des § 12 Abs. 2 ROG – die bauleitplanerische Ausweisung die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele „unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde“. Bereits durch die Tatbestandsvoraussetzungen sind der Untersagung damit hohe Hürden gesetzt. Zum anderen trägt das Ergebnis letztlich der Wertung des WindBG Rechnung, zwischen zuständigen und unzuständigen Planungsträgern zu unterscheiden. Sofern eine geplante Windenergiegebietsausweisung auf Ebene der Bauleitplanung der Windenergieplanung des zuständigen Planungsträgers zuwiderläuft, hat die Planung der unzuständigen Gemeinde – trotz erfolgreicher Zielabweichung – richtigerweise zurückzustehen.

III. Anrechnung der bauleitplanerisch ausgewiesenen Gebiete

Auch Länder, die gemeindliche Windenergiegebietsausweisungen mithilfe der erleichterten Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB begrüßen, dürften regelmäßig ein Interesse daran haben, dass die bauleitplanerischen Windenergiegebiete auf den für das jeweilige Bundesland geltenden Flächenbeitragswert angerechnet werden. Ob und wie dies möglich ist, bedarf der genaueren Analyse.

Wie bereits zu Beginn der Arbeit ausgeführt (siehe Gliederungspunkt B. III. 1.) sieht das WindBG nach § 3 Abs. 1 WindBG in Verbindung mit der Anlage des WindBG vor, dass die Bundesländer einen bestimmten Flächenbeitragswert zu einem näher spezifizierten Datum erreichen müssen. § 3 Abs. 2 WindBG konkretisiert (nach Angaben der Regierungsfractionen „deklaratorisch“²⁰⁶) die Möglichkeiten der Länder, die Verpflichtung nach § 3 Abs. 1 WindBG zu erfüllen. Relevant für die

²⁰⁶ BT-Drs. 20/2355, S. 25.

Frage der Anrechenbarkeit sind jedoch hauptsächlich die §§ 4 und 5 des WindBG. In § 4 WindBG wird spezifiziert, welche Flächen anrechnungsfähig sind, während § 5 WindBG Regelungen dazu enthält, wie diese Anrechnung zu erfolgen hat.

Nachfolgend soll zunächst die Anrechnungsfähigkeit der mithilfe von § 245e Abs. 5 BauGB ausgewiesenen Windenergiegebiete untersucht werden (Gliederungspunkt 1.). Anschließend werden diesbezügliche Anrechnungsmöglichkeiten aufgezeigt (Gliederungspunkt 2.).

1. Anrechnungsfähigkeit

Zunächst müssten die mithilfe der erleichterten Zielabweichung ausgewiesenen bauleitplanerischen Windenergiegebiete grundsätzlich anrechnungsfähig sein.

Ausgangspunkt für die Frage der Anrechnungsfähigkeit ist § 3 Abs. 1 S. 1 WindBG. Hier heißt es: „In jedem Bundesland ist ein prozentualer Anteil der Landesfläche nach Maßgabe der Anlage (Flächenbeitragswert) für die Windenergie an Land auszuweisen.“ Ausweislich des § 4 Abs. 1 S. 1 WindBG sind dabei „[f]ür die Windenergie an Land im Sinne des § 3 Absatz 1 [...] alle Flächen [ausgewiesen], die in Windenergiegebieten liegen.“ Im Grundsatz sind damit nur solche Flächen auf den Flächenbeitragswert anrechenbar (vgl. aber die Ausnahmen nach § 4 Abs. 1 S. 3 WindBG sowie § 4 Abs. 4 WindBG). Weder aus dem WindBG noch aus dem BauGB geht dabei hervor, dass anrechenbare Windenergiegebiete ausschließlich durch den zuständigen Planungsträger ausgewiesen worden sein müssten. § 4 Abs. 1 S. 2 WindBG deutet eher auf das Gegenteil hin. Hier sieht das Gesetz vor, dass „[s]oweit sich Ausweisungen in Plänen verschiedener Planungsebenen auf dieselbe Fläche beziehen, [...] die ausgewiesene Fläche nur einmalig auf den Flächenbeitragswert anzurechnen [ist].“ Nach der Begründung des Gesetzentwurfs wird hiermit klargestellt, „dass Ausweisungen unterschiedlicher Planungsebenen, die sich auf dieselbe Fläche beziehen, nicht doppelt angerechnet werden dürfen. Dies betrifft insbesondere Länder, in denen der Ausbau der Windenergie nicht abschließend auf Ebene der Regionalplanung geplant wird und die Ausweisungen des Regionalplanes im Rahmen der Bauleitpläne wieder aufgegriffen werden. Der Überschneidungsbereich ist in diesen Fällen nur einmalig anzurechnen. Im Übrigen sind Flächen, die auf unterschiedlichen Planungsebenen als Windenergiegebiete ausgewiesen sind, auf

die Flächenbeitragswerte anzurechnen.²⁰⁷ Diese Begründung spricht dafür, dass es die Intention des Gesetzgebers war, die Ausweisung von anrechnungsfähigen Windenergiegebiete nicht auf den zuständigen Planungsträger zu beschränken.

Mithilfe von § 245e Abs. 5 BauGB ausgewiesene Windenergiegebiete sind damit im Grundsatz auf den Flächenbeitragswert anrechnungsfähig.

2. Anrechnungsmöglichkeiten

Problematischer als die Anrechnungsfähigkeit erscheint der Vorgang der Anrechnung selbst (Anrechnungsmöglichkeiten). Dieser ist detailliert in § 5 WindBG geregelt und lässt sich in „Feststellung“ (vgl. vor allem § 5 Abs. 1 S. 1 und 2 WindBG) und „Bekanntmachung“ (vgl. etwa § 5 Abs. 1 S. 3 WindBG) des Erreichens der Flächenbeitragswerte aufteilen.

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 WindBG ist der Planungsträger dazu berufen, in dem Beschluss über den Plan festzustellen, „dass der Plan mit den Flächenbeitragswerten oder mit den Teilflächenzielen nach § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 oder Satz 2 im Einklang steht“. Aus diesem Wortlaut wird deutlich, dass (einzig) die nach § 3 Abs. 2 WindBG zur Erreichung des Flächenbeitragswertes (beziehungsweise der Teilflächenziele) Verpflichteten – oder in den Fällen des § 5 Abs. 1 S. 2 WindBG die jeweils für den Plan des zuständigen Planungsträger zuständige Genehmigungsbehörde – zur Feststellung und Bekanntmachung im Sinne des § 5 Abs. 1 WindBG berechtigt sind. Dies ist auch zweckmäßig: Hierdurch kann verhindert werden, dass eine Vielzahl einzelner (unzuständiger) Planungsträger Windenergiegebiete ausweisen und diese Flächen selbstständig auf den Flächenbeitragswert des Landes anrechnen können. So kann eine womöglich unüberschaubare „Gemengelage von Anrechnungen“ durch unzuständige Planungsträger verhindert werden, die dem zuständigen Planungsträger die Bewertung des aktuellen Flächenstandes und deren Kontrolle erheblich erschweren würde. Unzuständige Gemeinden können folglich mithilfe von § 245e Abs. 5 BauGB ausgewiesene Windenergiegebiete nicht selbstständig und ohne Rücksprache mit dem zuständigen Planungsträger auf den Flächenbeitragswert anrechnen. Eine Anrechnung kann vielmehr nur erfolgen, wenn dieser die Windenergiegebiete in das die Vorgaben des WindBG umsetzende Planwerk übernimmt. Bei dem zuständigen Planungsträger wird es

²⁰⁷ BT-Drs. 20/2355, S. 26.

sich regelmäßig um einen Planungsträger auf Ebene der Raumordnung handeln.²⁰⁸ Für diese Fälle kommen mehrere Optionen zur Anrechnung in Betracht.

Zunächst kann daran gedacht werden, ob eine Anrechnung ohne „eigenständige“ Windenergiegebietsausweisung durch den zuständigen Planungsträger möglich ist. Hierzu könnte eine „nachrichtliche Übernahme“ der Windenergiegebiete entsprechend § 5 Abs. 4 BauGB oder § 9 Abs. 6 BauGB dienen.²⁰⁹ Von diesen nachrichtlichen Übernahmen gingen keine Bindungswirkungen im Sinne des § 4 ROG aus²¹⁰, sie würden vielmehr lediglich eine Mitteilung über außerhalb des Raumordnungsplans getroffene Regelungen – im hiesigen Fall also über die mithilfe der erleichterten Zielabweichung ausgewiesenen Gebiete – darstellen.²¹¹ Mit der nachrichtlichen Übernahme, so könnte argumentiert werden, wären die bauleitplanerischen Ausweisungen (zumindest nachrichtlich) Teil des Plans des zuständigen Planungsträgers und könnten damit auch an der Feststellung (und Bekanntgabe oder Verkündigung) im Sinne des § 5 Abs. 1 WindBG teilnehmen.

Diese Vorgehensweise erscheint nicht unproblematisch. Die Erreichung der Flächenbeitragswerte wäre nämlich an die Wirksamkeit der – gewissermaßen außerhalb der Sphäre des zuständigen Planungsträger liegenden – Bauleitpläne geknüpft (vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 WindBG). Es würde sich gerade nicht um „originäre“ Flächenausweisungen des zuständigen Planungsträgers handeln. Dennoch dürfte dies für eine Anrechnung genügen. Denn zunächst ist festzuhalten, dass derartige „Abhängigkeiten“ dem WindBG nicht neu sind. Bei der (ausnahmsweisen) Anrechnung von Flächen im Sinne des § 4 Abs. 1 S. 3 WindBG besteht nach § 4 Abs. 1 S. 4 WindBG die Anrechnungsmöglichkeit nur, solange die Windenergieanlage in Betrieb ist²¹² – auf den Betrieb wird der zuständige Planungsträger aber regelmäßig keinen entscheidenden Einfluss haben. Auch hier besteht also eine Abhängigkeit von „Externen“. Zudem ließe sich die hier gegenständliche Abhängigkeit von den bauleitplanerischen Ausweisungen dadurch abmildern, dass eine Mitteilungspflicht der Gemeinden an die zuständigen Planungsträger angenommen wird, sofern das Windenergiegebiet aufgehoben, geändert oder sonst wie in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt wird. Ein plötzliches und unvorhersehbares Verfehlen des Flächenbeitragswertes durch eine

²⁰⁸ Auf Sonderfälle bei kommunalen Teilflächenzielen wird im Folgenden nicht eingegangen.

²⁰⁹ Kment/Kümper, § 3 Rn. 10; Kment/Grotefels, § 13 Rn. 13.

²¹⁰ Spannowsky/Runkel/Goppel/Runkel, § 7 Rn. 12.

²¹¹ Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, § 5 Rn. 19.

²¹² Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Meurers, § 249 Rn. 23.

unangekündigte Aufhebung eines mithilfe des § 245e Abs. 5 BauGB ausgewiesenen bauleitplanerischen Windenergiegebietes könnte damit ausgeschlossen werden. Schließlich ließe sich bei einer nachrichtlichen Übernahme der Windenergiegebiete aus dem Planwerk des zuständigen Planungsträgers auch ablesen, welche Windenergiegebiete zur Erreichung des Beitragswertes angerechnet wurden (vgl. auch § 5 Abs. 1 S. 1 WindBG „dabei ist [...] auszuführen, welche Flächen in Windenergiegebieten nach § 2 Nummer 1 [...] angerechnet wurden, jeweils unter Angabe des Umfangs der angerechneten Fläche“). Eine unüberschaubare „Gemengelage von Anrechnungen“ wäre hier nicht zu besorgen, vielmehr ähnelt die Konstellation den Fällen, die durch § 5 Abs. 2 WindBG adressiert werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung genügt damit eine nachrichtliche Übernahme der mithilfe des § 245e Abs. 5 BauGB ausgewiesenen Windenergiegebiete, um diese im Rahmen des Planwerks des zuständigen Planungsträgers anzurechnen. Um rechtliche Unsicherheiten auszuschließen, empfiehlt sich jedoch die Übernahme und eigenständige Ausweisung („Nachzeichnen“) der bauleitplanerischen Windenergiegebiete durch den zuständigen Planungsträger in das jeweilige, zur Umsetzung der Flächenbeitragswerte vorgesehene Planwerk (also entweder im Regional- oder landesweiten Raumordnungsplan). Denn in diesem Fall dienen zwar die bauleitplanerischen Ausweisungen als Vorlage. Durch die von der Bauleitplanung separate raumordnerische Festlegung im für die Flächenbeitragswerte relevanten Planwerk macht sich der zuständige Planungsträger diese aber zu eigen und unabhängig vom rechtlichen Schicksal der bauleitplanerischen Ausweisung. Als „reguläre“ Windenergiegebiete im Sinne des § 2 Nr. 1 a) WindBG können diese Gebiete unproblematisch auf den Flächenbeitragswert angerechnet werden.

Mithilfe des § 245e Abs. 5 BauGB ausgewiesene Windenergiegebiete sind damit einerseits anrechnungsfähig und nach den oben aufgezeigten Möglichkeiten (in den hier zugrundeliegenden Fällen) auch auf den Flächenbeitragswert anrechenbar. Vor dem Hintergrund des Aspekts der Rechtssicherheit erscheint hinsichtlich der Anrechnung dabei der Weg über eine „Nachzeichnung“ der bauleitplanerischen Windenergiegebiete empfehlenswert.

E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Auf die gemeinsame „Mission“ der Bundesregierung, „den Ausbau der Erneuerbaren Energien drastisch zu beschleunigen und alle Hürden und Hemmnisse aus dem Weg zu räumen“²¹³, wurde bereits im Rahmen der Einleitung hingewiesen. Ob mit § 245e Abs. 5 BauGB ein Schritt in diese Richtung getan wurde, bleibt angesichts der aufgezeigten Rechtsfragen abzuwarten. Die obigen Ausführungen und Problemlösungen tragen jedoch dazu bei, die diesbezüglichen Rechtsunsicherheiten zu adressieren und einer sachgerechten Lösung zuzuführen. So können „Hürden und Hemmnisse“ in Bezug auf die Vorschrift abgebaut und die Handhabung in der Praxis erleichtert werden. Die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die Vorschrift des § 245e Abs. 5 BauGB zielt darauf ab, den Spielraum von Gemeinden zur Ausweisung von Windenergiegebieten zu erweitern. Sie soll eine erleichterte Zielabweichung zur bauleitplanerischen Ausweisung von Windenergiegebieten ermöglichen (siehe hierzu vertiefend Gliederungspunkt C. II.)
2. § 245e Abs. 5 BauGB steht eigenständig neben § 6 Abs. 2 ROG. § 245e Abs. 5 BauGB verdrängt in dessen Anwendungsbereich die allgemeinere Vorschrift nach § 6 Abs. 2 ROG nicht (siehe hierzu vertiefend Gliederungspunkt C. III.).
3. Der zeitliche Anwendungsbereich der erleichterten Zielabweichung beginnt mit dem Inkrafttreten am 14.01.2024. Der Anwendungsbereich endet bei Erreichen des Beitragswertes, spätestens aber mit Ablauf des Stichtags für den Flächenbeitragswert nach Spalte 1 der Anlage des Windenergieflächenbedarfsgesetzes (siehe hierzu vertiefend Gliederungspunkt C. IV. 1.).
4. Eine erleichterte Zielabweichung ist nur von solchen flächenbezogenen Zielen der Raumordnung möglich, die mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB in Zusammenhang stehen. Das Ziel der Raumordnung muss bis zum 01.02.2024 wirksam geworden sein. Antragsberechtigt sind nur Gemeinden, die nicht zuständige Planungsträgerinnen nach § 249 Abs.

²¹³ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, S. 14.

5 BauGB in Verbindung mit § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WindBG sind (siehe hierzu vertiefend Gliederungspunkt C. IV. 2.)

5. In einem Raumordnungsplan vorgesehene Gebietsfestlegungen können die erleichterte Zielabweichung ausschließen, wenn hierdurch an der von der Gemeinde für Windenergie geplanten Stelle mit der Windenergie unvereinbare Nutzungen oder Funktionen festgelegt worden sind (siehe hierzu vertiefend Gliederungspunkt C. IV. 3.).
6. § 245e Abs. 5 BauGB ist nicht um Tatbestandsmerkmale des § 6 Abs. 2 ROG anzureichern. Insbesondere das Merkmal der „Nichtberührung der Grundzüge der Planung“ ist nicht auf die erleichterte Zielabweichung zu übertragen (siehe hierzu vertiefend Gliederungspunkt C. IV. 4.).
7. § 245e Abs. 5 BauGB hat mittelbar auch Bedeutung für die Zulassungsebene. Der Vorhabenträger ist nicht durch die vom Ziel der Raumordnung hervorgerufene Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB daran gehindert, innerhalb des Windenergiegebiets das Vorhaben zu realisieren (siehe hierzu vertiefend Gliederungspunkt C. V. 2.).
8. § 245e Abs. 5 BauGB ist schwerpunktmäßig der Kompetenz der Raumordnung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG zuzuordnen. Nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG besteht eine Abweichungsmöglichkeit zugunsten der Länder (siehe hierzu vertiefend Gliederungspunkt D. I.).
9. Die zuständigen Stellen in den Ländern können bauleitplanerische Windenergiegebietsausweisung, die mithilfe der erleichterten Zielabweichung erreicht werden sollen, je nach Fallgestaltung mithilfe § 12 Abs. 1 ROG oder § 12 Abs. 2 ROG untersagen. Ein zulasten der raumordnerischen Untersagung aufzulösender Wertungswiderspruch zwischen § 245e Abs. 5 BauGB und § 12 ROG besteht nicht (siehe hierzu vertiefend Gliederungspunkt D. II.).
10. Mithilfe der erleichterten Zielabweichung ausgewiesene Windenergiegebiete sind auf den Flächenbeitragswert anrechnungsfähig. Zur Anrechnung sollte dabei der Weg über eine raumordnerische „Nachzeichnung“ der bauleitplanerischen Windenergiegebiete gewählt werden (siehe hierzu Gliederungspunkt D. III.).

Quellenverzeichnis

Badura, Peter, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl., München 2018

zitiert: *Badura*, Staatsrecht.

Battis, Ulrich/Krautzberger, Michael/Löhr, Rolf-Peter, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl., München 2022

zitiert: *Battis/Krautzberger/Löhr/Bearbeiter*.

Bielenberg, Walter/Runkel, Peter/Spannowsky, Willy, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Kommentar und Textsammlung, Bd. 2, Berlin, Stand: Juli 2023

zitiert: *Bielenberg/Runkel/Spannowsky/Bearbeiter*.

Bonner Kommentar Grundgesetz, hrsg. v. *Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian*, Heidelberg, Stand: Dezember 2023

zitiert: *BK GG/Bearbeiter*.

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, Januar 2022, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/220111_eroeffnungsbilanz_klimaschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=14 (letzter Zugriff: 06.02.2024)

zitiert: *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, Eröffnungsbilanz Klimaschutz.

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Windenergie-an-Land-Strategie, Wir stellen die Weichen für 160 Gigawatt Wind an Land bis 2035, Stand: Mai 2023, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/windenergie-an-land-strategie.pdf?__blob=publicationFile&v=11 (letzter Zugriff 06.02.2024)

zitiert: *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Windenergie-an-Land-Strategie.*

Cholewa, Werner/Dyong, Hartmut/von der Heide, Hans-Jürgen/Arenz, Willi, Raumordnung in Bund und Ländern, Kommentar zum Raumordnungsgesetz des Bundes und Vorschriftensammlung aus Bund und Ländern, Stuttgart, Stand: März 2023

zitiert: *Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz/Bearbeiter.*

Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, hrsg. v. Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H., München, Stand: August 2023

zitiert: *Dürig/Herzog/Scholz/Bearbeiter.*

Durner, Wolfgang, Konflikte räumlicher Planungen, Verfassungs-, verwaltungs- und gemeinschaftsrechtliche Regeln für das Zusammentreffen konkurrierender planerischer Raumansprüche, Tübingen 2005

zitiert: *Durner, Konflikte räumlicher Planungen.*

Erbguth, Wilfried, Abweichungsgesetzgebung: verfassungsrechtliche Grundlagen und allgemeine Rechtsfragen, ZUR 2019, S. 195.

Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Kommentar, hrsg. v. Külpmann, Christoph, München, Stand: August 2023

zitiert: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Bearbeiter.*

Freistaat Sachsen, Landesentwicklungsplan 2013, SächsGVBl. 11/2013, S. 582, Plan abrufbar unter https://www.landesentwicklung.sachsen.de/download/Landesentwicklung/LEP_2013.pdf (letzter Zugriff: 06.02.2024, Seitenangaben beziehen sich auf die Onlineausgabe)

zitiert: *Freistaat Sachsen*, LEP 2013.

Gatz, Stephan, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 3. Aufl., Bonn 2019

zitiert: *Gatz*, Windenergieanlagen.

Grigoleit, Klaus Joachim/Engelbert, Julian/Strothe, Lena/Klanten, Moritz, Booster für die Windkraft - Aspekte zur Beschleunigung der Windenergieplanung Onshore, NVwZ 2022, S. 512.

Handbuch des Staatsrechts, hrsg. v. *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul*, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008

zitiert: HdbStR VI/*Bearbeiter*.

Hendler, Reinhard/Kerkmann, Jochen, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2014, S. 1369.

Herbst, Tobias, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, Eine Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2014

zitiert: *Herbst*, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat.

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

Kment, Martin (Hrsg.), Raumordnungsgesetz, Baden-Baden 2019

zitiert: *Kment/Bearbeiter*.

Kment, Martin, Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land - Deutschland in der Poly-Krise, NVwZ 2023, S. 959.

Kment, Martin, Sachdienliche Änderungen des Baugesetzbuchs zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität, Augsburg 2020, <https://www.stiftung-klima.de/app/uploads/2021/01/2021-01-15-Gutachten-Prof-Kment-Flaechenausweisung-Windenergie-Stiftung-Klimaneutralitaet.pdf> (letzter Zugriff: 06.02.2024)

zitiert: *Kment*, Gutachten Flächenausweisungen.

Koalitionsausschuss der Bundesregierung, Modernisierungspaket für Klimaschutz und Planungsbeschleunigung, März 2023, https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Beschluesse/20230328_Koalitionsausschuss.pdf (letzter Zugriff: 06.02.2024)

zitiert: *Koalitionsausschuss der Bundesregierung*, Modernisierungspaket.

Koch, Hans-Joachim/Hendler, Reinhard (Hrsg.), Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Aufl., Stuttgart 2015

zitiert: Koch/Hendler/*Bearbeiter*.

Kümper, Boas, Die raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen - Schlüsselbegriff für den Steuerungsanspruch, nicht notwendig auch für die Steuerungswirkung der Raumordnung, UPR 2019, S. 161.

Kümper, Boas, Divergierende Konzentrationsflächen im Regionalplan und im Flächennutzungsplan, Überlegungen aus Anlass eines Beschl. des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, ZfBR 2018, S. 646.

Kümper, Boas, Konzentrationsflächenplanung vor dem Aus?, Zur Debatte um eine Reform des Planungs- und Zulassungsregimes für Windenergieanlagen, DVBl 2021, S. 1591.

Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2024

zitiert: *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht.

Regionaler Planungsverband Leipzig-West Sachsen, SächsABl. AAz. 50/2021, A 794, Plan abrufbar unter https://www.rpv-west-sachsen.de/wp-content/uploads/regionalplan/2021/Regionalplan_Verbindlich/Teil1_Festlegungen/01_Festlegungen.pdf (letzter Zugriff: 06.02.2024, Seitenangaben beziehen sich auf die Onlineausgabe)

zitiert: *Regionaler Planungsverband Leipzig-West Sachsen*, Regionalplan Leipzig-West Sachsen.

Reidt, Olaf, Die Ausweisung von Windkonzentrationszonen in Raumordnungs- und Flächennutzungsplänen – welcher Plan hat Vorrang?, *BauR* 2017, S. 1293.

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl., München 2021

zitiert: *Sachs/Bearbeiter*.

Schmidt-Eichstadt, Gerd, Die harten und weichen Tabuzonen bei der Windenergieplanung und die Beachtlichkeit etwaiger Fehlzuordnungen, *ZfBR* 2019, S. 434.

Schmitz, Holger, Raumordnerische Gesetzgebung der Länder: ergänzendes, abweichendes und wiederholendes Recht, *ZUR* 2019, S. 203.

Schmitz, Holger/Müller, Christian, Das Raumordnungsrecht nach der Föderalismusreform, *RuR* 2007, S. 456.

Scholz, Rupert, Ausschliessliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts (Zweiter Band), Tübingen 1976, S. 252.

Schröder, Ulrich Jan, Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs nach dem Grundgesetz, Berlin 2007

zitiert: *Schröder*, Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs.

Spannowsky, Willy/Runkel, Peter/Goppel, Konrad, Raumordnungsgesetz (ROG), Kommentar, 2. Aufl., München 2018

zitiert: *Spannowsky/Runkel/Goppel/Bearbeiter*.

Sponer, Wolf-Uwe, Fehlender Drittschutz bei Zielabweichungsbescheiden, LKV 2023, S. 252.

Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanzwesen, 2. Aufl., München 2022

zitiert: *Stern/Sodan/Möstl/Bearbeiter*.

Stüer, Bernhard, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Planung - Genehmigung - Rechtsschutz, 5. Aufl., München 2015

zitiert: *B. Stüer*, Bau- und Fachplanungsrecht.

Stüer, Bernhard/Stüer, Eva-Maria, Windenergieplanung vor dem Aus?, BauR 2021, S. 1735.

Tischmacher, Amelie, Bauleitplanung für Windenergieanlagen vor dem Hintergrund der aktuellen Gesetzesänderungen auf Bundes- und Landesebene, KommunalPraxis Bayern 2023, S. 366.

Tyczewski, Thomas, Konzentrationszonen für Windenergieanlagen rechtssicher planen - Illusion oder Wirklichkeit?, BauR 2014, S. 934.

v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz - Kommentar, hrsg. v. *Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas*, 7. Aufl., München 2018

zitiert: *v. Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter*.

Wagner, Roland, Die Konkurrenzen der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern, Berlin 2011

zitiert: *Wagner*, Konkurrenzen der Gesetzgebungskompetenzen.

Wank, Rolf, Juristische Methodenlehre, Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, München 2019

zitiert: *Wank*, Juristische Methodenlehre.

Wegner, Nils, Anmerkungen zu VG Kassel, Urt. v. 25.10.2017, 7 K 117/15.KS, ZNER 2018, S. 181.

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das sogenannte Omnibusverfahren, WD 3 - 3000 - 149/20, 17. Juni 2020

zitiert: *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das sogenannte Omnibusverfahren.

Zippelius, Juristische Methodenlehre, hrsg. v. *Würtenberger, Thomas*, 12. Aufl., München 2021.

Persönliche Erklärung

[REDACTED]

[REDACTED]