

# ARBEITSHILFE

## für die Ausweisung von Windenergiegebieten in Regionalen Raumordnungsprogrammen

STAND: JANUAR 2024

### *HINWEISE:*

*Ausführungen im Kursivdruck stehen unter dem Vorbehalt laufender  
Gesetzgebungsverfahren*

*Die Arbeitshilfe wird fortlaufend aktualisiert.*

*Ergänzende Hinweise finden sich in der Arbeitshilfe zum Vollzug des Gesetzes zur Erhöhung  
und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (Arbeitshilfe Wind-an-  
Land) der Fachkommission Städtebau und des Ausschusses für Recht und Verfahren der  
Ministerkonferenz für Raumordnung vom 03. Juli 2023:*

[https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/downloads/Webs/BMWSB/DE/veroeffentlichungen/raumordnung/RMK/wind-an-land-gesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/downloads/Webs/BMWSB/DE/veroeffentlichungen/raumordnung/RMK/wind-an-land-gesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=1)

# INHALT

## **TEIL 1: Einführung und Begrifflichkeiten**

- 1.1 Einführung
- 1.2 Begrifflichkeiten und Grundsätzliches
- 1.3 Ausweisung von Windenergiegebieten in kreisfreien Städten

## **TEIL 2: Anforderungen an Planungsmethodik und Planinhalte**

- 2.1 Anforderungen an Planungskonzept und Abwägung
- 2.2 Referenzanlage
- 2.3 Planung mit Ausschlusswirkung (Konzentrationsflächenplanung)
- 2.4 Festlegungen über Rotor- innerhalb/ Rotor- außerhalb

## **TEIL 3: Bindungswirkung von Zielen der Raumordnung bei der Planaufstellung (§ 249 Abs. 5 BauGB; planerische Abwägung)**

## **TEIL 4: Erreichung der Teilflächenziele**

- 4.1 Anrechenbarkeit von RROP- Flächen
- 4.2 Anrechenbarkeit von Flächen aus Bebauungsplänen oder Flächennutzungsplänen
- 4.3 Anrechenbarkeit unbepannter Flächen; Anrechenbarkeit von Flächen, für die keine GIS-Daten vorliegen
- 4.4. Anrechenbarkeit von Flächen mit Höhenbestimmungen
- 4.5 Anrechenbarkeit von Rotor-innerhalb-Flächen
- 4.6 Genehmigung des RROP; Feststellung und Bekanntmachung des Erreichens des Teilflächenziels
- 4.7 Unwirksamkeit von Flächenausweisungen
- 4.8 Bindungswirkung von Zielen der Raumordnung nach Erreichung der Teilflächenziele (§ 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB)

## **TEIL 5: Nichterreichung der Teilflächenziele**

## **TEIL 6: Umsetzungsfristen, Gesamtfortschreibung/Teilfortschreibung von RROP/ Teilplan Windenergie**

## **TEIL 7: Fortgeltung bestehender Pläne/Planinhalte, Fortgeltung der Ausschlusswirkung, Übergangsregelung (§ 245e BauGB)**

## **TEIL 8: KURZÜBERBLICK: für die Regionalplanung relevante Anforderungen aus dem Naturschutzrecht**

- 8.1 Ausweisung von Vorranggebieten Windenergienutzung in Landschaftsschutzgebieten (§ 26 Abs. 3 BNatSchG)
- 8.2 Berücksichtigung von Umweltauswirkungen und Belangen des Artenschutzes bei der Ausweisung von Vorranggebieten Windenergienutzung (§ 45b BNatSchG)

## **TEIL 9: Klagemöglichkeiten; Planerhaltung**

# TEIL 1: Einführung und Begrifflichkeiten

## 1.1 Einführung

Am 01.02.2023 ist das Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353) in Kraft getreten, mit dem der Bund ein neues Regime für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen erlassen hat. Bis Ende 2032 sollen durch Planungen in den Ländern insgesamt 2 Prozent der Bundesfläche für die Windenergie an Land ausgewiesen werden.

Die „Wind-an-Land-Gesetzgebung“ besteht vorwiegend aus

- dem Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG)
- speziellen Regelungen im Baugesetzbuch (insbesondere § 245e BauGB und § 249 BauGB) und
- Regelungen im Raumordnungsgesetz (§ 27 Abs. 4 ROG).

Parallel hierzu erfolgten weitere Gesetzesänderungen beispielsweise im

- im Bundesnaturschutzgesetzes zur Zulässigkeit von Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten (§ 26 Abs. 3 BNatSchG) und zum Umgang mit kollisionsgefährdeten Brutvogelarten (§ 45b BNatSchG) sowie
- im Bundes-Immissionsschutzgesetz zum Repowering (§ 16b BImSchG).

Diese Bundesgesetze werden durch verschiedene Landesgesetze ergänzt. Der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Windenergieflächenbedarfsgesetzes und über Berichtspflichten (NWindG) bestimmt die Träger der Regionalplanung als zuständige Stellen für die Ausweisung von Windenergiegebieten und bestimmt für jeden regionalen Planungsraum verbindliche Teilflächenziele sowie die Zeitpunkte, bis zu denen die Flächenausweisungen vorzunehmen sind.

Die konkreten Möglichkeiten und Anforderungen für die Ausweisung von Vorranggebieten für die Windenergienutzung in Regionalen Raumordnungsprogrammen sind im Raumordnungsgesetz des Bundes (ROG) und im Niedersächsischen Raumordnungsgesetz (NROG) geregelt. Mit dem NROG-Entwurf wird unter anderem die Option eröffnet werden, Teilpläne für die Windenergienutzung aufzustellen. Im Übrigen gelten für die Aufstellung und Änderung von Raumordnungsplänen unverändert die für alle Raumordnungsplanungen geltenden Vorschriften.

Für die Festlegung von Vorranggebieten Windenergienutzung ohne Ausschlusswirkung ändern sich die planerischen Anforderungen durch die neue Rechtslage nur wenig.

In Bezug auf den Ausschluss von Windenergieanlagen in bestimmten Bereichen des Planungsraums führt die Wind-an-Land-Gesetzgebung hingegen einen Systemwechsel ein.

Nach der bis zum 31.01.2023 geltenden Rechtslage waren Windenergieanlagen stets privilegierte Vorhaben im Außenbereich gem. § 35 BauGB. Sie durften – sofern nicht öffentliche Belange entgegenstanden und die Erschließung gesichert war – prinzipiell überall im Außenbereich genehmigt und errichtet werden. Die Ansiedlung von Windenergieanlagen konnte vom

Träger der Flächennutzungsplanung oder vom Träger der Regionalplanung über eine sog. Konzentrationsflächenplanung gesteuert werden. Durch eine solche Planung konnten Windenergieanlagen auf bestimmte Bereiche im Planungsraum begrenzt werden und in anderen Bereichen des Planungsraums ausgeschlossen werden. Die im Plan bestimmte Ausschlusswirkung war ein Zulassungshindernis im BImSchG-Genehmigungsverfahren; für Anlagen, für die eine Zulassung im Bereich der Ausschlusswirkung beantragt wurde, durfte gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die BImSchG-Genehmigung in der Regel nicht erteilt werden. Diese Form von Ausschlusswirkung entfällt spätestens am 31. Dezember 2027.

Nach der ab 01.02.2023 geltenden Rechtslage sind lediglich während eines Übergangszeitraums weiterhin sämtliche Windenergieanlagen privilegiert. Dieser Übergangszeitraum endet mit dem Zeitpunkt, an dem ein Planungsträger sein Teilflächenkontingent ausgewiesen hat und spätestens mit Ablauf der Stichtage für die Teilflächenziele (31.12.2027 bzw. 31.12.2032). Sobald das Teilflächenziel erreicht wird, sind grundsätzlich nur noch solche Windenergieanlagen privilegiert, die innerhalb der planerisch ausgewiesenen Windenergiegebiete im Sinne des § 2 WindBG liegen. Außerhalb dieser Windenergiegebiete sind Windenergieanlagen grundsätzlich nicht-privilegierte Anlagen im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB. Sie sind in aller Regel nicht zulassungsfähig, weil nicht privilegierte Vorhaben in aller Regel zumindest einen öffentlichen Belang beeinträchtigen. Für Repowering-Vorhaben gibt es allerdings Ausnahmen.

Wird das Teilflächenziel zu dem jeweiligen Stichtag nicht erreicht, gelten Windenergieanlagen weiterhin im gesamten Planungsraum als privilegierte Vorhaben, jedoch mit der zusätzlichen Erleichterung, dass die Anlage dann weder an Ziele der Raumordnung noch an Darstellungen in Flächennutzungsplänen im BImSch-Verfahren gebunden sind. Dieser neue Mechanismus wird umgangssprachlich auch als „Privilegierung Plus“ oder „Super-Privilegierung“ bezeichnet, weil bei Verfehlen der Teilflächenziele Raumordnungs- und Flächennutzungspläne die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Windenergieanlage nicht mehr verhindern können.

Die neue Rechtslage ersetzt die durch Planung erzeugte Ausschlusswirkung insofern durch ein anderes rechtliches Konstrukt. Anstelle einer – durch Planung erzeugten - Ausschlusswirkung richtet sich die Genehmigungsfähigkeit einer Windenergieanlage künftig danach, ob sie ein privilegiertes Vorhaben oder ein nicht privilegiertes Vorhaben ist. Der faktische Ausschluss einer Windenergieanlage wird kraft Gesetzes hergestellt und ist künftig nur davon abhängig, dass eine wirksame und flächenmäßig ausreichende Flächenausweisung (Positivplanung) im Sinne des WindBG vorliegt.

## **1.2 Begrifflichkeiten und Grundsätzliches**

### **1. Flächenbeitragswerte:**

Als Flächenbeitragswert bezeichnet das WindBG die verbindlichen Flächenziele des Bundes an die Länder. Der Flächenbeitragswert eines Bundeslandes ist ein prozentualer Anteil der Landesfläche, der für die Windenergie an Land auszuweisen ist.

Für Niedersachsen gibt der Bund bis zum 31.12.2027 einen Flächenbeitragswert von 1,7 % der Landesfläche vor, bis zum 31.12.2032 einen Flächenbeitragswert von 2,2 % der Landesfläche (vgl. § 3 Abs. 1 WindBG i.V.m. Anlage 1 WindBG).

## **2. Teilflächenziele**

Als Teilflächenziele bezeichnet das WindBG die verbindlichen Flächenziele eines Landes an regionale oder kommunale Planungsträger. Das Teilflächenziel eines regionalen oder kommunalen Planungsträgers ist ein Anteil der jeweiligen Fläche eines regionalen oder kommunalen Planungsraums, der von diesem Planungsträger für die Windenergie an Land auszuweisen ist. Die Teilflächenziele eines Landes ergeben in Summe den Flächenbeitragswert (vgl. § 3 Abs. 2 WindBG).

Die Zuweisung von Teilflächenzielen soll in Niedersachsen durch Landesgesetz erfolgen. Teilflächenziele werden nur für die Träger der Regionalplanung (Landkreise, kreisfreie Städte, Stadt Göttingen, Region Hannover, Regionalverband Großraum Braunschweig), nicht für die Träger der Bauleitplanung festgelegt.

## **3. Ausschlusswirkung**

Nach der bis zum 31.01.2023 geltenden Rechtslage konnte die Ansiedlung von Windenergieanlagen durch Träger der Flächennutzungsplanung oder vom Träger der Regionalplanung über eine sog. Konzentrationsflächenplanung mit Ausschlusswirkung gesteuert werden. Dadurch konnte die Zulassung von Windenergieanlagen in bestimmten Bereichen des Planungsraums ausgeschlossen werden, wenn der Windenergie an anderer Stelle – insbesondere über Vorranggebiete – substantiell Raum verschafft wurde (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB). Diese Ausschlusswirkung konnte ausschließlich durch einen Planungsträger/ durch Planung erzeugt werden.

Nach der ab 01.02.2023 geltenden Rechtslage kann es in Niedersachsen planerische Regelungen zum Ausschluss von Windenergieanlagen auf bestimmten Flächen allenfalls noch auf der regionalplanerischen Ebene und auch dann nur noch mit Wirkung für die Bauleitplanung geben. Im Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG darf eine planerische Ausschlusswirkung spätestens ab 01.01.2028 nicht mehr beachtet werden (§ 249 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB); die Genehmigungsfähigkeit von Windenergieanlagen kann über eine Konzentrationsflächenplanung künftig damit nicht mehr verhindert werden.

## **4. Privilegierte Vorhaben**

Privilegierte Vorhaben sind solche, die aufgrund ihrer Eigenschaften in aller Regel nur im Außenbereich verwirklicht werden können; sie dürfen genehmigt werden, wenn ihre Erschließung gesichert ist und öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Zu den privilegierten Vorhaben zählen auch Windenergieanlagen im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Bis längstens zum 31.12.2027 sind alle Windenergieanlagen privilegierte Vorhaben. Ab dem Erreichen des Teilflächenziels oder spätestens ab dem 01.01.2028 bzw. ab dem 01.01.2033 gilt: Ist das Teilflächenziel erreicht, sind nur noch Windenergieanlagen innerhalb von Windenergiegebieten privilegierte Vorhaben. Ist das Teilflächenziel nicht fristgerecht erreicht, sind Windenergieanlagen im gesamten Außenbereich des Planungsraums privilegiert.

## **5. Nicht privilegierte Vorhaben**

Nicht-privilegierte Vorhaben sind sonstige Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB. Sie dürfen nicht zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange „beeinträchtigt“. Dies führt dazu, dass nicht-privilegierte Vorhaben im Außenbereich faktisch planungsrechtlich nicht genehmigungsfähig sind. Hierzu zählen auch Windenergieanlagen außerhalb der ausgewiesenen Windenergiegebiete unter der Voraussetzung (§ 249 Abs. 2 BauGB), dass das Teilflächenziel erreicht wurde.

## **6. Windenergiegebiete**

§ 2 WindBG enthält eine Auflistung von Gebieten, die Windenergiegebiete sind:

- Vorranggebiete Windenergienutzung in Raumordnungsplänen (einschließlich der ab 28.09.2023 geltenden Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung im Sinne von § 7 Abs. 3 Satz 3 ROG)
- Vorbehaltsgebiete in Raumordnungsplänen
- Eignungsgebiete in Raumordnungsplänen
- Sonderbauflächen, Sondergebiete und mit diesen vergleichbare Ausweisungen in Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen

Die Legaldefinition ist anzuwenden, wenn im WindBG oder in anderen Gesetzen der Begriff „Windenergiegebiet“ verwendet wird.

Der Begriff des Windenergiegebietes hat insbesondere Bedeutung für die Anrechenbarkeit von Flächen auf das Teilflächenziel: nur Flächen, die Windenergiegebiete sind, sind anrechenbar. In Bezug auf Vorbehalts- und Eignungsgebiete enthält das WindBG dabei zwei Einschränkungen: es sind nur solche anrechenbar, die spätestens am 01.02.2024 wirksam geworden sind, und nur in Bezug auf das Teilflächenziel für 2027 (§ 2 Nr. 2b WindBG).

Der Begriff des Windenergiegebietes hat ferner Bedeutung insbesondere für

- die Rechtsfolgen in § 6 WindBG (erleichterte Zulassungsvoraussetzungen von Windenergieanlagen in ausgewiesenen Windenergiegebieten),
- § 249 Abs. 2 Satz 1 BauGB (Entfall der Privilegierung von Windenergieanlagen außerhalb der ausgewiesenen Windenergiegebiete)
- § 26 Abs. 3 BNatSchG (Zulässigkeit von Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten)

## **1.3 Ausweisung von Windenergiegebieten in kreisfreien Städten**

### **1.3.1 Müssen auch kreisfreie Städte Windenergiegebiete ausweisen?**

Ja. Kreisfreie Städte sind in Niedersachsen Träger der Regionalplanung. Wird den Trägern der Regionalplanung gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WindBG ein Regionales Teilflächenziel zugewiesen, so umschließt dies auch diejenigen kreisfreien Städte, die nicht Teil des Regionalverbands Großraum Braunschweig sind, sowie die Stadt Göttingen.

### **1.3.2 Müssen kreisfreie Städte für die Ausweisung von Windenergieflächen zwingend ein Regionales Raumordnungsprogramm aufstellen?**

Gemäß 5 Abs. 2 NROG können kreisfreie Städte von der Aufstellung eines Regionalen Raumordnungsprogramms absehen. Ist eine kreisfreie Stadt der Auffassung, dass die Ausweisung von Windenergieflächen durch Flächennutzungsplan sachgerechter erscheint als die Aufstellung eines Regionalen Raumordnungsprogramms, so ist dies nach § 5 Abs. 2 NROG zulässig.

Verzichtet eine kreisfreie Stadt auf die Ausweisung der Teilflächenziele in einem Regionalen Raumordnungsprogramm (Gesamtplan oder Teilplan), hat sie die Teilflächenziele über den Flächennutzungsplan auszuweisen. Das Wahlrecht des § 5 Abs. 2 NROG umschließt nur die Wahl des planerischen Instruments. Die inhaltliche Vorgabe aus dem (künftigen) NWindG, Teilflächenziele auszuweisen, unterliegt keiner Wahlfreiheit.

### **1.3.3 Welche Anforderungen sind einzuhalten, wenn eine Ausweisung in einem RROP erfolgt?**

Stellen kreisfreie Städte ein Regionales Raumordnungsprogramm auf, haben sie alle für Raumordnungspläne geltenden Anforderungen ebenso einzuhalten wie die Landkreise. Die Hinweise dieser Arbeitshilfe sind vollumfänglich heranziehbar. Soweit landesgesetzlich die Möglichkeit eines sachlichen Teilplans Windenergie eröffnet wird, steht diese auch kreisfreien Städten zur Verfügung.

### **1.3.4 Was gilt, wenn die Flächenausweisung über die kommunale Bauleitplanung erfolgt?**

Verzichten die kreisfreien Städte auf ein Regionales Raumordnungsprogramm und treffen Vorsorge für einzelne Nutzungen und Funktionen des Raums allein über die kommunale Bauleitplanung, richten sich die Anforderungen über das Verfahren und die Planinhalte allein nach dem BauGB. Das WindBG sowie die §§ 245e und § 249 BauGB finden auf Bauleitpläne unmittelbare Anwendung.

Die Anforderungen an Bauleitpläne und Raumordnungspläne sind vielfach ähnlich, unterscheiden sich aber auch. Diese Arbeitshilfe enthält Ausführungen, die auf Raumordnungspläne gerichtet sind; auf Bauleitpläne sind die Ausführungen sinngemäß teilweise, aber nicht vollumfänglich übertragbar.

# TEIL 2: Anforderungen an Planungsmethodik und Planinhalte

## 2.1 Anforderungen an Planungskonzept und Abwägung

### 2.1.1 Was bedeutet es, dass gemäß § 27 Abs. 4 ROG Raumordnungspläne mit Windenergiegebieten die Vorschriften des § 245e BauGB und § 249 BauGB „vorrangig“ anzuwenden sind?

Bei der Aufstellung und Änderung von Raumordnungsplänen sind auch weiterhin die Regelungen des ROG und des NROG anzuwenden. Für die Ausweisung von Windenergiegebieten gelten darüber hinaus einige ergänzende Spezialregelungen. Diese finden sich insbesondere in § 245 e und in § 249 BauGB, die über den neuen § 27 Abs. 4 ROG auf Raumordnungspläne für entsprechend anwendbar erklärt werden. Soweit die in § 245 e und § 249 normierten Spezialregelungen zu den allgemeinen ROG-Bestimmungen in Widerspruch stehen (beispielsweise zur Zielbeachtungspflicht des § 4 ROG), wird durch § 27 Abs. 4 ROG vorgegeben, dass die § 245e und § 249 BauGB Vorrang genießen.

### 2.1.2 Braucht man für die Festlegung der Vorranggebiete Windenergienutzung im RROP auch künftig ein Planungskonzept?

Ja. Wesen jeder Planung ist eine planerische Abwägung anhand von Bewertungskriterien, die sich der Planungsträger selbst gibt. Eine solche konzeptionelle Grundlage, die die Flächenauswahl nachvollziehbar macht und die begründet darzulegen ist, ist auch weiterhin unverzichtbar.

Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zu § 249 Abs. 2 BauGB (BT-Drs. 20/2355), dass *„ein gesamträumliches Planungskonzept in seiner bisherigen Form, mit dem im Einzelnen auch die Ausschlusswirkung im übrigen Außenbereich gerechtfertigt sein musste und an das deswegen hohe Anforderungen gestellt wurden, künftig nicht mehr erforderlich“* sei, dürfen nicht dahingehend missverstanden werden, dass künftig Planungen freigestellt werden von jedweden fachlichen und rechtlichen Anforderungen, Prüferfordernissen und Begründungen zur Nachvollziehbarkeit der Abwägung. Die Einhaltung von rechtlichen Vorgaben und die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Ermittlung und Bewertung aller maßgeblichen Belange bleiben auch bei der Ausweisung von Vorranggebieten Windenergienutzung (ohne Ausschlusswirkung) unverändert bestehen. Für die Ausweisung von Vorranggebieten Windenergienutzung gelten daher prinzipiell die gleichen Anforderungen wie auch nach der bis zum 31.01.2023 geltenden Rechtslage. Die o.g. Gesetzesbegründung bezieht sich allein auf die Anforderungen an Konzentrationsflächenplanungen (mit Ausschlusswirkung), die durch die Rechtsprechung in den letzten Jahren entwickelt wurden. Ein gesamträumliches Planungskonzept mit einer methodischen Trennung in harte und weiche Tabuzonen und die Befassung mit der Frage, ob der Windenergienutzung „substanziell“ Raum geschaffen wurde, ist für Vorranggebiete Windenergienutzung (ohne Ausschlusswirkung) nach wie vor nicht notwendig.

### **2.1.3 Was gilt für Planergänzungen?**

Für den Fall, dass ein Träger der Regionalplanung einen Plan mit Ausschlusswirkung (Konzentrationsflächenplanung) ergänzen möchte, war dies nach der bis zum 01.02.2023 geltenden Rechtslage nur dadurch möglich, dass der Planungsträger sein gesamtes Planungskonzept „auf Null setzt“ und seinen Planungsraum nach neuen, einheitlichen Kriterien insgesamt neu beplant.

Nunmehr bestimmen § 245e Abs. 1 Sätze 6 und 7, dass die alten Flächen „unangefasst“ fortbestehen dürfen und neue Flächen auch nach anderen Kriterien hinzukommen dürfen (vgl. Frage 2.2.1). Dies gilt für die Ergänzung reiner Vorrangplanungen ebenso wie für die Ergänzung (vorübergehend) fortbestehender Pläne mit Ausschlusswirkung.

### **2.1.4 Sind „harte Tabuzonen“ auch weiterhin zu beachten?**

Ein Planungsträger hat die Durchsetzungsfähigkeit der Windkraftnutzung auf den festgelegten Flächen sicherzustellen, nur dann ist der Plan wirksam (vgl. Nds. OVG Urt. vom 14.12.2022, 12 KN 101/20). Hieran fehlt es, wenn der Verwirklichung des Plans dauerhaft rechtliche oder tatsächliche Hindernisse entgegenstehen und die Planung nicht vollzogen werden kann (vgl. BVerwG, Beschl. v. 7.2.2005 – 4 BN 1.05).

Unverzichtbar ist daher für jedwede Planung - auch bei der Planung von Vorranggebieten ohne Ausschlusswirkung - die Auseinandersetzung mit Bereichen, in denen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen Windenergieanlagen nicht geplant oder nicht errichtet werden dürfen. Solche Bereiche (auch als harte Tabuzonen bezeichnet) wirken als Planungsverbote. Sie sind nicht nur zu berücksichtigen, sondern zwingend zu beachten. Soweit schon auf der Planungsebene erkennbar ist, dass durch gesetzliche Verbote bzw. durch Verbote aus Rechtsverordnungen oder Satzungen auf bestimmten Flächen die Planung, die Genehmigung oder der Betrieb von Windenergieanlagen unzulässig ist, dürfen solche Flächen nicht planerisch als Windenergiegebiete ausgewiesen werden.

Soweit die voraussichtliche Realisierbarkeit von Windenergieanlagen nicht nur von der Lage und vom Zuschnitt des Windenergiegebietes im Raum als solches abhängt, sondern die Frage der Realisierbarkeit nur im Zusammenhang mit der Anlagendimension (Höhe, Rotordurchmesser usw.) beantwortet werden kann, ist auch dies in der Planung zu beachten. Da die Frage der Realisierbarkeit auf Planungsebene in aller Regel jedoch nicht in Bezug auf konkrete WEA beantwortet werden kann, ist die Vereinbarkeit mit harten Tabuzonen auf der Grundlage einer Referenzanlage vorzunehmen (zur Referenzanlage s. 2.2). In der Praxis spielt die Gesamtanlagenhöhe für die Beurteilung der voraussichtlichen Realisierbarkeit von Windenergieanlagen z.B. bei der Flugsicherung eine Rolle.

Bei Vorranggebieten ohne Ausschlusswirkung ist nicht generell notwendig, die „harten Tabuzonen“ flächendeckend für den gesamten Planungsraum zu ermitteln. Zumindest ist aber sicherzustellen, dass innerhalb der Vorranggebiete Windenergienutzung keine „harten Tabuzonen“ entgegenstehen, soweit dies maßstabsbedingt bereits auf Regionalplanebene erkennbar ist.

Auch bei erkennbaren Unsicherheiten über etwaige (noch) nicht zu einem harten Tabu erstarkte, jedoch der Windenergienutzung gleichwohl entgegenstehende (potenzielle) Hindernisse, darf ein Planungsträger nur solche Flächen ausweisen, auf denen sich die Windenergienutzung vermutlich wird durchsetzen können. Die Freiheit einer Fläche von harten Tabus für die Windenergienutzung ist „*nur eine notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung*“. Nach der niedersächsischen Rechtsprechung müssen „*auch Umfang und Wahrscheinlichkeit solcher Hindernisse möglichst aufgeklärt und abgewogen werden, hilfsweise muss der verbleibenden Unsicherheit zumindest in der Abwägung Rechnung getragen werden*“. [...] *Der Möglichkeit, unter Verweis auf die Gesamtgröße eines solchen Gebiets Nicht- und Mindereignungen darin enthaltener Teilflächen hinzunehmen, sind danach rechtliche Grenzen gezogen*. [...] Ein Planungsträger „*muss sich deshalb vorab jedenfalls darüber klar werden, welche Gesamthöhe eine dort typischer Weise zu verwirklichende WEA hat bzw. haben soll, d. h. seiner Planung eine Muster- oder Referenzwindanlage zugrunde legen. Für den Zuschnitt und die Grenzziehung der Vorranggebiete ist darüber hinaus von Bedeutung, ob innerhalb des jeweiligen Vorranggebiets nur der Turm, nicht aber mehr der überwiegende Teil der Rotoren Platz finden soll oder sich auch die Rotoren innerhalb des Gebiets befinden müssen (Rotor „out“ oder „in“)*. [...] Rotoren dürfen „*zumindest nicht in die Bereiche hineinreichen, in denen dies aus Rechtsgründen gerade ausgeschlossen ist, d. h. etwa in Tieffluggebiete oder in harte Tabuzonen zum Schutz von Vögeln bzw. der Landschaft oder von (Flugsicherungs- bzw. Mobilfunk-)Anlagen*“ (OVG Lüneburg, Urt. vom 08.02.2022 12 KN 51/20).

Daneben ist auch künftig die Verwendung von generalisierten „weichen Tabuzonen“ weiter möglich. Weiche Tabuzonen sind keine rechtlichen Verbote, sondern selbst gewählte pauschalisierte Planungskriterien als Teil der planerischen Abwägung. Sie können auch bei reinen Vorrangplanungen anstelle oder kombiniert mit einer Einzelflächenbewertung verwendet werden.

### **2.1.5 Inwieweit müssen bei der Festlegung von Windenergiegebieten Hubschraubertiefflugstrecken oder andere militärische Belange beachtet werden?**

Auch für militärische Belange gilt: Soweit sich Hindernisse für die BImSchG-Genehmigung bereits auf der Regionalplanungsebene (Maßstab 1:50.000) beurteilen lassen, sind sie bei der Festlegung von Vorranggebieten zu beachten. Um die Vollziehbarkeit seines Plans annehmen zu können, ist der Träger der Regionalplanung nach der Rechtsprechung verpflichtet, Stellungnahmen des Bundesamts für Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen der Bundeswehr (BAIUDBw) – beispielsweise in Bezug auf Hubschraubertiefflugstrecken, Jetflugstrecken oder sog. Mindestführhöhen - zur künftig zu erwartenden Zulässigkeit von Windenergieanlagen einzuholen. Das Referat Infrastruktur I 3 des BAIUDBw gibt als Träger öffentlicher Belange (TÖB) Stellungnahmen in Bezug auf die Belange der Bundeswehr ab und prüft ob geplante Windenergiegebiete mit den Interessen der Bundeswehr vereinbar sind. Die Stellungnahme des BAIUDBw als TÖB ist inhaltlich zu beachten. Das Abweichen von der Einschätzung des BAIUDBw ist ebenso unzulässig wie die Verlagerung dieser Prüfung in das Genehmigungsverfahren.

So hat das niedersächsische OVG beispielsweise in einem Urteil zu einer militärischen Hubschraubertiefflugstrecke ausdrücklich entschieden, dass ihr Korridor grundsätzlich von WEA freizuhalten und deshalb als harte Tabufläche zu werten ist. Ein Träger der Regionalplanung

hat „zumindest den genauen Verlauf des jeweiligen Korridors und die insoweit bestehenden Vorbelastungen ermitteln“ und darf „hierauf beruhend dann allenfalls diejenigen Teilflächen überplanen, die nicht in den Korridor fallen oder bei denen ausnahmsweise trotz Einbeziehung in den Korridor auch aus Sicht der Bundeswehr keine Beschränkungen für WEA bestehen“. (OVG Lüneburg, Urt. vom 08.02.2022 12 KN 51/20)

Können Windenergieanlagen nur bis zu einer bestimmten Anlagenhöhe zugelassen werden (z.B. in Bereichen, in denen die Hindernisfreiheit von Kursführungsmindesthöhen (MVA) zu gewährleisten ist), muss dies bei der Ausweisung von Vorranggebieten für Windenergie ebenfalls entsprechend beachtet werden.

Auch für die Vereinbarkeit von Windenergieanlagen mit militärischen Belangen genügt die Planung und Vollziehbarkeitsprognose anhand einer Referenzanlage (s. dazu 2.2). Ist die Referenzanlage mit militärischen Belangen vereinbar bzw. – z.B. durch Nebenbestimmungen im BImSch-Verfahren – in Einklang zu bringen, dürfen die Windenergiegebiete planerisch ausgewiesen werden. Ist beispielsweise in Bereichen unter MVA im Hinblick auf die zugrunde gelegte Gesamthöhe der Referenzanlage keine Bestimmung zur Höhe der baulichen Anlage erforderlich, darf die Fläche ohne solche Angaben ausgewiesen und folglich auch angerechnet werden (zur Anrechnung 4.3).

Soweit hingegen nur Anlagen mit einer Höhe kleiner als die Gesamthöhe der Referenzanlage zugelassen werden könnten, bleiben dem Planungsträger, um die Vollziehbarkeit der Planung annehmen zu können, folgende Optionen:

- Nur für Vorranggebiete unter MVA-Bereichen wird eine Referenzanlage mit einer niedrigeren Gesamthöhe als für Vorranggebiete außerhalb von MVA-Bereichen zugrunde gelegt. Die Betroffenheit von Teilen des Planungsraums durch MVA stellt ein sachgerechtes Unterscheidungskriterium dar (dazu näher 2.2). Voraussetzung ist ferner, dass diese niedrigere Referenzanlage ebenfalls wirtschaftlich betreibbar und marktüblich ist.
- Ausweisung der von MVA betroffenen Flächen mit einer regionalplanerischen Bestimmung zur maximalen Höhe von Anlagen. Die Festlegung von Höhenbeschränkungen ist planungsrechtlich zulässig, führt aber dazu, dass die betroffenen Flächen nicht für das Erreichen des Teilflächenziels angerechnet werden können. Auch hier ist dies nur unter der Voraussetzung zulässig, dass ein marktwirtschaftlicher Betrieb der Anlage möglich ist.
- Festlegung von Vorbehaltsgebieten; dabei sind jedoch die sehr begrenzten Möglichkeiten einer Anrechenbarkeit zu beachten (dazu auch 2.1.10)
- Verzicht auf die Flächenausweisung

#### **2.1.6 Welche Bedeutung hat § 2 EEG für die planerische Abwägung und die Ausweisung von Windenergiegebieten? Lassen sich über § 2 EEG entgegenstehende Belange auch ohne nähere Bewertung überwinden?**

§ 2 EEG mit seiner gesetzlichen Wertung, dass das der Ausbau erneuerbarer Energien im „überragenden öffentlichen Interesse“ liegt, ist sowohl im Rahmen von planerischen Abwägungen als auch in allen Zulassungsentscheidungen zu berücksichtigen, in denen einer Behörde ein Bewertungs- oder Ermessensspielraum zusteht. § 2 EEG wirkt nur gegenüber abwägbaren Belangen; strikt verbindliche rechtliche Vorgaben können durch § 2 EEG nicht überwunden

werden. Grundsätze der Raumordnung sind einer Zurückstellung hinter insofern § 2 EEG zugänglich, Ziele der Raumordnung nur soweit sie einen Bewertungsspielraum oder ihre Nichteinhaltung rechtlich gestattet ist.

Auf Ebene der Regionalplanung ändert § 2 EEG nichts daran, dass eine im Grundsatz ergebnisoffene Abwägung nach § 7 Abs. 2 S. 1 ROG stattfinden muss, in die alle öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander abzuwägen sind. Im Rahmen dieser Abwägung ist das Gewicht jedes Belangs angemessen zu berücksichtigen.

Der Umstand, dass gemäß § 2 EEG der Ausbau erneuerbarer Energien im „überragenden öffentlichen Interesse“ liegt, dürfte rechtlich nicht bewirken, dass in jedem Konfliktfall stets und automatisch eine regionalplanerische Entscheidung zugunsten der Windenergie ergehen muss. Zwar ist das hohe Gewicht der erneuerbaren Energien in jeder Abwägungs- und Ermessensentscheidung entsprechend zu berücksichtigen, ein „Unterschätzen“ dieses gewichtigen Belangs wäre abwägungsfehlerhaft (vgl. OVG Greifswald 5 K 171/22, wonach § 2 Satz 2 EEG als sog. Sollbestimmung dahingehend zu verstehen sei, dass sich in den einzelnen Schutzgüterabwägungen – ausdrücklich ist im Gesetzgebungsverfahren auch der Bereich des Denkmalschutzes genannt (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/1630, S. 158) – ein regelmäßiges Übergewicht der Erneuerbaren Energien in dem Sinne ergibt und dass das überragende öffentliche Interesse an der Errichtung von Windenergieanlagen sowie das öffentliche Sicherheitsinteresse nur in atypischen Ausnahmefällen überwunden werden kann, die fachlich anhand der besonderen Umstände der jeweiligen Situation zu begründen wären).

Gleichermaßen wäre es jedoch fehlerhaft, ohne jedwede nähere Befassung mit den konkreten Gegebenheiten und Raumnutzungsinteressen pauschal davon auszugehen, dass „immer und überall“ über § 2 EEG die Windenergienutzung überwiegen wird und sämtliche anderen Belange „ungeprüft“ dahinter zurücktreten. Selbst der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, der über Art. 20a GG Verfassungsrang besitzt, ist anerkanntermaßen einer Abwägung zugänglich. Erst recht dürfte damit die Ab- und Wegwägbarkeit des Ausbaus der erneuerbaren Energien (aus gewichtigen Gründen) möglich sein, weil dieser Belang „nur“ durch rangniedrigeres, einfachgesetzliches Recht geschützt wird.

Keinesfalls sollte ein Träger der Regionalplanung daher pauschal davon ausgehen, dass § 2 EEG immer zu einer Ermessensentscheidung zugunsten der Windenergienutzung führt und Flächen trotz konkurrierender Belange „problemlos“ für die Windenergienutzung ausgewiesen werden können. Dies zeigt sich besonders deutlich bei anderen Belangen, die ebenfalls in einem gleichermaßen hohen Interesse liegen, zum Beispiel Belange der Bundeswehr oder des Netzausbaus. So ist für die mit dem EEG gesetzlich verfolgte nachhaltige und treibhausgasneutrale Stromversorgung nicht nur die Stromerzeugung, sondern auch die Stromspeicherung oder der Stromtransport essentiell. Bei Nutzungskonflikten zwischen der Windstromerzeugung, Vorhaben zur Stromspeicherung/-umwandlung oder Stromleitungen kann ein pauschales „Freifahrtschein“ zugunsten der Stromerzeugung daher kaum angenommen werden.

Das Erfordernis einer konkreten Einzelflächenprüfung und Interessenabwägung bleibt trotz § 2 EEG daher bestehen. Ein Regionalplan, der lediglich auf der pauschalen Annahme basieren würde, dass durch § 2 EEG jeder entgegenstehende Belang pauschal nachrangiger zu bewerten wäre und demzufolge von einer näheren Flächenbewertung absehen würde, unterliegt der Gefahr eines erheblichen Abwägungsfehlers.

Konkret umschließt eine planerische Abwägung grundsätzlich zum einen die Freiheit des Planungsträgers zu entscheiden, ob bzw. in welchem Maße er eine bestimmte Nutzung in seinem Planungsraum ermöglichen möchte und zum anderen die Freiheit zu entscheiden, wo er hierfür Flächen ausweisen möchte. Für das „Ob“ und „in welchem Mindestmaß“ spielt § 2 EEG keine nennenswerte eigenständige Rolle mehr, da dieser Abwägungsspielraum bereits durch die verbindlichen Vorgaben von Teilflächenzielen vorbestimmt wurde.

§ 2 EEG entfaltet seine Wirkung im Rahmen planerischer Abwägungen in erster Linie bei der Flächenauswahl, weil er die Genehmigungsfähigkeit von Windenergieanlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz beeinflusst. Die voraussichtliche Genehmigungsfähigkeit von Windenergieanlagen ist bereits auf Planungsebene von entscheidender Bedeutung: Flächen, auf denen Windenergieanlagen voraussichtlich nicht realisierbar sind, dürfen nicht planerisch ausgewiesen werden. Stehen Belange einer BImSchG- Genehmigung entgegen, müssen sie - soweit sie auf der Planungsebene erkennbar sind - im Rahmen der planerischen Abwägung über die Flächenauswahl beachtet werden.

§ 2 EEG kann eine Hilfestellung sein in Fällen, in denen Flächen positiv für die Windenergienutzung ausgewiesen werden sollen, obgleich sie fachgesetzlich eigentlich der Windenergienutzung entzogen sind. Solche Flächen dürfen nur dann als Windenergiegebiete ausgewiesen werden, wenn eine Windenergieanlage zumindest im Wege einer fachrechtlichen Ausnahme, einer Befreiung oder einer anderen Ermessensentscheidung genehmigt werden kann; nur dann wäre der Regionalplan auch vollziehbar. Bewirkt § 2 EEG, dass Hemmnisse im BImSch-Verfahren überwunden werden können, darf diese Überwindbarkeit auch bei der Flächenauswahl angenommen werden. § 2 EEG führt insofern indirekt/ mittelbar zu einer größeren Potenzialfläche und erweitert die Planungsspielräume der regionalen Planungsträger.

### **2.1.7 Unter welchen Voraussetzungen kann ein Regionalplanungsträger bauleitplanerisch ausgewiesene Windenergieflächen in seinem RROP als Vorranggebiete Windenergienutzung festlegen?**

Da Ziele der Raumordnung vom Planungsträger selbst schlussabgewogen sein müssen, darf der Regionalplanungsträger aus Bebauungsplänen oder Flächennutzungsplänen übernommene Flächenausweisungen nicht ungeprüft im RROP als Vorranggebiet Windenergienutzung festlegen. Er kann sie jedoch nach Prüfung unter Darlegung seiner Abwägung in sein regionales Planungskonzept integrieren.

Insbesondere müssten entsprechende Anpassungen vorgesehen werden, falls bauleitplanerisch gesicherte Flächen unter der Prämisse „Rotor-innerhalb“ geplant wurden, das regionalplanerische Konzept aber unter der Prämisse „Rotor-außerhalb“ steht.

Anpassungen sind auch erforderlich, wenn sich die Referenzanlagen der Bauleitplanung und der Regionalplanung unterscheiden.

Für den Fall, dass die Bauleitplanung Höhenbeschränkungen enthält, ist ferner zu bedenken, dass trotz zusätzlicher Ausweisung dieser Flächen im RROP dennoch ihre Anrechenbarkeit entfallen kann (dazu 4.2).

**2.1.8 Die Zuweisung der Teilflächenziele beruht auf einer Windflächenpotenzialstudie. Ist es erforderlich, die Kriterien dieser Flächenpotenzialstudie 1:1 bei der Erstellung des regionalen Planungskonzeptes zu übernehmen, oder muss der Träger der Regionalplanung die Flächenauswahl nach eigenen Kriterien vornehmen?**

Die Übernahme der Kriterien ist keine Vorgabe. Vielmehr ist der Planungsträger gefordert, die konkrete Flächenauswahl anhand seiner eigenen Planungskriterien und seiner eigenen Planungskonzeption zu treffen (s. auch 2.1.2). Die Flächenpotenzialstudie nimmt weder die Regionalplanung vorweg noch kann sie diese ersetzen.

Die landesweite Flächenpotenzialstudie dient dazu, die räumlichen Potenziale der regionalen Planungsräume zueinander in Verhältnis zu setzen und landesgesetzlich eine angemessene Zuweisung der Teilflächen-Beiträge an die einzelnen regionalen Planungsräume vornehmen zu können. Sie basiert auf einem überwiegend generalisierenden Ansatz, bei dem in hohem Maße mit bloßen Raumverträglichkeits-Wahrscheinlichkeiten gerechnet wurde; eine – für Planung wesentliche - Auseinandersetzung mit den konkreten Gegebenheiten eines konkreten Planungsraums erfolgte nicht. Insofern trifft die Flächenpotenzialstudie keine Aussage darüber „Wo“ konkret geeignete bzw. nicht geeignete Flächen für die Windenergienutzung im jeweiligen Planungsraum zu finden sind. Im Ergebnis trifft sie lediglich Aussagen über die zu erreichenden Teilflächen-Beiträge als %- Angabe an der Planungsraumfläche bzw. dieser Werte als ha-Angabe. Die Flächenpotenzialstudie war insofern weder darauf angelegt, sämtliche für die konkrete Flächenauswahl maßgeblichen Kriterien in Bezug auf jeden einzelnen Planungsraum zu berücksichtigen, noch sind Flächen abschließend auf ihre konkrete Eignung und „Bepfanbarkeit“ untersucht worden.

Dies erfolgt erst im jeweiligen Regionalplanungsverfahren. Im Zuge der letztendlichen Flächenauswahl kann insofern auch die Konstellation auftreten, dass Flächen in der Flächenpotenzialstudie herausgerechnet wurden, die sich aber in der konkreten Planung als rechtlich und faktisch möglich erweisen. Diese Flächen dürften durch den Träger Regionalplanung im Regionalplan festgelegt werden. Umgekehrt kann der Planungsprozess ergeben, dass bestimmte Flächen nicht als Windenergiegebiete ausgewiesen werden, obwohl die Flächenpotenzialstudie hier Potenziale angenommen hatte.

**2.1.9 Welche Bedeutung hat § 249 Abs. 6 Satz 2 BauGB: „Für die Rechtswirksamkeit des Plans ist es hingegen unbeachtlich, ob und welche sonstigen Flächen im Planungsraum für die Ausweisung von Windenergiegebieten geeignet sind.“?**

Die Vorschrift hebt noch einmal hervor, was für reine Vorrangplanungen ohnehin gilt: es ist nur eine planerische Begründung für die Auswahl jedes einzelnen Gebietes (z.B. durch die Verwendung von Gebietsblättern) erforderlich. Die Vorschrift stellt klar, dass ein Planungsträger weder über die erforderlichen Teilflächenziele hinaus das „maximal Mögliche“ ausweisen muss, noch dass er den gesamten Planungsraum flächendeckend untersuchen und beweisen muss, mit seinen festgelegten Windenergiegebieten eine „Bestenauswahl“ getroffen zu haben.

Für das RROP-Genehmigungsverfahren ergibt sich: Erweisen sich lediglich einzelne Vorranggebiete Windenergienutzung als rechtswidrig, kann der Plan im Übrigen grundsätzlich genehmigt werden.

Für das Klageverfahren wird klargestellt: Anders als bei erfolgreichen Klagen gegen gesamt-räumliche Konzentrationsflächenplanungen (mit Ausschlusswirkung) ist bei gebietsbezogenen Fehlern nicht automatisch das gesamte Windenergiekapitel unwirksam. Ein Kläger kann sich nicht darauf berufen, dass die Ausweisung anderer Flächen ebenfalls möglich oder gar besser gewesen wäre.

#### **2.1.10 Müssen zur Erreichung der Teilflächenziele zwingend Vorranggebiete ausgewiesen werden oder genügt auch die Ausweisung von Vorbehaltsgebieten?**

Windenergiegebiete sollen nach der Intention des Bundesgesetzgebers in erster Linie Flächen sein, die zielförmig bzw. mit hoher Bindungswirkung Flächen für die Windenergie sichern. Dies ist nur bei Vorranggebieten der Fall, nur Vorranggebiete sind Ziele der Raumordnung.

Vorbehaltsgebiete haben hingegen lediglich den Charakter von Grundsätzen der Raumordnung, da sie andere Nutzungen nicht ausschließen. Vorbehaltsgebiete im Sinne des § 7 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ROG (sowie – praktisch in Niedersachsen kaum bedeutsam - Eignungsgebiete im Sinne von § 7 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 ROG a.F.) sind nur dann anrechenbare Windenergiegebiete, wenn sie spätestens am 1.2.2024 wirksam geworden sind (Tag des Erscheinens der Bekanntmachung der Genehmigung des RROP im Amtsblatt/Verkündungsorgan). Vorbehaltsgebiete sind ferner nur übergangsweise, nämlich nur für die Erreichung des Teilflächenziels 2027 anrechenbar; für die Erreichung des Teilflächenziels 2032 sind Vorbehaltsgebiete nicht mehr anrechenbar.

#### **2.1.11 Ist auch weiterhin eine befristete Untersagung zur Sicherung in Aufstellung befindlicher Ziele möglich?**

Ja. Eine Untersagung ist immer möglich, wenn es um ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung geht, dessen Realisierung gefährdet erscheint.

Wird ein RROP aufgestellt oder geändert, um Vorranggebiete Windenergienutzung auszuweisen, kann eine befristete Untersagung verhindern, dass in den in Aufstellung befindlichen Vorranggebieten Windenergienutzung ein anderes Vorhaben (z. B. Freiflächen-Photovoltaik) realisiert wird.

Ebenso ist eine befristete Untersagung möglich, um ein Windenergievorhaben zu verhindern, das beispielsweise in einem in Aufstellung befindlichen Vorranggebiet Leitungstrasse errichtet werden soll.

Hingegen ist es künftig in aller Regel nicht mehr möglich, bereits während der Planungsphase diejenigen Bereiche zu schützen, in denen nach Inkrafttreten des Raumordnungsplans keine Windenergieanlagen mehr errichtet werden können. Zwar ist die regionalplanerische Ausschlusswirkung (im Sinne von § 7 Abs. 3 ROG) als eigenständiges Ziel der Raumordnung

anerkannt, so dass eine Untersagung rechtlich auch hierauf gestützt werden kann. Eine regionalplanerische Ausschlusswirkung für die Windenergienutzung wird es in RROP künftig aber kaum noch geben. Im Regelfall wird die Unzulässigkeit von Windenergieanlagen außerhalb von Windenergiegebieten allein durch die gesetzliche Wirkung des § 249 Abs. 2 BauGB erzeugt. Danach sind Windenergieanlagen außerhalb von Windenergiegebieten sog. nicht-privilegierte Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB und also solche in aller Regel nicht genehmigungsfähig. Diese „faktische“ Ausschlusswirkung ist aber kein Ziel der Raumordnung und kann daher nicht durch eine befristete Untersagung geschützt werden.

Die Vorgaben zum frühestmöglichen Zeitpunkt einer befristeten Untersagung nach § 12 Abs. 2 ROG und § 5 Abs. 9 NROG sind zu beachten. Soll ein Vorhaben zur Nutzung von Windenergie befristet untersagt werden, so ist dies keinesfalls vor Ablauf der Frist zur Abgabe von Stellungnahmen im ersten Beteiligungsverfahren möglich. Die befristete Untersagung eines Windparkvorhabens beispielsweise im Bereich einer geplanten Stromtrasse, für die bereits die Raumverträglichkeit des Trassenverlaufs in einem Raumordnungsverfahren geklärt wurde und für die lediglich (räumlich und sachlich unverändert) die Absicherung in einem Raumordnungsplan erfolgen soll, wäre daher nicht zulässig, obgleich die „Planreife“ hierzu bereits zu einem früheren Zeitpunkt feststeht.

Ferner darf eine befristete Untersagung erst dann erfolgen, wenn eine hinreichende Prognose erfolgen kann, dass der Planentwurf auch in dieser Gestalt in Kraft treten wird. Zeichnet sich die Notwendigkeit eines zweiten oder gar dritten Beteiligungsverfahrens ab, kann nicht bereits nach dem ersten Beteiligungsverfahren untersagt werden.

Bei Planungen ohne Ausschlusswirkung (also im Regelfall) ist es zulässig, den Reifegrad jedes einzelnen Vorranggebietes individuell zu beurteilen. In Bezug auf frühzeitig unstrittige Vorranggebiete kann eine befristete Untersagung auch dann schon ausgesprochen werden, wenn andere Vorranggebiete noch ein weiteres Beteiligungsverfahren durchlaufen müssen.

### **2.1.12 Welche Bedeutung haben die Präferenzräume nach § 12c Abs. 2a EnWG für die Planung? Dürfen in den Präferenzräumen Windenergiegebiete ausgewiesen werden?**

Präferenzräume sind ca. 5-10 km breite Gebietsstreifen, die der Findung von bestimmten Leitungstrassen dienen, insbesondere für Neubauvorhaben von Höchstspannungs-Gleichstrom-Trassen. Der am Ende tatsächlich benötigte, freizuhaltende Trassenraum ist deutlich schmaler als der Präferenzraum. Präferenzräume sollen das Bundesfachplanungsverfahren für Neubauvorhaben von Höchstspannungs-Gleichstrom-Trassen ersetzen. Die Präferenzräume werden seitens der Bundesnetzagentur ermittelt. Im Planfeststellungsverfahren muss die Trassenfindung innerhalb dieses Präferenzraumes erfolgen, es sei denn, es sprechen zwingende Gründe dagegen (§ 18 Abs. 3c in Verbindung mit Abs. 3a Sätze 2-4 NABEG).

Präferenzräume haben keine unmittelbare Bindungswirkung für die Regionalplanung. In den Präferenzräumen können Vorranggebiete Wind festgelegt werden. Zu beachten ist allerdings: § 3a Abs. 2 NABEG legt fest, dass bei der Aufstellung / Änderung / Ergänzung von Raumordnungsplänen sichergestellt werden soll, dass Ziele der Raumordnung die Bundesfachplanung und Planfeststellung nicht erschweren. Träger der Regionalplanung haben Präferenzräume bei der Ausweisung von Vorranggebieten Windenergienutzung daher zu berücksichtigen. Die

Festlegung von Vorranggebieten Wind in Präferenzräumen hat in Abstimmung mit der Bundesnetzagentur und den Vorhabenträgern erfolgen, um etwaige Konflikte eines Windparks mit einer Stromtrasse frühzeitig zu erkennen und Lösungen hierfür zu finden.

Verbindlichkeit und Bindungswirkungen treten ab dem Zeitpunkt ein, ab dem Veränderungssperren gelten. Sobald sich Leitungsbauvorhaben im Planfeststellungsverfahren befinden, greift § 44a EnWG, wonach mit Beginn der Auslegung der Pläne im Planfeststellungsverfahren bzw. mit der Möglichkeit zur Einsichtnahme wesentlich wertsteigernde oder die Baumaßnahmen erheblich erschwerende Veränderungen nicht mehr auf den von dem Plan betroffenen Flächen vorgenommen werden dürfen (Veränderungssperre). Ferner kann die Bundesnetzagentur Veränderungssperren nach § 16 Abs. 7 NABEG erlassen in Fällen, in denen auf die Bundesfachplanung verzichtet wird oder diese entfällt; bei Entfall der Bundesfachplanung kann die Veränderungssperre dabei bereits ab Abschluss der Entwicklung des Präferenzraums erlassen werden.

## **2.2 Referenzanlage**

### **2.2.1 Ist für die Festlegung von Flächen für die Windenergienutzung eine Referenzanlage möglich bzw. nötig?**

Ja. Hintergrund ist: Windenergiegebiete dürfen nur festgelegt werden, wenn prognostisch davon auszugehen ist, dass sich auf den ausgewiesenen Flächen Windenergieanlagen auch realisieren lassen. Der Planungsträger hat im Rahmen einer „Vollziehbarkeitsprognose“ überschlägig zu prüfen, ob davon auszugehen ist, dass in dem ausgewiesenen Gebiet BImSchG-Genehmigungen für Windenergieanlagen erteilt werden können.

Insofern besteht bereits auf Planungsebene das Erfordernis, beispielsweise den immissionschutzrechtlich einzuhaltenden Abstand zu betrachten, um jene Flächen zu ermitteln, die der Windenergienutzung aus Gründen der Lärmvorsorge nicht zur Verfügung stehen.

Auch für die Prüfung einer „optisch bedrängenden Wirkung“ im Sinne von § 249 Abs. 10 BauGB, ist eine Referenzanlage erforderlich. Denn auch wenn sich § 249 Abs. 10 BauGB auf Vorhaben bezieht und nicht direkt die Planung adressiert, ist der öffentliche Belang einer optisch bedrängenden Wirkung auch auf Ebene der Planung einzustellen. Dieser Belang wird einem Vorhaben regelmäßig dann entgegengehalten werden können, wenn zur zulässigen baulichen Nutzung zu Wohnzwecken die zweifache Höhe der Windenergieanlage unterschritten ist. Abwägungsfehlerhaft wären Flächenfestlegungen, die diesen Wert unterschreiten.

Im Falle einer Rotor-außerhalb-Planung kann relevant sein, inwieweit Rotorblätter in angrenzende Bereiche hineinragen dürfen, z.B. in angrenzende Hubschraubertiefflugstrecken.

Schließlich ist die Gesamthöhe der Referenzanlage beispielsweise wichtig für den planerischen Umgang mit Belangen der Flugsicherung (insbesondere militärischen) wie MVA.

Die Rechtsprechung lässt zu, anstelle einer konkreten Anlage mit einer Referenzanlage/ Musterwindanlage zu planen und die Prognose über die voraussichtliche Realisierbarkeit der Pla-

nung und Genehmigungsfähigkeit von Windenergieanlagen allein auf Basis der Referenzanlage zu treffen. Ohne Referenzanlage(n) müsste(n) einzuhaltende Abstände zu anderen Nutzungen auf Grundlage von konkreten Anlagentypen, konkreten Anlagenhöhen, der Anzahl der Windenergieanlagen, konkreten Gegebenheiten vor Ort usw. für jede einzelne Fläche bestimmt werden. Dies ist auf Planungsebene in aller Regel nicht bekannt und nicht möglich.

Weil die Referenzanlage Maßstab für die Reichweite der Tabuisierung ist, genügt die bloße Angabe einer Spannweite (z.B.: Höhe, Rotordurchmesser von .... bis .... Metern) den Anforderungen des Nds. OVG (vgl. Urteil vom 05.03.2019 - 12 KN 202/17) nicht. Es genügt auch nicht, lediglich Mindestanlagenhöhen zu benennen (vgl. Nds. OVG, Urteil vom 25.04.2019 - 12 KN 226/17).

Der Planung wird häufig eine einheitliche Referenzanlage für den gesamten Planungsraum zugrunde gelegt. Dies ist jedoch nicht zwingend. Die durch Rechtsprechung bestätigte Befugnis zur Typisierung schließt nicht aus, dass bei sachgerechten Unterscheidungsmerkmalen mehr als eine Referenzanlage je Planungsraum zulässig und vielleicht sogar notwendig sein kann. Bei sachgerechten Unterscheidungsmerkmalen (Willkürverbot) kann bestimmten Vorranggebieten auch eine andere Referenzanlage als anderen Vorranggebieten zugrunde gelegt werden. Wählt der Plangeber ein solch differenziertes Vorgehen, so ist die jeweilige Referenzanlage konkret für das jeweilige Windenergiegebiet bzw. die jeweiligen Windenergiegebiete zu bestimmen. Im Ergebnis ist aber zu beachten, dass jedem Windenergiegebiet eine konkrete Referenzanlage zu Grunde gelegt wird. Wesentlich ist, dass die gewählte(n) Referenzanlage(n) jeweils fehlerfrei bestimmt werden und durch die Planbegründung getragen werden (s. auch 2.2.2).

### **2.2.2 Wie können Referenzanlagengrößen ermittelt werden?**

Der Gesetzgeber gibt keine Musteranlage vor. Die Rechtsprechung verlangt lediglich, eine Referenzanlage zugrunde zu legen, deren Errichtung nach Inkrafttreten des Regionalplans bei verständiger Würdigung der technischen Entwicklung und des Energiemarktes zu erwarten ist. Hierbei besteht ein Prognosespielraum. Einerseits besteht keine Notwendigkeit, mit einer möglichst großen oder gar „übergroßen“ Anlagenhöhe zu planen. Denn je höher Anlagen sind, umso höher sind auch ihre Flächenbedarfe, Abstands- und Pufferzonen, was – je nach den Gegebenheiten des Planungsraums – dazu führen kann, dass etliche Flächen von vornherein nicht als Windenergiegebiete in Frage kommen. Die Grenze des Planungsspielraums ist andererseits dann erreicht, wenn die Bemessung der Referenzanlage im Ergebnis dazu führt, dass Gebiete für die Windenergienutzung als geeignet festgelegt werden, obwohl sie es tatsächlich nicht sind, die Referenzanlage also deutlich zu niedrig ist.

Eine einheitlich für ganz Niedersachsen zu empfehlende Referenzanlage gibt es nicht. Die Festlegung der Referenzanlage unterfällt als Teil der Abwägung der Planungsfreiheit des Planungsträgers auf der Grundlage der Gegebenheiten des jeweiligen Planungsraums. Es steht einem Planungsgeber im Grundsatz frei eine Referenzanlage (Gesamtanlagenhöhe, Nabenhöhe, Rotordurchmesser) zu bestimmen und diese seiner Planung zugrunde zu legen.

Kriterien für die „Konfiguration“ der Referenzanlage wären nach der Rechtsprechung (vgl. Nds. OVG, Urteil vom 06.04.2017 - 12 KN 6/16) u.a.:

- technische Entwicklungen der Anlagen (zunehmende Gesamtanlagenhöhe, Nabenhöhe, Rotordurchmesser),
- Geltungsdauer des Plans (Zeitraum),
- Leistungsvorgaben (z.B. § 3 NKlimaG),
- räumliche Voraussetzungen (Windhöflichkeit) und
- wirtschaftliche Entwicklungen.

Als Orientierungswert kann im Hinblick auf technische Weiterentwicklungen und die daraus folgende Zunahme von Gesamthöhen, Nabenhöhen und Rotordurchmesser u.a. auf die durchschnittliche Konfiguration zugebauter Anlagen im Zeitpunkt der Abwägung abgestellt werden (s. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 19.11.2020 - 5 S 1107/18). Hier wäre zunächst der Planungsraum in den Blick zu nehmen. Sachgerecht wäre es jedoch auch, die Konfigurationen von zugebauten Anlagen in anderen Räumen zu betrachten, wenn die räumlichen und sachlichen Rahmenbedingungen vergleichbar sind. Landesweit betrachtet betrug die Gesamtanlagenhöhe der 2021 errichteten Windenergieanlagen im Mittel 207,5 Meter (Ø Nabenhöhe 141 m, Ø Rotordurchmesser 133m<sup>1</sup>).

Um eine geeignete Referenzanlage zu ermitteln, erscheint es auch sachgerecht, wenn darauf Bezug genommen wird, welche Anlagentypen mit den verschiedenen Konfigurationen (Leistung, Rotordurchmesser und Nabenhöhe) am häufigsten oder häufig zum Zeitpunkt der Abwägung bzw. der eigentliche Planerstellung errichtet wurden, denn auch sie geben Hinweise auf die wirtschaftlichen Entwicklungen. Über das Marktstammdatenregister lassen sich entsprechende Angaben abfragen. Im Jahr 2021 waren dies bei deutschlandweiter Betrachtung auf Basis der Inbetriebnahmen die E-138 von Enercon und das Modell V150 von Vestas<sup>2</sup>: Je nach angenommenen und für die Anlagentypen angebotenen Nabenhöhen liegen die Gesamtanlagenhöhen zwischen ca. 180-240 m.

Auch die durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) in Auftrag gegebene „Analyse der Flächenverfügbarkeit für Windenergie an Land post-2030“<sup>3</sup>, die der Ermittlung des Verteilungsschlüssels für das 2-%-Flächenziel im WindBG zu Grunde liegt, liefert Anhaltspunkte für die Ermittlung einer Referenzanlage (Nabenhöhen, Rotordurchmesser, Gesamtanlagenhöhe). In der Studie wird als Referenzanlage eine Windenergieanlage mit 165 m Rotordurchmesser definiert. Mit Blick in die Zukunft wurde ausgehend von einem durchschnittlichen Rotordurchmesser von 149 m in 2022 eine Größenzunahme angenommen, so dass der angenommene Rotordurchmesser von 165 auf den zukünftigen WEA Ausbau bis 2035/2040 ausgerichtet ist. Für die Gesamtanlagenhöhe wird eine Höhe von bis zu 250 m angenommen. Die Gesamtanlagenhöhe variiert je nach Standort und räumlichen Voraussetzungen. In diese angenommenen Gesamtanlagenhöhen sind Größenzunahmen in den nächsten ca. 10 Jahren eingepreist.

Bezüglich des anzunehmenden Rotordurchmesser dürfte der Spielraum zur Größenbestimmung durch den Plangeber mit Blick auf § 4 Abs. 3 des WindBG zukünftig begrenzt sein. Denn für den Rotorradius einer Standardwindenergieanlage an Land wird ein Wert von 75 Metern bundesgesetzlich festgesetzt. Ausgehend von 165 m Rotordurchmesser (s. Studie Analyse der Flächenverfügbarkeit für Windenergie an Land post-2030) und der Annahme, dass der

<sup>1</sup> FA Wind (2022): Analyse der Ausbausituation der Windenergie an Land im Jahr 2021, Berlin.

<sup>2</sup> FA Wind (2022): Analyse der Ausbausituation der Windenergie an Land im Jahr 2021, Berlin.

<sup>3</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz [Hrsg.] (2022): Analyse der Flächenverfügbarkeit für Windenergie an Land post-2030, Ermittlung eines Verteilungsschlüssels für das 2-%-Flächenziel auf Basis einer Untersuchung der Flächenpotenziale der Bundesländer.

Turmfuß 15 m beträgt, ergibt sich der Wert von 75 m aus dem Rotorradius von 82,5 m abzüglich des Turmfußradius von 7,5 m. Dies ist dem geschuldet, dass bei einer Rotor-out Planung zwar der Turmfuß vollständig innerhalb der Fläche stehen muss, der Rotor aber darüber hinausragen darf<sup>4</sup>.

Insbesondere bei der Frage ob eine Rotor-in oder Rotor-out Planung erfolgen soll, ist der Rotordurchmesser von Relevanz. Denn bei einer Rotor-in Planung bewirkt ein größerer Rotordurchmesser eine stärkere Reduktion der effektiv bebaubaren Fläche. Insbesondere mit Blick auf die Frage der Anrechenbarkeit von Windenergieflächen im Sinne des WindBG wäre bei einer Rotor-in Planung der im WindBG genannte Wert anzulegen und dann konsequenter Weise von einem Rotordurchmesser von 165 auszugehen. Einen vom WindBG abweichenden Wert für den Rotordurchmesser anzunehmen, erscheint kaum sachgerecht. Auch bei einer Rotor-out Planung wäre es mindestens erklärungsbedürftig, wenn von der bundesgesetzlichen Annahme eines Rotordurchmesser für eine Standardwindanlage deutlich nach unten abgewichen würde.

### **2.2.3 Vollziehbarkeitsprognose anhand der Referenzanlage**

Lässt sich auf Planungsebene prognostisch feststellen, dass die Referenzanlage voraussichtlich genehmigungsfähig ist, ist davon auszugehen, dass die Auswahl und Abgrenzung der Vorranggebiete ordnungsgemäß erfolgt ist.

Erscheint die Referenzanlage voraussichtlich nicht genehmigungsfähig, kann das Vorranggebiet so nicht festgelegt werden. Dem Planungsträger stehen folgende Optionen zur Verfügung:

- Verzicht auf die Flächenausweisung
- Zugrundelegung einer anderen Referenzanlage unter der Voraussetzung, dass diese ebenfalls wirtschaftlich betreibbar und marktüblich ist. Liegt bestimmten Vorranggebieten eine andere Referenzanlage zugrunde als anderen Vorranggebieten, sind die Unterscheidungsgründe in der Planbegründung darzulegen.
- Ausweisung der betroffenen Flächen mit Restriktionen (z.B. Bestimmung zur maximalen Höhe von Anlagen); bei solchen Restriktionen ist zu bedenken, dass Höhenbeschränkungen dazu führen, dass die betroffenen Flächen nicht für das Erreichen des Teilflächenziels angerechnet werden können.

## **2.3 Planung mit Ausschlusswirkung (Konzentrationsflächenplanung)**

### **2.3.1 Die Ausschlusswirkung eines Plans, der bis zum 01.02.2024 wirksam geworden ist, gilt vorübergehend fort. Kann ein solcher Plan während dieser Übergangszeit auch geändert/ergänzt werden, ohne dass die Ausschlusswirkung entfällt?**

Ja. § 245e Abs. 1 Satz 4 BauGB regelt: „Die Möglichkeit des Planungsträgers, den Plan zu ändern, zu ergänzen oder aufzuheben, bleibt unberührt“.

---

<sup>4</sup> Umweltbundesamt [hrsg.] (2022): Auswirkungen einer Rotor-in-Planung auf die Verfügbarkeit von Windflächen, Ad-hoc-Analyse zur Verfügbarkeit von Windflächen, die ein Überstreichen der Gebietsgrenzen durch den Rotor nicht zulassen.

Wird beispielsweise ein Regionales Raumordnungsprogramm mit Ausschlusswirkung um weitere Vorranggebiete ergänzt, verringert sich die „Ausschlussfläche“ zwar um diese Gebiete, die Ausschlusswirkung im Übrigen bleibt aber für die Dauer des gesetzlich bestimmten Übergangszeitraums fortbestehen (zum Fortgelingen der Ausschlusswirkung s. 7.3ff).

### **2.3.2 Wenn ein Plan mit Ausschlusswirkung geändert oder ergänzt werden soll: ist ein vollständiges „Neuaufsetzen“ der Planung erforderlich oder genügt eine Änderung/Ergänzung? Dürfen die neu hinzutretenden Flächen dabei auch anderen Auswahlkriterien unterliegen?**

§ 245e Abs. 1 Sätze 5 bis 7 BauGB bestimmen die Möglichkeit einer „isolierten Positivplanung“. In einem bestehenden Raumordnungsplan – auch einem solchen mit Ausschlusswirkung – dürfen zusätzliche Flächen für die Nutzung von Windenergie ausgewiesen werden, ohne dass diese dem bisherigen Planungskonzept entsprechen müssen. Insbesondere bei erst jüngst in Kraft getretenen Plänen ist es demnach nicht erforderlich, ein gesamträumliches Windenergiekonzept gänzlich neu aufzusetzen und jede „Bestandsfläche“ erneut zu prüfen und zu bewerten.

Dies kann im Ergebnis dazu führen, dass innerhalb eines Plans unterschiedlichen Gebieten unterschiedliche Schutzmaßstäbe zugrunde liegen (beispielsweise: Altflächen haben einen Abstand von 1.500 m zu Wohnbebauung, Neuf Flächen deutlich weniger).

Nach bisheriger Rechtsprechung hat die unterschiedliche Behandlung von Flächen in aller Regel eine Durchbrechung des gesamträumlichen Planungskonzepts bedeutet und zu einer Verletzung der Grundzüge der Planung geführt mit der Folge, dass die gesamte Planung für unwirksam erklärt wurde. Die Ausweisung von bis zu 25% neuer Flächen – abweichend vom bisherigen Plankonzept – bedeutet nunmehr kraft Gesetzes „in der Regel“ noch keine Verletzung der Grundzüge der Planung. Die 25%-Schwelle ist keine strikte Grenze, die Regelvermutung gilt in beide Richtungen: auch bei einer Ausweisung von mehr als 25 % neuer Flächen nach anderen Kriterien als die Ursprungsplanung können die Grundzüge der Planung noch gewahrt sein, auch bei weniger als 25% könnten sie verletzt sein.

Pauschalbeispiele gibt es nicht, die Frage ist jeweils mit Bezug zu dem konkreten Planungsraum und in Abhängigkeit der konkreten Festlegungen zu prüfen. So kann es denkbar sein, dass der Planungsträger neue Vorranggebiete Windenergienutzung auf Flächen ausweist, die vormals verschiedensten anderen Nutzungen zugewiesen waren, so dass keine „geballten“ Nachteile zu Lasten einer einzigen Nutzung eintreten. Anders kann es zu beurteilen sein, wenn ein Planungsträger nur Flächen mit einem ganz konkreten Gebietscharakter (z.B. nur vormalige Vorranggebiete für den Kiesabbau) der Windenergienutzung zuweist und dadurch einzelne andere Nutzungen durch Windenergieanlagen überproportional hoch oder gar gänzlich verdrängt würden.

### **2.3.3 Kann ein „Wirksamwerden bis zum 01. Februar 2024“ auch dann angenommen werden, wenn ein RROP gerichtlich für unwirksam erklärt wurde, erst nach dem**

## **01.02.2024 durch ergänzendes Verfahren geheilt, aber rückwirkend in Kraft gesetzt wird?**

Ja. Ein Plan, der durch Gerichtsentscheidung für unwirksam erklärt wurde, ist juristisch nie wirksam gewesen. Wirksam wird der Plan erstmalig, wenn seine Fehler behoben sind. Erfolgt die Fehlerbehebung in einem ergänzenden Verfahren im Sinne des § 11 Abs. 6 ROG, darf ein RROP auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden. Es gilt dann ab dem Zeitpunkt des ursprünglich gewollten Inkrafttretens, also der „damaligen Bekanntmachung“. Liegt dieser Zeitpunkt vor dem 01.02.2024 unterfällt auch ein erst nachträglich geheilter Plan der Regelung des § 245e Abs. 1 Satz 1 BauGB.

### **2.3.4 Ist auch künftig noch eine Planung mit Ausschlusswirkung möglich?**

Nach dem Wortlaut des Gesetzes vermutlich ja. § 7 Abs. 3 Satz 3 ROG sieht eine neue Gebietskategorie „Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung“ vor, die – anders als für die ausdrücklich hiervon ausgenommene Photovoltaik – auch für Windenergieanlagen gilt. Auch aus § 249 Abs. 4 BauGB ergibt sich keine derartige Beschränkung. Allerdings werden auch gegenteilige Auffassungen vertreten. Rechtsprechung hierzu liegt noch nicht vor.

Die Rechtswirkungen einer planerischen Ausschlusswirkung sind künftig allerdings begrenzt. Eine im RROP geregelte Ausschlusswirkung könnte nur noch die Bauleitplanung binden. Eine regionalplanerische Ausschlusswirkung ist ein Ziel der Raumordnung, das gemäß § 1 Abs. 4 BauGB bei der Aufstellung und Änderung von Flächennutzungs- und Bebauungsplänen zu beachten ist. Flächen im Außenbereich, die der regionalplanerischen Ausschlusswirkung unterfallen, dürften von den Gemeinden nicht überplant und als – zusätzliche, über das RROP hinausgehende - Gebiete für die Windenergienutzung ausgewiesen werden.

Hingegen könnte eine im RROP geregelte planerische Ausschlusswirkung nicht mehr die Erteilung einer Anlagengenehmigung nach dem BImSchG verhindern. Denn gemäß § 249 Abs. 1 BauGB ist § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (der die Beachtungspflicht der Ausschlusswirkung regelt) im Bau- bzw. BImSch-Genehmigungsverfahren unanwendbar. Da § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine Vorschrift ist, die nur die Vorhabenzulassung regelt, nicht aber die Planungsebene betrifft, hätte eine Konzentrationsflächenplanung also nur noch Wirkung im Verhältnis zwischen Regionalplanung und Bauleitplanung.

Jedoch besteht ab 14. Januar 2024 die Möglichkeit, dass Träger der Bauleitplanung eine Zielabweichung beantragen können, um eine solche regionalplanerische Ausschlusswirkung zu überwinden und in Ausschlussflächen Windenergiegebiete auszuweisen (§ 245e Abs. 5 BauGB, näher unter 7.7 ff). Einer solchen Zielabweichung soll in der Regel stattgegeben werden. Der Nutzen einer planerischen Ausschlusswirkung verringert sich dadurch nochmals.

Sollen bestimmte Flächen regionalplanerisch vor einer Inanspruchnahme durch die Windenergienutzung geschützt werden, wäre die Festlegung als Vorranggebiet für eine andere Nutzung der vorzugswürdige Weg. Vorranggebiete sind gemäß § 1 Abs. 4 BauGB als Ziele der Raumordnung bei Aufstellung und Änderung von Flächennutzungs- und Bebauungsplänen und gemäß § 4 Abs. 2 ROG im immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahren zu beachten. Sie

können auch nicht durch Zielabweichung nach § 245e Abs.5 BauGB überwunden werden (näher dazu 7.10).

### **2.3.5 Welche Kriterien würden künftig für eine Konzentrationsflächenplanung (Planung mit Ausschlusswirkung) gelten?**

Trotz gesetzlicher Vereinfachungen bleibt die Planung mit Ausschlusswirkung aufwändiger als eine reine Positivplanung. Es wäre weiterhin ein gesamtträumliches Planungskonzept erforderlich. Die Planungsunterlagen müssen nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positiven Standortzuweisungen getragen werden, sondern auch deutlich machen, welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von WEA freizuhalten. Eine strikte optische Trennung von harten und weichen Tabuzonen soll aber gemäß § 7 Abs. 3 ROG nicht mehr erforderlich sein. Vielmehr ist nun ausdrücklich geregelt, dass für ein Planungskonzept, das Teile des Planungsraums für eine Nutzung oder Funktion ausschließt, eine systematische Unterscheidung, ob der Ausschluss aus tatsächlichen, rechtlichen oder planerischen Gründen erfolgt, nicht erforderlich ist.

Die Planbegründung muss lediglich erkennen lassen, dass und aus welchen Gründen bestimmte Flächen für die Windenergie ausgewählt wurden und dass und aus welchen Gründen Flächen für die Windenergie ausgeschlossen wurden. Es dürfte insofern beispielsweise in Bezug auf Siedlungsabstände keine genaue Aufschlüsselung in „harte“ Mindestabstände und „weiche“ Zusatzpuffer mehr erforderlich sein, sondern genügen darzulegen, dass sich der planerisch zugrunde gelegte Abstand aus einem harten und einem weichen Anteil zusammensetzt.

Eine Konzentrationsflächenplanung im RROP wäre ferner nur rechtmäßig, wenn sie zugleich mit den Vorgaben des WindBG und des (künftigen) NWindG vereinbar ist, d.h. spätestens zu den gesetzlichen Stichtagen müssten im Planungsraum ausreichend Windenergiegebiete ausgewiesen sein.

Schließlich muss auch das allgemeine, für sämtliche Konzentrationsflächenplanungen einzuhaltende Erfordernis des „substanziell Raum Verschaffens“ erfüllt sein. Für Konzentrationsflächenplanungen zur Steuerung der Windenergienutzung, die nach den Stichtagen des WindBG ergehen, wird das „Substanz-Erfordernis“ jedoch in aller Regel keine eigenständige Bedeutung mehr haben, da die anhand der Rechtsprechung hierfür abzuleitende „Mindestfläche“ in aller Regel deutlich unterhalb des Teilflächenziels liegen wird und mit der Erreichung des Teilflächenziels ebenfalls erfüllt wird.

## **2.4 Festlegungen über Rotor-innerhalb /Rotor-außerhalb**

### **2.4.1 Muss der Plan eine ausdrückliche Regelung zu „Rotor-innerhalb“ oder „Rotor-außerhalb“ enthalten?**

Nein. Allerdings geht die bisherige Rechtsprechung bei einem Plan, der keine ausdrückliche Bestimmung dazu enthält, davon aus, dass die Rotorblätter innerhalb der ausgewiesenen Flächen liegen müssen (vgl. Bundestagsdrucksache 20/2355, S. 24 zu § 2 Nr. 2 WindBG). Die

Folge ist der gesetzlich normierte Flächenabzug im Rahmen der Anrechenbarkeit. Dies kann zu Unklarheiten bei dem Beschluss über das Erreichen des Teilflächenziels und zu zeitlichen Verzögerungen im Falle von erforderlichen Nachbesserungen führen. Die ausdrückliche Regelung oder zumindest eindeutige Erkennbarkeit von „Rotor-innerhalb“ oder „Rotor-außerhalb“ ist daher (dringend) zu empfehlen. Bei einer Rotor-innerhalb Regelung ist entsprechend mehr Fläche festzulegen, um das Teilflächenziel zu erreichen. Dies ist in der Begründung darzulegen.

Innerhalb des Plans mit Unterscheidungen dahingehend zu arbeiten, dass für bestimmte Vorranggebiete „Rotor-innerhalb“, für andere aber „Rotor-außerhalb“ gilt, dürfte zulässig sein; es müsste dann aber für jedes Vorranggebiet Windenergienutzung angegeben werden, was jeweils gilt.

#### **2.4.2 Kann im RROP unter Bezugnahme auf ein Landesgesetz im Sinne des § 249 Abs. 9 BauGB bestimmt werden, dass Windenergieanlagen bestimmte Mindestabstände zu baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken einhalten müssen?**

Nach derzeitiger Rechtslage nein. § 249 Abs. 9 BauGB betrifft Landesgesetze, die die Privilegierung von Windenergieanlagen landesweit davon abhängig machen, dass sie bestimmte Abstände zu Wohngebäuden einhalten. In Niedersachsen gibt es derzeit kein solches Landesgesetz.

## TEIL 3: Bindungswirkung von Zielen während der Planaufstellung (§ 249 Abs. 5 BauGB; planerische Abwägung)

### **3.1 Nach § 249 Abs. 5 BauGB sind Planungsträger bei der Ausweisung von Windenergiegebieten an entgegenstehende Ziele der Raumordnung oder entgegenstehende Darstellungen in Flächennutzungsplanungen nicht gebunden. Gilt das für alle Planungsträger?**

Nein. Die Regelung darf nur von denjenigen Planungsträger genutzt werden, welche die zur Ausweisung von Windenergieflächen verpflichteten Adressaten im Sinne des § 3 Abs. 2 WindBG sind. Dies sind in Niedersachsen nur die Träger der Regionalplanung.

Städte und Gemeinden dürfen zwar ebenfalls Flächen für die Windenergienutzung ausweisen. Sie haben bei der Aufstellung von Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen aber die Ziele der Raumordnung sowie die Darstellungen des Flächennutzungsplans zu beachten. Das gilt auch dann, wenn der Träger der Regionalplanung – egal aus welchen Gründen - keine den Teilflächenzielen entsprechende Ausweisung von Flächen im Regionalen Raumordnungsprogramm vornimmt.

### **3.2 Welche Ziele der Raumordnung sind von dieser Freistellung erfasst?**

Erfasst sind alle Ziele aus allen Raumordnungsplänen des Bundes (relevant ist an Land dabei nur der Bundes-Raumordnungsplan für den Hochwasserschutz), alle Ziele aus dem Landes-Raumordnungsprogramm sowie alle Ziele aus dem eigenen RROP und ggf. maßgeblichen benachbarten RROP.

### **3.3 Welche Voraussetzungen gelten für die Nichtbeachtung von Zielen der Raumordnung oder von Darstellungen des Flächennutzungsplans? Was bedeutet „soweit erforderlich“ im Sinne von § 249 Abs. 5 BauGB? Welche Rolle spielt die Windflächenpotenzialstudie des Landes?**

§ 249 Abs. 5 BauGB betrifft die planerische Abwägung und berechtigt die Träger der Regionalplanung nur dann zur Nichtbeachtung von Planvorgaben, soweit dies „erforderlich ist“, um das gesetzlich vorgegebene Teilflächenziel zu erreichen.

Die (in anderen juristischen Zusammenhängen übliche) Gleichsetzung von „Erforderlichkeit“ mit dem für alle Betroffenen „mildesten Mittel“ lässt sich auf das Planungsrecht nicht 1:1 übertragen. Die planerische Abwägung ist gekennzeichnet durch eine Bewertung unterschiedlicher Belange. In der Regel bedeutet Abwägung, dass einige Belange zugunsten anderer Belange zurückgestellt werden. Demzufolge gibt es in den seltensten Fällen ein Abwägungsergebnis,

das für sämtliche Betroffenen das geringste Maß an Berührtheit bedeutet. Vielmehr ist eine Planung solange rechtmäßig, wie sie auf einer ordnungsgemäßen Abwägung der Belange berührt und ist erst dann fehlerhaft, wenn Belange außer Acht gelassen oder fehlengewichtet wurden.

Die Erforderlichkeit im planungsrechtlichen Sinne ergibt sich insofern aus dem geforderten Teilflächenziel sowie dem Flächenpotential des konkreten Planungsraums. Hält ein Regionalplanungsträger es für erforderlich, sich zugunsten eines Windenergiegebietes über ein entgegenstehendes Ziel aus dem LROP oder aus dem Bundesraumordnungsplan für den Hochwasserschutz hinwegzusetzen, muss er dies nachvollziehbar begründen können. Er muss dabei die Bedeutung des betroffenen Ziels (materieller Gehalt der Planaussage) und die mit einer Nichtbeachtung verbundenen Auswirkungen auf andere private und öffentliche Belange in der planerischen Abwägung würdigen.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, welches juristische Gewicht dem jeweiligen Belang zugeschrieben wurde. Wird eine Fläche, eine Funktion oder eine Nutzung durch Gesetz (z.B. Nationalpark), durch Rechtsverordnung (z.B. Naturschutzgebiete, Vorranggebiete im LROP) oder Satzung (z.B. gemeindliche Satzungen zu geschützten Landschaftsbestandteilen) geschützt, ist sie ggf. gewichtiger einzustufen als rechtlich nicht spezifisch geschützte Belange .

Im Rahmen der „Erforderlichkeit“ ist auch zu berücksichtigen, dass etliche gewichtige Belange bereits bei der Ermittlung des Flächenpotentials sowie bei der gesetzlichen Bemessung der Teilflächenziele berücksichtigt wurden und dazu geführt haben, dass etliche Flächen ganz oder anteilig von vornherein überhaupt nicht als Potenzialfläche angenommen wurden. Der Landesgesetzgeber hat damit zum Ausdruck gebracht, dass nach seiner Vorstellung auf diesen herausgerechneten Flächen keine Windenergiegebiete liegen sollen. Die potenzialorientierten Teilflächenziele sollten die Träger der Regionalplanung in die Lage zu versetzen, ausreichend Flächen für die Windenergienutzung auch ohne Inanspruchnahme der herausgerechneten Flächen ausweisen zu können. Zu den Flächen, die von vornherein aus der Potenzialfläche herausgerechnet wurden, zählen auch die meisten Vorranggebiete des LROP. Möchte ein Träger der Regionalplanung Vorranggebiete des LROP mit Windenergiegebieten überlagern, hat er besonders plausibel zu begründen, weshalb die Ausweisung gerade an dieser Stelle erforderlich ist.

Zu berücksichtigen sind ferner Schutzmaßstäbe, die mittlerweile der Gesetzgeber selbst definiert hat, z.B. die „Begrenzung“ der optisch bedrängenden Wirkung auf die zweifache Höhe der Windenergieanlage. Insofern wären beispielsweise größere Siedlungsabstände zu Lasten von Vorranggebieten Wald in der Planbegründung besonders zu erläutern bzw. zu rechtfertigen, um kein Hemmnis für die RROP-Genehmigung darzustellen.

### **3.4 Dürfen sich im RROP künftig auch Vorranggebiete Windenergienutzung mit anderen, entgegenstehenden Vorranggebieten überlagern?**

Prinzipiell ja. Der Umstand, dass es mit § 249 Abs. 5 Satz 1 und 2 BauGB eine Regelung gibt, die ausdrücklich bestimmt, dass im Fall von Überlagerungen die Festlegungen zur Windenergie vorgehen, lässt nur den Schluss zu, dass der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit einer Überlagerung von sich widersprechenden Vorrangfestlegungen auf ein und derselben Fläche

nicht ausschließt. Da § 249 Abs. 5 BauGB nicht zwischen Planungsebenen differenziert, umfasst die Überlagerungsfähigkeit nicht nur Ziele des Bundes oder Ziele des LROP, sondern auch Ziele aus dem eigenen RROP.

Anzuwenden und damit rechtlich maßgebend ist im Falle einer Überlagerung aber immer die Vorrangfestlegung Windenergienutzung, der überlagerte Vorrang ist nur noch „optisch“ vorhanden, aber nicht mehr von Bedeutung.

Betrifft die Überlagerung eigene RROP-Ziele, sollte ein überlagerter entgegenstehender Vorrang deshalb aufgehoben werden. Dies erleichtert Fachbehörden und der Öffentlichkeit zu erkennen, dass nur noch der Vorrang Windenergienutzung auf der Fläche gilt, erleichtert erheblich die Beurteilung anderer Planungen und Maßnahmen und kann sicherstellen, dass nicht etwa irrtümlich eine entgegenstehende Nutzung genehmigt wird, wodurch Flächen für Windenergie verloren gehen könnten.

### **3.5 Gilt die Freistellung von Zielen der Raumordnung und Darstellungen des Flächennutzungsplans nach § 249 Abs. 5 BauGB auch bei der Festlegung von Vorbehaltsgebieten?**

Die Möglichkeit, bei der Ausweisung von Windenergiegebieten erforderlichenfalls über entgegenstehende Ziele der Raumordnung und über entgegenstehende Darstellungen des Flächennutzungsplans hinweggehen zu dürfen, gilt für jede zulässige Kategorie von „Windenergiegebieten“. Sie gilt also nicht nur bei der Festlegung von Vorranggebieten, sondern auch bei der Festlegung von Vorbehaltsgebieten. Wenngleich dies nicht so recht zum Wesen eines – gerade nicht schlussabgewogenen – Vorbehaltsgebiets passen mag, ergibt sich dies doch rechtlich eindeutig aus § 2 Nr. 1 b) WindBG, der die Vorbehaltsgebiete mit Vorranggebieten gleichstellt, allerdings nur für die Teilflächen, die bis zum 31.12.2027 auszuweisen sind, und nur für den Fall, dass die Vorbehaltsgebiete spätestens am 1.2.2024 wirksam geworden sind.

Auch ein solches Vorbehaltsgebiet für die Windenergienutzung würde – weil es ein „Windenergiegebiet“ ist - die Wirkung des § 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB haben und im BImSchG- Verfahren überlagerte entgegenstehende Vorranggebiete verdrängen.

### **3.6 Ab wann kann die Regelung des § 249 Abs. 5 BauGB angewandt werden?**

§ 249 Abs. 5 BauGB berechtigt ausschließlich die „nach 3 Abs. 2 Satz 1 Nummer 1 oder Nummer 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes jeweils zuständigen Planungsträger“, Planvorgaben unbeachtet zu lassen. Die Bestimmung des konkret verpflichteten Planungsträgers und die Zuteilung von Teilflächenzielen nehmen die Länder vor. Erst wenn landesrechtliche Teilflächenziele und die jeweils adressierten Planungsträger verbindlich feststehen, kann ein Planungsträger überhaupt belegen, dass eine Nichtbeachtung von Zielen der Raumordnung im Sinne des § 249 Abs. 5 BauGB erforderlich ist. Insofern ist für die Anwendbarkeit des § 249 Abs. 5 BauGB das Inkrafttreten des Landesgesetzes abzuwarten, das die Zuständigkeiten und die Teilflächenziele regelt.

# TEIL 4: Erreichung der Teilflächenziele

## 4.1 Anrechenbarkeit von RROP-Flächen

### 4.1.1 Ab welchem Zeitpunkt sind die in einem Regionalen Raumordnungsprogramm ausgewiesenen Flächen anrechenbar?

Generell gilt, dass ausgewiesene Flächen anrechenbar sind, sobald der Plan wirksam ist, d.h. im Falle des RROP mit dem Tag der Bekanntmachung seiner Genehmigung.

§ 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG enthält aber eine Ausnahme: Die Flächen dürfen bereits ab der kommunalen Beschlussfassung angerechnet werden. Die Genehmigung des RROP oder gar seine Bekanntmachung sind nicht abzuwarten. Diese Anrechenbarkeit gilt jedoch nur befristet für die Dauer von sieben Monaten und nur, wenn der Plan vor Ablauf der in § 3 Abs. 1 Satz 2 WindBG genannten Stichtage beschlossen worden ist. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift wird mit „kommunaler Beschlussfassung“ die erstmalige Beschlussfassung vor Einreichung zur Genehmigung gemeint sein. Wäre eine Anrechenbarkeit erst ab dem kommunalen Beitrittsbeschluss zu Maßgaben der Genehmigungsbehörde anzunehmen – wenngleich dieser satzungsrechtlich unverzichtbar ist –, hätte ein deutlich kürzerer als der im Gesetz genannte Sieben-Monats-Zeitraum genügt.

### 4.1.2 Was passiert, wenn das RROP auch nach sieben Monaten noch nicht in Kraft getreten ist?

Es kann aus verschiedenen Gründen vorkommen, dass das RROP nach sieben Monaten noch nicht in Kraft getreten ist, z.B.:

- es ist noch nicht genehmigt, weil Träger der Regionalplanung und Genehmigungsbehörde eine Verlängerung der Genehmigungsfrist vereinbart haben
- es fehlt noch an dem kommunalen Beitrittsbeschluss zu Maßgaben
- seine Bekanntmachung ist noch nicht erfolgt

Dann entfällt die Anrechenbarkeit wieder – solange bis zum Inkrafttreten des RROP. Dies gilt auch im Falle einer einvernehmlichen Verlängerung der dreimonatigen Genehmigungsfrist. Dadurch kann es passieren, dass - übergangsweise – die Teilflächenziele als nicht erreicht gelten, mit der Rechtsfolge des § 249 Abs. 7 BauGB (vgl. dazu Teil 5).

### 4.1.3 Können auch Vorranggebiete Windenergienutzung angerechnet werden, die in Bereichen liegen, in denen ein bestehender Flächennutzungsplan eine Ausschlusswirkung darstellt?

Ja, denn neuere Flächenausweisungen in einem RROP setzen sich gegenüber älteren Darstellungen im Flächennutzungsplan durch. Zum Verhältnis eines neueren RROP und einem älteren FNP war schon nach der Rechtslage, wie sie vor Verabschiedung des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20. Juli

2022 bestanden hat, möglich und anerkannt, dass in diesem Fall das Vorranggebiet des RROP als neueres Recht gilt und die hier überlagernde Ausschlusswirkung des FNP nicht mehr greift. Dem Träger der Regionalplanung steht im Rahmen seiner Abwägung zu, Inhalte der Flächennutzungspläne zu überlagern, § 35 Abs. 3 Satz 2 2. Halbsatz BauGB. Hieran hat sich nichts geändert; die Möglichkeit der Nichtbeachtung von Darstellungen des Flächennutzungsplans wird nunmehr zusätzlich noch durch § 249 Abs. 5 Satz 1 BauGB eröffnet. Die Ausschlusswirkung eines Flächennutzungsplans würde zudem gemäß § 245e Abs. 1 Satz 2 und § 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB der Zulassung einer Windenergieanlage in einem Windenergiegebiet des RROP nicht entgegenstehen.

## **4.2 Anrechenbarkeit von Flächen aus Bebauungsplänen oder Flächennutzungsplänen**

### **4.2.1 Können Flächen angerechnet werden, die nicht im RROP ausgewiesen sind, sondern nur im Flächennutzungsplan oder Bebauungsplan?**

Ja, ein Beispiel: dem Träger der Regionalplanung ist durch Landesgesetz ein Teilflächenziel von 1,9 % bis zum 31.12.2027 und ein Teilflächenziel von 2,4 % zum 31.12.2032 zugewiesen. Der Träger der Regionalplanung möchte nur 1% über Vorranggebiete Windenergienutzung im Regionalplan ausweisen. Die verbleibenden 0,9 % bzw. 1,4 % beabsichtigt der Träger der Regionalplanung, sich über bestehende bzw. zu den o.g. Zeitpunkten rechtswirksame Flächennutzungspläne oder Bebauungspläne anzurechnen.

Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 WindBG stellt der Planungsträger in dem Beschluss über den Plan fest, dass der Plan mit den Teilflächenzielen nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nummer 2 WindBG im Einklang steht. In der Gesetzesfassung vom 20. Juli 2022 war nur die Anrechenbarkeit von mit Windenergieanlagen tatsächlich bebauten Flächen im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 3 WindBG ausdrücklich geregelt. Hingegen fehlte ein vergleichbarer Verweis auf die Anrechenbarkeit von Plänen anderer Planungsträger. Die Anrechenbarkeit von Windenergiegebieten aus Flächennutzungs- und Bebauungsplänen wäre nach dieser Rechtslage – bewusst oder irrtümlich – daher wohl unzulässig gewesen.

Mit Gesetz zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht vom 11. Januar 2023 hat der Bundesgesetzgeber § 5 Abs. Satz 1 WindBG geändert. Die Feststellung hat sich seither ausdrücklich auch darauf zu beziehen, in welchem Umfang Flächen nach § 4 Abs. in Windenergiegebieten angerechnet wurden. Damit ist klargestellt, dass sich der Träger der Regionalplanung auch Flächen anrechnen darf, die er zwar nicht selbst im RROP festgelegt hat, die aber in Flächennutzungs- oder Bebauungsplänen ausgewiesen sind.

### **4.2.2 Was gilt bei Flächenüberschneidungen?**

Eine Fläche, die in unterschiedlichen Planungsebenen verankert ist, darf nur einmalig angerechnet werden. Für die Ermittlung der Überschneidungsbereiche ist zu beachten: Liegen den

Plänen in Bezug auf die vom Rotor überstrichene Fläche unterschiedliche Planungskonzeptionen zugrunde, ist bei Rotor-Innerhalb-Flächen die Gebietsgrenze gemäß § 4 Abs. 3 um 75 Meter nach innen zu verschieben.

#### **4.2.3 Setzt die Anrechenbarkeit von Flächen aus Flächennutzungsplänen und/oder Bebauungsplänen voraus, dass auch das Regionale Raumordnungsprogramm Flächen ausweist?**

Nach dem Gesetzeswortlaut nein. Der Träger der Regionalplanung darf Flächen aus Flächennutzungsplänen und/oder Bebauungsplänen auf das Teilflächenziel folglich auch dann anrechnen, wenn im RROP nur wenige Flächen ausgewiesen sind oder wenn auf Ebene der Regionalplanung überhaupt keine Flächenausweisung vorliegt, z.B. weil das RROP ausgelaufen ist oder gerichtlich für unwirksam erklärt worden ist.

#### **4.3.3 Können auch Vorranggebiete Windenergienutzung angerechnet werden, die in Bereichen liegen, in denen ein bestehender Flächennutzungsplan eine Ausschlusswirkung darstellt?**

Ja, denn neuere Flächenausweisungen in einem RROP setzen sich gegenüber älteren Darstellungen im Flächennutzungsplan durch. Zum Verhältnis eines neueren RROP und einem älteren FNP war schon nach der Rechtslage, wie sie vor Verabschiedung des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20. Juli 2022 bestanden hat, möglich und anerkannt, dass in diesem Fall das Vorranggebiet des RROP als neueres Recht gilt und die hier überlagernde Ausschlusswirkung des FNP nicht mehr greift. Dem Träger der Regionalplanung steht im Rahmen seiner Abwägung zu, Inhalte der Flächennutzungspläne zu überlagern, § 35 Abs. 3 Satz 2 2. Halbsatz BauGB.

Hieran hat sich nichts geändert; die Möglichkeit der Nichtbeachtung von Darstellungen des Flächennutzungsplans wird nunmehr zusätzlich noch durch § 249 Abs. 5 Satz 1 BauGB eröffnet. Die Ausschlusswirkung eines Flächennutzungsplans würde zudem gemäß § 245e Abs. 1 Satz 2 und § 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB der Zulassung einer Windenergieanlage in einem Windenergiegebiet des RROP nicht entgegenstehen.

### **4.3 Anrechenbarkeit unbeplanter Flächen; Anrechenbarkeit von Flächen, für die keine GIS-Daten vorliegen**

#### **4.3.1 Können unbeplante Flächen angerechnet werden?**

Nach dem Wortlaut des Gesetzes darf sich ein Planungsträger auch tatsächlich bebaute Flächen, die im Umkreis von einer Rotorblattlänge um eine Windenergieanlage liegen anrechnen, auch wenn sie nicht in einem planerisch ausgewiesenen Windenergiegebiet liegen (§ 4 Abs. 1 Satz 3 WindBG). Die Anrechnung ist nur solange möglich, wie die Windenergieanlage „in Betrieb“ ist. Der Begriff dient der Abgrenzung zu Standorten, auf denen Anlagen bereits abgebaut bzw. dauerhaft außer Betrieb genommen wurden. Lediglich vorübergehende bzw. kurz-

fristige Abschaltzeiten sind unbeachtlich. Die Anrechnungsmöglichkeit besteht nur auf den Flächenbeitragswert nach Anlage 1 Spalte 2 zum 31.12.2032, nicht aber auf den Flächenbeitragswert zum 31.12.2027.

#### **4.3.2 Dürfen Flächen nur angerechnet werden, wenn für sie standardisierte Daten geografischer Informationssysteme (GIS-Daten) vorliegen?**

Ja. Durch Gesetz vom 3. Juli 2023 wurden die Regelungen zur Flächenanrechenbarkeit dahingehend verengt, dass auf das Teilflächenziel nur Flächen angerechnet werden dürfen, wenn für sie standardisierte Daten geografischer Informationssysteme (GIS-Daten) vorliegen. Der Gesetzgeber verzichtet dabei auf nähere Vorgaben zu den Datenformaten. Die Vorschrift scheint damit niederschwellig gefasst zu sein und in erster Linie eine Abgrenzung zu rein analogen Plänen zu schaffen.

### **4.4 Anrechenbarkeit von Flächen mit Höhenbestimmungen**

#### **4.4.1 Können Vorranggebiete Windenergienutzung mit Bestimmungen zur baulichen Höhe von Windenergieanlagen geplant werden?**

Ja. Weder das WindBG noch das ROG enthalten ein Verbot, dass dahingehend, dass Windenergiegebiete keine Höhenbeschränkungen enthalten dürfen. Dem WindBG liegt lediglich die Grundannahme zugrunde, dass die Leistungsfähigkeit einer Anlage maßgeblich auch von deren Gesamthöhe bestimmt wird und Höhenbestimmungen die Windstromproduktion begrenzen. Träger der Regionalplanung haben ferner den Grundsatz nach Kapitel 4.2.1 Ziffer 02 Satz 3 LROP zu berücksichtigen, dass in Vorrang- und Eignungsgebieten Windenergienutzung keine Höhenbegrenzungen festgelegt werden sollen. Auch dies ist kein klares Verbot. Planerische Vorgaben zur Höhe von Anlagen sind damit zulässig.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 4 WindBG dürfen Flächen mit „Bestimmungen zur baulichen Höhe“ jedoch grundsätzlich nicht auf das zu erreichende Teilflächenziel angerechnet werden. Angerechnet werden dürfen nur Flächen aus bestehenden Plänen, bei denen die Höhenbestimmungen bis (einschließlich) 1. Februar 2023 wirksam geworden sind. Die Formulierung „Bestimmungen zur baulichen Höhe“ wirkt nach ihrem Wortlaut sowohl „nach oben“ als auch „nach unten“ und enthält auch keine weiteren Differenzierungen (s. auch nachfolgende Fragen). Sowohl Bestimmungen zu Mindest- als auch zu Maximalhöhen führen daher zur Nicht-Anrechenbarkeit, also auch solche, die deutlich oberhalb der gängigen Anlagen liegen (bspw. 350 Meter Maximalhöhe).

Unerheblich sind ferner die Gründe einer Höhenbegrenzung „nach oben“. Das WindBG unterscheidet nicht zwischen beispielsweise städtebaulichen Gründen, Gründen des Denkmalschutzes, des Landschaftsbildes, militärischen Belange oder Belange der zivilen Flugsicherung.

Soll eine Fläche auf das Teilflächenziel angerechnet werden, muss im Plan daher eindeutig zum Ausdruck kommen, ob bzw. dass die ausgewiesenen Gebiete solche ohne Bestimmun-

gen zur Höhe sind (ausdrückliche textliche Regelung oder eindeutige Klarstellung in der Begründung), mit anderen Worten: ob bzw. dass die „unbegrenzte Höhe“ also inhaltlicher Bestandteil des Vorrangs bzw. inhaltlicher Bestandteil der Gebietsausweisung ist.

Die Ausweisung einer Fläche für die Windenergienutzung erfolgt auf der Grundlage einer Referenzanlage. Es genügt, die Erforderlichkeit einer Höhenbestimmung nur anhand dieser Referenzanlage zu prüfen. Soweit die Referenzanlage keine Höhenbestimmung erfordert, muss im Plan für diese Fläche keine Höhenbeschränkung festgelegt werden. Soweit sachliche Gründe vorliegen, z.B. die Gegebenheiten im Planungsraum unterschiedlich sind, dürfen für verschiedene Flächen auch verschiedene Referenzanlagen zugrunde gelegt werden (s. dazu 2.2). Je kleiner die gewählte Referenzanlage ist, umso eher ist die Festlegung eines „höhenunbegrenzten“ Vorranggebietes möglich. Andererseits kann eine zu kleine Referenzanlage als unrealistisch angesehen werden und dadurch die Rechtmäßigkeit der Planungskonzeption und der darauf fußenden Abwägung gefährden.

#### **4.4.2 Betreffen die Beschränkungen des WindBG für die Anrechenbarkeit auch planerische Bestimmungen zu Mindesthöhen?**

Ja. Hintergrund ist: Festlegungen zu Mindesthöhen können zwar die Intention des Gesetzgebers unterstützen, indem sie verhindern, dass Flächen ohne Not durch weniger energieeffiziente Kleinwindanlagen „verbraucht“ werden. Andererseits bergen Festlegungen zur Mindesthöhe von Anlagen die Gefahr, als Form einer Verhinderungsplanung zu wirken. Werden im RROP Mindesthöhen festgelegt, um die Errichtung möglichst energieeffizienter (= hoher) Anlagen zu erreichen und einen „unnötigen“ Flächenverbrauch durch ineffizientere (= niedrige) Anlagen zu verhindern, sind sie als Ziele der Raumordnung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB bei der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsprüfung einzuhalten. Da über Ziele der Raumordnung kein Abwägungsspielraum besteht, stellen Festlegungen zu Mindesthöhen ein Genehmigungshindernis auch für solche Anlagentypen dar, die die Mindesthöhe nur leicht unterschreiten.

Je enger der Kreis von genehmigungsfähigen Anlagen gezogen wird, umso mehr steigt die Gefahr einer unzulässigen Verhinderungsplanung. Die Einengung des Kreises möglicher genehmigungsfähiger Anlagen birgt zudem die Gefahr wettbewerbsrechtlicher Verstöße, ggf. auch gegen Europarecht, insbesondere wenn Mindesthöhen bewirken, dass auch solche (zu niedrigen) Anlagen verboten wären, die dennoch eine vergleichbare Energiemenge erzeugen würden, sich also nicht unter Effizienzgesichtspunkten unterscheiden würden, sondern nur deshalb, weil es sich um einen anderen Hersteller/ein anderes Modell/ eine andere Bauart handelt. Mindesthöhen können insofern eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung verschiedener Hersteller/Anlagenbetreiber bewirken.

#### **4.4.3 Sind mit „Bestimmungen zur baulichen Höhe“ auch vertragliche Vereinbarungen gemeint oder nur Regelungen in Plänen?**

Die Anrechenbarkeit entfällt nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur bei Höhenbestimmungen in Plänen. Höhenbeschränkungen, die sich erst im Genehmigungsverfahren ergeben,

sind von dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht erfasst. Gleiches gilt für vertragliche Vereinbarungen aus raumordnerischen oder städtebaulichen Verträgen, die einen Investor dahingehend verpflichten, auf einer planerisch „höhenunbeschränkt“ ausgewiesenen Fläche dennoch nur Anlagen mit einer bestimmten Maximalhöhe zu beantragen; auch diese hindern die Anrechenbarkeit von planerischen Flächenausweisungen nicht. Ebenfalls unerheblich für die Anrechenbarkeit ist es, wenn sich erst im BlmSchG-Verfahren Nebenbestimmungen, Teilversagungen oder andere Einschränkungen aus „höhenbedingten“ Gründen ergeben.

#### **4.4.4 Was gilt, wenn aufgrund militärischer Belange Höhenbeschränkungen zu beachten sind?**

Militärische Belange haben hohes Gewicht und wirken sich bei der Zulassung von Windenergieanlagen vielfach als Genehmigungshindernis aus. Der Umgang mit diesen Restriktionen ist bereits auf der Planungsebene von maßgeblicher Relevanz. Planungsträgern ist es verwehrt, Flächen auszuweisen, auf denen die militärischen Belange das Interesse an der Windenergienutzung überwiegen. Träger der Regionalplanung dürfen Windenergieflächen nur dann in RROP ausweisen, wenn sie aufgrund einer prognostischen Beurteilung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen können, dass auf diesen Flächen tatsächlich Windenergieanlagen errichtet und wirtschaftlich betrieben werden können. Auch in Bezug auf militärische Belange genügt es, diese „Vollziehbarkeitsprognose“ allein anhand der Referenzanlage vorzunehmen (s. 2.2).

Erscheint die Referenzanlage auch unter militärischen Gesichtspunkten genehmigungsfähig, darf die jeweilige Fläche als Windenergiegebiet – ohne planerische Höhenbeschränkung - ausgewiesen und angerechnet werden.

Erscheint die Referenzanlage unter militärischen Gesichtspunkten voraussichtlich nicht genehmigungsfähig, kann das Vorranggebiet so nicht festgelegt werden. Dem Planungsträger stehen folgende Optionen zur Verfügung:

- Verzicht auf die Flächenausweisung
- Zugrundelegung einer anderen Referenzanlage unter der Voraussetzung, dass diese ebenfalls wirtschaftlich betreibbar und marktüblich ist. Liegt bestimmten Vorranggebieten eine andere Referenzanlage zugrunde als anderen Vorranggebieten, sind die Unterscheidungsgründe in der Planbegründung darzulegen.
- Ausweisung der betroffenen Flächen mit Restriktionen (z.B. Bestimmung zur maximalen Höhe von Anlagen); bei solchen Restriktionen ist zu bedenken, dass Höhenbeschränkungen dazu führen, dass die betroffenen Flächen nicht für das Erreichen des Teilflächenziels angerechnet werden können.

#### **4.4.5 Können im RROP festgelegte Vorranggebiete Windenergienutzung als Windenergiegebiete angerechnet werden, wenn ein am 01.02.2023 bestehender gemeindlicher Flächennutzungsplan für diese Flächen eine Höhenbegrenzung enthält?**

Ja. Dem Träger der Regionalplanung steht es im Rahmen einer Abwägung zu, Inhalte der Flächennutzungspläne zu überlagern (§ 35 Abs. 3 Satz 2 2. Halbsatz BauGB). Schon vor der

Neuregelung des § 249 BauGB war es demzufolge möglich und anerkannt, dass in diesem Fall das RROP als neueres Recht gilt. Hieran hat sich nichts geändert; die Möglichkeit der Nichtbeachtung an Darstellungen des Flächennutzungsplans wird durch § 249 Abs. 5 Satz 1 BauGB sogar ausdrücklich eröffnet. Weist ein Träger der Regionalplanung Flächen ohne Höhenbegrenzung als Vorranggebiet aus, hat dies zur Folge, dass die Höhenbegrenzung des Flächennutzungsplans in den vom RROP überlagerten Flächen gemäß § 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB im Zulassungsverfahren entfallen, so dass die Höhenbegrenzungen nicht mehr hinderlich wirken. Folglich dürfen solche Flächen auf das Teilflächenziel angerechnet werden.

#### **4.4.6 Können im RROP festgelegte Vorranggebiete Windenergienutzung als Windenergiegebiete angerechnet werden, wenn ein am 01.02.2023 bestehender gemeindlicher Bebauungsplan für diese Flächen eine Höhenbegrenzung enthält?**

Eindeutig ist: Die Bindungswirkungen eines Bebauungsplans entfallen im Zulassungsverfahren nicht; § 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB bezieht sich ausdrücklich nur auf Darstellungen von Flächennutzungsplänen. Höhenbeschränkungen aus Bebauungsplänen sind daher im Zulassungsverfahren zu beachten. Im Ergebnis hätten Höhenbegrenzungen des Bebauungsplans somit die gleiche, verhindernde Wirkung, wie wenn das RROP selbst Höhenbegrenzungen festlegen würde.

Allerdings schließt § 4 Abs. 1 Satz 5 WindBG nur die Anrechnung von Flächen mit Höhenbegrenzungen aus, die in „Plänen“ ausgewiesen sind, die nach dem 1. Februar 2023 wirksam geworden sind, ohne dass dabei eine bestimmte Planungsebene erwähnt wird. Höhenbegrenzungen, die bis zum 1. Februar 2023 wirksam geworden sind, stehen der Anrechenbarkeit von Flächen nicht im Wege. Daher darf sich der Träger der Regionalplanung seine (höhenunbegrenzten) Flächen anrechnen; die „alte“ Höhenbegrenzung des Bebauungsplans hindert die Anrechenbarkeit nicht.

#### **4.4.7 Würde eine Gemeinde eine Fläche, die im RROP ausdrücklich ohne Höhenbegrenzung ausgewiesen ist, im Nachgang (und nach dem 01.02.2023) mit einer Höhenbegrenzung überplanen - würde dann die Anrechenbarkeit entfallen?**

Weist ein Träger der Regionalplanung Vorranggebiete Windenergienutzung erkennbar ohne Höhenbeschränkung aus (ausdrückliche textliche Regelung oder eindeutige Klarstellung in der Begründung erforderlich), ist die „unbegrenzte Höhe“ Bestandteil der inhaltlichen Reichweite des Vorrangs. Die Fläche wäre anrechenbar. Der Vorrang ist als Ziel der Raumordnung von Gemeinden im Rahmen der Bauleitplanung zu beachten, § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG i.V.m. § 1 Abs. 4 BauGB. Es steht der Gemeinde dann grundsätzlich nicht zu, im Flächennutzungsplan oder Bebauungsplan im Nachgang Höhenbegrenzungen einzuziehen und den Regionalplan dadurch zu verengen.

Dennoch ist es vorstellbar, dass ein unter Nichteinhaltung dieser Ziele der Raumordnung aufgestellter Flächennutzungsplan oder Bebauungsplan wirksam werden kann und eine Höhenbeschränkung (nach dem 01.02.2023 erlassene) Höhenbeschränkung enthält.

Obgleich gemäß § 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB die Bindungswirkungen eines Flächennutzungsplans im Zulassungsverfahren entfallen und die Höhenbegrenzung ohne Wirkung bliebe, besteht die Gefahr, dass die Anrechnungsverbote des § 4 WindBG als vorrangige Spezialregelungen angesehen werden. Klarheit wird erst die Rechtsprechung bringen – oder eine diesbezügliche Klarstellung im Bundesrecht. Bis dahin sollte die Anrechnung der vorstehend beschriebenen höhenbeschränkten Flächen aus Flächennutzungsplänen unterbleiben.

Würde ein Bebauungsplan mit Höhenbegrenzungen wirksam, würden dessen Bindungswirkungen im Zulassungsverfahren nicht entfallen. § 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB bezieht sich ausdrücklich nur auf Darstellungen von Flächennutzungsplänen. Höhenbeschränkungen aus Bebauungsplänen sind daher im Zulassungsverfahren zu beachten. Da die Windenergieanlage nicht höher als die Maximalhöhe genehmigt werden dürfte, hätte ein Bebauungsplan die gleiche Wirkung, wie wenn das RROP selbst eine Höhenbeschränkung enthalten würde. Der Wortlaut des WindBG spricht dafür, dass hierdurch nachträglich die Anrechenbarkeit der von Höhenbeschränkungen betroffenen Flächen wieder entfällt. § 4 Abs. 1 Satz 5 WindBG bestimmt, dass „Flächen“, die in „Plänen“ ausgewiesen werden, die Bestimmungen zur Höhe von baulichen Anlagen enthalten nicht anzurechnen sind. Das WindBG unterscheidet hier nicht zwischen Planungsebenen, sondern scheint von einer Gesamtbetrachtung aller Flächen auf allen Planungsebenen auszugehen. In dieser Gesamtschau wäre unerheblich, ob die Höhenbegrenzung durch das RROP oder durch den Bebauungsplan erfolgt. Aufgrund der Wirkung des Bebauungsplans ergäbe sich, dass eine Höhenbegrenzung durch eine Gemeinde zu Lasten des regionalen Planungsraums geht und die Anrechenbarkeit der betroffenen Flächen entfällt.

Da der Gesetzeswortlaut dafürspricht, dass eine - egal auf welcher Planebene - nach dem 01.02.2023 erlassene Höhenbeschränkung zu Lasten aller Planebenen bzw. des gesamten Planungsraums wirkt, empfiehlt es sich daher, darauf hinzuwirken, dass in sämtlichen gemeindlichen Bauleitplänen von Höhenbeschränkungen abgesehen wird. Zielabweichungen vom RROP zugunsten von Höhenbeschränkungen in einem Flächennutzungs- oder Bebauungsplan sollten nicht zugelassen werden. Der Einsatz einer raumordnerischen Untersagung nach § 12 Abs. 2 ROG wäre rechtlich denkbar.

## 4.5 Anrechenbarkeit von Rotor-innerhalb-Flächen

### 4.5.1 Nach § 4 Abs. 3 WindBG sind ausgewiesene Flächen nach Abs. 1 grundsätzlich in vollem Umfang auf die Flächenbeitragswerte anzurechnen. Gilt dies unabhängig davon, ob die Rotorblätter innerhalb oder außerhalb der ausgewiesenen Flächen liegen?

Die Berechnung des Bundesgesetzgebers der für den Ausbau der Windenergie erforderlichen Flächenbedarfe ist unter der Annahme erfolgt, dass der Rotor auch über die Grenzen des ausgewiesenen Windenergiegebiete hinausragen darf. Entsprechend dürfen grundsätzlich nur solche rotor-außerhalb-Flächen vollumfänglich angerechnet werden.

#### **4.5.2 Wie ist zu verfahren, wenn ausdrücklich mit Rotor-innerhalb-Flächen geplant wurde?**

Wenn mit Rotor-innerhalb geplant wird, dürfen die ausgewiesenen Flächen nur anteilig angerechnet werden. Die Berechnung ist für jedes einzelne Windenergiegebiet durchzuführen. Gemäß § 4 Abs. 3 Satz 4 hat der Abzug derart zu erfolgen, dass auf Basis standardisierter GIS-Daten ein Abzug von 75 Metern von den Grenzen der ausgewiesenen Einzelfläche nach innen vorgenommen wird. Unerheblich ist, ob die Planungen bereits in digitaler Form erstellt wurden, oder ob das Kartenmaterial nachträglich digitalisiert wurde.

Die Möglichkeit, beim Fehlen von GIS-Daten die Flächenwerte rein rechnerisch um einen bestimmten Faktor zu vermindern (dazu waren in einer Anlage 2 zu § 4 Abs. 3 WindBG Rechenwerte angegeben), ist durch Gesetz vom 3. Juli 2023 entfallen.

#### **4.5.3 Wie ist zu verfahren, wenn der Plan keine ausdrückliche Regelung / Aussage zu rotor-außerhalb oder rotor-innerhalb enthält?**

Ist im Plan nichts geregelt, ist gemäß der Rechtsprechung im Zweifel von einer „rotor-innerhalb“-Vorgabe auszugehen. Je nachdem, ob diese Vermutung zutrifft ergeben sich für den Planungsträger folgende Konsequenzen:

Ging das Plankonzept auch tatsächlich von einer Rotor-innerhalb-Annahme aus, hat der Planungsträger - wie unter Frage 4.4.2 beschrieben - einen Flächenabzug vorzunehmen. Nur die reduzierte Fläche ist auf das Teilflächenziel anrechenbar.

Hat der Planungsträger hingegen tatsächlich mit einer Rotor-außerhalb-Konzeption geplant, muss er einen Beschluss gemäß § 5 Abs. 4 WindBG fassen, dass die Rotorblätter nicht innerhalb der ausgewiesenen Flächen liegen müssen (vgl. Frage 4.4.5). In diesem Fall dürfen die Flächen ohne Abzug angerechnet werden. Der Beschluss würde nur Flächen des eigenen Plans umfassen dürfen. Auf Flächen aus „fremden“ Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen dürfte sich der Beschluss nicht beziehen, denn zu einer gerade nicht aus dem Plan, sondern nur aus internen Verwaltungsunterlagen erkennbaren Planungskonzeption kann auch nur der verantwortliche Planungsträger selbst verbindlich Stellung beziehen.

Ein solcher Beschluss ist aber nur für Pläne zulässig, die bis zum 1. Februar 2024 wirksam geworden sind. Spätere Pläne ohne ausdrückliche Rotor-Regelung werden stets als „Rotor-innerhalb-Pläne“ gewertet.

#### **4.5.4 Ist für die Anrechenbarkeit der Standort des Mastes bzw. die Lage des Fundaments relevant?**

Das WindBG geht ausweislich § 4 Abs. 3 Satz 2 WindBG davon aus, dass sich der Turmfuß noch innerhalb des Windenergiegebiets befindet, aber die Rotorblätter den Luftraum außerhalb des Vorranggebietes überstreichen dürfen. Für die Anrechenbarkeit scheint nach dem Wortlaut des WindBG das Fundament grds. keine eigene Rolle zu spielen. § 4 Abs. 3 WindBG stellt ausschließlich auf den Turmfuß ab; (nur) von diesem ist der einfache Rotorradius abzuziehen des Turmfußradius von den Grenzen der ausgewiesenen Fläche abzuziehen.

#### **4.5.5 Gemäß § 5 Abs. 4 WindBG darf der Träger der Regionalplanung bei einem Raumordnungsplan, der keine Bestimmung zur Platzierung der Rotorblätter enthält, durch Beschluss bestimmen, dass die Rotorblätter nicht innerhalb der ausgewiesenen Flächen liegen müssen. Gilt das einschränkungslos?**

Nein. Es müssen kumulativ die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

- Es muss sich um einen bereits bestehenden Plan handeln, der Beschluss muss also im Nachgang zu einem bereits abgeschlossenen Planungsverfahren ergehen.
- Dieser Plan muss bis zum 1. Februar 2024 wirksam geworden sein.
- Der nachträgliche Beschluss ist nur in Fällen möglich, in denen sich aus den Planentwurfsunterlagen zweifelsfrei ergibt, dass der Planungsträger von vornherein mit einer „Rotor-außerhalb-Annahme“ geplant hat. Hintergrund ist: Sollen Teile einer Windenergieanlage – oberirdisch oder unterirdisch – außerhalb der Grenzen des Vorranggebietes liegen dürfen, ist bereits bei der Planaufstellung zu prüfen, ob hierdurch andere Vorschriften verletzt werden („harte Tabuzonen“). Ein Überstreichen ist nur zulässig, wenn hiermit keine Rechtsverletzungen einhergehen. Bei zu erwartenden Rechtsverstößen ist die Grenze des Vorranggebietes entsprechend zu verschieben. Die Entscheidung „Rotor-innerhalb“ oder „Rotor-außerhalb“ ist insofern inhaltlicher Planbestandteil. Der Beschluss nach § 5 Abs. 4 WindBG kann keine Änderung von Planinhalten bewirken. Die Änderung von Planinhalten ist nur durch ein förmliches Planänderungsverfahren möglich. Das Umdeklarieren einer „Rotor-innerhalb“-Konzeption in eine „Rotor-außerhalb“-Konzeption allein durch einen Beschluss nach § 5 Abs. 4 WindBG wäre unzulässig.

Da der Plan durch den Beschluss keinen anderen Inhalt erhält, ist weder eine erneute Genehmigung erforderlich noch ist gegen diesen Beschluss eine eigenständige oder erneute Klage möglichkeit gegeben.

## **4.6 Genehmigung des RROP; Feststellung und Bekanntmachung des Erreichens des Teilflächenziels**

### **4.6.1 Genügt zum Erreichen des Teilflächenziels die Ausweisung von Flächen im RROP oder sind weitere Handlungen bzw. Verfahrensschritte erforderlich?**

Nach Abschluss der Planungsarbeiten zur Ausweisung der Flächen ist unverändert der Satzungsbeschluss über das RROP sowie die Vorlage des Plans zur Genehmigung erforderlich.

Als zusätzliches, neues Erfordernis hinzugetreten ist ferner eine ausdrückliche Feststellung, dass der Plan mit den Teilflächenzielen nach § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 oder Satz 2 WindBG in Einklang steht. Dazu ist es erforderlich, das Teilflächenziel unter Angabe des jeweiligen Stichtags zu bezeichnen und auszuführen, in welchem Umfang Flächen nach § 4 Abs. 1 Satz 3 WindBG (Flächen im Rotorumkreis bestehender Anlagen) sowie Windenergiegebiete aus anderen Plänen angerechnet wurden.

#### **4.6.2 Wer trifft die Feststellung, dass das Teilflächenziel erreicht ist?**

In der Regel wird ein RROP aufgestellt/ fortgeschrieben werden müssen, um die nötigen Teilflächenziele zu erreichen. Dann bedarf das RROP der Genehmigung. Bei genehmigungspflichtigen Plänen trifft die Feststellung das jeweils zuständige ArL als Genehmigungsbehörde.

§ 5 Abs. 1 Satz 1 WindBG fordert dazu die Angabe des Teilflächenziels sowie Ausführungen, welche Flächen in Windenergiegebieten nach § 2 Nummer 1 sowie welchen Flächen nach § 4 Abs. 1 Satz 3 und Absatz 4 angerechnet wurden, jeweils unter Angabe des Umfangs der angerechneten Flächen. Zur optimalen Nachvollziehbarkeit dieser Anrechnung sowohl im Genehmigungsverfahren als auch in eventuellen Gerichtsverfahren empfiehlt es sich, Ausführungen zur Lage, Größe und Anrechnung von Flächen zumindest in der Planbegründung, ggf. auch in der Beschlussvorlage aufzunehmen; insbesondere bei einer Rotor-innerhalb Planung wäre auch die Berechnung des Flächenabzugs zu dokumentieren.

Wenn die Situation absehbar ist, dass die Genehmigung des Plans nicht rechtzeitig vor den in § 3 Abs. 1 WindBG genannten Stichtagen erfolgt und folglich die Rechtswirkungen des § 249 Abs. 7 BauGB eintreten, sollte auch der Planungsträger (vorab) das Erreichen des Teilflächenziels mit dem Beschluss der Planänderung feststellen. Denn gemäß § 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG dürfen Flächen bereits ab der kommunalen Beschlussfassung über das RROP befristet für die Dauer von sieben Monaten angerechnet werden, wenn der Plan vor Ablauf der in § 3 Abs. 1 Satz 2 WindBG genannten Stichtage beschlossen worden ist.

#### **4.6.3 Gibt es Konstellationen, in denen der Träger der Regionalplanung selbst die Feststellung trifft, dass das Teilflächenziel erreicht ist?**

Ja. Der Träger der Regionalplanung trifft diese Feststellung selbst, wenn sie sich auf einen bestehenden Plan bezieht. Ob die Teilflächenziele erreicht sind, kann erst nach Inkrafttreten des Landesgesetzes und der darin festgelegten Teilflächenziele beurteilt werden. Werden ohne eine Ausweisung von neuen Windenergiegebieten die Teilflächenziele bereits erreicht, ist keine Planänderung erforderlich und ergeht demzufolge auch keine Genehmigung. In diesem Fall stellt der Träger der Regionalplanung selbst das Erreichen seiner Teilflächenziele fest (§ 5 Abs. 2 WindBG). Eine solche Feststellung sollte bis zu den Stichtagen 31.12.2027 und 31.12.2032 erfolgen. Sie kann auch später erfolgen, allerdings gelten dann bis dahin die Rechtsfolgen des § 249 Abs. 7 WindBG. Die isolierte Feststellung bedarf keiner Genehmigung des ArL.

Erwägenswert wäre zudem auch eine (Vorab-) Feststellung in der Konstellation, dass der Träger der Regionalplanung von der Möglichkeit der Sieben-Monats-Anrechenbarkeit von Flächen schon vor RROP-Genehmigung (§ 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG) Gebrauch machen möchte (s. vorige Frage). Rechtlich erforderlich ist dies nicht, weil die „eigentliche“ Feststellung später durch die obere Landesplanungsbehörde im Zuge der RROP-Genehmigung erfolgt. Die Rechtsanwendung würde jedoch erleichtert, wenn der Träger der Regionalplanung bereits vorab auf die Erreichung des Teilflächenziels hinweisen würde.

#### **4.6.4 Was ist bei der Bekanntmachung der Feststellung, dass die Teilflächenziele erreicht sind, zu beachten?**

Erging die Feststellung im Zuge eines Genehmigungsverfahrens durch das ArL, ist sie mit in die Bekanntmachung der Genehmigung des RROP aufzunehmen. Bei der Feststellung zu einem bestehenden Plan ohne Genehmigungsverfahren hat eine Bekanntmachung nur zu dieser Feststellung zu erfolgen. Im Übrigen gelten unverändert die regulären Anforderungen an öffentliche Bekanntmachungen nach dem NROG i.V.m. dem NKomVG.

Es genügt, nur die reine Feststellung, „dass der Plan mit dem Teilflächenziel im Einklang steht“ (§ 5 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz) bekannt zu machen. Nicht erforderlich ist die Bekanntmachung der umfassenden Angaben im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz WindBG. Es genügt, wenn die Bezeichnung des Teilflächenziels unter Angabe des jeweiligen Stichtags sowie Ausführungen, welche Flächen in Windenergiegebieten nach § 2 Nummer 1 sowie welchen Flächen nach § 4 Absatz 1 Satz 3 und Absatz 4 angerechnet wurden, den Planunterlagen zu entnehmen ist und dass diese Unterlagen einsehbar sind.

#### **4.6.5 Gibt es Klagemöglichkeiten allein gegen die Feststellung oder Bekanntmachung, dass das Teilflächenziel erreicht ist?**

Nein, eine isolierte Klagemöglichkeit gegen die Feststellung, dass die Teilflächenziele erreicht sind, gibt es nicht. Vorhabenträger könnten nur – wie bisher – Normenkontrolle gegen das RROP erheben oder das RROP im Rahmen einer Inzidentkontrolle überprüfen lassen.

#### **4.6.6 Ist eine neue Bekanntmachung erforderlich, wenn sich nach der ersten Feststellung im Sinne von § 5 Abs. 1 WindBG die anrechenbare Gebietskulisse ändert?**

Die anrechenbare Gebietskulisse kann sich im Laufe der Zeit beispielsweise dadurch verändern, dass Flächen für unwirksam erklärt werden oder der Träger der Regionalplanung nachträglich Flächen mit anrechnet, die er zunächst nicht einbezogen hatte (z.B. Puffer oder Flächen im Rotorumkreis bestehender Windenergieanlagen im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 3 WindBG oder Flächen aus Flächennutzungsplänen oder Bebauungsplänen). Grundsätzlich fordert das WindBG keine erneute Bekanntmachung bei Veränderung der Gebietskulisse.

Eine neue Bekanntmachung ist aber dann erforderlich, wenn der Träger der Regionalplanung zunächst nur das Teilflächenziel für 2027 erreicht hat. Die Erreichung des Teilflächenziels für 2032 erfordert eine erneute Bekanntmachung. Soweit die Erreichung des Teilflächenziels 2032 auf einer RROP-Änderung beruht, würde die Feststellung der Erreichung des höheren Teilflächenziels gemeinsam mit der Genehmigung des RROP ergehen.

#### **4.6.7 Wenn nach den Stichtagen 31.12.2027 bzw. 31.12.2032 von der Genehmigungsbehörde festgestellt wird, dass das Teilflächenziel nicht erreicht wird, kann das RROP trotzdem genehmigt und mit der Genehmigung lediglich bekannt gemacht werden, dass das Teilflächenziel nicht erreicht ist?**

Das WindBG sowie das darauf aufbauende (künftige) NWindG beruhen auf der energiepolitischen Annahme, dass der Ausbau der Windenergienutzung auf der Grundlage von Planungen bzw. der planerischen Ausweisung von Flächen effektiver ist als der Ausbau der Windenergienutzung allein im Wege der Außenbereichsprivilegierung. Insofern haben auch solchen Regionalen Raumordnungsprogramme oder Teilprogramme Windenergie einen positiven Nutzen, die zwar noch nicht die regionalen Teilflächenziele voll umsetzen, aber immerhin die Quote der insgesamt planerisch ausgewiesenen Flächen in Niedersachsen erhöhen. Denn anders als die bloße Außenbereichsprivilegierung schließen Vorranggebiete andere, konkurrierende Nutzungen aus und sichern damit effektiv Standorte für Windenergieanlagen. Auch das planerische „Annähern“ an die Teilflächenziele ist daher aus energiepolitischen Gründen von Wert.

*[Aktualisierungsvorbehalt]* Das NROG soll daher künftig auch die Genehmigung solcher RROP gestatten, die das Teilflächenziel noch nicht erreichen, sofern die Flächensumme höher ist als in der Vorgängerversion des Plans. Maßgeblich sind hier – anders als bei der Anrechenbarkeit für die Teilflächenziele – nur die Flächen des RROP selbst, nicht aber Flächen aus anderen Plänen. Für einen spürbaren Zuwachs von Flächenausweisungen sollte mindestens die Fläche für einen Windpark (3 Windenergieanlagen) hinzutreten.

Auf den Eintritt der bundesgesetzlichen Sanktionen hätte die Genehmigung keinen Einfluss: werden die Teilflächenziele bis zu den bundesgesetzlichen Stichtagen am 31.12.2027 und am 31.12.2032 nicht erreicht, so treten – unabhängig von einer Genehmigung des RROP - die Rechtsfolgen des § 245e Abs. 1 BauGB und des § 249 Abs. 7 BauGB ein.

#### **4.6.8 Wenn im Zuge der Genehmigung eines RROP festgestellt wird, dass das Teilflächenziel nicht erreicht wird, muss dies auch bekannt gemacht werden oder ist eine Bekanntmachung nur bei einer „positiven“ Feststellung nötig?**

Soweit das NROG gestattet, dass RROP auch dann genehmigt werden können, obwohl sie das Teilflächenziel noch nicht erreichen, ist zwar eine Bekanntmachung erforderlich, dass das RROP genehmigt worden ist. Die Bekanntmachung, dass das Teilflächenziel nicht erreicht wurde, ist nicht notwendig. Der eindeutige Wortlaut des § 5 Abs. 1 WindBG fordert lediglich die Bekanntmachung des Erreichens des Teilflächenziels. Aus dem Fehlen einer solchen Bekanntmachung ergibt sich, dass das Teilflächenziel noch nicht erreicht wurde.

## **4.7 Unwirksamkeit von Flächenausweisungen**

### **4.7.1 Was passiert, wenn Festlegungen des RROP, die Darstellungen eines Flächennutzungsplans oder die Festsetzungen eines Bebauungsplans zur Ausweisung von Gebieten für die Windenergienutzung unwirksam werden?**

Wird ein Plan durch ein Gericht – ganz oder nur in Bezug auf einzelne Flächen – für unwirksam erklärt, sind die betroffenen Flächen keine Vorranggebiete und damit auch keine Windenergiegebiete mehr. Die betroffenen Flächen bleiben nach § 4 Abs. 2 Satz 2 WindBG noch für ein Jahr ab Rechtskraft der Gerichtsentscheidung weiter anrechenbar. Danach entfällt ihre Anrechenbarkeit.

Wird im Planungsraum auch ohne diese Flächen das Teilflächenziel erreicht, gilt auf den verbleibenden Flächen weiterhin, dass (nur) auf ihnen Windenergieanlagen als privilegierte Vorhaben zugelassen werden können. Die unwirksamen Flächen zählen zu der Kulisse derjenigen Flächen, auf denen Windenergieanlage nicht privilegiert sind. Die Flächen sind für Windenergienutzung faktisch damit nicht nutzbar.

Hat die Unwirksamkeit von Flächen zur Folge, dass – nach Ende des einjährigen Übergangszeitraums - das Teilflächenziel nicht mehr erreicht wird, tritt die Rechtsfolge des § 249 Abs. 7 BauGB ein: Windenergieanlagen gelten im gesamten Planungsraum als privilegiert und können auch bei Nichtvereinbarkeit mit Zielen der Raumordnung oder Darstellungen des Flächennutzungsplans genehmigt werden.

#### **4.7.2 Wie kann man sich davor schützen, dass man unter die „Nichterreichungsschwelle“ rutscht?**

Schutz ist insbesondere dadurch möglich, dass von vornherein mit einem gewissen „Aufschlag“ geplant wird und mehr Flächen ausgewiesen werden, als nach dem Teilflächenziel erforderlich sind.

Auch die nach § 4 Abs. 1 Satz 3 WindBG anrechenbaren Flächen im Umkreis von einer Rotorblattlänge könnten als – wenn auch geringe - „Anrechnungsreserve“ dienen.

Soweit der Träger der Regionalplanung Flächen aus Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen, die nicht zugleich auch im RROP festgelegt sind, zunächst nicht mit einberechnet hat, könnten auch diese Flächen als später anrechenbarer Puffer dienen.

#### **4.7.3 Sind mit der Formulierung in § 4 Abs. 2 Satz 2 WindBG „Soweit ein Plan durch Entscheidung des Gerichts für unwirksam erklärt oder dessen Unwirksamkeit in den Entscheidungsgründen angenommen worden ist ...“ auch Fälle einer inzidenten Normenkontrolle erfasst?**

Ja. Der prozessuale „Anfasser“ für die Unwirksamkeit ist unerheblich.

#### **4.7.4 Was muss passieren, wenn nach der Bekanntgabe des Erreichens des Teilflächenziels infolge eines Klageverfahrens ein Vorranggebiet Windenergie gerichtlich für unwirksam erklärt wird? Bedarf es einer neuen Bekanntmachung?**

Die betroffenen Flächen bleiben nach § 4 Abs. 2 Satz 2 WindBG noch für ein Jahr ab Rechtskraft der Gerichtsentscheidung weiter anrechenbar.

Bleibt das Teilflächenziel auch nach Ablauf des Jahres erreicht, weil ein ausreichender Puffer eingeplant wurde, ist nichts zu veranlassen.

Ist absehbar, dass das Teilflächenziel unterschritten wird, sollte dieser Zeitraum genutzt werden, um ein Fehlerbehebungsverfahren nach § 11 Abs. 6 ROG durchzuführen, damit die Fläche in der Bilanz anrechenbarer Flächen weiterhin berücksichtigt bleiben kann. Im Zuge einer nötigen erneuten RROP-Genehmigung würde die Genehmigungsbehörde erneut eine Feststellung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 WindBG treffen müssen, dass das Teilflächenziel erreicht ist und dies würde in die öffentliche Bekanntmachung des Regionalplanungsträgers bei Abschluss seines Fehlerbehebungsverfahrens einfließen.

Ist eine Fehlerbehebung innerhalb eines Jahres nicht möglich, sodass die frühere Bekanntmachung über das Erreichen der Teilflächenziele unrichtig geworden ist, muss nach dem WindBG nach Ablauf des Jahres dennoch keine Berichtigung durch den Regionalplanungsträger erfolgen. Die Bundesgesetzgebung sieht es als Aufgabe der Immissionsschutzbehörden an, sich Kenntnis über den jeweils aktuellen Stand der geltenden Flächenausweisungen zu verschaffen.

## **4.8 Bindungswirkung von Zielen der Raumordnung nach Erreichung der Teilflächenziele (§ 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB)**

### **4.8.1 Gelten Ziele der Raumordnung bei der Zulassung von Windenergieanlagen innerhalb der ausgewiesenen Windenergiegebiete?**

Nein. Innerhalb der Windenergiegebiete sind Windenergieanlagen privilegierte Vorhaben und können nach Maßgabe des § 35 Abs. 1 i.V.m. § 35 Abs. 3 BauGB zugelassen werden. Gemäß § 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB entfallen die Bindungswirkungen von entgegenstehenden Zielen der Raumordnung (oder entgegenstehenden Darstellungen in Flächennutzungsplänen) im Zulassungsverfahren, z.B. von anderen Vorrangfestlegungen, die nicht aufgehoben, sondern durch Vorranggebiete Windenergienutzung überlagert wurden. Die Einhaltung von Vorschriften aus anderen Gesetzen bleibt unberührt.

### **4.8.2 Gelten Ziele der Raumordnung bei der Prüfung der Zulassungsfähigkeit von Windenergieanlagen außerhalb der ausgewiesenen Windenergiegebiete?**

Ja. Sofern das Teilflächenziel erreicht wurde, gelten Windenergieanlagen außerhalb der Windenergiegebiete als nicht-privilegierte Vorhaben und können nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 BauGB in aller Regel nicht zugelassen werden. Gemäß § 35 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 35 Abs. 3 BauGB verhindern entgegenstehende Ziele der Raumordnung faktisch die Genehmigungserteilung; die Einhaltung von Vorschriften aus anderen Gesetzen bleibt unberührt.

### **4.8.3 Was gilt für Repowering-Vorhaben im Sinne von § 16b Abs. 1 und Abs. 2 BImSchG)?**

Vorhaben im Sinne des § 16b Abs. 1 und Abs. 2 BImSchG genießen eine Besserstellung (§ 249 Abs. 3 BauGB). Sie gelten auch außerhalb von ausgewiesenen Windenergiegebieten befristet bis zum 31.12.2030 stets als privilegierte Vorhaben und sind damit prinzipiell zulassungsfähig. Ziele der Raumordnung (einschließlich Vorranggebieten/Positivfestlegungen) sind

allerdings nach Maßgabe des § 16b Abs. 4 BImSchG einzuhalten: dem Vorhaben entgegenstehende Ziele der Raumordnung schließen die Zulassung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB aus.

Ferner gilt die Besserstellung nach § 249 Abs. 3 BauGB dann nicht, wenn das Vorhaben in einem Natura 2000-Gebiet oder in einem Naturschutzgebiet verwirklicht werden soll.

**4.8.4 Welche Bedeutung hat § 249 Abs. 9 BauGB, wonach die Länder durch Landesgesetze bestimmte Mindestabstände von Windenergieanlagen zu Wohngebäuden regeln können?**

Keine. Die Vorschrift entspricht dem früheren § 249 Abs. 3 BauGB. Niedersachsen hat von der Ermächtigung zu einem solchen Gesetz bisher nicht Gebrauch gemacht.

# TEIL 5: Nichterreichung der Teilflächenziele

## 5.1 Was gilt in Bezug auf Ziele der Raumordnung bei Nichterreichung der Teilflächenziele für die Zulassung von Windenergieanlagen?

Solange die Teilflächenziele nicht erreicht sind, sind Windenergieanlagen im gesamten regionalen Planungsraum privilegierte Vorhaben und können nach Maßgabe des § 35 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 35 Abs. 3 BauGB zugelassen werden (§ 249 Abs. 7 BauGB). Nach § 249 Abs. 7 Nr. 2 BauGB können Darstellungen im Flächennutzungsplan, Ziele der Raumordnung sowie sonstige Maßnahmen der Landesplanung Windenergieanlagen einer Windenergieanlage nicht entgegengehalten werden. Die Einhaltung von Vorschriften aus anderen Gesetzen bleibt unberührt.

Diese Privilegierung würde erst wieder entfallen, wenn der Träger der Regionalplanung das Teilflächenziel erreicht, sei es durch das Inkrafttreten eigener Flächenausweisungen, sei es durch Anrechnung von Flächen aus Flächennutzungs- oder Bebauungsplänen.

## 5.2 Ab wann können die Rechtsfolgen des § 249 Abs. 7 BauGB frühestens eintreten?

Frühestens mit dem Ablauf des ersten Stichtags, d.h. ab dem 1. Januar 2028. Ist zu diesem Zeitpunkt noch kein RROP beschlossen, gelten ab diesem Tag die Rechtsfolgen des § 249 Abs. 7 BauGB.

Es kann jedoch aus verschiedenen Gründen vorkommen, dass das RROP am Stichtag noch nicht in Kraft getreten ist. z.B.:

- es ist noch nicht genehmigt
- es fehlt noch an dem kommunalen Beitrittsbeschluss zu Maßgaben
- seine Bekanntmachung ist noch nicht erfolgt.

Für die Dauer von sieben Monaten gilt dann eine Übergangsregelung. Erst danach gelten die Rechtsfolgen des § 249 Abs. 7 BauGB (vgl. auch Fragen 4.1.1 und 4.1.2).

Die Vereinbarungen aus dem Koalitionsvertrag zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD) Landesverband Niedersachsen und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Niedersachsen 2022 – 2027, 2,2 % der Landesfläche als Windenergiegebiete bereits bis zum 31.12.2026 auszuweisen, haben auf den Eintrittszeitpunkt der bundesrechtlichen Sanktionen keinen Einfluss. Es ist nicht vorgesehen, die bundesgesetzlichen Regelungen durch Landesrecht zu verändern und die Sanktionen zeitlich nach vorne zu ziehen.

### **5.3 Ist eine Bekanntmachung über das Nichterreichen der Teilflächenziele erforderlich?**

Nein. Das WindBG fordert eine Bekanntmachung nur für den Fall des Erreichens des Teilflächenziels. Weder ist bekanntzumachen, dass das Ziel zum Stichtag (erstmalig) nicht erreicht wurde, noch ist bekanntzumachen, wenn ein zunächst erreichtes Teilflächenziel durch Flächenentfall wieder unerreichbar ist (vgl. auch 4.6.4).

### **5.4 Gilt die Rechtsfolge des § 249 Abs. 7 BauGB für den gesamten regionalen Planungsraum?**

Ja. Jeder Landkreis (bzw. der Regionalverband Großraum Braunschweig und die Region Hannover entsprechend) bildet mit seinen kreisangehörigen Städten und Gemeinden eine „Schicksalsgemeinschaft“, unabhängig davon, ob Windenergiegebiete auf Ebene der Regionalplanung, der Flächennutzungsplanung oder in Bebauungsplänen ausgewiesen oder angerechnet werden. Wird innerhalb des regionalen Planungsraums das Teilflächenziel nicht erreicht, gelten die Rechtsfolgen des § 249 Abs. 7 BauGB im gesamten – aber auch nur in diesem – regionalen Planungsraum.

Sowohl wirksame Planungen als auch Planungsfehler wirken insofern zugunsten und zu Lasten aller kommunalen Planungsträger (auf Regionalplanungs- und Bauleitplanungsebene) in diesem jeweiligen regionalen Planungsraum.

# TEIL 6: Umsetzungsfristen, Gesamtfortschreibung/Teilfortschreibung von RROP/Teilplan Windenergie

## **6.1 Gilt trotz des Wind-an-Land-Gesetzes weiterhin § 5 Abs. 3 Satz 3 NROG mit seiner unverzüglichen Anpassungspflicht an das LROP?**

Die Pflicht zur unverzüglichen Anpassung ergibt sich nicht originär aus § 5 Abs. 3 Satz 3 NROG, sondern aus Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. § 4 Abs. 1 ROG. Hiernach sind bei allen raumbedeutsamen Planungen die Erfordernisse der Raumordnung zu beachten und alle übrigen rechtlichen Vorgaben einzuhalten. Die Anpassungspflicht entsteht mit dem Inkrafttreten des LROP und wird nach ständiger Rechtsprechung in dem Moment „akut“, sobald von dem Träger der Regionalplanung ein Planungsprozess eingeleitet wird.

Dies Wort „unverzüglich“ in § 5 Abs. 3 Satz 3 NROG hat einen anderen Bezug, nämlich zu § 5 Abs. 7 NROG: Es soll deutlich machen, dass ein RROP nach erfolgten LROP-Änderungen nicht erst nach 10 Jahren im Zuge seiner turnusmäßigen Überprüfung zu ändern ist, sondern ein Planungsverfahren bei Erforderlichkeit auch schon früher einzuleiten ist. Selbst wenn also durch Änderung des § 3 Abs. 3 Satz 3 NROG die „unverzügliche“ Pflicht zur Anpassung aus dem Landesrecht gestrichen würde, würde die - im ersten Absatz beschriebene - Pflicht des Regionalplanungsträgers zur Erfüllung aller Anpassungspflichten im nächsten Verfahren zur Neuaufstellung oder Änderung des RROP nicht entfallen.

Diese Pflichten der Träger der Regionalplanung zur Anpassung des RROP an die Ziele und Grundsätze des LROP sowie zur Umsetzung der Planungsaufträge aus dem LROP werden durch das WindBG und sowie die §§ 245e und 249 BauGB nicht verändert oder gar suspendiert. Im Gegenteil: Das WindBG zieht vielmehr zusätzliche Zeitvorgaben für die planerische Umsetzung ein, an die zudem bestimmte Rechtsfolgen (die sog. „Privilegierung Plus“) geknüpft sind.

*[Aktualisierungsvorbehalt]: Zur Erleichterung der Festlegung von Windenergiegebieten in RROP sollen im NROG Regelungen zur befristeten Zurückstellung von Anpassungspflichten vorgesehen werden.*

## **6.2 Kann in Bezug auf eine Windenergieplanung eine Anpassung in „zwei Geschwindigkeiten“ erlaubt werden?**

Das Inkrafttreten des WindBG mit seinen engen Stichtagsregelungen bedeutet, dass Planungsverfahren sehr zügig durchgeführt und abgeschlossen werden müssen, um das rechtzeitige Inkrafttreten von Windenergieplanungen zu ermöglichen. Es ist denkbar, dass die gleichzeitige Ausweisung von Windenergieflächen UND eine komplette Anpassung des RROP

an die geänderten Vorgaben des LROP 2022 nicht von allen Trägern der Regionalplanung fristgerecht erfolgen kann.

Die Zulassung einer gestaffelten Plananpassung in „zwei Geschwindigkeiten“ kann die Machbarkeit unterstützen. Die Anpassung in „zwei Geschwindigkeiten“ ist ein ungeschriebenes, aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleitetes Instrument, das daher aus rechtlichen Gründen nur besonders gelagerte „Härtefälle“ auszugleichen vermag. Dabei ist durchaus denkbar, dieses Instrument auch in einer Vielzahl gleichgelagerter „Härtefälle“ anzuwenden. Die engen Zeitvorgaben des WindBG mit seinen gesetzlich eintretenden Rechtsfolgen können grundsätzlich die Gestattung einer vorgezogenen isolierten Windenergieplanung legitimieren.

Ungeschriebene Instrumente sind allerdings nur dann anwendbar, wenn vorrangige, gesetzlich geregelte Instrumente nicht bestehen. Besteht die Möglichkeit von regionalen Teilprogrammen oder zur Zurückstellung der RROP- Anpassung erübrigt sich die Zulassung von „zwei Geschwindigkeiten“.

### **6.3 Sind sachliche Teilpläne Windenergie zulässig? Gilt dies auch für kreisfreie Städte?**

Räumliche und/oder sachliche Teilpläne sind in Niedersachsen gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 NROG ausgeschlossen. *Die Möglichkeit von sachlichen Teilplänen für die Ausweisung von Windenergiegebieten soll über eine Änderung des § 5 NROG gesetzlich zugelassen werden. Soweit diese Regelung reicht, dürfen Windenergiegebiete dann wahlweise in sachlichen Teilplänen oder im Rahmen einer Gesamtfortschreibung des RROP festgelegt werden.*

Eine solche Möglichkeit von sachlichen Teilplänen stünde auch kreisfreien Städten zur Verfügung. Das Wahlrecht der kreisfreien Städte, gleichwohl gänzlich auf die Aufstellung eines RROP (Gesamtplan oder Teilplan Wind) zu verzichten bleibt unberührt. Verzichtet eine kreisfreie Stadt auf die Ausweisung der Teilflächenziele in einem Regionalen Raumordnungsprogramm (Gesamtplan oder Teilplan), hat sie die Teilflächenziele über den Flächennutzungsplan auszuweisen. Das Wahlrecht des § 5 Abs. 2 NROG umschließt nur die Wahl des planerischen Instruments. Die inhaltliche Vorgabe aus dem (künftigen) NWindG, Teilflächenziele auszuweisen, unterliegt keiner Wahlfreiheit.

### **6.4 Ist die Möglichkeit eines Teilplans nur bei einem „Neustart“ eröffnet oder kann auch ein bereits laufendes Verfahren zur Neuaufstellung oder Änderung des gesamten RROP geteilt werden?**

Jedes bereits eingeleitete Verfahren zur Gesamt-Neuaufstellung oder Gesamt-Änderung eines RROP kann – unter Wahrung der rechtlichen Anforderungen - im Laufe des Verfahrens geteilt werden und in zwei parallel laufenden Verfahren zu Ende gebracht werden. Daher ist es auch möglich, von einem laufenden Verfahren die Festlegungen zum Thema Windenergienutzung abzutheilen und die Planung hierzu in Form eines Teilplans eigenständig fortzuführen. Bereits durchlaufene Verfahrensschritte müssen nicht wiederholt werden. Jeder Planteil/Teilplan hat ab dem Zeitpunkt der Teilung nur noch – in eigenem Tempo – diejenigen Verfahrensschritte zu durchlaufen, die noch nicht abgeschlossen sind.

## TEIL 7: Fortgeltung bestehender Pläne/ Planinhalte, Fortgeltung der Ausschlusswirkung (§ 245 e BauGB)

### **7.1 Was gilt für Festlegungen in Regionalen Raumordnungsplänen, die am 01.02.2023 bestehen?**

Generell gilt: Bestehende Pläne bestehen mit allen ihren Festlegungen fort. Dies gilt sowohl für Vorranggebiete Windenergienutzung als auch für eine etwaige Ausschlusswirkung.

### **7.2 Was gilt für RROP, die sich am 01.02.2023 gerade in einer Neuaufstellung befinden?**

Laufende Planungen sind geschützt und dürfen fortgeführt und genehmigt werden. Das gilt auch für Vorrangplanungen für die Windenergienutzung mit Ausschlusswirkung. Allerdings muss eine solche Konzentrationsflächenplanung bis zum 1. Februar 2024 wirksam geworden sein, d.h. spätestens an diesem Tag muss die Bekanntmachung im Amtsblatt/ Veröffentlichungsorgan erschienen sein (§ 245e BauGB bestimmt allerdings, dass die Ausschlusswirkung auch wieder entfällt, und zwar entweder mit Ausweisung ausreichender Windenergieflächen oder spätestens mit Ablauf des 31. Dezember 2027).

### **7.3 Gilt die Ausschlusswirkung bestehender RROP fort, wenn diese RROP geändert werden, z.B. um weitere Vorranggebiete Windenergienutzung ergänzt werden?**

Ja. Gemäß § 245e Abs. 1 Satz 4 bleibt die Möglichkeit des Planungsträgers, den Plan zu ändern, zu ergänzen oder aufzuheben unberührt. Gab es am 01.02.2024 ein wirksames RROP mit Ausschlusswirkung, ist die Ausweisung zusätzlicher Vorranggebiete Windenergienutzung auch noch nach dem 01.02.2024 möglich. Die Fläche, die der Ausschlusswirkung unterfällt, verringert sich entsprechend um diese Gebiete, im Übrigen besteht die Ausschlusswirkung fort.

### **7.4 Wenn am 31.12.2027 die Ausschlusswirkung entfällt, entfallen damit die ausgewiesenen Vorranggebiete Windenergienutzung?**

Nein. Per Gesetz wird lediglich die Ausschlusswirkung aufgehoben. Nach § 245e Abs. 1 Satz 3 BauGB gilt der Plan „im Übrigen“ fort; dies soll ausweislich der Gesetzesbegründung ausdrücklich auch die ausgewiesenen Vorranggebiete umfassen. Die als Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung festgelegten Gebiete „verwandeln“ sich kraft Gesetzes damit „automatisch“ in Vorranggebiete ohne Ausschlusswirkung.

Indem bei Wegfall der Ausschlusswirkung die Positivwirkung fortbesteht, bestimmt der Gesetzgeber also die grundsätzliche Teilbarkeit von Positivausweisungen und Ausschlusswirkung.

§ 245e BauGB enthält damit eine echte Neuerung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage. Die Rechtsprechung nimmt bislang an, dass Positiv- und Ausschlusswirkung untrennbar miteinander verflochten sind. Die Ausweisung von Flächen für die Windenergie mit Ausschlusswirkung hat auf Grundlage eines gesamträumlichen Planungskonzepts unter Berücksichtigung von harten und weichen Tabuzonen zu erfolgen. Im Falle eines fehlerhaften gesamträumlichen Planungskonzepts wird in der Regel nicht lediglich die Ausschlusswirkung eines Regionalen Raumordnungsprogramms für unwirksam erklärt, sondern auch die gesamte ausgewiesene Vorranggebietskulisse.

### **7.5 Was bedeutet es, dass der Plan dann nicht fort gilt, wenn „die Grundzüge der Planung berührt werden“ (§ 245e Abs. 1 Satz 3 BauGB)?**

Werden durch das „isolierte“ Entfallen der Ausschlusswirkung und die Fortgeltung der Vorranggebiete – nunmehr ohne Ausschlusswirkung - die Grundzüge der Planung berührt, ist kraft Gesetzes der Plan unwirksam. Die Unwirksamkeitsfolge kann theoretisch den ganzen Plan betreffen, wird aber eher allenfalls soweit reichen, wie andere Festlegungen berührt werden (also in erster Linie Ziele/Vorranggebiete zu anderen Freiraumfunktionen).

Wann genau die Grundzüge der Planung berührt sind, ist durch Rechtsauslegung zu bestimmen.

Der Wegfall der Ausschlusswirkung einer Konzentrationsflächenplanung berührt für sich allein betrachtet in aller Regel noch nicht die Grundzüge der Planung, da nach Satz 2 die ausgewiesenen Vorranggebiete in der Regel weiterhin wirksam bleiben sollen. Auch der Umstand, dass „weiche Tabuzonen“ über §§ 245e und 249 Abs. 7 BauGB mit Windenergieanlagen „zulaufen“ könnten, ist ebenfalls keiner, der „automatisch“ die Grundzüge der Planung berührt. Denn letztlich handelt es sich bei weichen Tabuzonen immer nur um Bestandteile der Ausschlusswirkung, deren Wegfall ja gerade nicht den Plan automatisch als Ganzes unwirksam werden lassen soll.

Es müssen insofern noch weitere Umstände/Faktoren hinzutreten. Denkbar sind einerseits Szenarien, in denen Windenergieanlagen auf Flächen mit anderen Nutzungszuweisungen errichtet werden, aber dennoch für die andere Nutzung noch angemessen Raum verbleibt. Hier erscheint eher unwahrscheinlich, dass durch den Wegfall der Ausschlusswirkung die Grundzüge der Planung berührt werden.

Anders kann es sein, wenn sich Vorhabenträge nur auf ganz bestimmte Gebietstypen fokussieren und dadurch einzelne andere Nutzungen durch Windenergieanlagen überproportional hoch oder gar gänzlich verdrängt würden. Im letzteren Fall könnten – vergleichbar mit einer Funktionslosigkeit – bestimmte Grundzüge einer Planung berührt werden. In welchem Umfang tatsächlich die für eine andere Nutzung vorgesehenen Flächen durch Windenergieanlagen belegt werden, wird sich dabei allerdings erst aus den tatsächlichen Entwicklungen (BlmSchG-Genehmigungen und Anlagenerrichtung), d.h. nach und nach ergeben. Denn §§ 245e und 249

Abs. 7 BauGB verbieten sie die Flächeninanspruchnahme durch die ursprünglich vorgesehene Nutzung nicht, so dass auch deren Realisierbarkeit möglich bleibt (Windhundprinzip).

Dass Pläne „schlagartig“ zum 31.12.2027 wegen Berührtheit der Grundzüge der Planung unwirksam werden erscheint insofern eher unwahrscheinlich. Der Planungsträger ist gleichwohl gehalten, den Veränderungen in seinem Planungsraum bei der nächsten Planfortschreibung Rechnung zu tragen und seine Vorranggebietsfestlegungen sachlich und räumlich zu aktualisieren.

#### **7.6 Eine fortbestehende Ausschlusswirkung steht – als Ziel der Raumordnung – der Zulassung einer Windenergieanlage entgegen. Gilt das auch für Repowering-Vorhaben?**

Nein, Repowering-Vorhaben im Sinne des § 245e Abs. 3 BauGB sind ab 01.02.2023 grundsätzlich auch im Bereich einer planerischen Ausschlusswirkung zulässig. Sie bleiben jedoch generell verboten in Natura 2000-Gebieten sowie in Naturschutzgebieten.

Im Einzelfall steht die Ausschlusswirkung einem Repowering-Vorhaben auch in anderen Gebieten entgegen (also z.B. Vorranggebieten für andere Raumnutzungen oder -funktionen), wenn durch die Zulassung die „Grundzüge der Planung“ berührt werden (zu den damit verbundenen Auslegungsunklarheiten vgl. 7.5).

#### **7.7 Gibt es eine Möglichkeit für Gemeinden, Windenergiegebiete auf Flächen auszuweisen, für die im Raumordnungsplan eine Ausschlusswirkung, ein Vorranggebiet oder ein textliches Ziel zugunsten einer konkurrierenden Nutzung festgelegt ist?**

Ja, allerdings nicht nach freiem Ermessen. Städte und Gemeinden sind auch bei der Ausweisung von Gebieten für die Windenergienutzung an die Ziele der Raumordnung gebunden (§ 1 Abs. 4 BauGB). § 249 Abs. 5 Satz 1 BauGB, wonach die Ziele der Raumordnung bei der Planung von Windenergiegebieten erforderlichenfalls nicht beachtet werden müssen, gilt nur für die Träger der Regionalplanung. Möchten Städte und Gemeinden Windenergiegebiete auf Flächen ausweisen, die im Bereich einer regionalplanerischen Ausschlusswirkung, im Bereich eines Vorranggebietes für eine andere Nutzung oder im Anwendungsbereich eines sonstigen entgegenstehenden Ziels der Raumordnung liegen sollen, ist dies nur im Wege eines Zielabweichungsverfahrens möglich. Eine Zielabweichung muss bei der zuständigen Landesplanungsbehörde beantragt und von dieser genehmigt werden. Antragsberechtigt sind nicht auch die privaten Vorhabenträger, sondern ausschließlich die Träger der Bauleitplanung.

Es gibt zwei Arten von Zielabweichungsverfahren:

- Zur Ausweisung von Windenergiegebieten, die im Bereich eines Vorranggebietes für eine andere Nutzung oder im Anwendungsbereich eines sonstigen entgegenstehenden Ziels der Raumordnung liegen, ist eine Zielabweichung nach § 6 Abs. 2 ROG i.V.m. § 8 NROG zu beantragen.

- Zur Ausweisung von Windenergiegebieten im Bereich einer Ausschlusswirkung des RROP ist eine Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB zu beantragen. Diese Möglichkeit einer Zielabweichung wurde zum 14. Januar 2024 eingeführt und endet mit der Feststellung über das Erreichen des jeweiligen regionalen Teilflächenziels für den Windenergieausbau, spätestens aber mit Ablauf des 31. 12. 2027.

### **7.8. Was sind die Voraussetzungen für eine Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB zur Überwindung einer Ausschlusswirkung?**

Mithilfe des § 245e Abs. 5 BauGB lassen sich nur solche Ziele überwinden, die einen reinen Ausschluss von Windenergieanlagen bewirken. Festlegungen zu einer reinen Freihalteplanung ohne Positivfestlegung (sog. Negativziele) sind z.B. eine planerische Ausschlusswirkung für die Windenergienutzung, Vorgaben zu Abständen zwischen Windparks, Vorgaben zu Abständen von Wohngebäuden zu Windenergieanlagen oder Vorgaben zum Ausschluss der Windenergienutzung beispielsweise auf sämtlichen Waldflächen.

Die Anforderungen des § 6 Abs. 2 ROG, dass die Zielabweichung raumordnerisch vertretbar sein muss und die Grundzüge der Planung nicht berührt werden, gelten für Zielabweichungen zur Überwindung einer Ausschlusswirkung nicht. Stattdessen setzt eine Zielabweichung im Sinne des § 245e Abs. 5 BauGB nur voraus, dass

- die Gemeinde ein Gebiet zugunsten der Windenergienutzung plant, dass die Anforderungen des § 2 Nummer 1 WindBG erfüllt und
- ein Raumordnungsplan an der von der Gemeinde für Windenergienutzung geplanten Stelle kein Gebiet für eine mit der Windenergienutzung unvereinbare Nutzung oder Funktion festlegt (dazu Frage 7.10)

Die ergänzenden landesrechtlichen Tatbestandsmerkmale des § 8 NROG, dass

- das Einvernehmen mit den in ihren Belangen berührten öffentlichen Stellen vorliegt und
- das Benehmen mit den betroffenen Gemeinden hergestellt ist

bleiben unberührt (§ 27 Abs. 3 ROG). Die sachliche und räumliche Betroffenheit kann sich dabei zum einen aus den Auswirkungen ergeben, die eine Windenergieanlage auf andere Nutzungen oder Funktionen hat. Geht es um Auswirkungen auf den Ausschlussflächen, so können Bedenken nur insoweit geltend gemacht werden, wie es um rechtliche Verbote und Grenzen geht, die auch im immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahren zu beachten wären (z.B. Mindestabstände). Auf abwägbare Belange kann eine Versagung des Einvernehmens oder eine Ablehnung des Windenergievorhabens nicht gestützt werden (z.B. Vorsorgeabstände), weil § 245e Abs. 5 BauGB gerade ihrer Überwindung dienen soll. Das gleiche gilt für Belange, die zu einer Windenergienutzung nicht im Widerspruch stehen.

### **7.9 Kann die Zielabweichung abgelehnt werden, obwohl die Voraussetzungen des § 245e Abs. 5 BauGB erfüllt sind?**

Liegt der Zielverstoß ausschließlich in einem Widerspruch zu einer planerischen Ausschlusswirkung bzw. zu einem „Negativziel“ begründet, hat die zuständige Landesplanungsbehörde dem Zielabweichungsantrag - ggf. unter Nebenbestimmungen - in der Regel zu entsprechen.

Insbesondere auf eine Atypik oder eine eventuelle Präcedenzwirkung für vergleichbar gelagerte Folgefälle kommt es nicht an, da der Gesetzgeber die Regelhaftigkeit der Zielabweichung in den Fällen nach § 245e Abs. 5 BauGB in Kauf genommen hat.

Eine Ablehnung darf und sollte allerdings erfolgen, wenn der Landesplanungsbehörde im Bereich der Ausschlussfläche Umstände bekannt sind, die dazu führen, dass sich das beabsichtigte Windenergiegebiet auf der vorgesehenen Fläche ohnehin nicht realisieren lässt (insbesondere Unvereinbarkeit mit rechtlichen Anforderungen/„harten Tabuzonen“).

Ist das beabsichtigte Windenergiegebiet mit Positiv-Festlegungen zugunsten anderer Funktionen oder Nutzungen nicht vereinbar (vgl. dazu Frage 7.10), ist eine Zielabweichung auf Grundlage des § 245e Abs. 5 BauGB ebenfalls abzulehnen.

### **7.10 Kann durch eine Zielabweichung nach § 245e Abs. 5 BauGB eine Bauleitplanung zugunsten der Windenergienutzung in einem Vorranggebiete für die Rohstoffgewinnung ermöglicht werden?**

Nein. Die „Sonderzielabweichung“ nach § 245e Abs. 5 BauGB kann keine Windenergieplanung in Gebieten ermöglichen, die in einem Raumordnungsplan räumlich bestimmt oder bestimmbar abgegrenzt sind und auf denen eine „Positivfestlegung“ zugunsten einer konkreten Funktion oder Nutzung gilt, die gesichert oder entwickelt werden soll. Eine Zielabweichung von „Positivfestlegungen“ ist nur unter den Voraussetzungen nach § 6 Abs. 2 ROG i.V.m. § 8 NROG möglich.

Solche Positivfestlegungen können insbesondere sein:

- Vorranggebiete
- Zentrale Siedlungsgebiete im Sinne von Kapitel 2.2 Ziffer 04 LROP
- Gebietsfestlegungen von städtebaulich integrierten Lagen (Versorgungskerne)
- Standorte mit herausgehobener Bedeutung für die Nahversorgung im Sinne von Kapitel 2.3 Ziffer 10 LROP
- Standorte für die Sicherung und Entwicklung von Wohnstätten
- Standorte für die Sicherung und Entwicklung von Arbeitsstätten
- Standorte mit der besonderen Entwicklungsaufgabe Erholung, wenn deren räumlicher Geltungsbereich und ihre Grenze hinreichend konkretisierbar ist
- Standorte mit der besonderen Entwicklungsaufgabe Tourismus, wenn deren räumlicher Geltungsbereich und ihre Grenze hinreichend konkretisierbar ist

# TEIL 8: KURZÜBERBLICK:

## Für die Regionalplanung relevante Anforderungen aus dem Naturschutzrecht

### **8.1 Ausweisung von Vorranggebieten Windenergienutzung in Landschaftsschutzgebieten (§ 26 Abs. 3 Bundesnaturschutzgesetz - BNatSchG)**

#### **8.1.1 Bedeutet § 26 Abs. 3 BNatSchG, dass ab 01.02.2023 in Landschaftsschutzgebieten (LSG) – auch solchen mit Bauverboten – Windenergiegebiete ausgewiesen werden dürfen?**

Ja. Aus § 26 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG ergibt sich, dass im Rahmen der planerischen Abwägung entschieden werden kann, Flächen innerhalb von LSG als Windenergiegebiete auszuweisen. Das gilt jedoch nicht, wenn von einer Ausweisung Natura 2000 oder Welterbe-Gebiete betroffen sind.

#### **8.1.2 Kann ein Bauverbot im LSG einfach mit dem Verweis auf § 26 Abs. 3 BNatSchG im Rahmen der Planung weggewogen werden oder ist für eine sachgerechte Abwägung ein Auseinandersetzen mit dem Belang des Landschaftsschutzes erforderlich?**

§ 26 Abs. 3 BNatSchG enthält keine Regelungen zur planerischen Abwägung, sondern nur zur Errichtung und zum Betrieb – also zur Zulassung – von Windenergieanlagen im Rahmen eines BImSchG-Verfahrens. Eine ordnungsgemäße Planung erfordert also auch weiterhin – unabhängig von § 26 Abs. 3 BNatSchG - eine Auseinandersetzung mit den Belangen, die für den Bereich des LSG eine Rolle spielen, sowie deren Bewertung und Abwägung im Vergleich mit anderen Belangen. Dabei darf zwar auch einfließen, dass der Gesetzgeber den Belang „Landschaftsschutz“ durch § 26 Abs. 3 BNatSchG im Verhältnis zum Belang „Ausbau der Windenergie“ nunmehr deutlich abgeschwächt hat. Ob Flächen für die Windenergie besser in Bereichen von LSG oder besser in anderen Bereichen ausgewiesen werden, muss der zuständige Planungsträger aber letztlich nach wie vor selbst entscheiden. Ob hierzu beispielsweise Gutachten zum Landschaftsbild erforderlich sind, ist eine Frage des konkreten Einzelfalls.

### **8.1.3 Kann im Rahmen der Abwägung auch weiterhin darauf verzichtet werden, Windenergiegebiete in einem LSG auszuweisen?**

Ja. § 26 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG enthält keine Vorgaben für die regionalplanerische Abwägung, sondern nur Regelungen, unter welchen Voraussetzungen Windenergieanlagen im BlmSchG-Verfahren zulassungsfähig sind. Insofern kann im Rahmen der Abwägung auch davon abgesehen werden, LSG ganz oder teilweise als Windenergiegebiete auszuweisen.

### **8.1.4 Solange keine Windenergieflächen ausgewiesen wurden gilt § 26 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG: die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen ist im gesamten LSG nicht verboten. Bedeutet das, dass die Ziele der Raumordnung in Landschaftsschutzgebieten nicht mehr anzuwenden sind?**

Nein. Das BNatSchG enthält keine Regelungen zur Geltung oder Nichtgeltung von Zielen der Raumordnung, sondern nur Regeln zur Geltung oder Nichtgeltung von auf dem Naturschutzrecht beruhenden Beschränkungen für Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten. Die Regelung des neuen § 26 Abs. 3 BNatSchG gestattet zwar, sich ohne vorherige naturschutzrechtlich geregelte Ausnahme und ohne einzelfallbezogene Befreiung i.S. des § 67 BNatSchG über Verbotsbestimmungen einer LSG-Verordnung hinwegzusetzen (außer wenn ein Natura 2000-Gebiet oder eine Weltnaturerbestätte betroffen ist, vgl. § 26 Abs. 3 Satz 5 BNatSchG). Sie ermächtigt aber nicht zur Abweichung von anderen gesetzlichen Bestimmungen, die für die Zulässigkeit von Windenergieanlagen gelten.

Dass die für Windenergieanlagen maßgeblichen Regelungen der Raumordnung unberührt bleiben, ergibt sich auch aus § 26 Abs. 3 Satz 3 BNatSchG, wonach [nur] die Durchführung eines „im Übrigen zulässigen Vorhabens“ keiner Ausnahme oder Befreiung bedarf. Soweit das BNatSchG die Begriffe „Ausnahme“ oder „Befreiung“ verwendet, sind diese stets im Sinne des Naturschutzrechts gemeint und nicht im Sinne des Bau- oder Raumordnungsrechts.

Ziele der Raumordnung sind damit auch auf Flächen, die in LSG liegen, ganz regulär anzuwenden.

### **8.1.5 Soweit über einem LSG auch noch ein Ziel der Raumordnung/Vorranggebiet liegt: schützt dieses Ziel ein LSG – zumindest übergangsweise – vor einer Bebauung mit Windenergieanlagen?**

Im Zeitraum vom 01.02.2023 bis 31.12.2027 müssen die Teilflächenziele noch nicht erreicht sein, aber die Regelung für LSG nach § 26 Abs. 3 BNatSchG gilt schon. Bis zum Erreichen der Teilflächenziele bzw. bis längstens zum 31.12.2027 dürfen Ziele der Raumordnung fortgelten. Es kann insofern vorkommen, dass über einem LSG noch ein Ziel der Raumordnung liegt; dann ist es im Zulassungsverfahren zu beachten.

Ob ein solches Ziel die Zulassung einer Windenergieanlage verhindert, hängt maßgeblich von der inhaltlichen Ausgestaltung des Ziels ab. Nach der Rechtsprechung dürfen Festlegungen

in Raumordnungsplänen das Fachrecht nicht verändern oder verschärfen. Es kommt also darauf an, ob dieses Ziel einen selbstständigen, vom Naturschutzrecht unabhängigen Schutzzweck verfolgt.

Liegt über dem LSG ein „naturschutzfachlich motiviertes“ Ziel, das im Wesentlichen die Erwägungen einer LSG-Verordnung aufgreift und lediglich auf der Ebene der Regionalplanung nur das noch einmal wiederholt, was auch naturschutzrechtlich schon geregelt ist (z.B. als Vorranggebiet Natur und Landschaft oder Vorranggebiet landschaftsbezogene Erholung), bestimmt sich die inhaltliche Reichweite dieses Vorranggebietes 1:1 aus dem Naturschutzrecht. In dem Vorranggebiet ist alles verboten, was auch naturschutzrechtlich verboten ist. Es ist alles zulässig, was auch naturschutzrechtlich zulässig ist. Da § 26 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG Windenergieanlagen in jedem LSG für zulässig erklärt, bestimmt dies auch die Reichweite des Vorranggebietes. Ein solches Ziel/ ein solcher Vorrang schützt das LSG nicht.

Basiert ein Ziel auf eigenständigen und vom LSG unabhängigen Erwägungen, gilt es „selbstständig“. Eindeutig vom Naturschutz unabhängige Ziele sind beispielsweise Ziele, die einen ganz andere Nutzung sichern, wie Rohstoffabbau oder Infrastrukturvorhaben. Unabhängige Ziele KÖNNEN aber auch beispielsweise (richtet sich nach jeweiliger RROP-Begründung) auch Vorranggebiete Wald, Vorranggebiete kulturelles Sachgut, Vorranggebiete Freiraumfunktionen oder Vorranggebiete zur Verbesserung der Landschaftsstruktur und des Naturhaushalts (Flächen, die erst einer Entwicklung bedürfen, z.B. Verbindungsflächen für Biotopverbund, z.B. für Kompensation) sein. Werden Teilflächen eines LSG festgelegt, um ein „nur“ potenzielles Naturschutzgebiet raumordnerisch abzusichern, kann dieses Ziel (als Vorranggebiet Natur und Landschaft) ebenfalls als unabhängig gelten.

Ob Windenergieanlagen zulässig sind, richtet sich dann allein nach dem Inhalt dieses Ziels. Ist eine Windenergieanlage nicht mit dem Ziel vereinbar, hindert dieses Ziel die Zulassung dieser Anlage im BImSchG-Verfahren und schützt insofern indirekt das LSG.

#### **8.1.6 Welche Wirkung hat eine noch bestehende Ausschlusswirkung auf die Zulässigkeit von Windenergieanlagen in LSG?**

§ 245e Abs. 1 Satz 1 BauGB i.V.m. § 27 Abs. 4 ROG regelt die befristete Fortgeltung einer bereits bestehenden Ausschlusswirkung, die bis zum 1.2.2024 wirksam geworden ist. Eine übergangsweise weitergeltende Ausschlusswirkung ist ein Ziel der Raumordnung und kann entgegenstehenden Planungen oder Vorhaben im Rahmen ihres Zulassungsverfahrens entgegengehalten werden. Auf Flächen, die innerhalb der Ausschlusswirkung liegen, können Windenergieanlagen bis längstens zum 31.12.2027 nicht genehmigt werden. Gleiches gilt für fortgeltende Ausschusswirkungen von Flächennutzungsplänen.

§ 26 Abs. 3 BNatSchG enthält auch keine Spezialregelung, dass innerhalb von LSG die Ausschlusswirkung schon früher als zum 31.12.2027 entfallen soll.

Demzufolge gilt, dass bis zum Erreichen der Teilflächenziele und längstens bis zum 31.12.2027 eine Ausschlusswirkung im BImSchG-Verfahren zu beachten ist, wenn sie sich räumlich über LSG-Flächen erstreckt.

## **8.2 Berücksichtigung von Umweltauswirkungen und Belangen des Artenschutzes bei der Ausweisung von Vorranggebieten Windenergienutzung**

### **8.2.1 § 45b BNatSchG enthält Neuregelungen zum Artenschutz beim Betrieb von WEA. Können diese Regelungen auch bei der Planung der Windenergiegebiete berücksichtigt werden?**

Das besondere Artenschutzrecht gibt in den §§ 44ff u. a. die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote und gesetzliche Privilegierungen (etwa für Land- und Forstwirtschaft, zulässige Eingriffe) sowie Erleichterungen vor und zeigt darüber hinaus auch Ausnahmemöglichkeiten auf.

Die Regionalplanung unterliegt nicht unmittelbar den Verboten des Artenschutzes, weil die Planung selbst noch keine direkte Beeinträchtigung geschützter Arten hervorruft, sondern erst ihre Verwirklichung/Umsetzung. Zudem können die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände wegen ihrer Individuenbezogenheit und Abhängigkeit vom aktuellen Vorkommen der geschützten Art sowie ihrer Fortpflanzungsstätten nicht für die gesamte Geltungsdauer eines RROP im Voraus verbindlich bejaht oder verneint werden. Erst im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren kann abschließend geprüft werden, ob eine signifikant erhöhte Windschlaggefährdung für im Umfeld brütende windkraftsensible Vogelarten besteht und ob diese eine Ablehnung der Genehmigung oder eine Erteilung unter Auflagen rechtfertigt. Die Möglichkeit artenschutzrechtlicher Hindernisse ist daher kein Tabukriterium bei der planerischen Flächenausweisung.

Jedoch ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ein Plan, der im Zeitpunkt seiner Aufstellung erkennbar wegen bestehender rechtlicher Hindernisse nicht verwirklicht werden kann, unzulässig. Artenschutz stünde einer Windenergieflächenplanung dann entgegen, wenn er dauerhaft ein unüberwindliches Hindernis für jedwede Windenergieanlage darstellen würde. Bereits im Zuge der Ausweisung von Windenergiegebieten ist daher eine – dem Planungsmaßstab angepasste – Prognose vorzunehmen, ob unter artenschutzrechtlichen Aspekten die Erteilung von Anlagengenehmigungen für Windenergieanlagen zulässig erscheint. Insofern bilden die §§ 44ff BNatSchG einen für die Planungsebene relevanten Orientierungsrahmen, solange keine spezielle Bundes-VO zur Behandlung von artenschutzfachlichen Belangen in der Planung vorliegt.

Für die kollisionsgefährdeten Brutvogelarten, die in Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG genannt sind, ist vorrangig die Spezialvorschrift des § 45b BNatSchG einschlägig. § 45b BNatSchG gilt allerdings nur für die Beurteilung des Tötungs- und Verletzungsrisikos nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG in Bezug auf einzelne Individuen.

### **8.2.2 Wie ist mit Arten umzugehen, die nicht in der Liste der Anlage 1 benannt sind?**

§ 45b BNatSchG hat nur einen eng begrenzten Inhalt und gilt nicht für § 44 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BNatSchG (insb. das populationsbezogene Störungsverbot oder den Umgang mit Ansammlungen). Nach allgemeiner Rechtssystematik gilt für alles, was nicht in einer Spezialvor-

schrift geregelt ist, die „darunter“ liegende allgemeine Regelung. Danach gelten für alle Artenschutzanforderungen, die nicht in § 45b BNatSchG geregelt sind, grundsätzlich weiterhin die allgemeinen Vorschriften des § 44 und § 45 BNatSchG. Der Umgang z.B. mit Fledermäusen richtet sich damit weiterhin nach den allgemeinen Vorschriften.

Hingegen ist noch unklar, wie andere kollisionsgefährdete Brutvogelarten zu behandeln sind, die nicht in der Liste der kollisionsgefährdeten Brutvogelarten in Anlage 1 zu § 45b Abs. 1 bis 5 BNatSchG aufgeführt sind (z.B. Graureiher oder Kranich). Nach einer Auffassung sind solche Arten wie bisher zu betrachten, da die Regelung sonst nicht europarechtskonform wäre. Nach anderer Auffassung ist die Liste in Anlage 1 zu § 45b BNatSchG abschließend und damit seien andere Arten überhaupt nicht zu berücksichtigen.

### **8.2.3 Ist es richtig, dass künftig alle Vorranggebiete Windenergienutzung zugleich sog. „Beschleunigungsgebiete“ sein sollen? Was bedeutet das?**

Flächen mit einer bestimmten Charakteristik sollen – nach dem Verständnis der sog. RED III-Richtlinie<sup>5</sup> - für den Ausbau der Windenergie besonders geeignete Gebiete sein, *„in denen in Anbetracht der Besonderheiten des ausgewählten Gebiets die Nutzung einer bestimmten Art oder bestimmter Arten erneuerbarer Energie voraussichtlich keine erheblichen Umweltauswirkungen hat, [...], vorrangig künstliche und versiegelte Flächen wie Dächer und Fassaden von Gebäuden, Verkehrsinfrastrukturflächen und ihre unmittelbare Umgebung, Parkplätze, landwirtschaftliche Betriebe, Abfalldeponien, Industriestandorte, Bergwerke, künstliche Binnengewässer, Seen oder Reservoirs und unter Umständen kommunale Abwasserbehandlungsanlagen sowie vorbelastete Flächen, die nicht für die Landwirtschaft genutzt werden können“* (Art. 15c Abs. 1 Satz 2 Buchst. a) i)).

Wird die Genehmigung einer Windenergieanlage in einem solchen Gebiet beantragt, soll im Genehmigungsverfahren grds. keine Umweltverträglichkeitsprüfung mehr durchgeführt werden (Art. 16a Abs. 3).

Die Vorgabe der EU-Richtlinie gelten nicht unmittelbar für die Träger der Regionalplanung, sondern müssen erst – beispielsweise im ROG und anderen Gesetzen – in nationales Recht umgesetzt werden. Das EU-Recht verlangt nicht, dass Beschleunigungsgebiete identisch oder gleichbedeutend sind mit Windenergiegebieten oder Vorranggebieten Windenergienutzung. Ob oder inwieweit der Bundesgesetzgeber dennoch eine Gleichsetzung vorgibt – insbesondere für Bestandsgebiete – bleibt abzuwarten.

### **8.2.4 In welchem Verhältnis steht § 6 WindBG zur RED-III-Richtlinie?**

§ 6 WindBG baut auf der sog. EU-Notfallverordnung (Verordnung EU 2022/2577<sup>6</sup>) auf. Diese Verordnung wurde als Vorläufer der RED-III-Richtlinie erlassen, um bestimmte Verfahrensbeschleunigungen schon frühzeitiger zu erreichen. Die Grundbotschaft der EU-Notfallverordnung

---

<sup>5</sup> Richtlinie (EU) 2023/2413 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates – sog. RED III -, ABl. L vom 31.10.2023

<sup>6</sup> VERORDNUNG (EU) 2022/2577 DES RATES vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien, Abl. L vom 29.12.2022

bzw. des § 6 WindBG-E ähnelt derjenigen nach Art. 16a RED-III-Richtlinie: Wird die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage in einem Windenergiegebiet nach § 2 Nummer 1 beantragt, ist im Genehmigungsverfahren abweichend von den Vorschriften des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung eine Umweltverträglichkeitsprüfung und abweichend von den Vorschriften § 44 Absatz 1 des Bundesnaturschutzgesetzes eine artenschutzrechtliche Prüfung nicht durchzuführen, sofern bei Ausweisung des Windenergiegebietes eine Strategische Umweltprüfung durchgeführt wurde. Dies gilt allerdings nicht, soweit das Windenergiegebiet in einem Natura-2000-Gebiet, einem Naturschutzgebiet oder einem Nationalpark liegt.

Die Vorschrift gilt für sämtliche „Windenergiegebiete“. Die Regelung ist befristet und nur auf Genehmigungsverfahren anzuwenden, die bis zum 30.06.2024 gestellt werden (*eine Verlagerung wird diskutiert*).

### **8.2.5 Hat § 6 WindBG oder die RED-III-Richtlinie eine vollständige Verlagerung der Umweltverträglichkeitsprüfung sowie der Artenschutzprüfung auf die Planungsebene zur Folge?**

§ 6 WindBG betrifft unmittelbar nur das Zulassungsverfahren für Windenergieanlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz: Im BImSchG- Verfahren hat keine Prüfung von Umweltauswirkungen und Artenschutzfragen zu erfolgen, weil/soweit bereits auf Planungsebene eine Strategische Umweltprüfung erfolgt sei.

Dass mit dem Entfall der UVP im BImSchG- Verfahren eine Verschärfung der Strategischen Umweltprüfung auf Ebene einhergehen soll, kann weder der Begründung der EU-Richtlinie noch der Begründung des § 6 WindBG entnommen werden. Das „Prüflevel“ der Strategischen Umweltprüfung bleibt unverändert. Demzufolge wird es nicht erforderlich sein, die Strategische Umweltprüfung „anzureichern“ und auf Ebene eine dem Maßstab und der Detailstärke des Zulassungsverfahrens entsprechende Umweltprüfung vorzunehmen.

Eine Vorverlagerung der Artenschutzprüfung aus dem Zulassungsverfahren auf die Planungsebene ist ebenfalls nicht möglich (vgl. 8.2.1). Wegen der Dynamik der Natur können die artenschutzrechtlichen Verbote nicht für die gesamte Geltungsdauer eines RROP verbindlich geprüft werden.

Klar dürfte aber auch sein: Windenergienutzung gänzlich ohne Umwelt- und Artenschutzprüfung ist nicht gewollt. Soweit Umwelt- und Artenschutzbelange auf der Maßstabsebene der Regionalplanung erkennbar und von Relevanz sind, sind sie weiterhin im Planungsverfahren aufzuarbeiten. Die bisweilen erwogene Praxis, Umwelt- und Artenschutzbelange auf Planungsebene nahezu auszublenden mit dem Verweis, dass diese Belange im Zulassungsverfahren geprüft werden, wäre auch nach der neuen Rechtslage kaum zu begründen.

Die Umsetzung der RED-III-Richtlinie bleibt abzuwarten; die Grundgedanken dürften aber die gleichen sein.

## TEIL 9: Klagemöglichkeiten; Planerhaltung

### **9.1 Inwiefern wird durch die Gesetzesänderungen die Klagebefugnis (von Privaten oder anderen wie Umweltverbänden) begrenzt? Können Klagen zu einzelnen Vorranggebieten oder im Rahmen einer Inzidenzprüfung auch künftig den gesamten Regelungsteil Windenergie zu Fall bringen?**

Eine Klagebefugnis ist prozessrechtlich immer dann gegeben, wenn/ weil eine Planung eine Beschränkung der Rechte/ Interessen von Flächeneigentümern, Investoren oder Umweltverbänden bedeutet und zumindest ein Recht auf ordnungsgemäße Abwägung ihrer Belange bestand. Dieses Recht kann zum einen auf die Festlegung eines Vorrangs und die daraus entstehenden (entgegenstehenden) Nutzungseinschränkungen gestützt werden, zum anderen auf die Wirkungen einer Ausschlusswirkung. Hieran ändert sich nichts.

Auch an der Rügefrist für Verfahrens-, Form- und Abwägungsfehler sowie die Frist für die Erhebung einer Normenkontrolle von einem Jahr ändert sich nichts.

Die Reichweite einer erfolgreichen Klage richtet sich unverändert danach, ob sich der Fehler nur auf einzelne, selbstständige Festlegungen beschränkt oder das gesamte Plankapitel oder gar den gesamten Plan erfasst.

Wird ein einzelnes VR Windenergie gerichtlich mit dem Ergebnis überprüft, dass dieses aus gebietsbezogenen Gründen unwirksam ist, fällt damit in aller Regel nicht das gesamte Windenergiekonzept. Dies kann aber ggf. dazu führen, dass aufgrund einer Verringerung der nach dem WindBG anrechenbaren Windenergieflächen der regionale Flächenbeitragswert ein Jahr nach Rechtskraft des Urteils nicht mehr erreicht wird (vgl. § 4 Abs. 2 WindBG) und dann die in § 249 Abs. 7 BauGB genannten Rechtsfolgen eintreten.

Ob Klagen gegen Konzentrationsflächenplanungen mit Ausschlusswirkung auch weiterhin den gesamten Regelungsteil Windenergie erfassen werden, weil Positivausweisungen und Negativausweisungen nach dem Plankonzept inhaltlich miteinander untrennbar verklammert sind, oder ob § 245e Abs. 1 BauGB zu einer Änderung der Rechtsprechung führen wird, bleibt abzuwarten.

### **9.2 Gibt es erleichterte/ weitergehende Planerhaltungsvorschriften?**

Das Gesetz zur Änderung des ROG und anderer Vorschriften (ROGÄndG) sieht zusätzliche Planerhaltungsvorschriften in Bezug auf Konzentrationsflächenplanungen (Regionalplanungen mit Ausschlusswirkung) vor.

Weitere Regelungen enthält § 249 Abs. 6 Satz 2 BauGB.