

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

Michael Günther *
Hans-Gerd Heidel *¹
Dr. Ulrich Wollenteit *²
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *²
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
Dr. Davina Bruhn
Jenny Kortländer LL.M. (Brisbane)
Séverin Pabsch
André Horenburg

¹ Fachanwalt für Familienrecht
² Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

Ausbau der Windenergie an Land: Beseitigung von Ausbauehemnissen im öffentlichen Interesse

I. Zusammenfassung.....	2
II. Analyse.....	4
1. Gegenstand.....	4
2. Rechtlicher Rahmen.....	7
3. Status Quo und Ziele: Ausbau ist im öffentlichen Interesse.....	12
a) Status Quo und Ausbauziele.....	12
b) Was bedeutet öffentliches Interesse rechtlich – ist die Ungleichbehandlung von Infrastrukturprojekten und Windausbau gerechtfertigt?.....	14
4. Bereitstellung ausreichender Flächen.....	18
a) Flächenziele fehlen.....	18
b) Bedeutung des öffentlichen Interesses am Ausbau der Windenergie an Land für die Flächenbereitstellung.....	21
i) „Windenergie an Land-Gesetz“ – Fachplanung mit Bedarfsfeststellung.....	22
ii) Flächenentwicklung über Raumordnung.....	24

Buslinie 109, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

c) Abstandsregelungen	25
d) Konversionsflächen sichern	26
5. Bedeutung des öffentlichen Interesses am Windenergieausbau für den Naturschutz	26
a) Artenschutz	27
b) Gebietsschutz	30
6. Öffentliches Interesse sichert Zugang zu Leitungen /Wege.....	30
7. Öffentliches Interesse ersetzt nicht Bürgerbeteiligung und Akzeptanz	32

I. Zusammenfassung

Es bleibt nur noch wenig Zeit, um die Klimaschutzziele des Pariser Klimaschutz-Abkommens von 2015 zu erreichen. Ohne Zweifel spielen erneuerbare Energien dabei eine zentrale Rolle. Denn schließlich stammen verbrauchsseitig rund 85 Prozent der Treibhausgasemissionen Deutschlands aus dem Energieverbrauch.

Zwischen den gesetzlichen Klimaschutz- und Erneuerbaren-Zielen einerseits und der Wirklichkeit andererseits klafft jedoch eine erhebliche Lücke. Dies manifestiert sich vor allem in der Diskrepanz zwischen dem tatsächlichen Zubau an Stromerzeugungskapazitäten aus erneuerbaren Energien und den Ausbauzielen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) – die erklärtermaßen auf 65 Prozent Erneuerbaren-Anteil am deutschen Stromverbrauch im Jahr 2030 erhöht werden sollen, um nationalen und europäischen Klimaschutzziele zu entsprechen. Bei dieser „Ökostromlücke“ ist noch nicht einkalkuliert, dass zur Sicherung des Ziels, den Temperaturanstieg global auf 1,5°C (statt 2°C) zu begrenzen, das Transformationstempo noch darüber hinaus erheblich steigen muss.

Das deutsche Recht nimmt jedoch immer noch an, dass der Ausbau der Windenergie an Land eine rein privatwirtschaftliche Entscheidung sei. Das ist nicht angemessen und ignoriert den zwingenden europarechtlichen Kontext. Windenergieausbau an Land liegt aus vielerlei Gründen sogar im zwingenden öffentlichen Interesse. Ein Paradigmenwechsel ist erforderlich und zur Erfüllung der Aufgabe, die sich aus der Zielerreichungslücke ergibt, auch angemessen.

Windenergie an Land wird genehmigungsrechtlich deutlich schlechter behandelt als etwa der Straßen- oder Energieleitungsbau. Die Abhängigkeit der Zulassung von Windenergieanlagen (WEA) von regionaler Raumordnung und

Flächennutzungsplanung (Konzentrationsflächenplanung) hat zudem zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und eklatantem Stillstand beim Ausbau geführt. Dieses Papier legt dar, dass dies nicht angemessen ist und dass die Lücken bei der Zielerreichung durch gesetzliche Änderungen geschlossen werden sollten.

Zumindest für größere Windparks an Land könnte neues Fachplanungsrecht geschaffen werden. Für ein „Windenergie an Land-Gesetz“ wäre der Bund zuständig und könnte so das Kohleausstiegsgesetz im Sinne der praktischen Energiewende flankieren. Damit könnte zudem der Konflikt um § 35 Abs. 3 Satz 3 Baugesetzbuch (BauGB) und die komplexe Konzentrationszonenplanung (positive und negative Planungen) für Windenergie gelöst werden.

Planungssicherheit beim Windenergieausbau ist auch im Hinblick auf die Einhaltung der bindenden europarechtlichen Vorgaben zum Klimaschutz wichtig. Deshalb ist auch eine Bundesbedarfsplanung für Windenergie an Land zu erwägen. Ähnlich wie bei Offshore-Windkraft könnten in dem vorgeschlagenen neuen Gesetz Ziele für verfügbare Flächen oder den Ausbau der Leistung der Windenergie an Land vorgegeben werden.

Wenn dies politisch nicht umsetzbar sein sollte, müssen zumindest angemessene gesetzliche Ausbau- und Flächensicherungsziele für Windenergie (etwa 2 Prozent der Landesfläche) auf Bundesebene verankert werden, z.B. im Raumordnungsgesetz (ROG), oder auch leistungsbezogene Ziele im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).

Ein solcher Paradigmenwechsel und die Vorgabe von Flächen- oder Leistungszielen stärkt die rechtliche Situation von Windenergieprojekten an Land. Europäisches Arten- und Gebietsschutzrecht würde nicht angetastet, dessen Anwendung sollte aber durch bundesweit abgestimmte fachliche Vorgaben (Methodenkonvention für die Signifikanzprüfung und Ausnahmevoraussetzungen) erleichtert werden.

Die bislang beschlossenen oder angekündigten Maßnahmen der Bundesregierung – Verankerung des Ausbauziels von 65% Erneuerbaren-Anteil im EEG, Strukturförderung und ein Kohleausstiegsgesetz – reichen nicht aus, um einen Verstoß gegen das neue Bundesklimaschutzgesetz (KSG) und die Verfehlung von EU-Klimaschutzzielen abzuwenden. Dafür muss das Ausbauziel für Erneuerbare weiter angehoben werden und ein Paradigmenwechsel beim Genehmigungsregime und der Flächensicherung erfolgen.

II. Analyse

1. Gegenstand

Die Berichte des Weltklimarats IPCC sprechen eine deutliche Sprache: Nur eine entschlossene, schnelle Transformation insbesondere der globalen Energieversorgung kann die Erreichung der Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens von 2015 noch sichern.¹

Im Gegensatz dazu ist der Ausbau von Windenergie an Land in Deutschland in den letzten beiden Jahren massiv eingebrochen. Eine Besserung ist bislang nicht in Sicht, was erhebliche Besorgnis auslöst. Nach der Analyse der Fachagentur Wind auf Basis des Marktstammdatenregisters war 2019 das zubauchwächste Jahr für die Windenergie seit mehr als 20 Jahren.² Im ersten Quartal 2020 stieg der Ausbau leicht an, liegt aber weithin weit unterhalb dessen, was in den Vergleichszeiträumen 2014 bis 2018 gebaut wurde.³

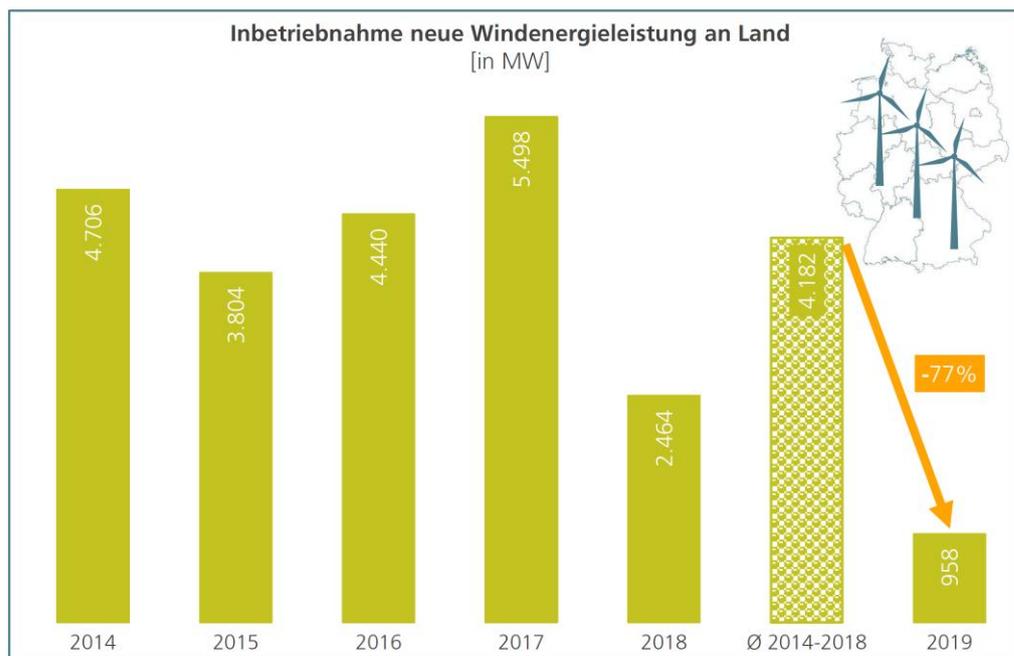


Abbildung 1: Jährlich in Betrieb gegangene Windenergieleistung (brutto); Daten: BNetzA, ÜNB (01-07/2014), Auswertung und Grafik: FA Wind

¹ Vgl. zur Erfüllungslücke („gap“) zwischen Temperaturzielen und Länderverpflichtungen zuletzt: *Höhne et.al.* Emissions: World has four times the work or one third of the time: Nature 2020. Vol 579,25: “The gap is so huge that governments, the private sector and communities need to switch to crisis mode...”

² *Fachagentur Wind* (2020), Ausbausituation der Windenergie an Land im Jahr 2019, zuletzt abgerufen am 15.04.2020.

³ E&M Daily vom 09.04.2020, Trendwende bei der Windkraft noch nicht in Sicht.

Zudem werden seit 2017 weit weniger neue Genehmigungen erteilt als erforderlich wären, um die jährlichen Ausschreibungsvolumina nach dem EEG bedienen zu können.⁴ 2019 konnte mangels ausreichender Gebote nur die Hälfte des auktionierten Volumens bezuschlagt werden.⁵ Die ersten beiden Auktionsrunden im Jahr 2020 waren ebenfalls deutlich unterzeichnet.⁶ Infolge der anhaltenden Unterzeichnungen stiegen auch die Vergütungssätze für Windenergie in Ausschreibungsrunden und erreichten in den 2019er-Auktionen nahezu den festgelegten Höchstwert – mit anderen Worten: Die preisbegrenzende Funktion des 2017 eingeführten Ausschreibungsmodells wirkt derzeit nicht.⁷ Besser war die Lage bislang noch im Bereich der Offshore-Windenergie, dort wurde das Ausbauziel für das Jahr 2020 (6.500 MW) schon Ende 2019 erreicht.⁸ Allerdings dürfte bis Ende 2021 in dieser Sparte mit keinem weiteren, nennenswerten Zubau mehr zu rechnen sein.⁹

Im Herbst 2019 rief Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier in Berlin zum sogenannten Windgipfel. Als Ergebnis dessen veröffentlichte das Ministerium eine „Aufgabenliste zur Schaffung von Akzeptanz und Rechtssicherheit für die Windenergie an Land“¹⁰. Auf dieser finden sich u.a. die folgenden Punkte:

- Zügige Klärung der notwendigen Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen;
- Reduzierung des Anlagenschutzbereichs von Drehfunkfeuern etc.;
- Entwicklung einer „TA Artenschutz“;
- Einschränkung der aufschiebenden Wirkung von Klagen und Widersprüchen gegen Genehmigungen von Windenergieanlagen;

Grundlegende Änderungen, geschweige denn ein Paradigmenwechsel, fehlen auf der Liste.

4 FA Wind (2020), Ausbausituation der Windenergie an Land im Jahr 2019, Kapitel 3.3.1; zuletzt abgerufen am 15.04.2020.

5 FA Wind (2020), Analyse der 13. Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land, zuletzt abgerufen am 15.04.2020.

6 BNetzA Webseite, Beendete Ausschreibungen, zuletzt abgerufen am 15.04.2020.

7 BMWi, Erneuerbare Energien in Zahlen, Dezember 2019, S. 7.

8 BWE/VDMA, [Status des Offshore Windenergieausbaus in Deutschland Jahr 2019](https://www.wind-energie.de/themen/zahlen-und-fakten/deutschland/), abrufbar: <https://www.wind-energie.de/themen/zahlen-und-fakten/deutschland/>

9 E&M Daily vom 24.01.2020, Flaute auf See voraus.

10 BMWi, Stärkung des Ausbaus der Windenergie an Land, 07.10.2019, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/staerkung-des-ausbaus-der-windenergie-an-land.html>.

Der Bundeswirtschaftsminister hat im Februar 2020 auf Drängen der Länder vielmehr angekündigt, den Bundesländern und Kommunen mehr Entscheidungsspielräume zu geben.¹¹ Aktuelle politische Debatten und Vorschläge fokussieren auf die Akzeptanz in der Bevölkerung in Verbindung mit pauschalen Abstandsvorgaben. Nachdem ein Vorschlag für bundeseinheitlich 1.000 Meter Abstand zu Siedlungen in § 35 BauGB im Rahmen des Kohleausstiegsgesetzes gescheitert war, arbeitet das Bundeswirtschaftsministerium offenbar an einer alternativen Abstandsregelung in § 249 BauGB. Zudem soll mit einem neuen § 1a EEG ein Koordinierungsmechanismus geschaffen werden, mit dem sich das Erneuerbaren-Ziel für 2030 absichern lässt.¹² Aktuell hat das Bundeswirtschaftsministerium zur Erhöhung der Akzeptanz vor Ort vorgeschlagen, dass die Betreiber von WEA für neue Anlagen jedes Jahr eine verpflichtende Abgabe an die Gemeinde zahlen oder dies jedenfalls anbieten, in Höhe von mindestens 0,2 Cent pro Kilowattstunde.¹³

Angesichts des andauernden politischen Stillstands haben zu Jahresbeginn neben Branchenverbänden auch mehrere Umweltverbände in einem gemeinsamen Thesenpapier vom Bund und von den Ländern zeitnahe Maßnahmen zur Wiederbelebung des „schleppenden Windenergieausbaus“ und verbindliche Ausbauziele gefordert.¹⁴

Das vorliegende Kurzgutachten möchte weitere Denkanstöße geben, wie sich der regulatorische Rahmen für die Windenergie an Land so gestalten lässt, dass der Ausbau wieder in Fahrt kommt und sowohl Klimaschutz- als auch Ausbauziele sicher realisiert werden können. Es geht dabei insoweit über bisherige Forderungen hinaus, als dass grundsätzlich die Angemessenheit des bisherigen Planungs- und Genehmigungsregimes hinterfragt wird – auch im Vergleich zu Infrastrukturplanungen.

Dabei ist vorzuschicken, dass angesichts der rechtlich komplizierten Ausgestaltung der Planungs- und Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen an Land in Deutschland und der wechselnden Kompetenzen zwischen

¹¹ DIE ZEIT online, Peter Altmaier will Abstandsregelung für Windräder lockern, 26.02.2020.

¹² *Stefan Schultz*, Altmaier will pauschale Abstandsregel für Windkraft streichen, Spiegel Online, 25.02.2020, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/windkraft-peter-altmaier-will-pauschale-abstandsregel-streichen-a-e3998b7c-016b-4926-aab0-985f0ff13d97>.

¹³ Eckpunktepapier des BMWi, Finanzielle Beteiligung von Kommunen und Bürgern am Betrieb von Windenergieanlagen, 05. Mai 2020, vgl. dazu Spiegel Online: „Altmaier will Zustimmung zu neuen Windrädern erkaufen“, 12.05.2020.

¹⁴ DNR u.a., [Thesenpapier zum naturverträglichen Ausbau der Windenergie](#), 30.01.2020.

Bund, Land und Kommunen mit der entsprechenden historischen, rechtlichen und politischen Genese ein „großer Wurf“ nur mit sehr sorgfältigen rechtlichen Vorschlägen zu machen sein wird.¹⁵

Der nächste Abschnitt fasst den gesetzlichen Rahmen kurz zusammen, bevor auf das besondere öffentliche Interesse am Windkraftausbau und Einzelprobleme eingegangen wird.

2. Rechtlicher Rahmen

Bei der Ausgestaltung des Rechtsrahmens für die Windenergienutzung an Land sind über die letzten Jahrzehnte systemische Widersprüche eingebaut worden, die um Grundrechte der Betreiber und Flächeneigentümer sowie um Kompetenzverteilungen zwischen Bund und Ländern oszillieren und die heute nur schwer auflösbar sind. Ohne die umfangreichen rechtlichen Verweise, Urteile und Literatur an dieser Stelle vollständig zusammenfassen zu können, ist für das rechtliche Verständnis folgende Grundlage erforderlich:

Windkraftanlagen an Land sind bauliche Anlagen, unterliegen planungsrechtlich § 35 BauGB und sind nach dessen Absatz 1 grundsätzlich zulässig, weil sie zu den sogenannten privilegierten Vorhaben im Außenbereich zählen, der ansonsten von Bebauung möglichst freizuhalten ist.¹⁶ Damit haben Flächeneigentümer und sonstige Berechtigte (also etwa Inhaber von Nutzungs- oder Pachtverträgen) einen rechtlichen Anspruch auf Genehmigung, der nur durch klare andere gesetzliche Regelungen einschränkbar ist. Dies ändert sich nicht etwa, weil WEA dem Genehmigungsverfahren nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) unterliegen – dieses wendet vielmehr im Hinblick auf den Standort lediglich § 35 BauGB an.¹⁷ Nur wenn der Gesetzgeber bestimmte Projekte oder Vorhaben durch Fachplanungsrecht ausgestaltet, wird das Bauplanungsrecht überwunden, so etwa bei Straßenbauvorhaben, Energieleitungsausbau, Flughäfen, Schienenbau oder Deponien. Für diese Vorhaben, die in der Regel ebenso wie Windparks „raumbedeutsam“¹⁸ im Sinne des Raumordnungsrechts sind, gilt dann

¹⁵ Für sehr konkrete gesetzgeberische Vorschläge vgl. etwa: FA Wind (2020), Gesetzgeberische Möglichkeiten für eine rechtssichere Konzentrationszonenplanung, veröffentlicht unter www.fachagentur-windenergie.de

¹⁶ Das Land Brandenburg brachte im Oktober 2018 in den Bundesrat (letztlich erfolglos) den Antrag ein, diese Privilegierung für WEA zu streichen, BR-Drs. 509/18.

¹⁷ Dies gilt für WEA mit mehr als 50 m Gesamthöhe (Windkraftanlagen gemäß Nr. 1.6 der 4. BImSchV (Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen).

¹⁸ Der Begriff ist in § 3 Nr. 6 ROG definiert: Raumbedeutsam sind danach „Planungen einschließlich der Raumordnungspläne, Vorhaben und sonstige Maßnahmen, durch die Raum

gemäß § 4 Absatz 1 S. 1 ROG: Ziele der Raumordnung (gesetzt durch Länder oder etwa Landkreise) sind in der Fachplanung zu beachten¹⁹.

Grundsätzlich darf also eine WEA zunächst überall im Außenbereich gebaut werden – es sei denn, der Außenbereich wird durch gemeindliche Bauleitplanung (Flächennutzungs- und Bebauungsplan) überplant (gemeindliche Zuständigkeit garantiert durch Art 28 Abs. 2 GG), dann bestimmt sich die Zulässigkeit der Anlage durch den Bebauungsplan, aber zunächst nur *positiv* im Plangebiet des Bebauungsplanes selbst.

In § 35 Abs. 3 BauGB ist aber 1996 durch den Gesetzgeber zeitgleich mit der Privilegierung der Windenergie der sogenannte Planvorbehalt geschaffen worden. Damit können die regionalen Planungsträger (Länder, regionale Planungsgemeinschaften, Landkreise) über die Raumordnung bzw. kommunale Planungsträger über Flächennutzungspläne die Nutzung der Windenergie auf bestimmte Flächen innerhalb eines Plangebiets konzentrieren und gleichzeitig diese Nutzung für die verbleibenden Flächen ausschließen, also *negativ* planen.²⁰ Es gibt keine exakte gesetzliche Vorgabe, wie groß die für die Windenergie jeweils ausgewiesene Fläche sein muss. Insgesamt muss aber (so die Rechtsprechung) ein „schlüssiges und fehlerfreies gesamträumliches Planungskonzept“ vorliegen und der Windenergie „substanziell Raum verschafft“ werden.²¹

Rechtlich sind nach dem ROG die folgenden Festlegungen (nicht nur für Windenergie) möglich, die nun auch für Flächennutzungspläne angewendet werden:

- Vorranggebiete – gewähren der Windenergie Vorrang und schließen andere raumbedeutsame Vorhaben, die mit der Windenergienutzung nicht vereinbar sind, in diesem Gebiet aus (§ 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ROG);

in Anspruch genommen oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebietes beeinflusst wird,“

¹⁹ Die Bindung wird durch § 5 ROG eingeschränkt. Bei der Straßenplanung hat zudem die Bundesplanung grundsätzlich Vorrang vor Orts- und Landesplanungen, § 16 IV 3 FStrG.

²⁰ § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB besagt, dass „öffentliche Belange einem Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 2 bis 6 (also der Windenergie) in der Regel auch dann entgegen stehen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan (FNP) oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist“. Das bedeutet, dass im Fall einer erfolgten Konzentrationszonenplanung im FNP oder durch Raumordnungspläne Windenergieanlagen grundsätzlich nur noch innerhalb dieser Konzentrationszonen zulässig sind. Auf der verbleibenden Fläche im Außenbereich stehen ihnen, trotz Privilegierung, in der Regel öffentliche Belange entgegen.

²¹ Ständige Rechtsprechung seit BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15.01 – juris.

- Eignungsgebiete – haben eine außergebietliche Ausschlusswirkung, sodass der Bau von Windenergieanlagen im restlichen Planungsgebiet in der Regel ausgeschlossen ist (§ 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ROG);
- Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung bzw. Vorranggebiete mit Wirkung von Eignungsgebieten – vereinen den Vorrang innerhalb der Fläche mit der außergebietlichen Ausschlusswirkung (§ 7 Abs. 3 Satz 3 ROG). Sie stellen also abschließend die Flächen für WEA im Planungsraum fest.

Weil die „negative“ Ausschlussplanung im Widerspruch zum eigentlichen Rechtsanspruch steht, hat die Rechtsprechung extrem hohe Anforderungen an die Rechtmäßigkeit von Plänen formuliert (sogenannte Tabuzonen-Rechtsprechung), die dazu führt, dass regelmäßig Raumordnungs- bzw. Flächennutzungspläne auf allen Ebenen und bundesweit gerichtlich angegriffen und größtenteils auch aufgehoben bzw. für unwirksam erklärt werden.

Mit der Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB wurde es den Ländern zeitweilig zusätzlich möglich, durch Landesrecht weitere Einschränkungen der Außenbereichsprivilegierung festzusetzen.²² Davon machte seinerzeit nur Bayern Gebrauch und legte für WEA einen Mindestabstand der zehnfachen Anlagenhöhe zu Siedlungen (sog. 10-H Regelung) in der Bayerischen Bauordnung fest.²³

Das Regime der Konzentrationsflächenplanung ist mit erheblichen Schwierigkeiten behaftet.²⁴ Hier nur einige Beispiele der Folgen dieser Probleme:

Das Land Schleswig-Holstein etwa ringt bis heute mit der Neuaufstellung seiner Regionalpläne, nachdem im Januar 2015 das Oberverwaltungsgericht die sachlichen Teilpläne für die Windenergie von 2012 als unzulässig einstufte.²⁵ Seither gilt im ganzen Bundesland (!) ein sogenanntes raumordnungsrechtliches Moratorium für WEA, bis die neuen Pläne in Kraft treten (§ 18a LPlG Schleswig-Holstein).²⁶ Seither ist dort der Umfang der neu genehmigten Anlagen um 70

²² Hierzu aktuell: Scheidler, 10-H Regelung und schlüssiges Gesamtkonzept bei der planerischen Steuerung von Windkraftanlagen, UPR 2020, 45.

²³ Vgl. Art. 82 BayBauO.

²⁴ Vgl. Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen - Ein Update, ZfBR 2019, 230; Schmidt-Eichstaedt, Die harten und weichen Tabuzonen bei der Windenergieplanung und die Beachtlichkeit etwaiger Fehlzuordnungen, ZfBR 2019, 434.

²⁵ OVG Schleswig, Urteile vom 21.01.2015 - Az. 1 KN 6/13 u.a.

²⁶ Dazu VG Schleswig am 10.09.2015 - Az.: 6 A 190/13 – juris.

Prozent zurückgegangen.²⁷ Im Landkreis Cuxhaven (Niedersachsen), eine der windhöufigsten Regionen im Norden, hatte im Februar 2020 (wie schon im Jahr 2012) die Regionalplanung für Windenergie vor dem Oberverwaltungsgericht keinen Bestand.²⁸ In Brandenburg wurde infolge zweier OVG-Urteile zu Regionalplänen Wind das Landesplanungsgesetz geändert. Seither gilt in Gebieten ohne gültige Regionalpläne ebenfalls ein Windkraft-Moratorium (§2c Abs. 1 RegBkPIG)²⁹.

Unklar ist zudem, in welchem Verhältnis die verschiedenen Pläne mit Ausschlusswirkung stehen. Wird ein Plan aufgehoben, gilt nicht automatisch etwa „freies Bauen“ für WEA, sondern nur in den positiv ausgewiesenen Zonen³⁰. Ob ein kommunaler Flächennutzungsplan mit Ausschlusswirkung unwirksam wird, wenn auf Landesebene (Raumordnung) neu geplant wird, ist rechtlich ungeklärt. Vertreten wird sogar, dass mehrere Ausschlusswirkungen in verschiedenen, räumlich überlappenden Plänen kumulativ Genehmigungen unterbinden können.³¹ Da es keine gesetzlichen Fristen zur Überarbeitung gibt, führt dies zu erheblichen weiteren Rechtsunsicherheiten zu Lasten der Projektierung.

Zu beachten ist dabei, dass die Raumordnung zwar bundesrechtlich vorgegeben ist, aber die Abweichungskompetenz der Länder im Grundgesetz diesbezüglich bestehen bleibt (Art. 72 Abs. 3 GG). Bundesraumordnungsrecht kann also von den Ländern „unterlaufen“ werden. Demgegenüber ist das Baurecht des Bundes (mit § 35 BauGB) im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes ohne Abweichungsmöglichkeit (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG), ebenso wie das Recht der (Energie)Wirtschaft (Art 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Ansonsten steht (räumlich) den Kommunen aus Art 28 Abs. 2 GG die Planungshoheit für ihr Gemeindegebiet zu.

²⁷ Vgl. [Stellungnahme](#) der FA Wind zum „Windenergiesicherstellungsplanungsgesetz“ vom 23.04.2019, S. 3 ff.

²⁸ OVG Lüneburg 12. Senat, Urteil vom 07.02.2020, 12 KN 75/18 – nicht in Datenbanken, aber abrufbar auf:
<http://www.dbovg.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psm1?doc.id=MWRE200000586&st=null&doctyp=juris-r&showdoccase=1¶mfromHL=true#focuspoint>

²⁹ Vgl. zur Rechtmäßigkeit aktuell: OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29.01.2020 - OVG 11 B 5.18 – juris.

³⁰ BVerwG, Urt. vom 13.12.2018.4 CN 3. 18 – juris,

³¹ Dazu instruktiv: *Kümper*, Konzentrationsplanung für die Windenergienutzung auf regionaler und kommunaler Ebene – zur Vorhabenzulassung bei divergierenden Ausweisungen, UPR 2020, 171.

Das eigentliche Genehmigungsverfahren für WEA (mit mehr als 50 Meter Gesamthöhe) nach dem BImSchG ist umfangreich, hat sich aber grundsätzlich bewährt. Die Genehmigung entfaltet Konzentrationswirkung, womit alle sonstigen Zulassungen und Bewilligungen (außer Wasserrecht) für den Bau und Betrieb der Anlage umfasst werden, nicht aber etwa Genehmigungen für den Leitungsbau. Problematisch ist hier vor allem die Bewältigung des Natur- und Artenschutzrechts, das auf Europarecht basiert. Auch in diesem Bereich werden WEA teilweise erfolgreich angegriffen, und die fachlichen Probleme verzögern die Verfahren und Realisierung. Aktuell hat etwa das VG Gießen befunden, dass Ausnahmen von artenschutzrechtlichen Verboten jedenfalls im Geltungsbereich der europäischen Vogelschutzrichtlinie nicht auf den Klimaschutz bezogen werden dürfen.³² Hierzu wird unten vertieft eingegangen. Verkürzt gesagt, fehlen vor allem fachliche Maßstäbe für den individuenbezogenen Artenschutz (Signifikanzprüfung beim Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG), und Ausnahmegenehmigungen sind vor allem aufgrund der rechtlichen Konstruktion schwer zu erreichen.

Schließlich ist die Vergütungssystematik für Windenergieanlagen mit der Einführung der Ausschreibung im EEG 2017 erheblich verändert worden. Seit Mai 2017 wird die Höhe der Vergütung für Strom aus erneuerbaren Energien nicht mehr staatlich festgelegt, sondern durch Ausschreibungen im Wettbewerb ermittelt. Voraussetzung für die Teilnahme an den Auktionen ist die rechtzeitig erteilte und registrierte Genehmigung der Anlage(n)³³, die ohne Planungssicherheit im Hinblick auf Standorte und Flächen nicht vorliegen können.

Eine weitere bisher eher politische Problematik, die sich bei Einwendungen und Klagen gegen Pläne und Genehmigungen widerspiegelt, ist die oftmals fehlende Teilhabe vor Ort, Stichwort Bürgerenergie und Akzeptanz, dazu unten (7).³⁴

³² VG Gießen, Urteil vom 22.01.2020 – 1 K 6019/18.GI –, juris: § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatSchG gilt nicht hinsichtlich der europäischen Vogelarten. Vgl. dazu Gellermann, Windkraftnutzung im Lichte der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG - Anmerkungen zum Urteil des VG Gießen vom 22.1.2020 - 1 K 6019/18.GI, NuR 2020, S. 178.

³³ Ausführlich dazu: FA Wind, [Ausschreibungsspezifische Regelungen für Windenergieanlagen an Land](#), 4. Aufl., 2019.

³⁴ Aktionsplan für mehr Teilhabe und regionale Wertschöpfung, Bundesverband Windenergie, 25.02.2020, abrufbar unter https://www.wind-energie.de/fileadmin/redaktion/dokumente/publikationen-oeffentlich/themen/04-politische-arbeit/01-gesetzgebung/20202502_Aktionsplan_Teilhabe_Final.pdf

3. Status Quo und Ziele: Ausbau ist im öffentlichen Interesse

a) Status Quo und Ausbauziele

Laut Umweltbundesamt (UBA) stammen verbrauchsseitig (nicht nach Sektoren) rund 85 Prozent der Treibhausgasemissionen Deutschlands aus dem Energieverbrauch; die restlichen 15 Prozent verteilen sich etwa zu gleichen Teilen auf industrielle Prozesse und die Landwirtschaft. Entsprechend vermieden Wind- und Wasserkraft, Solar- und Bioenergie sowie Geothermie im Jahr 2018 ca. 183,7 Millionen Tonnen CO₂-Äquivalente (gegenüber einem Strommix ohne erneuerbare Energien).³⁵

Nach § 3 und § 4 in Verbindung mit Anlage 2 des Bundesklimaschutzgesetzes (KSG) gilt ab 2020 für den Sektor der Energiewirtschaft eine maximale und stetig sinkende Emissionsmenge bis 2030. Dieses Ziel überlagert das EU-weit angewandte Budget für den THG-Emissionshandel, denn der Sektor ist nicht deckungsgleich mit den Anlagen, die in Deutschland vom Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) umfasst sind. Gleiches trifft für den Industrie- und Gebäudesektor zu. Als Folge unterliegt der Energieverbrauch, soweit die Energie in Deutschland erzeugt wird, vollständig dem Gesamtreduktionsziel von 55 Prozent bis 2030 gegenüber dem Basisjahr 1990. Es ist unstrittig, dass, um diese Ziele zu erreichen, der Anteil der Erneuerbaren Energien am Gesamtenergiemix erheblich steigen muss. Die Bundesregierung hat sich deshalb im Klimaschutzprogramm 2030 zumindest auf den Ausbau des Anteils erneuerbarer Energien auf 65 Prozent bis zum Jahr 2030 geeinigt³⁶. In § 1 EEG³⁷ lautet das Ziel bislang noch, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch auf 55 bis 60 Prozent bis zum Jahr 2035 zu steigern.

Der Anteil von Onshore-Windenergie ist nicht gesetzlich vorgegeben, muss dabei aber eine wichtige Rolle spielen. Die Schätzungen für die benötigte installierte Leistung von Windenergieanlagen an Land, auf See, sowie von Solaranlagen schwanken, was auf unterschiedliche Annahmen zu Stromverbrauch und Effizienz, Import-/Export-Bilanz und Sektorenkopplung zurückzuführen ist, vgl. etwa die Tabelle aus der aktuellen Studie von Agora Energiewende.³⁸

³⁵ www.umweltbundesamt.de, Daten für 2018.

³⁶ Kabinettsbeschluss vom 09.10.2019, vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/klimaschutzprogramm-2030-1673578>

³⁷ Das EEG soll geändert werden, vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2017 und weiterer energierechtlicher Bestimmungen, BT-Drs. 19-18964, eine Änderung des § 1 ist bei dieser „kleinen Novelle“ allerdings noch nicht enthalten.

³⁸ *Agora Energiewende*, Die Ökostromlücke, ihre Effekte und wie sie gestopft werden kann, März 2020, www.agora-energiewende.de

Überblick über die jährlichen Bruttoszubauraten von Windkraftanlagen an Land, Windkraft auf See und Photovoltaik bis 2030 sowie die Bruttostromnachfrage 2030 in den Szenarien

Tabelle 1

Szenario	Aktueller Trend	Minimallösung: Fokus Wind	Minimallösung: Fokus Solar	Sektorkopplung: Fokus Wind	Sektorkopplung: Fokus Solar
Zubau Windkraft an Land	1 GW/a bis 2022; 2 GW/a ab 2023	1 GW 2020; 2 GW 2021; 3,5 GW ab 2022 ansteigend bis auf 5,1 GW 2030	1 GW/a bis 2022; 2 GW/a ab 2023	1 GW 2020; 2 GW 2021; 3,5 GW 2022 ansteigend bis auf 6,3 GW in 2030	1 GW 2020; 2 GW in 2021; 3,5 GW ab 2022 ansteigend bis auf 5,1 GW 2030
Zielkapazität Windkraft auf See	20 GW 2030	25 GW 2030	25 GW 2030	28 GW 2030	25 GW 2030
Zubau Photovoltaik	4 GW/a	4 GW/a	4 GW 2020; 6 GW 2021; 8 GW 2022; 10,5 GW/a ab 2023	4 GW/a bis 2021; 6 GW/a ab 2022	4 GW 2020; 6 GW 2021; 8 GW 2022; 10,5 GW/a ab 2023
Bruttostromverbrauch 2030	600 TWh/a	600 TWh/a	600 TWh/a	650 TWh/a	650 TWh/a

Wattsight und Agora Energiewende (2020)

Dabei ist grundsätzlich zu betonen, dass nach anderen Studien zur Sicherung des 1,5°C-Temperaturziels global noch deutlich höhere Ausbauziele anzusetzen wären.³⁹ Doch selbst nach der Studie der Agora Energiewende ergibt sich bei einem „Business-as-usual-Szenario“ lediglich ein Anteil von 55 Prozent erneuerbare Energien bis 2030.

In Bezug auf das 65-Prozent-Ziel der Bundesregierung ergeben sich für Windenergie an Land rechnerisch je nach Szenario zwischen 66 und 116 GW bis dahin zu installierender Leistung. Nach Zahlen des Bundeswirtschaftsministeriums betrug Ende 2019 die in Windenergieanlagen an Land installierte Leistung aber insgesamt 53,3 Gigawatt.⁴⁰

Die Bundesnetzagentur hat drei Szenarien der Übertragungsnetzbetreiber für den Netzentwicklungsplan Strom 2030 (2019)⁴¹ genehmigt, in denen jeweils die Erreichung des 65-Prozent-Ziels zugrunde gelegt ist. Die 2030 installierte Leistung von WEA an Land beträgt in diesen Szenarien zwischen 74,3 und 85,5

³⁹ Die Agora-Studie befasst sich nur mit der Erreichung des 65%-Ziels, das wiederum auf den EU-Klimaschutzzielen und den KSG-Zielen und damit auf älteren Klimaschutzszenarien beruht. Um das Ziel aus dem Pariser-Klima-Vertrag zu erreichen, den Temperaturanstieg auf möglichst nicht mehr als 1,5 Grad zu begrenzen, wäre nach anderen Studien ein noch erheblich schnellerer Erneuerbaren-Ausbau nötig, vgl. etwa

https://www.energybrainpool.com/fileadmin/download/Studien/2019-09-18_EnergyBrainpool_Erneuerbar-in-allen-Sektoren_GreenpeaceEnergy.pdf

⁴⁰ BMWi, [Zeitreihen zur Entwicklung der erneuerbaren Energien in Deutschland](#) (Stand: März 2020), Tabelle 4.

⁴¹ Vgl. die Dokumentation auf <https://www.netzentwicklungsplan.de/de>

GW. Dieser Plan ist aber nur für den Netzausbau verbindlich, nicht für den Anlagenausbau.⁴² Eine positive, landesweite Ausbauplanung bzw. Flächensicherung im Hinblick auf diese Kapazitäten und die dafür notwendigen Flächen (sogar für diese moderaten aber ggf. noch zielkonformen GW-Zahlen für Wind an Land) fehlt.

Das KSG (und ggf. bald auch europäisches Recht, mit dem jetzt diskutierten New Green Deal⁴³ und dem neuen zentralen EU-Klimaschutzgesetz⁴⁴) legt zudem Treibhausgasneutralität als Zielmarke bis 2050 an. Damit ist die Energieversorgung zwingend mittelfristig zu 100 Prozent auf Erneuerbare Energien umzustellen.

Unumstritten ist also: Ein beschleunigter Ausbau der Windenergie an Land ist zwingend erforderlich, um die gesetzlichen Ziele erreichen zu können und steht damit schon begrifflich im **öffentlichen Interesse**. Der erforderliche Zubau lässt sich nicht allein durch die Wiederbebauung bestehender Anlagenstandorte erreichen (sog. Repowering) – zumal an einem erheblichen Teil der Altstandorte ein Repowering nicht möglich wird.⁴⁵ Stattdessen müssen weitere Flächen, also auch neue Standorte, gesichert und schnell nutzbar gemacht werden.

b) Was bedeutet öffentliches Interesse rechtlich – ist die Ungleichbehandlung von Infrastrukturprojekten und Windausbau gerechtfertigt?

Der Begriff „öffentliches Interesse“ oder „überwiegendes öffentliches Interesse“ ist an vielen Stellen rechtlich relevant.

Zunächst ist der Begriff des Vorhabens, das im Interesse von Unternehmen/Vorhabenträgern beantragt und genehmigt wird, abzugrenzen von solchen Vorhaben, die – eventuell auch neben der privaten Gewinnerzielungsabsicht – Ziele des Staates und der Gesellschaft insgesamt verfolgen. Klassische Vorhaben im öffentlichen Interesse sind Straßenbauprojekte (Vorhabenträger: Bund, Land

⁴² Rechtsgrundlage ist das EnWG: gemäß § 12e EnWG ist die Bundesnetzagentur gehalten, mindestens alle vier Jahre den bestätigten NEP, erstellt durch die Übertragungsnetzbetreiber, an die Bundesregierung als Entwurf des Bundesbedarfsplans zu übermitteln

⁴³ Vgl. Mitteilung „Der europäische Grüne Deal“ vom 11.12.2019 (KOM(2019) 640 sowie Mitteilung „Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa – Investitionsplan für den europäischen Grünen Deal“, (Mitteilung KOM(2020) 21).

⁴⁴ Commission Proposal COM/2020/80 final: “Regulation for Establishing the Framework for Achieving Climate Neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999”, 4th March 2020.

⁴⁵ So hatte etwa die FA Wind Anfang 2018 im Rahmen einer Betreiberumfrage ermittelt, dass mindestens 40 % der Windenergieleistung, die bis 2025 aus der EEG-Förderung fällt, am selben Standort nicht repowert werden kann; vgl. FA Wind, [Was tun nach 20 Jahren](#), Kap. 3.3.

etc.) oder der Netzausbau – auch wenn dort Vorhabenträger beispielsweise die privatrechtlich strukturierten Übertragungsnetzbetreiber sind. Derzeit fallen Windenergieanlagen nicht in diese Kategorie, sondern in dieselbe Kategorie wie etwa eine Tankstelle oder eine Motorcross-Anlage.

Der Begriff „öffentliches Interesse“ ist im Grundgesetz nicht definiert, wird aber von Art 14 Abs. 3 GG (Enteignung zum Wohle der Allgemeinheit) letztlich vorausgesetzt. Die Fachplanungsgesetze für die entsprechenden Infrastrukturvorhaben im öffentlichen Interesse (FStrG, WaStrG, AEG, EnWG) enthalten entsprechende Enteignungsklauseln⁴⁶, aber z.B. auch das BBergG für die Nutzung von Ressourcen wie Braunkohle. Es können zur Verwirklichung von Straßen, Schienen und Abbauvorhaben (darunter immer noch die klimaschädliche Braunkohleförderung) also Flächen von Privateigentümern enteignet werden, weil diese Vorhaben nach der Vorstellung des Gesetzgebers im öffentlichen Interesse stehen. Enteignungen im Kontext von WEA kommen in besonderen Fällen wie etwa der unter 6) beschriebenen Sicherung von Zuwegungen auch heute schon in Betracht. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von WEA an Land richtet sich bisher nach den §§ 29 ff. BauGB. Diesen stehen grundsätzlich „öffentliche Belange nicht entgegen“ (§ 35 BauGB) – ebenfalls ein Ausdruck des öffentlichen Interesses an der Windenergienutzung, der schon seit 1996 gesetzlich festgelegt ist.⁴⁷

Was konkret und außerhalb der Enteignungsschwelle rechtlich mit öffentlichem Interesse gemeint ist, zeigt exemplarisch die Regelung aus dem Habitatschutzrecht, § 34 BNatSchG, die allerdings sogar „zwingende Gründe des öffentlichen Interesses“ voraussetzt. Geregelt sind dort Eingriffe in Gebiete gemeinschaftlicher Bedeutung für den Natur- und Habitatschutz und die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der erheblichen Beeinträchtigung dieser Gebiete. In § 34 Abs. 4 BNatSchG⁴⁸ sind (entsprechend der Regelungen in der europäischen FFH-Richtlinie) ausdrücklich benannt: der Gesundheitsschutz, die öffentliche Sicherheit einschließlich der Landesverteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung sowie Belange des

⁴⁶ Enteignungsklauseln (§ 19 FStrG, § 22 AEG, § 44 WaStrG, § 45 EnWG, § 71 WHG)

⁴⁷ § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB wurde durch Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30.07.1996 (BGBl I S. 1189) mit Wirkung ab 01.01.1997 normiert.

⁴⁸ § 34 Abs. 4 BNatSchG: „Abweichend von Absatz 2 darf ein Projekt nur zugelassen oder durchgeführt werden, soweit es 1. aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig ist und 2. zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind.“

Umweltschutzes, aber auch alle sonstigen öffentliche Belange, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.

„Zwingende Gründe“ meint dabei keine Sachzwänge, das jeweilige Vorhaben muss aber „zwingend aus den zu seinen Gunsten ins Feld geführten öffentlichen Belangen ableitbar“ sein. Die Verwirklichung des öffentlichen Interesses muss sich daher als einer der Hauptzwecke des Vorhabens und nicht bloß als ein begleitender Nebenzweck erweisen.⁴⁹ Schon heute ist anerkannt, dass die Windenergienutzung abstrakt ein solcher Zweck sein kann. Schwierigkeiten bereitet allerdings, ob sich dies auch auf die einzelne Anlage beziehen kann. Aktuell hat das VG Gießen dies für europäische Vogelarten und Windkraft abgelehnt: Durch einzelne Windenergieanlagen werde die Situation der Umwelt nicht unmittelbar und konkret verbessert, sodass Planungen und Genehmigung für Windenergieanlagen nicht unter den Ausnahmegrund „umweltverbessernde Maßnahmen“ (§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG) fallen können.⁵⁰

Im Immissionsschutzrecht setzt z.B. ein vorzeitiger Beginn (§ 8a BImSchG) ein öffentliches Interesse voraus, dies muss vor allem an dem mit der vorzeitigen Zulassung verbundenen Zeitgewinn bestehen. In diese Kategorie fallen vor allem Vorhaben, welche die Umweltqualität verbessern (Maßnahmen zur Luftreinhaltung und Lärmbekämpfung etc.). Das öffentliche Interesse kann sich aber auch aus anderen Umständen ergeben, wie etwa arbeitsmarkt- oder wirtschaftspolitischen Gründen.⁵¹ Hier kann also sogar eine rein private Anlage „im öffentlichen Interesse“ schnell zu errichten sein.

Es handelt sich beim Ausbau der Windenergie an Land – wie oben ausgeführt – nicht allein um eine rein unternehmerische Entscheidung mit Gewinnerzielungsabsicht. Stattdessen ist der Windenergieausbau auch im Hinblick auf das Ziel zu würdigen, in spätestens 30 Jahren (bei Verfolgung von 1,5°C-Reduktionspfaden deutlich schneller) vollständige Treibhausgasneutralität zu erreichen⁵². Auch angesichts der langen Genehmigungs- und Planungsdauer ist

⁴⁹ Vgl. BVerwG ZUR 2000, 331 (333 f.); Landmann/Rohmer UmweltR/*Gellermann*, 90. EL Juni 2019, BNatSchG § 34 Rn. 39, 40.

⁵⁰ VG Gießen, Fn. 32. Die Entscheidung des VG Gießen ist angefochten worden. Der VGH Kassel kann die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen, so dass diese zentrale Frage hoffentlich einheitlich geklärt wird.

⁵¹ *Scheuing/Wirths* in GK-BImSchG § 8a Rn. 40.

⁵² Die Verfasserin merkt an, dass dieses Ziel nach allen relevanten Szenarien für die Einhaltung des 1,5°C-Temperaturziels des Paris Abkommens nicht ausreicht, THG-Neutralität müsste danach zumindest in den Industrieländern deutlich früher erreicht werden.

der beschleunigte Ausbau der Windenergienutzung eine energiewirtschaftliche Aufgabe, die im Interesse der Gesamtheit des Landes steht – und somit auch rechtlich im öffentlichen Interesse.

Es gibt zunächst einmal keine Begründung, warum dieses Interesse anders oder geringer zu werten wäre als beispielsweise das öffentliche Interesse an dem Ausbau eines Hafens, der Errichtung einer Höchstspannungsleitung, dem Bau einer Autobahn, dem Ausbau von Schieneninfrastruktur oder gar der Weiterführung eines Braunkohletagebaus. Hierfür spricht auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das wiederholt befunden hat, die „ständige Verfügbarkeit ausreichender Energiemengen“ sei eine „entscheidende Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gesamten Wirtschaft“⁵³. Wenn diese Energiemengen zunehmend treibhausgasneutral erzeugt werden müssen, ist die Errichtung der dazu erforderlichen Stromerzeugungsanlagen insoweit auch im öffentlichen Interesse.⁵⁴

Ganz überwiegend führt eine solche Schlussfolgerung (öffentliches Interesse an einer bestimmten Anlage oder einem Vorhaben) im deutschen Recht dazu, dass eine Fachplanung gesetzlich vorgeschrieben wird. Nach § 38 BauGB geht diese dann Bauplanungsrecht vor. Projekte sind damit zunächst schon deswegen im Außenbereich zulässig, weil ihre Zulässigkeit nicht nach § 35 BauGB beurteilt wird. Auch sie müssen ggf. nach § 4 ROG Ziele der Raumordnung berücksichtigen. Von Bauleitplanung, also kommunaler Planung, sind sie unabhängig. Die Zuständigkeit für die Fachplanung wäre – wie auch schon immer für alle Spezialmaterien geschehen – gesetzlich zu regeln.

Bei vielen Vorhaben im öffentlichen Interesse führt diese Schlussfolgerung auch zur Einführung einer zentralen Bedarfsplanung, wie etwa durch den Bundesverkehrswegeplan (dann als Gesetz aufgenommen im FStrAbG) und beim Netzausbau (aufgenommen im BBPlG). In Deutschland ist eine zentrale Energiebedarfs- oder Anlagenplanung bislang nicht ernsthaft verfolgt worden.

Grundsätzlich ist es also an der Zeit zu fragen, warum für WEA nicht ein ähnliches Genehmigungsregime zur Verfügung gestellt wird, wie etwa für den Trassenausbau bei Höchstspannungsleitungen – zumindest bei größeren Vorhaben, die etwa mehr drei Anlage betreffen (und damit wohl raumbedeutsam

⁵³ BVerfGE 134, 242.

⁵⁴ Die Wertung, eine einzelne Windenergieanlage könne den Zustand der Umwelt nicht verbessern (VG Gießen, siehe oben), ist angesichts dessen aus Sicht der Verfasserin bereits unhaltbar

sind). Die Tatsache, dass private Unternehmen Vorhabenträger sind bzw. wären (Betreiber und Projektierer), steht dem nicht entgegen, denn private Unternehmen (mit oder ohne Beteiligung des Staates) beantragen ständig raumrelevante Vorhaben (Schiene, Höchstspannungsleitungen, Hafenanlagen etc.). Auch ein Genehmigungsverfahren nach dem Fachplanungsrecht (Planfeststellungsverfahren) ist nicht unbedingt komplexer als ein Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG, dem derzeitigen Genehmigungsregime.

Folge einer solchen Zuweisung wäre, dass die derzeitigen politischen und Kompetenzkonflikte sich verschieben würden – Gemeinden würden Rechte abgeben, ebenso regionale Planungsträger (idR Landkreise) und ggf. auch die Landesplanung. Mehr Befugnisse hätte der Bund und – ggf. im Rahmen neuer Planungsgesetze – die zuständigen Behörden (etwa Immissionsschutzbehörden oder bei Ministerien angesiedelte Planfeststellungsabteilungen).

Grundsätzlich wäre ein neues Bundesgesetz sinnvoll – ein „Windenergie an Land-Gesetz“, das sich jedenfalls in einigen Bereichen am Windenergie auf See-Gesetz von 2016⁵⁵ orientieren könnte. Das Gesetz fiel in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ohne Abweichungskompetenz der Länder. Die Kompetenzen der Länder im Hinblick auf das Raumordnungsrecht wären zu beachten.

4. Bereitstellung ausreichender Flächen

Vor dem Hintergrund der frappierenden Zielerreichungslücke und dem öffentlichen Interesse am Ausbau der Windenergie an Land muss auch das Flächenproblem mit anderen Augen betrachtet werden. Hier wird zunächst die oben begonnene Analyse vertieft und danach werden rechtliche Überlegungen angestellt.

a) Flächenziele fehlen

Quantitativ gibt es – wie oben beschrieben – allgemeine Ausbauziele für erneuerbare Energien sowie jährliche energieträgerspezifische Leistungsmengen im Rahmen der Ausschreibung, darunter auch für Wind an Land (§ 28 EEG). Auf Bundesebene fehlen jedoch Ziele für die Flächensicherung bzw. -verfügbarkeit,

⁵⁵ Der volle Titel ist „Gesetz zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See“. Bereits Anfang 2012 wurde in einem ersten Schritt die Seeanlagenverordnung (SeeAnlV) novelliert, nach der Offshore-Windparks grundsätzlich der Planfeststellung bedurften, dann erfolgte eine Novelle des EnWG Ende 2012. Es enthält alle relevanten rechtlichen Schritte für Fachplanung, Ausschreibung und Planfeststellung.

an die sich die Raumplanung und andere flächenbezogene Planung halten muss. Es gibt keine verbindlichen Normen, welche die notwendige Flächenbereitstellung für die Windenergienutzung an Land absichern.

Stattdessen bildet den allgemeinen Rahmen bislang die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Windenergie „substanziell Raum verschafft werden muss“⁵⁶ – und zwar auf Grundlage der Regelung im Baugesetzbuch (§ 35 BauGB), die Windenergieanlagen im Außenbereich privilegiert (der Außenbereich soll ansonsten von Bebauung frei gehalten werden).

Während er für den Offshore-Bereich ausführliche Regelungen geschaffen hat, inklusive klarer Ausbauziele⁵⁷, hat der Bund für Windenergie an Land davon abgesehen, etwa eine gesamtträumliche Planung nach § 17 Abs. 3 ROG aufzusetzen. Danach könnte – zur Konkretisierung der Klimaschutzziele nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 ROG – das zuständige Ministerium auch jetzt schon jedenfalls Grundsätze der Raumordnung aufstellen, die auch die Flächennutzung für Windenergie an Land betreffen könnten.⁵⁸

Einige Bundesländer geben gesetzlich, in Landesentwicklungsplänen oder im Rahmen von Windenergieerlassen mehr oder weniger verbindliche Ziele für den Ausbau der Windenergie an Land vor. Diese sind aber nur teilweise flächenbezogen.⁵⁹ Teilweise werden auch strommengen- oder leistungsspezifische Zielsetzungen getroffen. Daran müssen sich die regionalen und gemeindlichen Planungsträger orientieren (§ 1 Abs. 3 ROG, sog. Gegenstromprinzip), wenn sie denn überhaupt noch Spielraum haben.

Eine aktuelle UBA-Analyse⁶⁰ zeigt, dass derzeit deutschlandweit eine Fläche von rund 3.100 km² auf Ebene der Regional- und Bauleitplanung für die

⁵⁶ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 18.01.2011 - 7 B 19.10 – juris.

⁵⁷ Fn. 55. § 1 Abs. 2 “Ziel dieses Gesetzes ist es, die installierte Leistung von Windenergieanlagen auf See, die an das Netz angeschlossen werden, ab dem Jahr 2021 auf insgesamt 15 Gigawatt bis zum Jahr 2030 zu steigern.“ § 8 enthält eine Fortschreibungsverpflichtung zur Sicherung der Zielerreichung.

⁵⁸ Dazu *Wagner*, Klimaschutz durch Raumordnung, 2018. Aktuell: *Wagner*, Kraftwerkssteuerung durch Raumordnung unter besonderer Berücksichtigung des Klimaschutzbelangs, UPR 2020, 88.

⁵⁹ So etwa in Hessen und Rheinland-Pfalz, wo jeweils 2% der Landesfläche der Windenergienutzung zugänglich werden sollen. Eine Übersicht der einzelnen Landesziele findet sich in der [Stellungnahme](#) der FA Wind gegenüber der AG Akzeptanz vom 25.01.2019 (Tabelle 1).

⁶⁰ Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, Juni 2019, Texte CLIMATE CHANGE 38/2019, erhältlich auf www.uba.de

Windenergienutzung ausgewiesen ist – dies entspricht nur etwa 0,9 Prozent der Fläche Deutschlands. Die mangelnde Flächenverfügbarkeit ist aber ein sehr relevantes Problem für den Ausbau. Die Analyse des UBA hat die aktuelle Flächenkulisse ermittelt und für drei Zeitpunkte untersucht, welcher Teil der Flächenkulisse⁶¹, unter Berücksichtigung der Bestandsanlagen, tatsächlich für den Ausbau von Windenergie an Land zur Verfügung stünde. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass das ermittelte Leistungspotenzial⁶² der aktuellen Flächenkulisse zwar rechnerisch die Ausschreibungsvolumina des EEG bis 2025 und 2030 übersteigt, „jedoch erheblichen Unsicherheiten unterliegt“. Als Konsequenz bestehen „erhebliche Unsicherheiten, ob die Zielwerte des Netzentwicklungsplans für Windenergie an Land bis 2030 zur Erreichung des 65%-Ziels mit der aktuellen Flächenkulisse erreicht werden können“. Mit anderen Worten: Es müssen erheblich mehr Flächen planerisch gesichert und faktisch nutzbar gemacht werden. Diese Analyse bezieht sich nur auf 2030 – und es ist wohl unbestritten, dass danach noch weit mehr Anlagen erforderlich sein werden, nimmt man das Ziel der Treibhausgasneutralität ernst.

Dieser Befund findet sich auch im Eckpunktepapier der Bundesregierung vom Frühjahr 2019⁶³, aus dem das Strukturstärkungsgesetz für die Kohleregionen hervorgegangen ist. Das Eckpunktepapier enthält ein Kapitel „Aufbau starker Energieregionen“, das u.a. auch den Ausbau von erneuerbaren Energien in ehemaligen Tagebauregionen beinhaltet. Konkret wird angekündigt: die Prüfung von „gesetzlichen Anpassungen“ (im EEG und anderen Gesetzen), eine Beratung der Länder durch den Bund bei der Ausweisung von Flächen für die Windenergienutzung sowie die Prüfung von gesetzlichen Möglichkeiten einer stärkeren Beteiligung der Länder und Regionen an der Wertschöpfung. Eigene Flächen sollen verstärkt für EE-Projekte verpachtet werden.

Im Entwurf des Strukturstärkungsgesetzes selbst gibt es aber keine konkrete Ableitung oder Festlegungen zur Flächensicherung, sondern nur allgemeine Aussagen wie etwa diese im Hinblick auf die Braunkohlenstandorte:

⁶¹ Der Begriff „Flächenkulisse“ wird in der Studie als Sammelbegriff für die im Rahmen der Studie untersuchte Zusammenstellung von Flächen für die Windenergienutzung verwendet. Hierbei handelt es sich gleichermaßen um aktuelle, rechtskräftige Flächenausweisungen als auch zukünftige, im Entwurfsstadium befindliche Flächen für die Windenergienutzung.

⁶² Das „Leistungspotenzial“ gibt (üblicherweise in Megawatt oder Gigawatt) an, welche Leistung an Windenergieanlagen sich unter den getroffenen Annahmen auf den untersuchten Flächen installieren ließe. Dabei ist es für die Ermittlung der auf den Flächen installierbaren Leistung von entscheidender Bedeutung, welche Abstände zwischen den einzelnen WEA einzuhalten sind.

⁶³ Eckpunktepapier, Entwürfe vom 03.04.2019 und 04.05.2019.

„Dazu sind die Standorte der Braunkohlewirtschaft in zukunftsweisende Standorte für die Erzeugung von erneuerbaren Energien als Grundstein für eine nachhaltige Energieregion umzubauen und Möglichkeiten zur Modellierung der Sektorenkopplung von Industrie und Energiewirtschaft zu erforschen.“⁶⁴

Und entgegen der obigen Analyse geht etwa der neue Landesentwicklungsplan des Landes NRW⁶⁵ davon aus, dass die Nutzung von Repowering-Standorten ausreichen dürfte, und Planungsträger in NRW werden nun nicht mehr verpflichtet, Vorranggebiete für die WEA auszuweisen.

b) Bedeutung des öffentlichen Interesses am Ausbau der Windenergie an Land für die Flächenbereitstellung

Wie beschrieben, fehlen gesetzliche Festlegungen zur Flächensicherung, etwa im Raumordnungsgesetz (ROG) oder Baugesetzbuch (BauGB) oder Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).

Der Bund hat für die Bereiche, für die er auch räumlich zuständig ist (nämlich für Windenergie auf See), ein spezielles Planungs- und Genehmigungsregime geschaffen, konkrete Ausbauziele verfügt und eine Bundesfachplanung vorgesehen (Bundesfachpläne Offshore nach § 17a des EnWG und ab 2026 Flächenentwicklungsplan nach § 7 WindSeeG). Aber ansonsten obliegt die Ordnung der Raum-/Flächennutzung weiterhin den Ländern und damit vor allem den dortigen Vorgaben in Landesplanungs- oder Raumordnungsgesetzen und daraus entwickelten Plänen auf Landes- und Regionalebene.

Das ist nicht zwingend, begreift man den Ausbau der Windenergie an Land als öffentliches Interesse und erforderlich für die Umsetzung der Ziele aus Bundesgesetzen (EEG, KSG) sowie der europarechtlichen Anforderungen nach der EU-Klimaschutzverordnung.

So setzt sich etwa die Linienbestimmung (Bundesebene, FStrG) und Planfeststellung von Bundesstraßen und Autobahnen sogar absolut gegen die Landesplanung oder Regionalplanung durch. Die bundesgesetzliche Aufgabe ist dort, bedarfsgerecht Straßen zu bauen und zu unterhalten (§ 1 FStrG). Gleiches

⁶⁴ BT-Drucksache 19/13398, Anlage 2 zum Strukturstärkungsgesetz Kohleregionen,

⁶⁵ Verordnung zur Änderung der Verordnung über den Landesentwicklungsplan vom 12.07.2019, GV NRW 2018, 341, Grundsatz 10.2-2.

gilt für die Fachplanung von Höchstspannungsleitungen oder Schienen. Dies ergibt sich aus § 38 BauGB und verschiedenen Fachgesetzen). Bisher hat sich der Bund aber - wie beschrieben – im Hinblick auf Windenergie an Land und Solarenergie weitgehend auf das Förderregime des EEG beschränkt – und eben auf die Außenbereichsprivilegierung in § 35 BauGB. Auf Bundesebene gilt für die Flächensicherung ansonsten nur § 2 Abs. 2 Nr. 6 ROG (Abwägung, Ausbau von erneuerbaren Energien ist zu berücksichtigen). Das Genehmigungsrecht (UVPG, BImSchG) betrachtet nur die eigentlichen Genehmigungsvoraussetzungen (Baustatik, Lärm, Licht, Natur- und Artenschutz etc.).

Zur Flächensicherung wäre daher zu fordern, dass die aus o.g. und weiteren Studien abgeleiteten Flächensicherungsnotwendigkeiten auch gesetzlich umgesetzt werden – neben den prozentualen Ausbauzielen wie derzeit in § 1 EEG. Grundsätzlich sind aus rechtlicher Sicht dafür zunächst zwei Wege denkbar:

- i) Die Einführung eines Fachplanungsrecht für Wind an Land mit der konkreten Aufgabe, einen bestimmten Flächenanteil (landes- oder bundesweit) zu überplanen. Denkbar wäre auch eine leistungsbezogene Feststellung (GW-Zahlen, ggf. pro Bundesland)
- ii) Die Festlegung konkreterer Vorgaben für die Raum- und Bauleitplanung im ROG und/oder den Landesgesetzen zu einem für Windenergie bestimmten Flächenanteil oder zumindest eine gesamträumliche Planung nach § 17 Abs. 3 ROG und zusätzlich eine entsprechende Reform der planungsrechtlichen Vorgaben und der Schnittstellen u.a. in § 35 BauGB. Letzteres fordern etwa die Umweltverbände in ihrem Thesenpapier von Januar 2020.

i) „Windenergie an Land-Gesetz“ – Fachplanung mit Bedarfsfeststellung

Rechtlich ist eine Fachplanung möglich, die sich z.B. am Regime für den Ausbau von Offshore-Wind orientiert. Kompetenzrechtliche Grundlage wäre Art 74 Abs. 1 Nr. 11 und 24 GG.

In einem Bundesgesetz könnten flächen- oder leistungsbezogene Ziele normiert werden sowie das Antragsverfahren. Grundsätzlich wären dann WEA ohne Rückgriff auf raumordnungsrechtlich festgelegte Ausschlussgebiete möglich – materiell-rechtlich wäre die Raumverträglichkeit weiterhin Gegenstand des

Genehmigungsverfahrens und beachtlich nach § 4 ROG – genau wie bei anderen raumbedeutsamen Vorhaben im öffentlichen Interesse. Eine Ausschlussplanung, die direkt auf die Anlagenzulassung wirkt, gäbe es nicht mehr.

Alternativ könnte eine spezielle Raumordnungsklausel im Gesetz sicherstellen, dass Landesraumordnungsplanung nur dann auch mit Ausschlusswirkung gilt, wenn sie die vorgegebene Leistung/Fläche sichert.

Wählt man einen Bedarfsplan entsprechend dem Flächensicherungsverfahren nach dem SeeWindG, könnte ein Verfahren zur Flächensuche für einzelne Bundesländer oder das gesamte Bundesgebiet abstrakt auf Grundlage vorhandener Winddaten, und ausgewählten Ausschlussflächen erfolgen. Für diese Flächen ließe sich der grundlegende Bedarf an der Entwicklung für die Windenergie feststellen. Möglich wäre hier ggf. auch eine gesetzliche Bedarfsfeststellung, etwa bei besonders großen Flächenarealen wie ehemaligen Braunkohletagebauegebieten oder Militärstandorten. Hier bietet sich auch eine Bundesplanung nach § 17 Abs. 3 ROG durchaus an.

Wählt man lediglich die gesetzliche Feststellung des Bedarfs an konkreter Windenergie-Leistung in GW, etwa pro Bundesland, entfielen die raumbezogene Flächensuche. Die Raumordnungspläne der Länder hätten sich an den Vorgaben zu orientieren – erfüllen sie sie nicht, wären sie rechtswidrig.

Die Festlegungen (Fläche oder Leistung) wären voraussichtlich einer strategischen Umweltprüfung zu unterziehen (SUP) – diese ist aber auch derzeit sowohl bei Landes- und regionaler Raumordnung oder Flächennutzungsplanung gesetzlich vorgeschrieben. Ein größerer Aufwand kann nicht pauschal eingewandt werden.

Die Anwendung des § 35 BauGB wäre nur noch für kleinere oder einzelne Anlagen erforderlich.⁶⁶ Die Auseinandersetzung um Ausschlussgebiete und die Frage, ob der konkrete Plan der Windenergie ausreichend „Raum verschafft“, wäre hinfällig. Die Steuerung der Zielerreichung beim Klimaschutz wäre zentralisiert und nicht mehr regional den jeweiligen Akteuren überlassen. Die Windenergieentwicklung wäre primär eine Frage der Umsetzung von Zielen der Stromerzeugung in Zeiten des Klimawandels – im öffentlichen Interesse gesteuert durch klare bundesgesetzliche Vorgaben.

⁶⁶ Rechtliche Probleme von Kleinwindanlagen könnten ebenfalls mitgeregelt und behoben werden. Auch diese können erheblich zur dezentralen Energiewende beitragen.

ii) Flächenentwicklung über Raumordnung

Soll die Entscheidung über die Flächenbereitstellung für Windenergieanlagen weiterhin auf Landes- bzw. Regionalplanungsebene erfolgen, wäre im Hinblick auf das erhebliche öffentliche Interesse an der Erreichung der gesetzlichen Ziele das planerische Ermessen deutlich einzuschränken.

Zum einen wäre – wie oben im Kontext der Fachplanung – ein Flächenziel verbindlich vorzugeben, etwa mindestens 2 Prozent der Fläche auf Bundes- (ROG) wie auch auf Landesebene, oder durch jedes Bundesland in der Landesraumordnung und Landesplanung (Landesplanungsgesetz oder „Windenergiegesetz“). Im ROG wäre wohl allerdings ein rein leistungsbezogenes Ziel (GW) nicht am richtigen Ort – dieses könnte gut im EnWG aufgenommen werden und wäre dann durch die Landesplanung zu beachten. Dieses Ziel wäre dann der Abweichungskompetenz der Länder (im Bereich der Raumordnung) entzogen.

Um aber zu verhindern, dass dieses Ziel ein „zahnloser“ Paragraph wird, müsste eine „Aktualisierungsklausel“ im ROG und ggf. BauGB verankert werden, damit alte Pläne nicht auf unbestimmte Zeit Ausschlusswirkung entfalten. Verankert werden könnte dort, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt ein Plan, der dieses Ziel nicht erreicht, keine Ausschlusswirkung mehr entfaltet. Derzeit gibt es dazu keine einheitliche gesetzliche Vorgabe, auch wenn etwa bei geänderter Regionalplanung eine Anpassungspflicht der kommunalen Planung gilt (§ 1 Abs. 4 BauGB).

Zudem müsste die gesamte Konzentrationszonenplanung vereinfacht und reformiert werden, damit nicht weiterhin fast jeder Plan aufgrund des oben genannten Spannungsverhältnisses aufgehoben wird oder zumindest angreifbar bleibt.

Zum Beispiel könnte gesetzlich festgeschrieben werden, dass der Plan auch bei Vorliegen von Abwägungsfehlern im konkreten Fall erhalten bleibt, wenn mindestens 2 Prozent der Landes-/Regional-/Gemeindefläche der Windenergienutzung zugeteilt wird, oder wenn ansonsten eine ausreichende Flächenkulisse vorgegeben wird. Alternativ könnten spezielle Planheilungsvorschriften geschaffen werden (Anpassung des § 214 Abs. 3 Satz 2

BauGB). Diese Fragestellungen werden in dem aktuellen Diskussionspapier der FA Wind⁶⁷ behandelt, mit konkreten Gesetzgebungsvorschlägen.

Als minimale Lösung wäre der Bund aufgefordert, die Möglichkeiten des § 17 Abs. 3 ROG zu nutzen und einen Grundsatz der Raumordnung aufzustellen für die Flächennutzung durch Windenergie an Land, also etwa hier eine flächenbezogene Zahl aufzunehmen (2%) und diese auf die Bundesländer herunter zu brechen. Allerdings ist zu beachten, dass solche „konkretisierenden“ bundesweit geltenden Grundsätze der Raumordnung weniger Rechtsverbindlichkeit entfalten, als dies bei einem „Windenergie an Land-Gesetz“ der Fall wäre. Aber: Raumordnung des Bundes mit Klimabezug ist heute schon möglich, etwa nach § 17 Abs. 2 ROG auch im Bereich Hochwasserschutz. Legt der Bund flächenbezogene Grundsätze fest, würde es einem Regionalplan wohl schwerfallen, sich über diese hinweg zu setzen.

c) Abstandsregelungen

Im Kontext der ausreichenden Flächensicherung ist auch die Debatte um Abstände zu Wohnhäusern und Siedlungen zu betrachten. Die unterschiedlichen Ansätze und möglichen Folgen von bundeseinheitlichen Abstandsregelungen sind viel diskutiert worden. Die im Referentenentwurf des Kohleausstiegsgesetzes im November 2019 vorgeschlagene Regelung eines neuen § 35a BauGB (1.000 Meter Mindestabstand zu verschiedenen (geplanten) Siedlungsstrukturen) ist in seinen Auswirkungen offensichtlich politisch nicht mehrheitsfähig gewesen und daher zunächst zurückgezogen worden. Pauschale Abstandsregelungen führen generell zu – je nach Umfang – erheblicher Reduzierung der Flächenkulisse für den Auswahlprozess der Konzentrationszonenplanung und berücksichtigen die örtlichen Gegebenheiten nur unzureichend.

Bedeutsam ist für das vorliegende Thesenpapier vor allem, dass es im Hinblick auf industrielle Ansiedlungen oder Infrastrukturvorhaben **keine** feste Vorgabe für Abstände gibt. Diese orientieren sich vielmehr an den gesetzlichen Vorgaben zum Gesundheits- und Umweltschutz, vor allem festgeschrieben im BImSchG und seinen Verordnungen. Wenn – wie in Bayern – erhebliche Abstände festgeschrieben werden, obwohl etwa eine Überschreitung von Lärmgrenzwerten nicht zu befürchten ist, werden Windkraftanlagen schlechter gestellt als etwa der Bau einer neuen Straße. Dies ist umso bedeutsamer, als bei Straßenbauprojekten

⁶⁷ Fn. 15. Diese Vorschläge beziehen sich jedoch lediglich auf die rechtlichen Anforderungen an die Konzentrationszonenplanung. Die Bereitstellung ausreichender Flächen sowie artenschutzrechtliche Fragestellungen sind nicht Gegenstand dieser Überlegungen.

sogar eine erhebliche Überschreitung von Lärmgrenzwerten zulässig ist – Anwohner werden dann auf passiven Lärmschutz verwiesen (auf Grundlage von § 41 BImSchG und der 16. BImSchV). Auch neue Autobahnen oder Umgehungsstraßen rücken heute noch bis auf wenige hundert Meter an Siedlungen heran, ebenso Industrie- und Gewerbegebiete, solange dort die Lärmgrenzwerte eingehalten werden.

Die bisherige Gesetzeslage sichert eine gewisse Gleichbehandlung. Eine gesetzliche Abstandsregelung bzw. eine Wiederbelebung der Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 1 BauGB würde den Ausbau zusätzlich beschränken und die Schlechterstellung von Windenergieanlagen im Vergleich zu anderen Vorhaben im öffentlichen Interesse weiter verstärken. Darüber hinaus verstärkt ein solch pauschaler Abstand auch den Druck auf solche Flächen, die ggf. ungeeigneter sind als Flächen innerhalb des Pauschalabstandes. Diese Ansätze sind daher abzulehnen.

Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Fachplanung, können notwendige Abstände ohne Weiteres in das Planungsermessen einfließen.

d) Konversionsflächen sichern

Im Hinblick auf die Flächenknappheit einerseits und das öffentliche Interesse andererseits ist gesetzlich jedenfalls unverzüglich vorzugeben, dass Konversionsflächen wie etwa stillgelegte Tagebauflächen und Abraumhalden oder nicht mehr genutzte Kraftwerksstandorte für die die Nutzung mit erneuerbaren Energien zu sichern sind. Diese Flächen werden (so jedenfalls die gesetzgeberische Intention) frei, weil die gesetzlichen Ziele (Kohleausstieg, KSG, TEHG) wirken. Sie müssen direkt zur weiteren Zielerfüllung gesichert werden, um Planungssicherheit zu schaffen.

Nur in Teilen des Landes können, u.a. aufgrund der topografischen und infrastrukturellen Gegebenheiten, auch sehr große Windparks (etwa 15-20 Anlagen) realisiert werden, ohne dass Konflikte auftreten. Deswegen ist es sinnvoll und verhältnismäßig, dort entweder im Rahmen einer Bundesbedarfsplanung mit verbindlichen Gigawatt-Vorgaben für bestimmte Bundesländer oder im Rahmen einer Ergänzung des Raumordnungsrechts Flächen bzw. eine bundesweite Planung nach § 17 Abs. 3 ROG zu sichern.

5. Bedeutung des öffentlichen Interesses am Windenergieausbau für den Naturschutz

Die Einordnung von WEA in das generelle oder spezifische öffentliche Interesse und ggf. die Einführung von Fachplanungsrecht kann auch bei der Bewältigung von naturschutzrechtlichen Herausforderungen helfen.

Jedes neue Vorhaben ist mit Flächeninanspruchnahme und anderen Eingriffen in den Naturhaushalt verbunden. Bei Windkraftanlagen ist der vogel- und fledermausspezifische Artenschutz besonders virulent und Thema fast aller Einwendungen und Klagen gegen Anlagengenehmigungen und Pläne zur Steuerung der Windenergie. Dabei gilt es, die Energiewende naturverträglich zu gestalten.⁶⁸

a) Artenschutz

Nach § 44 Abs. 1 BNatSchG gilt permanent und gegenüber jedermann (u.a.) ein Verbot, wildelebende Tiere „zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören“ (Nr. 1). Die übrigen hier relevanten Tatbestände befassen sich mit dem Stören/der Zerstörung von Tieren oder deren Habitaten.

Der Betrieb von Windkraftanlagen, vor allem deren Rotoren, kann unstreitig zur Verletzung und Tötung einzelner Tiere führen – rechtlich virulent vor allem bei geschützten Vogel- und Fledermausarten nach dem europäischen Naturschutzregime. Um dennoch Vorhaben umsetzen zu können, hat die Rechtsprechung (zunächst in Bezug auf Straßen- und Schienenbauprojekte) den Begriff des „signifikant erhöhten Tötungsrisikos“ geprägt. Dies bedeutet, dass der Verbotstatbestand nicht schon bei der als wahrscheinlich prognostizierten Tötung eines einzelnen Tieres absolut eingreift, sondern erst wenn sich das Tötungsrisiko „signifikant erhöht“.⁶⁹ Wann das der Fall ist, ist in jedem Verfahren wieder umstritten. Es wird aber zum Beispiel dann angenommen, wenn die Anlage in der Nähe von Brutplätzen oder innerhalb eines Flugkorridors errichtet werden soll.⁷⁰ Hier wurde der Naturschutzbehörde eine sog. Einschätzungsprärogative eingeräumt, die vom Gericht nur daraufhin überprüft wird, ob die Methoden des Standes der ökologischen Wissenschaft schlüssig angewandt wurden. Das BVerfG hat dies als problematisch erkannt, aber eine eingeschränkte gerichtliche

⁶⁸ Vgl. *Bundesamt für Naturschutz*, Erneuerbare Energien Report, die Energiewende Natur verträglich gestalten!, Februar 2019, www.bfn.de.

⁶⁹ Grundlegend dazu BVerwG, Urteil vom 7. Juli 2008 – 9 A 14.07 – juris.

⁷⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40.11- juris; OVG Magdeburg, Urteil vom 26.10.2011 – OVG 2 L 6/09 – juris.

Kontrolle aus der faktischen Grenze der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle abgeleitet.⁷¹

Für diese „fachliche Einschätzung“ gibt es aber weiterhin keinen einheitlichen Leitfaden oder Anwendungserlass, obwohl das Bundesverfassungsgericht einen solchen bereits in der Entscheidung vom 2018 angemahnt hatte.⁷² Jedes Bundesland, und teilweise in Bundesländern auch einzelne Naturschutzbehörden, verwenden unterschiedliche fachliche Grundlagen, auch für die Flächensicherung durch Raumordnung und Bauleitplanung. Denn schon auf dieser Ebene ist eine Prognose der Vereinbarkeit mit Artenschutzrecht notwendig, weil die Festlegungen sonst nicht „realisierbar“ sind.

Hier hat sich wohl inzwischen in der Windenergiebranche und bei Umweltverbänden gleichermaßen die Forderung nach einem „Leitfaden“ zur Anwendung der Verbotstatbestände (Ermittlung und Bewertung) vor allem für das Tötungsverbot durchgesetzt. Das erscheint auch der Verf. sinnvoll, da es Rechtssicherheit auf allen Seiten schafft, und die Umsetzung von materiellem Recht letztlich fördert.

Wird ein solcher Leitfaden ähnlich wie eine technische Verwaltungsvorschrift (TA Luft; TA Lärm) nach Anhörung von Fachkreisen und Verbänden gemeinsam durch BfN/UBA/LANA erlassen, dürften sich auf diesen auch die Gerichte einlassen.

Darüber hinaus muss ggf. verstärkt mit Ausnahmen von den artenschutzrechtlichen Verboten gearbeitet werden. Diese werden regelmäßig erteilt im Kontext von öffentlich durchgeführten Infrastrukturmaßnahmen, also vor allem Straßenbauprojekten aber auch im Kontext von Vorhaben nach dem BBergG.

Nach der Regelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG können die Behörden Ausnahmen zulassen „im Interesse der Gesundheit des Menschen [...] oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“ (Nr. 4) sowie „aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ (Nr. 5). Eine Ausnahme kommt aber nur in Betracht, wenn andere, „zumutbare Alternativen“ nicht gegeben sind und (auch wieder eine fachliche Unsicherheit) sich der „Erhaltungszustand der Populationen“ nicht verschlechtert. Zudem müssen – gesetzlich vorgegeben – geeignete Ausgleichsmaßnahmen ergriffen werden.

⁷¹ Dazu BVerfG, Beschl. vom 23.10.2018, NVwZ 2019, 52 (55).

⁷² A.a. O.

Im konkreten Fall eines Tagebauvorhabens (Kies oder Braunkohle) wird etwa argumentiert, dass die Rohstoffe nur an diesem Standort vorkommen und diese nach den Wertungen des BBergG (Rohstoffsicherung) ausgebeutet werden sollen. Ausnahmen werden regelmäßig gewährt. Wird im Hinblick auf die Flächensicherung und damit Sicherung der Zielerreichung wie oben skizziert vorgegangen, träfe dies auch für WEA zu. Jede Anlage erfüllt bis zur Erreichung des Ziels ein klares öffentliches Interesse, das nicht einfach an einem anderen Ort erreichbar ist. Dies kann im BNatSchG selbst klargestellt werden.

Im Hinblick auf europarechtlich geschützte Vogelarten hat das VG Gießen jüngst richtig erkannt, dass die Ausnahmetatbestände der Vogelschutzrichtlinie⁷³ (also etwa im Falle der Tötung von Mäusebussarden o.ä.) grundsätzlich streng anzuwenden sind (Art 9).

Ausnahmegründe nach Art 9 der Vogelschutzrichtlinie 2009/147/EG sind aber etwa ausdrücklich Maßnahmen „zur Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigebieten und Gewässern, sowie zum Schutz der Pflanzen- und Tierwelt“. Das bedeutet, dass Ausnahmen möglich sind, wenn dies der Sicherung von Land- und Fischereiwirtschaft dient, auch ein gezieltes Töten einzelner Vögel. Auf Grundlage der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse, etwa des IPCC Sonderberichts 1,5°C ist ohne weiteres zu argumentieren, dass das Erreichen der Klimaschutzziele sowohl dem Schutz der Landwirtschaft, als auch dem Schutz der Pflanzen- und Tierwelt konkret – wenn auch mittel- und langfristig – dient.

Insoweit einzelne Anlagen die Zielerreichungslücke füllen und solange keine Treibhausgasneutralität erreicht ist, also sämtliche fossile Energiewirtschaft ersetzt ist, können diese Ausnahmegründe daher auch für einzelne Anlagen greifen.

Diese Ausnahmegründe wurden durch das VG Gießen nicht oder sehr verkürzt gewertet. Jedenfalls aber kann diese Auslegung durch den Gesetzgeber im BNatSchG – eventuell nach erfolgter Bescheidung durch den EuGH im konkreten Fall des VG Gießen – klargestellt werden. Damit wird weder das Artenschutzrecht abgeschafft, noch eine europarechtswidrige Regelung verankert. Vielmehr bleiben die übrigen Ausnahmevoraussetzungen bestehen, vor allem, dass sich der „Erhaltungszustand der Populationen“ nicht verschlechtern darf. Ebenso bleiben geeignete Ausgleichsmaßnahmen zwingend.

⁷³ Richtlinie 2009/147/EG

b) Gebietsschutz

In FFH-Gebieten⁷⁴ sind Projekte, die zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen, gemäß § 34 BNatSchG grundsätzlich unzulässig. Das gilt auch für Windenergieanlagen und kann auch dann zu einer Unzulässigkeit führen, wenn eine WEA außerhalb des Gebiets errichtet werden soll, diese aber etwa geschützte Vögel beeinträchtigt. Ausnahmen sind nach § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG möglich (Abweichungsentscheidung). Nach dieser Norm müssen aber „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ vorliegen. Der Klimaschutz wird dort nicht ausdrücklich genannt, dies könnte aber ebenfalls klargelegt werden. Im Einzelfall dürfen aber – wie im Artenschutz – keine „zumutbaren Alternativen“ vorliegen, um das Ziel (Anlage zur Energieerzeugung) an anderer Stelle zu erreichen. Das ist bislang für einzelne Windenergieanlagen meist nicht darlegbar. Im Hinblick auf Straßenplanungen, neue Stromtrassen, aber auch Bergbauvorhaben (einschließlich Braunkohle) wird mit dem Fehlen zumutbarer Alternativen regelmäßig argumentiert, entweder wegen der Bundesbedarfsplanung oder vorhergegangener Linienbestimmung – und dies gerichtlich auch akzeptiert.

Auch hier würde eine gesetzliche Klarstellung, dass jede WEA (entweder über eine neue Fachplanung oder raumordnungsrechtliche Planung gesichert) im öffentlichen Interesse ist und damit ohne zumutbare Alternative, solange das Ausbauziel nicht erreicht wurde, zur einer wünschenswerten Klarstellung führen.

Eine Nichtanwendung von Arten- und Gebietsschutzrecht ist angesichts der europarechtlichen Verankerung in der FFH- und Vogelschutzrichtlinie nicht möglich. Es ist im Interesse des Windenergie-Ausbaus an Land auch nicht erforderlich oder wünschenswert. Notwendig ist aber, dass Ermittlungsgrundlagen für die Frage, ob überhaupt ein Verstoß vorliegt, vereinheitlicht werden und Ausnahmeanträge, wie hier beschrieben, sicher beschieden werden können.

6. Öffentliches Interesse sichert Zugang zu Leitungen/Wege

Anders als bei Vorhaben der öffentlichen Hand oder mit ihr verbundenen Unternehmen, also etwa Autobahnen oder Schienen, muss ein Vorhabenträger auch bei größeren Windparks privatrechtlich sowohl den Standort als auch die Wegerechte „verhandeln“.

⁷⁴ Grundlage ist die europäische Richtlinie 92/43/EWG.

Dies gilt auch für gemeindliche Wege, die fast immer für die Zuwegung zu den Windenergieanlagen sowie für die Verlegung von Stromleitungen benötigt werden. Eine Enteignung nach dem Energiewirtschaftsgesetz (§ 45 Abs. 1 Nr. 2 EnWG) ist zwar auf Antrag möglich, allerdings ist dies seit einem Grundsatzurteil des BGH⁷⁵ nicht eben erleichtert worden.

Die Flächensicherung wird inzwischen auch durch diesen Umstand erschwert, denn vor allem während der Bauphase ist Schwerlastverkehr erforderlich, der über unbefestigte Wege unmöglich ist. Das Geh- und Fahrrecht des Flächeneigentümers kann in solchen Fällen insofern "enteignet" werden, als er den in der Bauphase nötigen Verkehr über sein Grundstück hinnehmen muss ("beschränkte persönliche Dienstbarkeit"). Solche Enteignungen sollen nach dem BGH sowohl für planfestgestellte Vorhaben möglich sein als auch für „sonstige Vorhaben im Interesse einer möglichst sicheren, preisgünstigen und umweltverträglichen Energieversorgung“.

Aber: Voraussetzung ist nach diesem Urteil von 2015 eine rechtskräftige (und de facto bestandskräftige) Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz: „Ohne eine solche Genehmigung ist nicht nur die Errichtung der Windkraftanlagen rechtswidrig; auch die Verlegung der Kabeltrasse kann in einem solchen Falle nicht mehr dem Wohl der Allgemeinheit dienen, da ihr einziger Zweck darin besteht, die Anlagen an das allgemeine Stromnetz anzubinden.“ Zudem müsste ggf. sogar eine Versorgungslücke festgestellt werden. Diese Auslegung ist nach einem Urteil des BVerfG zum Tagebau Garzweiler⁷⁶ zwar wohl nicht haltbar – danach ist es ausreichend, wenn das konkret begünstigte Vorhaben einen „substantiellen Beitrag zur Erreichung des Gemeinwohlziels“ (hier: Ausbau der Windenergie zur Erreichung von Klimaschutzzielen und Sicherung der Energieversorgung) leistet.

Die insoweit aber weiterbestehende Rechtsunsicherheit und auch die Kooperationsunwilligkeit, die aus Enteignungen resultieren kann, führt in der Praxis zu einer seltenen Anwendung der Enteignungsmöglichkeit.

Während also bei anderen Infrastrukturvorhaben im Planfeststellungsbeschluss alle notwendigen Genehmigungen erteilt werden (Konzentrationswirkung) und zugleich die Voraussetzung für ggf. erforderliche Enteignungen festgestellt wird, muss beim Bau einer Windenergieanlage die Erforderlichkeit einer Enteignung

⁷⁵ BGH, Urteil vom 12.03.2015 – III ZR 36/14 – juris.

⁷⁶ BVerfG vom 17.12.2013, 1 BvR 3139/08 und 3386/08 – juris.

nach Erteilung der Genehmigung erst noch separat festgestellt werden; sie ergibt sich nicht allein aus der Genehmigung als solche. Dies wird noch dadurch erschwert, dass eine Baugenehmigung (nach BImSchG oder Bauordnungsrecht) die erforderliche Erschließung zunächst voraussetzt. Diesem Problem kann durch die Schaffung von Fachplanungsrecht ggf. mit Bedarfsplanung abschließend begegnet werden. Wird das Genehmigungsregime mit Raumordnung beibehalten, kann dies auch zusätzlich im EnWG im Hinblick auf die Anlagen klargestellt werden, die innerhalb der durch die „mindestens 2%“-Klausel gesicherten Flächen erstellt werden.

7. Öffentliches Interesse ersetzt nicht Bürgerbeteiligung und Akzeptanz

Gesetzlich klarzustellen, dass der Ausbau der Windenergie an Land im öffentlichen Interesse ist, weil nur dadurch die Klimaschutzziele erreichbar bleiben, kann durchaus die Akzeptanz der Energiewende stärken. Dennoch bleiben vor Ort Herausforderungen, die Beachtung finden müssen, um das Verhältnis von Betroffenheit und Teilhabe in eine bessere Balance zu bringen.⁷⁷

Die derzeit in Deutschland geführte Diskussion zur Akzeptanz von WEA ist wohl auf zwei Ebenen zu betrachten:

Zum einen werden Bürger*innen in Raumordnungs-, Bebauungsplan- und förmlichen Genehmigungsverfahren zwar formal beteiligt, haben aber meist keinen wirklichen Einfluss auf Standort und Ausführung von Anlagen. Im vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG werden sie teilweise auch gar nicht beteiligt. Die Überführung von Anlagengenehmigungen in ein Fachplanungsverfahren hilft hier zumindest dann, wenn nach Bundesland und Region klar die Aufgabe (GW oder Fläche x ist für Windenergie zur Verfügung zu stellen) umrissen ist.

Zum anderen ist, anders als bei Straßen oder Schienen, aufgrund der Privatnützigkeit der Anlagen (und der tatsächlichen Gewinnerzielung) danach zu fragen, ob es nicht angemessen wäre, die Ein- oder Anwohner der Standortgemeinden auch finanziell an Erträgen zu beteiligen. Derartige Vorschläge sind aktuell vom BMWi gemacht worden.⁷⁸ Ergänzend können Standorte für Bürgerwindparks zur Verfügung gestellt werden oder Bürgerenergie auf andere

⁷⁷ Vgl. die Analyse bei IKEM/Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore-Windenergie, 2018. Abrufbar auf: www.agora-energiewende.de.

⁷⁸ Oben Fn. 13.

Weise gefördert werden. Dieses Thesenpapier kann die auf unterschiedlichen Ebenen der Regulierung in EEG, EnWG, ROG und im Finanzverfassungsrecht ansetzenden Vorschläge nicht vollständig wiedergeben.⁷⁹

Diese Frage ist aber ohnehin ausdrücklich durch den Gesetzgeber neu zu regeln im Rahmen der „Regulierung“ für Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften nach Artikel 22 der EU-Erneuerbare-Energien-Richtlinie (REDD II) von 2018:⁸⁰

Artikel 22 Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass sich **Endkunden und insbesondere Haushalte**, ... an einer Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft **beteiligen dürfen**, ohne ungerechtfertigten oder diskriminierenden Bedingungen oder Verfahren unterworfen zu sein, durch die ihre Beteiligung an einer Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft verhindert würde, sofern die Beteiligung im Fall von Privatunternehmen nicht deren gewerbliche oder berufliche Haupttätigkeit ist.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften berechtigt sind,

a) erneuerbare Energie zu **produzieren, zu verbrauchen, zu speichern und zu verkaufen**, und zwar auch im Rahmen von Verträgen über den Bezug von erneuerbarem Strom;

b) innerhalb der Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft — vorbehaltlich der übrigen Anforderungen dieses Artikels und unter Wahrung der Rechte und Pflichten der Mitglieder der Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft als Kunden — die mit Produktionseinheiten im Eigentum der Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft produzierte erneuerbare Energie **gemeinsam zu nutzen**;

(...)

(4) Die Mitgliedstaaten schaffen einen **Regulierungsrahmen**, der es ermöglicht, die Entwicklung von Erneuerbare Energie-Gemeinschaften zu unterstützen und voranzubringen.

(...) (Hervorhebungen durch Verf.)

Aufgrund des in den nächsten Jahren umzusetzenden EU-Rechts werden Lösungen gefunden müssen, um dezentrale Gemeinschaftsprojekte zu ermöglichen, die heute an der Überregulierung und den dadurch verursachten Kosten scheitern.

Das scheint auch aus Sicht der Verf. zielführender als Vorschläge zur direkten finanziellen Beteiligung von Gemeinden oder ihren Einwohnern.⁸¹

⁷⁹ Vgl. dazu die verschiedenen Publikationen abrufbar unter <https://www.buendnis-buergerenergie.de/home/>

⁸⁰ Richtlinie (EU) 2018/2001, *ABl. EU* 2018, Nr. L 328, S. 82.

Rechtsanwältin
Dr. Roda Verheyen⁸²

Erstattet im Auftrag von Greenpeace Energy e.G. im Mai 2020.

⁸¹ Vgl. dazu etwa *Maslaton*, in Solarthemen 524 vom 20.02.2020.

⁸² Die Autorin dankt ausdrücklich Jürgen Quentin, Marcel Keiffenheim und Dr. Dirk Legler für ihre Hinweise und Unterstützung.