



Universität Augsburg  
Juristische Fakultät

# Neue Steuerungskonzepte von Windenergieanlagen – Abschied von der dysfunktionalen Konzentrationszonenplanung

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

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht,  
Umweltrecht und Planungsrecht

Geschäftsführender Direktor des Instituts für Umweltrecht

[martin.kment@jura.uni-augsburg.de](mailto:martin.kment@jura.uni-augsburg.de)



# RAHMENBEDINGUNGEN

# Rahmenbedingungen

---

## Vorstellung eines Gutachtenergebnisses

- **Der Auftraggeber: Stiftung Klimaneutralität**

- „Ziel der neuen Stiftung ist es, Wege zur Klimaneutralität aufzuzeigen.“
- Im Juli 2020 hat die Stiftung Klimaneutralität in Berlin ihre Arbeit aufgenommen.
- Zum Direktor wurde der Klima- und Energieexperte Rainer Baake berufen, der von 1998 bis 2005 Staatssekretär im Bundesumweltministerium und von 2014 bis 2018 Staatssekretär im Bundeswirtschafts- und Energieministerium war.

- **Zielsetzung des Gutachtens: Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen**

- **Keine** Konzentration auf ROG
- **Kein** eigenes „Wind-an-Land-Gesetz“
- Konzentration auf das **BauGB**; Rückstellung u.a. von naturschutzrechtlichen Fragen
- Heute: Nur ein Auszug des Gutachtens!

# **SCHLÜSSELROLLE DES AUSBAUS DER WINDENERGIE FÜR DIE ENERGIEWENDE**

# Schlüsselrolle der Windenergie

## Strom- und Primärenergiebedarf im Zuge der Dekarbonisierung

- **Die Energiewende ist möglich**
  - Studie von Prognos/Öko-Institut/Wuppertaler Institut: Klimaneutrales Deutschland (2020)
- **Wachsender Strombedarf und sinkender Primärenergiebedarf**
  - **Primärenergieverbrauch**, also der Energiegehalt aller in Deutschland direkt oder zur Umwandlung in Sekundärenergieträgern genutzten Energieträger, kann durch eine Veränderung der Energiegewinnung von 2018 bis 2050 **halbiert** werden.
  - Von 13.129 Petajoule (PJ) in 2018 auf 9.897 PJ in 2025.
  - Durch sich ausbreitende Elektrifizierung wird der Bedarf an Strom in Deutschland von 592 TWh (heute) bis 2030 auf 643 TWh wachsen; bis 2050 voraussichtlich 962 TWh.
- **Umbau der Energie(infra)struktur**
  - Onshore-Windenergie: 130 GW installierte Leistung
  - Offshore-Windenergie: 70 GW
  - Photovoltaikleistung: 355 GW
  - Erweiterung der Energienetze

# Schlüsselrolle der Windenergie

---

## Mangel an Flächen für Windenergieanlagen

- **Entwicklung des Ausbaus von Windenergie**

- 2014 bis 2018: Zuwachsjahre
- 2019, 2020: eher enttäuschend
- Bis 3.Quartal 2020: nur 152 zusätzliche Anlagen (ca. 737 MW)

- **Unzureichende Flächenausweisung**

- Zurückhaltung bei der Flächenausweisung

(geringe Flächenausweisungsbereitschaft der Gemeinden bzw. der Träger der Regionalplanung; bisweilen: Verhinderungsplanung)

- Hohe, bisweilen zu hohe Anforderungen an die Planung

(auch die unionsrechtlichen Ansprüche, zB. Naturschutz, sind sehr hoch)

- 2%-Ziel bei der Flächenausweisung nötig, aktuell liegt der Anteil am Gemeindegebiet bei 0,9%.

- **Kernfrage:** Welche Änderungen des § 35 BauGB sind erforderlich?

**AKTUELLE REGELUNGSSTRUKTUR  
DES § 35 BAUGB IN BEZUG AUF  
WINDENERGIEANLAGEN**

# Aktuelle Regelungsstruktur

---

## Funktion und Struktur des § 35 BauGB

- **Privilegierung von Windenergieanlagen gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB**
  - Windenergie im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB; nicht *per se* erneuerbare Energien
  - Grundsätzliche Zulässigkeit ohne Standortentscheidung; Einzelfallprüfung bleibt notwendig
  - Keine Beeinträchtigung öffentlicher Belange – nachvollziehende Abwägung unter Berücksichtigung konkreter standortbezogener Belange. Beachtlich ist etwa ein in Nähe befindlicher Flughafen oder der Naturschutz

# Aktuelle Regelungsstruktur

---

## Einschränkung von Windenergieanlagen durch Konzentrationszonen gem. § 35 III 3 BauGB

- **Steuerung durch Flächennutzungspläne**
  - Wird planerisch beschlossen; kein Automatismus
  - „In-der-Regel-Wirkung“ nach § 35 Abs.3 S.3 BauGB
- **Raumordnungsplanerische Steuerung**
  - Steuerung durch Eignungsgebiete mit außergebietlicher Verbindlichkeit (Zielcharakter).
  - Ausschlusswirkung nur hinsichtlich raumbedeutsamer Vorhaben; bei Windenergieanlagen über 100m Höhe wohl gegeben.
  - Konzentration von Ausweisungsflächen außerhalb einzelner Gemeindegebiete möglich

# Aktuelle Regelungsstruktur

## Einschränkung von Windenergieanlagen durch Konzentrationszonen gem. § 35 III 3 BauGB

### ■ Die Rechtsprechung des BVerwG zu den Konzentrationszonen – Tabuzonen

- Schlüssiges Planungskonzept mit strukturiertem und dokumentiertem Vorgehen
- **„Harte Tabuzonen“**,
  - die tatsächlich ungeeignet sind, zB. unzureichende Windhöffigkeit
  - die rechtlichen Hindernissen begegnen, zB. FFH-Gebiete gefährdet, Verstoß gegen Artenschutz, Verstoß gegen § 5 Abs.1 S.1 Nr.1 BImSchG
  - „weil sie für die Windenergienutzung, aus welchen Gründen immer, nicht in Betracht kommen, also ‚schlechthin‘ ungeeignet sind.“ (BVerwG, NVwZ 2019, 491 Rn. 19).
- **„Weiche Tabuzonen“**
  - Schutz- und Pufferzonen, die auf einer planerischen Entscheidung der zuständigen Gemeinde basieren, zB. planerisch festgelegte Mindestabstände zu Wohnnutzungen oder Waldbeständen
  - Ministerialerlässe als VV unbedeutend
- Es verbleiben: **„Potenzialflächen“**
- Einzelfallentscheidung, Verbot der Verhinderungsplanung wegen Privilegierung der Windenergie, aber keine festen „Grenzwerte“.
- Sind die Flächenausweisungen unzureichend, müssen „weiche Tabuzonen“ überdacht werden, um mehr Potenzialflächen zu schaffen.

# Aktuelle Regelungsstruktur

## Einschränkung von Windenergieanlagen durch Konzentrationszonen gem. § 35 III 3 BauGB

- **Anwendungsschwierigkeiten in der Praxis und rechtliche Vorbehalte**

- Stimmen:

praktisch  
weitgehend  
untauglich

Irrlehre

Kritische  
„doktrinäre  
Strenge“

gravierende  
Unsicherheiten

dem theoretischen  
Ansatz (fehlt)  
argumentativ die  
Sinnhaftigkeit und  
rechtlich jede Relevanz

Lotteriespiel

geht an der Realität  
komplexer  
Planungsprozesse  
vorbei.

# Aktuelle Regelungsstruktur

## Einschränkung von Windenergieanlagen durch Konzentrationszonen gem. § 35 III 3 BauGB

- **Anwendungsschwierigkeiten in der Praxis und rechtliche Zweifel**
  - Tabuzonen-Lehre wird weder von § 1 Abs.3 BauGB noch § 35 Abs. 3 BauGB **normativ** erzwungen
  - **Abgrenzung** zwischen harten und weichen Tabuzonen praktisch **schwierig**, denn absolute *tatsächliche* Hindernisse können sich schnell als relative Probleme erweisen, die letztlich vom technischen und ökonomischen Aufwand ihrer Überwindung abhängen.
  - Rechtliche **Unsicherheit**, weil die Zulässigkeit von Vorhaben (Zulässigkeitsebene) als Anknüpfungspunkt für eine planerische Tabuzone (Planungsebene) gewählt wird – und die Gestaltung der konkreten Anlagen bisweilen nicht bekannt ist.
  - Mitunter hängt die Abgrenzung innerhalb der „Zonen“ von Kriterien ab, die von der Rspr. anhand von Einzelfällen entwickelt wurden und somit einer **Fortschreibungsdynamik** unterliegen.
  - Anfängliche strikte Differenzierung verliert an Steuerungskraft, wenn das „**Substanzielle Raumschaffen**“ keinen vorhersehbaren, stabilen (!) Kriterien folgt.
  - Konzentrationszonensuche hätte man als „normale“ Abwägungsentscheidung einordnen können.

# **BEDINGTE KONZENTRATIONSZONEN**

# Bedingte Konzentrationszonen

## Gesetzliche Definition erforderlicher Flächenausweisungen

- Aktuell ungeklärte Rechtslage zum „Substanziellen Raumschaffen“ bei Windenergieanlagen
- **Positiv-rechtliche, politische Entscheidung zum erforderlichen Flächenbedarf erforderlich**
  - Erforderliche Flächenausweisungen: ca. 2% der Gemeindeflächen – statt aktuell nur 0,9%
  - Legislative Orientierungsstiftung
    - Entwicklungshorizonte bis ins Jahr 2050 bergen Unschärfen und Unwägbarkeiten
    - Originär politische Aufgabe der „Kursbestimmung“
    - Prognosespielraum des Gesetzgebers
    - Gesetzgeber kann Konzepte erproben, muss aber ggf. in angemessenen Abständen Korrekturen vornehmen.
    - **BVerfG: „In einer notwendigerweise mit Ungewissheit belasteten Situation liegt es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen.“**
    - Vergleichsfälle bestehen: vgl. § 1 BBPlG

# Bedingte Konzentrationszonen

---

## Gesetzliche Definition erforderlicher Flächenausweisungen

- Bedarfsdefinition für das Planungsrecht
  - als Flächenwert (bekannt)
  - als zu installierende Leistung (ggf. flexibler, aber anspruchsvoller)
- Regelungsbefugnis des Bundes nach Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Energiewirtschaft)
- Exekutive Vorarbeiten sind zulässig, vgl. §§ 12a ff EnWG

# Bedingte Konzentrationszonen

## Neukonzeption des § 35 BauGB

- **Anwendung von Konzentrationszonen unter Förderbedingungen**
  - Bundesweite Bedarfsdefinition mit Flächenbezug durch den Gesetzgeber
    - Zielwert: 130 GW installierte Leitung bis 2050
    - Zwischenetappen festlegen
    - Umrechnung als Flächenwert (notwendige Flächenausweisung) möglich
  - Gestaltungsspielraum und Typisierungen
    - Lastenverteilung orientiert sich an abstrakten Kriterien (möglichst wenige)
    - Typenbildung zulässig
  - Windenergie-Beitragswert und seine Rechtsfolgen
    - **Keine Planungspflicht** iSv. § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB!
    - Nur bei Erfüllen des Windenergie-Beitragswerts kann Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ausgelöst werden.
    - Erfüllung des Windenergie-Beitragswerts durch Bebauungsplan- oder Flächennutzungsplanausweisung; Realisierung also nicht zwingend im Außenbereich.
- **Fachkundige Hilfe Dritter nach § 4b BauGB zulässig**

# Bedingte Konzentrationszonen

## Neukonzeption des § 35 BauGB

- **Prüfung des gemeindlichen Nachweises durch die Bundesnetzagentur**
  - Prüfbedarf
    - Gestaltungsfreiheit der Gemeinden bei Erfüllung des Windenergie-Beitragswerts
    - Aussagekräftiger gemeindlicher Nachweis
  - Zuständige Prüfstelle: Bundesnetzagentur
    - Erfahrungen im Zuge des Netzausbaus
    - Operiert in der Schnittstelle von Raumordnung, Bundesfachplanung und kommunaler Bauleitplanung
    - Bundesbehörde (Unabhängigkeit von Länderinteressen)
  - Reduzierte Prüfungsdichte (Geschwindigkeit); vgl. auch § 5 Abs. 3 S. 2 UVPG
  - Verwaltungsaktqualität der Prüfungsentscheidung
- **Nachweisfiktion** bei Untätigkeit der Bundesnetzagentur; vgl. auch § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB
- **Nachbesserung der eingereichten Unterlagen**; vgl. auch § 10 Abs. 1 S. 2 BImSchG
- **Zeitliche Befristung** kommunaler Berechtigung zur Konzentrationszonenplanung (Flexibilität): 4 Jahre

# Bedingte Konzentrationszonen

---

## Einbindung in das nationale Planungsumfeld

- **Gemeindeübergreifende Bedarfserfüllung** bei Raumordnungsplänen, regionalen Flächennutzungsplänen und gemeinsamen Flächennutzungsplänen
  - Planungen auf höheren Stufen müssen in das beschriebene Konzept **integriert** werden
  - Insb. Raumordnungspläne können die kommunale Planung entlasten
  - Gemeindeübergreifende interkommunale „Verrechnungen“ und „Additionen“ sind zulässig.
  - Bei **Teilüberplanungen** sind anteilige Windenergie-Beitragswerte zu erfüllen; keine Umgehung durch „kreative“ Zuschnitte. Daher: Unbeplante Teilflächen dürfen nur im Ausnahmefall verbleiben.

# Bedingte Konzentrationszonen

## Einbindung in das nationale Planungsumfeld

### ▪ Sonderfragen zur Raumordnung

- Verhältnis der Ziele der Raumordnung zum Flächennutzungsplan
  - Das traditionelle Verhältnis wird aufrechterhalten.
  - Raumordnungs- und Flächennutzungspläne entfalten unabhängig voneinander Wirkungen, wenn sie die Anforderungen an den Windenergie-Beitragswert erfüllen.
  - **Entlastungswirkung der Raumordnungsplanung**
- Verhältnis der Sonderregeln für Windenergie zu § 35 Abs. 3 S. 2 BauGB
  - § 35 Abs.3 S.3/Abs.3a - Entwurf gehen aus Gründen der **Spezialität** vor; raumordnungsrechtliche Hindernisse für Windenergie bleiben aber möglich, wenn sie „bei Gelegenheit“ entstehen.

# **GESETZLICHE NEUGESTALTUNG: EIN FORMULIERUNGSVORSCHLAG**

# Gesetzliche Neugestaltung

## § 35 Abs.3a BauGB-E

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

\* Bedarfsgesetz muss noch erlassen werden.

# ÜBERGANGSREGELUNGEN

# Übergangsregelungen

---

## Bedürfnis und Ausgestaltung

- **Wirkungsverlust für bestehende Flächennutzungspläne und raumordnungsrechtliche Vorgaben** im Moment des Inkrafttretens der Neuregelung (Rechtsgrundsätze des intertemporalen Rechts)
- **Übergangsrecht**
  - Anpassung bestehender kommunaler Planungen
  - Verhinderung unnötiger Verspargelung der Landschaft im Übergangszeitraum
  - **Zweijähriger** Übergangszeitraum

# ERGEBNISSE

# Ergebnisse

---

## Bedarfsfeststellung

- Die **Energiewende** ist **möglich**.
- Aktuell **fehlen** insbesondere die notwendigen **Flächenausweisungen**, um genügend Anlagen zur Stromgewinnung aus erneuerbaren Energien zu errichten.
- Der Gesetzgeber sollte den **Bedarf** an Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie bis zum Jahr 2050 verbindlich **feststellen**.
- Daraus würde sich ableiten lassen, welche Flächenausweisungen in den Gemeinden jeweils notwendig sind (**Windenergie-Beitragswert**).
- Der Gesetzgeber besitzt die erforderliche Gesetzgebungskompetenz aus Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und verfügt über legislative Gestaltungsfreiheit, die **Typisierungen** erlaubt.

# Ergebnisse

---

## Korrekturen des BauGB

- Die aktuelle Rechtslage zu den Konzentrationszonen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bedarf dringend einer **Korrektur**.
- Die Konzentrationswirkung zu Lasten der Windenergie sollte davon **abhängen**, dass Gemeinden **hinreichende Flächen** zugunsten der Windenergie **ausweisen**.
- „Hinreichend“ sind die Flächenausweisungen, wenn sie dem **Windenergie-Beitragswert** entsprechen.
- Entsprechende Regeln gelten für **Gemeindegrenzen überschreitende Raumordnungspläne**, regionale Flächennutzungspläne und gemeinsame Flächennutzungspläne.
- Die vorgeschlagenen Änderungen des BauGB sollten erst nach einer **Übergangszeit** von zwei Jahren in Kraft treten.



Universität Augsburg  
Juristische Fakultät

**Danke für Ihr Interesse!**

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

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht,  
Umweltrecht und Planungsrecht

Geschäftsführender Direktor des Instituts für Umweltrecht

[martin.kment@jura.uni-augsburg.de](mailto:martin.kment@jura.uni-augsburg.de)

