

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie an Land

Leitplanken und Werkzeuge für die Ausweisung zusätzlicher Flächen sowie die Vereinfachung und Beschleunigung von Genehmigungen

52 | 28.10.2021

erstellt von
Ass. iur. Maximilian Schmidt
Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)
Ass. iur Frank Sailer
Ass. iur. Thorsten Müller

II Kurztitel

Zitiervorschlag:

Schmidt/Wegner/Sailer/Müller, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie an Land, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 52 vom 28.10.2021.

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (NeuPlan Wind)“

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

Telefon
+49 931 794077-0

Telefax
+49 931 7940 77-29

E-Mail
schmidt@stiftung-umweltenergierecht.de
wegner@stiftung-umweltenergierecht.de
sailer@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand
Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat
Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz
Prof. Dr. Franz Reimer
Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto
Sparkasse Mainfranken Würzburg
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83
BIC: BYLADEM1SWU

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	1
A. Einführung: Auf dem Weg zu einem Gesamtkonzept	3
B. Werkzeugkasten Flächenbereitstellung	5
I. Mengenziele durch den Bund rechtssicher und abweichungsfest umsetzen	5
II. Planungsverfahren beschleunigen und vereinfachen	6
III. Fadenriss bei der Flächenbereitstellung vermeiden	8
IV. Flächenintensive Hemmnisse beseitigen, planerische Suchräume weiten	9
C. Werkzeugkasten Genehmigungserteilung	11
I. Prüfungsumfang reduzieren und klarstellen	11
II. Prüfungsmaßstäbe konkretisieren und vereinheitlichen	12
III. Windenergieausbau priorisieren	13
IV. Zulassungsverfahren verbessern	14
V. Rechtsschutzsituation verbessern	15
VI. Europarechtliche Spielräume nutzen und Europarecht weiterentwickeln	16

Zusammenfassung

Die Klimaschutzziele der Europäischen Union und Deutschlands erfordern eine erhebliche Steigerung der Ausbauziele für die Windenergie¹. Doch schon die bisher festgelegten Ausbauziele werden nicht erreicht, weil die planerische Ausweisung von Flächen für und die Genehmigung von Windenergieanlagen schon seit mehreren Jahren ins Stocken geraten ist. Es bedarf daher einer erheblichen Beschleunigung des Windenergieausbaus. Dazu sind vielfältige Rechtsänderungen erforderlich – und auch möglich. Auch wenn nicht alle aktuell diskutierten Ideen und Vorschläge zielführend oder aufgrund europa- und völkerrechtlicher Vorgaben umsetzbar sind, eröffnen sich dem Gesetzgeber dennoch zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten.

Um einen für den angestrebten beschleunigten Windenergieausbau sachgerechten Rechtsrahmen zu schaffen, sind vielfältige, als stimmiges Gesamtkonzept gut aufeinander abgestimmte Anpassungen erforderlich. Eine bloße Umsetzung von Einzelmaßnahmen verspricht dagegen keinen Erfolg. Dieses Gesamtkonzept muss alle relevanten Bereiche der Planung und Genehmigung umfassen: von der Ausweisung von Flächen über das Genehmigungsverfahren samt der Erstellung der Antragsunterlagen bis hin zu etwaigen Rechtsschutzverfahren. Für all diese Bereiche braucht es einen konsistenten rechtlichen Rahmen.

Um eine ausreichende Flächenbereitstellung zu gewährleisten, bedarf es einer bundesrechtlichen Mengenvorgabe. Deren Erfüllung muss zur Voraussetzung gemacht werden, damit die Konzentrationszonenplanung ihre Ausschlusswirkung entfalten kann. Soll die Ausweisung der benötigten Flächenmengen weiterhin über das Instrument der Konzentrationszonenplanung stattfinden, muss dieses zudem reformiert werden. Ihre Komplexität und der mit ihnen verbundene Planungsaufwand können reduziert werden. Hierfür können sie auch in Richtung von Positivplanungen

weiterentwickelt werden. Die fehleranfällige Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen würde so weitgehend verzichtbar. Daneben bestehen weitere Ansatzpunkte zur Reduktion des Planungsaufwands sowie zu Erhöhung der Rechtssicherheit solcher Planungen.

Für die erfolgreiche Umsetzung der Flächenmengen wird es notwendig sein, zu verhindern, dass zahlreiche Planungsräume langwierig durch Moratorien gesperrt werden. Flächenintensive Hemmnisse auf Bundes- und Landesebene müssen zudem begrenzt und die bisher für die Windenergienutzung gesperrten Flächen als Suchräume für individuelle planerische Lösungen geöffnet werden.

Die Genehmigungssituation ließe sich zunächst durch Reduzierungen und Klarstellungen beim Prüfungsumfang verbessern. Wesentliche Stellschraube ist aber die Schaffung konkreter und rechtsverbindlicher Prüfungsmaßstäbe. Es ist gerade das Fehlen derartiger Maßstäbe und Standards, sei es z. B. im Artenschutz-, Luftverkehrs- oder Denkmalschutzrecht, das zu Verzögerungen, uneinheitlichem Vollzug sowie Rechts- und Planungsunsicherheit bei Vorhabenträgern und Behörden gleichermaßen führt. All diese Probleme setzen sich zudem auf Ebene des gerichtlichen Rechtsschutzes fort. Es gilt daher insbesondere, relevante unbestimmte Rechtsbegriffe zu konkretisieren, um eine einheitliche sowie objektive (Über-)Prüfung zu gewährleisten. Hilfreich wäre zudem eine stärkere Priorisierung der Windenergie durch den Gesetzgeber gegenüber anderen, im öffentlichen Interesse stehenden Belangen. Eine entsprechende Wertentscheidung kann gesetzlich vorweggenommen und sollte nicht, jedenfalls nicht wie im heutigen Umfang, den Behörden im Vollzug überlassen werden.

Auch verfahrensrechtliche Anpassungen des Zulassungsverfahrens können einen gewissen Beitrag zur Beschleunigung des

¹ Siehe *Prognos/Öko-Institut/Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie*, Klimaneutrales Deutschland 2045, 2021, S. 31 ff.; *Fraunhofer ISE*, Wege zu einem klimaneutralen Energiesystem 2050, Update unter einer

Zielvorgabe von 65 % CO₂-Reduktion in 2030 und 100 % in 2050, 2020, S. 5, 11 f.

Ausbaus der Windenergie beitragen. Letztlich fungiert das Verfahren aber nur als „Hülle“ für das jeweilige Prüfprogramm, so dass das Verbesserungspotenzial durch bloße Verfahrensanpassungen – ohne Änderungen im Prüfprogramm – eher gering ist. Ähnliches gilt für Einschränkungen im Bereich des gerichtlichen Rechtsschutzes. Hierbei sind dem Gesetzgeber durch europa- sowie völkerrechtliche Vorgaben ohnehin sehr enge Grenzen gesetzt. Daher drohen Veränderungen an dieser Stelle letztlich zu Scheinlösungen zu verkommen. Angesichts der Dringlichkeit des Ausbaus der Windenergie als Beitrag zum Klimaschutz braucht es Lösungen, die zielführend sind und sich zeitnah sowie rechtssicher umsetzen lassen. Dann relativieren sich auch bestimmte heute beklagte Probleme, wie etwa das Verbandsklagerecht. Klare Maßstäbe und Priorisierungen führen zu geringerer Fehleranfälligkeit und mehr Rechtssicherheit, so dass Klageverfahren in erheblich weniger Fällen überhaupt Aussicht auf Erfolg hätten.

Letztlich helfen die besten rechtlichen Veränderungen aber nur, wenn auch die außerrechtlichen Faktoren auf den beschleunigten Ausbau der Windenergie ausgerichtet werden. Dazu gehört zwingend eine ausreichende personelle Ausstattung von Planungsträgern, Genehmigungsbehörden und Gerichten. Der Bund sollte in Zusammenarbeit mit den Bundesländern nach Wegen suchen, wie die Verwaltung in den Ländern, Kreisen und Gemeinden bei diesen Aufgaben unterstützt werden kann. Auch Maßnahmen zur Steigerung der Akzeptanz erfordern häufig keine gesetzlichen Anpassungen, sondern einen überzeugenden politischen Willen zur Gestaltung der Transformation und ein stetes, glaubhaftes Werben um eine Energie-wende als Gemeinschaftswerk.

Kernergebnisse

- ▶ Eine zeitnahe und effektive Verbesserung des Rechtsrahmens für den Ausbau der Windenergie ist möglich, erfordert aber ein stimmiges Gesamtkonzept
- ▶ Ein Systemwechsel bei der Planung oder Genehmigung sollte zur Vermeidung eines Fadenrisses erst dann erwogen werden, wenn alle Verbesserungsoptionen im bestehenden System ausgereizt sind
- ▶ Eine bundesrechtliche Mengenvorgabe kann einen hohen Grad an Verbindlichkeit durch ihre Verknüpfung mit dem Instrument der Konzentrationszonenplanung erlangen. Bei der Einführung einer Mengensteuerung müssen Vorkehrungen getroffen werden, um insbesondere langwierige Moratorien zu verhindern
- ▶ Planungsaufwand und Komplexität der Planung lassen sich durch eine Weiterentwicklung der Konzentrationszonenplanung in Richtung einer Positivplanung erheblich verringern
- ▶ Eine wesentliche Stellschraube für die Vereinfachung und Beschleunigung von Genehmigungen bildet die Schaffung konkreter, rechtsverbindlicher Prüfungsmaßstäbe
- ▶ Hilfreich wäre zudem eine gesetzliche Priorisierung des Windenergieausbaus sowie verfahrensrechtliche Anpassungen zur Vereinfachung und Beschleunigung

A. Einführung: Auf dem Weg zu einem Gesamtkonzept

Der nach wie vor stockende Ausbau der Windenergie an Land muss zur Erreichung der Klimaschutzziele dringend beschleunigt werden. Über das „Ob“ besteht zwar parteiübergreifend Einigkeit², jedoch herrscht über das „Wie“ seit geraumer Zeit eine lebhaft diskutierte, die nicht zuletzt auch durch die Entscheidung des BVerfG zum Klimaschutzgesetz³ weiter befeuert wurde.

Vor diesem Hintergrund zeigt das vorliegende Hintergrundpapier Optionen, Leitplanken und Werkzeuge auf, die der Gesetzgeber für die Verbesserung der Ausbausituation durch Reformen im Bereich der Flächenbereitstellung und der Genehmigungserteilung beachten sollte und nutzen kann. Die Darstellung zeigt dabei grundlegende Herausforderungen bei der Vereinfachung und Beschleunigung der Planungs- und Genehmigungsebene auf.

Gesamtkonzept umsetzen

Besonders wichtig für eine tatsächliche und nachhaltige Beschleunigung des Windenergieausbaus ist in jedem Fall ein stimmiges Gesamtkonzept zur Bündelung effektiver Maßnahmen und Sicherstellung eines konsistenten künftigen Rechtsrahmens für die Windenergie. Eine Umsetzung bloßer Einzelmaßnahmen greift demgegenüber zu kurz. Zwar erweisen sich bestimmte Bereiche als besonders wichtig zur Umsetzung von Verbesserungsmaßnahmen, wie das Artenschutz-, Luftverkehrs- oder Denkmalschutzrecht. Windenergieprojekte sind jedoch zu vielfältig, als dass der Gesetzgeber sich hierauf beschränken könnte. Er muss vielmehr alle für die Windenergieplanung und -genehmigung einschlägigen Gesetze und Bereiche betrachten, hinsichtlich Anpassungsbedarf und -möglichkeiten überprüfen und letztlich auch in allen Bereichen Entscheidungen treffen. Dies betrifft die Verfahrensregelungen genauso wie das gesamte

Prüfprogramm – von den eben erwähnten Rechtsbereichen über das UVP-Recht, das Immissionsschutzrecht, das Baurecht und das Straßenverkehrsrecht bis hin zum Landschaftsschutz, der Eingriffsregelung und den Belangen der Erdbebenüberwachung und Wettervorhersage.

Teil eines solchen Gesamtkonzepts muss zwingend auch die Schaffung und Gewährleistung der erforderlichen quanti- wie qualitativen personellen Ausstattung von Planungsträgern, Behörden und Gerichten sowie etwaiger weiterer relevanter Beteiligter (z. B. der DFS) sein. Insbesondere im Bereich der Planung ist zudem die Gewährleistung einer ausreichenden Datenverfügbarkeit elementar, um eine erfolgreiche Konfliktminimierung leisten zu können. Ohne Anpassung dieser außerrechtlichen Faktoren (Personal, Datenverfügbarkeit, auch Digitalisierung) sind etwaige Anpassungen des Rechtsrahmens in ihrer Wirkung begrenzt.

Verbesserungen im bestehenden System vor Systemwechsel

Es ist nicht erforderlich, die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen gänzlich neu zu denken. Bevor der Gesetzgeber zu einem grundlegenden Systemwechsel greift – insbesondere gänzlich andere Planungs- und Genehmigungsverfahren schafft – sollten insbesondere zur Vermeidung eines Fadenrisses und langer Umsetzungs- und Anpassungszeiträume zunächst alle Verbesserungsoptionen im bestehenden System ausgereizt werden. Das derzeitige System bietet noch weitreichende Spielräume für Verbesserungen und zudem den Vorteil langjähriger Übung und Erfahrung sowie einer in vielen Bereichen Orientierung stiftenden und damit Rechtssicherheit vermittelnden Rechtsprechung. Gerade mit Blick auf die hohe Dringlichkeit des Ausbaus der Windenergie als wesentlicher Beitrag zum Klimaschutz

² Vgl. etwa Ergebnis der Sondierungen zwischen SPD/Bündnis 90/DIE GRÜNEN/FDP v. 15.10.2021; CDU, Ein Turbo für die Erneuerbaren, 2021, S. 5.

³ BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a.

lässt dies allzu tiefgreifende Eingriffe eher in den Hintergrund treten.

Scheinlösungen vermeiden

Diese Dringlichkeit verwehrt es dem Gesetzgeber auch, auf bloße Scheinlösungen zu setzen. Gemeint sind Maßnahmen, die auf den ersten Blick womöglich ein hohes Beschleunigungs- und/oder Vereinfachungspotenzial versprechen, sich aber in der Umsetzung als wenig effektiv oder rechtlich sehr problematisch erweisen. In besonderem Maße gilt dies für Ansätze, die offensichtlich im Konflikt mit europa- und völkerrechtlichen Vorgaben stehen, etwa Vorschläge zur Einschränkung der Verbandsklagerechte oder zur Wiedereinführung von Präklusionsvorschriften. Solche Veränderungen würden mit hoher Wahrscheinlichkeit zu keinen dauerhaften Verbesserungen führen. Eine Anpassung des europäischen und internationalen Rechts scheidet allein schon wegen der erforderlichen Änderungszeiträume als Teil des Lösungskonzepts für die kurzfristige Beschleunigung der Energiewende aus. Perspektivisch kann es sich aber durchaus lohnen, Änderungen jedenfalls im Europarecht anzustreben. Der kurzfristige Fokus sollte aber auf wirkungsvollen Maßnahmen liegen, deren Umsetzung weder zu hohen zeitlichen noch gravierenden rechtlichen Hindernissen entgegenstehen und die zu einer wirklichen Vereinfachung, Klarheit und damit letztlich Rechtssicherheit und Beschleunigung führen.

(Schein-)Konflikte auch durch eine Weitung des Lösungsraums minimieren

Viele Probleme in der Anwendung des heutigen Rechtsrahmens für die Planung von Windflächen und die Genehmigung von Windenergieanlagen gehen auf Konflikte der Windenergie mit anderen öffentlichen Belangen zurück, die der Rechtsrahmen bisher nicht sachgerecht löst. Neben einer klaren Priorisierung zugunsten der Windenergie ist in vielen Fällen aber auch bisher der Versuch eines Ausgleichs mit anderen Interessen und Belangen auch deshalb nicht gelungen, weil sich der Gesetzgeber auf Regelungen eines bipolaren Verhältnisses beschränkt hat, obwohl dieses Verhältnis nur einen kleinen Ausschnitt aus einem größeren und multipolaren Zusammenhang darstellt. Dies gilt besonders für den vermeintlichen Konflikt zwischen

Windenergie und Artenschutz. Dieser ist ein Konflikt von Windenergie- und Artenschutzrecht in seiner aktuellen Ausgestaltung. Würde der Gesetzgeber weitere Lebensbereiche und Handlungsfelder in die Problemlösung einbeziehen, die sich negativ auf den Artenschutz auswirken, hätte er erheblich mehr Gestaltungsmöglichkeiten, um einen sachgerechten Ausgleich zu erreichen und allen öffentlichen Belangen gerecht zu werden.

Die Inhalte des hier vorliegenden Hintergrundpapiers gehen auf die Forschung der Stiftung Umweltenergierecht in den letzten Jahren zum Recht der Windenergie zurück, insbesondere das vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie geförderte Vorhaben „Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (NeuPlan Wind)“. Sie sind ein Destillat der wichtigsten Erkenntnisse aus der Erstellung der finalen Arbeiten zum Projektabschluss. Es folgen zwei umfassende Zusammenstellungen aller Forschungsergebnisse aus diesem und weiteren Forschungsvorhaben mit verschiedenen Einzelvorschlägen zur Reform des Rechts der Flächenbereitstellung und der Genehmigung von Windenergieanlagen an Land. Diese können für die Umsetzung erster gesetzgeberischer Maßnahmen der neuen Legislaturperiode konkrete Hilfestellungen geben.

B. Werkzeugkasten Flächenbereitstellung

I. Mengenziele durch den Bund rechtssicher und abweichungsfest umsetzen

Das Recht der Flächenbereitstellung für die Windenergie an Land enthält bislang keine ausreichenden quantitativen Vorgaben. Im Bundesrecht sind diese nicht angelegt. Die Möglichkeiten der Landesebene, Mengenvorgaben festzulegen, haben nicht zu einer ausreichenden Flächenausweisung geführt.

Um eine Flächenbereitstellung in ausreichender Menge zu gewährleisten, kann der Bundesgesetzgeber eine Mengenvorgabe regeln, die an die Ausbauziele des EEG und die Reduktionsziele des KSG rückgekoppelt ist. In ihrem Sondierungspapier haben sich SPD, BÜNDNIS 90/Die Grünen und FDP das vielfach geforderte Ziel, deutschlandweit 2 Prozent der Fläche für die Windenergie auszuweisen⁴, zu eigen gemacht.

Für die rechtliche Umsetzung einer hierauf bezogenen Mengenvorgabe ist entscheidend,

- ▶ nach welchen Kriterien die Flächenvorgaben auf die Länder und von diesen auf die einzelnen Planungsräume verteilt werden,
- ▶ mit welcher Verbindlichkeit gegenüber Ländern und Planungsträgern sie im Bundesrecht umgesetzt werden kann und
- ▶ dass ein Mechanismus etabliert wird, der ein Nachsteuern erlaubt

Bei der Ermittlung des Flächenbedarfs und der Verteilung der notwendigen Gesamtmenge auf die Länder oder gar die Kommunen hat der Gesetzgeber erhebliche Handlungsspielräume. Diese Zuordnung der Teilmengen wäre beispielsweise anhand der Flächenpotenziale des jeweiligen Planungsraumes möglich, die mittels verschiedener Kriterien wie ausreichender Windhöflichkeit und dem Bestehen von

Raumwiderständen (Konflikte mit geschützten Arten, Anwohnerschutz etc.) bestimmt werden können. Je nach konkretem Ansatz ließen sich auch Erfüllungsoptionen regeln, die mehreren Ländern ein gemeinsames Vorgehen ermöglichen und so Flexibilität schaffen.

Verbindlichkeit herstellen

Soweit kein vollständiges Einvernehmen zwischen Bund und Ländern über die notwendigen Flächenmengen und ihre Verteilung sowie wirkungsvollen Umsetzung besteht, ist die Verbindlichkeit einer Mengenvorgabe entscheidend. Nur so kann verhindert werden, dass einzelne Länder abweichen und das Gesamtziel verfehlt wird.

Um die notwendige Verbindlichkeit gegenüber Ländern und Planungsträgern herbeizuführen, werden verschiedene Möglichkeiten diskutiert. Am wirkungsvollsten erscheint es, auch vor dem Hintergrund nicht abschließend geklärt Abweichungsmöglichkeiten der Länder von bundesgesetzlichen Flächenzielen, nicht eine formale Planungspflicht anzustreben, sondern den Planungsträgern einen tatsächlichen Anreiz zur Umsetzung der bundesrechtlich festgelegten Mengenvorgaben zu geben. Hierfür können die Mengenvorgaben so mit dem Instrument der Konzentrationszonenplanung verbunden werden, dass deren Ausschlusswirkung nur dann greift, wenn die zugeteilten Flächenmengen für die Windenergie rechtzeitig ausgewiesen werden. Unterbleibt dies, findet im Plangebiet der Ausbau der Windenergie allein auf Grundlage der Außenbereichsprivilegierung statt. Die Erfüllung der Flächenmengen wird für die Planungsträger so zur Voraussetzung, die individuellen Steuerungsanliegen wirkungsvoll umsetzen zu können.

Möglichkeit zum Nachsteuern schaffen

Unabhängig davon, ob eine Mengenvorgabe als Flächenvorgabe oder Strommengenvorgabe formuliert wird, dürfte sich ein gewisser Anteil der ausgewiesenen Flächen spätestens im Genehmigungsverfahren als

⁴ Ergebnis der Sondierungen zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 3.

für den Betrieb von Windenergieanlagen ungeeignet herausstellen. Daher sollte von vornherein eine höhere Mengenvorgabe bundesrechtlich vorgegeben werden, um letztendlich die angestrebte Menge an Flächen auch tatsächlich nutzen zu können. Zudem sollten die bundesrechtlichen Mengenvorgaben befristet sein, um ein späteres Nachsteuern durch den Bund zu ermöglichen. Eine solche Nachjustierung ist auch im Hinblick auf die Zielerreichung unproblematisch. Zeitkritisch ist eine kurzfristige Bereitstellung weiterer Flächen, um die Ausbauziele in den Jahren 2030 bis 2035 zu erreichen. Für den danach erforderlichen weiteren Ausbau können auch noch zu einem späteren Zeitpunkt weitere Flächen ausgewiesen werden, ohne dass die Klimaschutzziele in Gefahr geraten müssen.

Akzeptanz nicht aus dem Auge verlieren

Der top-down Ansatz einer bundesrechtlichen Mengenvorgabe sollte zudem um Regelungen ergänzt werden, welche die Akzeptanz für die Windenergie vor Ort zu steigern geeignet sind. Dies können bottom-up Elemente im Rahmen der Flächenausweisung, etwa im Rahmen eines Verfahrens zur Auswahl von Flächen durch die Kommunen, die dann in die Planung aufgenommen und nur noch – soweit erforderlich – durch einen top-down Ansatz um weitere Flächenausweisungen ergänzt werden, oder auch weitere Möglichkeiten zur Gewährleistung einer finanziellen Partizipation der Betroffenen sein.

Ausgewählte Ansätze:

- ▶ Verbindlichkeit bundesrechtlicher Mengenvorgaben über ihre Verknüpfung mit der Konzentrationszonenplanung herstellen
- ▶ Mangelnde Eignung eines Teils der ausgewiesenen Flächen bei der Festlegung der bundesrechtlichen Mengenvorgaben antizipieren
- ▶ Möglichkeit zum Nachsteuern schaffen

II. Planungsverfahren beschleunigen und vereinfachen

Heute werden Flächen für die Windenergie im Wesentlichen mittels der sogenannten Konzentrationszonenplanung ausgewiesen. Diese Planungen konzentrieren die Wirkung der ansonsten allgemein bestehenden Außenbereichsprivilegierung von Windenergieanlagen auf bestimmte Flächen und halten im Übrigen den allergrößten Teil der Plangebiete von Windenergieanlagen frei.

Damit einerseits rechtzeitig Flächen in ausreichendem Umfang für den Windenergieausbau bereitgestellt werden und andererseits die hohe Steuerungsleistung von Konzentrationszonenplanungen und deren Fähigkeit zur sachgerechten Abbildung vielfältiger und sehr individueller regionaler Konstellationen bewahrt werden kann, müssen die Vorgaben für die Konzentrationszonenplanung reformiert werden. Aufgrund der strengen Anforderungen der Rechtsprechung sind die Planungsprozesse aktuell zu aufwändig, zu komplex und damit zu langsam, um ausreichende Flächenausweisungen bereits für die Ausbauziele in 2030 zu gewährleisten. Zudem ist das heutige Planungsregime zu fehleranfällig. Zahlreiche Pläne werden nach ihrem Inkrafttreten beklagt und aufgrund verschiedenster formeller wie materieller Fehler gerichtlich ganz oder teilweise für unwirksam erklärt⁵.

Weiterentwicklung in Richtung Positivplanungen

Um die Komplexität und Fehleranfälligkeit von Konzentrationszonenplanungen zu verringern, kann der Gesetzgeber diese in Richtung von Positivplanungen weiterentwickeln. Damit ginge einher, dass ein Verzicht auf die fehleranfällige Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen möglich wird. Der Schlüssel für diese Vereinfachung wäre aber, dass zugleich klare gesetzliche Mengenvorgaben gemacht werden, um keine Missbrauchsmöglichkeiten zu eröffnen. Dann würde auch die Bestimmung des „substanziellen Raums“ für die Windenergie erübrigt. Zudem könnte

⁵ Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – ein Update, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 37 vom 14.12.2018.

durch den Verzicht auf die strenge Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen und die damit einhergehende Weiterentwicklung der Konzentrationszonenplanung in Richtung einer Positivplanung zugleich auch der Planungsaufwand deutlich reduziert werden, da der Fokus der Planungen nunmehr klar auf denjenigen Flächen läge, die für Windenergienutzungen ausgewiesen werden sollen⁶.

Maßstäbe für Untersuchungs- und Abwägungstiefe klären

Für eine Verringerung des Planungsaufwands wird zudem eine Begrenzung der Anforderungen an die notwendige Untersuchungs- und Abwägungstiefe diskutiert. Eine Formulierung klarer gesetzlicher Vorgaben würde hier jedenfalls für mehr Rechtssicherheit sorgen. Eine über Klarstellungen hinausgehende Reduktion von Untersuchungs- und Abwägungstiefe zur Verminderung des Planungsaufwands müsste dagegen stets mit dem Ziel abgewogen werden, die Eignung der Flächen für den Windenergieausbau möglichst weitgehend zu gewährleisten. Eine Reduktion der Untersuchungen auf planerischer Ebene würde die Gefahr erhöhen, dass Flächen ausgewiesen werden, denen die notwendige Eignung fehlt. Das „Mehr“ an Flächen würde dann nicht auch ein „Mehr“ an Vorhabenrealisierungen bedeuten.

Reduktion des Aufwands der Öffentlichkeitsbeteiligung prüfen

Eingehend geprüft werden könnte zudem, ob und inwieweit eine weitere Begrenzung des Aufwands für Öffentlichkeitsbeteiligungen ermöglicht werden kann, ohne diese zu entwerten. Die Problematik besteht hier nicht in der Durchführung der Beteiligungsverfahren an sich, sondern in dem Umstand, dass diese teils drei- oder vierfach durchgeführt werden müssen, da sich die Planungsentwürfe immer wieder verändern und damit eine Endlosschleife von Entwurfsanpassungen und Öffentlichkeitsbeteiligungen entsteht. Vorgeschlagen werden immer wieder eine absolute Begrenzung der Beteiligungsrunden, aber auch ein Herauslösen solcher Flächen aus

den Verfahren, die von Veränderungen betroffen sind. Auf diese Weise soll ein Abschluss der Planungen jedenfalls für den größten Teil der Plangebiete erreicht werden. Bei der Umsetzung sind europa- und völkerrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen.

Ausweisung zusätzlicher Flächen erleichtern

Sofern der Gesetzgeber die Konzentrationszonenplanung nicht ohnehin in Richtung einer Positivplanung weiterentwickelt, könnte er eine Reduktion des Planungsaufwands zudem dort bewirken, wo zwar Konzentrationszonenplanungen in Kraft sind, zusätzliche Flächenausweisungen für die Windenergie aber unterbleiben, weil die Planungsträger vor aufwändigen Änderungsverfahren zurückschrecken. Ein aktuell anhängiges Revisionsverfahren beim Bundesverwaltungsgericht könnte Rechtssicherheit in der Frage schaffen, ob eine erneute Gesamtabwägung generell oder zumindest in bestimmten Fällen unterbleiben kann⁷. Soweit dies auf Grundlage des geltenden Rechts aber nicht möglich ist, die Frage nach den Grenzen dieses Vorgehens offen bleibt oder die Entscheidung nicht abgewartet werden soll, könnte der Gesetzgeber diese in einer ausdrücklichen Regelung konkretisieren.

Repoweringstandorte erhalten

Den Planungsträgern stehen bereits heute zahlreiche Möglichkeiten zur Verfügung, Repoweringstandorte zu erhalten. Gerade in der Raumordnung überwiegt aber vielfach das Interesse an einem „Aufräumen der Landschaft“ das Interesse am Erhalt bestehender und vielfach lokal akzeptierter Altstandorte. Der Gesetzgeber sollte das Repoweringinteresse deshalb mit mehr Gewicht in den Abwägungsprozessen ausstatten und hierfür nicht lediglich einen eigenen Abwägungsbelang, sondern ein Optimierungsgebot schaffen. Dies beließe die Möglichkeit, offensichtliche Fehlentwicklungen zu korrigieren, würde aber im Regelfall zu einem Erhalt von Repoweringstandorten führen.

⁶ Wegner, Ansätze zur Begrenzung der Fehleranfälligkeit und des Aufwands von Konzentrationszonenplanungen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 22 vom 04.08.2021.

⁷ Vgl. Menne/Wegner, Bauleitplanerische Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie, ZfBR 2020, 336 ff.

Um Repoweringstandorte nicht erst in zukünftigen Planungen, sondern bereits auf der Grundlage von Bestandsplänen jedenfalls in Einzelfällen zu erhalten, sollte der Gesetzgeber die Ausschlusswirkung von Konzentrationszonenplanungen mit Blick auf Repoweringstandorte beschränken. Dabei dürfen jedoch die Bestandspläne nicht in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt werden.

Fehlerfolgen und Umgang mit Planaufhebungen adressieren

Für eine Stabilisierung der Flächenausweisungen für die Windenergie kommen weiterhin die Ebenen der Fehlerfolgenregelungen sowie derjenigen Regelungen in Betracht, die für die Aufhebung von Plänen gelten. Diskutiert wird eine Regelung für eine befristete Fortgeltung auch fehlerhafter Planungen, um einen Übergang hin zu rechtmäßigen Zuständen zu ermöglichen und um dadurch mehrjährige Sperrung von Plangebieten über Plansicherungsinstrumente und Moratorien zu verhindern. Soweit gleichwohl Pläne aufgehoben werden, könnte der Gesetzgeber eine subsidiäre, planersetzende Regelung vorsehen, welche die Steuerungsinteressen betroffener Planungsträger berücksichtigt, zugleich aber einen Ausbau der Windenergie bis zur erneuten Aufstellung wirksamer Raumpläne ermöglicht⁸.

Ausgewählte Ansätze:

- ▶ Konzentrationszonenplanung in Richtung einer Positivplanung weiterentwickeln
- ▶ Weitergehende Vereinfachungen anstreben, ohne aber die Leistungsfähigkeit der Steuerung zu gefährden
- ▶ Repoweringstandorte durch Schaffung eines Optimierungsgebots erhalten

III. Fadenriss bei der Flächenbereitstellung vermeiden

Die Vorgabe bundesrechtlicher Mengenziele dürfte bundesweit jedenfalls dort Planungsverfahren in größerer Zahl auslösen, wo bislang deutlich zu wenig Flächen für die Windenergie ausgewiesen wurden. Hier besteht das Risiko, dass es durch den Einsatz landesrechtlicher sogenannter Windenergiemoratorien und den Einsatz von Plansicherungsinstrumenten zu einer mehrjährigen Sperrung dieser Planungsräume für die Realisierung von Windenergievorhaben und damit zu einem Fadenriss bei der Vorhabenrealisierung kommt. Der Bundesgesetzgeber muss hier Regelungen treffen, um den Übergang hin zu einer stärkeren Mengensteuerung proaktiv zu gestalten.

Das skizzierte Problem ist bislang nur teilweise diskutiert. Vorgeschlagen werden insbesondere Fristenregelungen, die verhindern sollen, dass die Mengenvorgaben erst in allzu ferner Zukunft umgesetzt werden und bis dahin Altpläne mit weitreichender Ausschlusswirkung fortgelten. Mit Ablauf der Umsetzungsfrist soll im betroffenen Plangebiet der Windenergieausbau auf Grundlage der Außenbereichsprivilegierung stattfinden.

Noch nicht gelöst ist damit aber das Problem, dass Planungsverfahren, die nach Fristablauf fortlaufen oder überhaupt erst begonnen werden, mittels landesrechtlicher Moratorien und Plansicherungsinstrumente abgesichert werden und so die Realisierung einzelner Vorhaben oder des Ausbaus insgesamt im Plangebiet unterbunden wird.

Wenn es nicht gelingt, landesrechtliche Moratorien bundesrechtlich zu unterbinden, könnte eine zeitliche Staffelung der Mengenvorgaben erwogen werden. Diese würden dann erst nach und nach „scharf“ gestellt. Hierbei könnten zunächst Planungsträger ausgenommen werden, die sich aktuell in Planungsverfahren befinden. Auf diese Weise würde ermöglicht, dass diese Verfahren zunächst abgeschlossen und so weitere Flächen für die Windenergie kurzfristig ausgewiesen werden. Zugleich

⁸ Wegner, Ansätze zum Umgang mit Fehlern und zur Begrenzung der Fehlerfolgen bei

Windkonzentrationszonenplanungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 39 vom 06.03.2019.

würde die Sperrung einzelner Planungsräume zeitlich gestreckt und so der Übergang zu einem Mehr an Flächenverfügbarkeit möglichst schonend gestaltet.

Ein Ansatzpunkt könnte es zudem sein, die Zulassung von Windenergievorhaben in Zukunft auch dort bereits auf der Grundlage von Planentwürfen zuzulassen, wo diesen nach bisherigem Recht noch die Vorgaben der bestehenden Altpläne entgegenstehen. Während bislang die Vorwirkung von Planentwürfen etwa im Zusammenhang mit Plansicherungsinstrumenten oder als unbenannter Belang bei der Zulassung von Außenbereichsvorhaben allein zu Lasten der Windenergie herangezogen wird, könnte diese durch eine Rechtsänderung in § 35 BauGB auch zugunsten der Windenergie fruchtbar gemacht werden. Die Geltungskraft von Altplänen würde so im Zuge ihrer Ablösung durch neue Pläne zwar bereits vor Beschluss der neuen Pläne geschwächt. Gegenüber den schon heute möglichen Zielabweichungen kann dies aber als Minusmaßnahme betrachtet werden.

Ausgewählte Ansätze:

- ▶ Einführung der Mengenvorgaben zeitlich staffeln und den Abschluss laufender Planungsverfahren ermöglichen
- ▶ Möglichkeit prüfen, inwieweit Vorhaben trotz noch bestehender Altpläne auf der Grundlage von Planentwürfen zugelassen werden können

IV. Flächenintensive Hemmnisse beseitigen, planerische Suchräume weiten

Im aktuellen Rechtsrahmen findet sich sowohl auf Bundesebene als auch auf Ebene der Länder eine Vielzahl an Regelungen, die in pauschaler Weise Flächen für die Windenergie sperren oder dazu führen, dass auf den vorgesehenen Flächen weniger Windenergieanlagen errichtet werden können, als dies möglich wäre.

Im besonderen Maße hiervon betroffen sind die siedlungsnahen Bereiche. Auf

Grundlage der alten und neuen Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB wurden bislang in Bayern und Nordrhein-Westfalen pauschale Abstandsregelungen getroffen. In weiteren Ländern werden diese erwo-gen. In ihrer tatsächlichen Wirkung vergleichbare Regelungen finden sich zudem im Landesplanungsrecht, beispielsweise in Hessen und Rheinland-Pfalz. Solcherlei pauschale Regelungen, die dazu führen, dass in den betroffenen Bereichen kein bzw. fast kein Windenergiezubau stattfindet und gerade Repoweringstandorte entfallen, verengen die Suchräume der Planer ganz erheblich und verhindern, dass planerische Lösungen die Umstände des Einzelfalls berücksichtigen können. Zudem führen sie dazu, dass der Windenergieausbau immer stärker in Räumen stattfindet, deren ökologischer Wert höher ist und hier für Konflikte zwischen Windenergieausbau und Naturschutz sorgt. Wo pauschale gesetzliche oder landesplanerische Regelungen fehlen, folgen Mindestabstände zudem immer mehr aus den richterrechtlichen Grundsätzen des Verbots einer optisch-bedrängenden Wirkung. Der Gesetzgeber kann in diesem Geflecht an Regelungen für mehr Klarheit sorgen, die Einhaltung echter Schutzabstände absichern, die richterrechtlichen Grundsätze zum Verbot optisch bedrängender Wirkung auf ihren ursprünglichen Anwendungsbereich eines absoluten Nahbereichsschutzes um Siedlungen zurückführen und darüber hinaus pauschale Regelungen zugunsten planerischer Suchräume zurückdrängen.

Neben dem siedlungsnahen Bereich werden zudem auch verschiedene Naturräume immer weitergehend für den Windenergieausbau ganz oder teilweise gesperrt. Dies geschieht zum einen durch die in den Ländern höchst unterschiedliche Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten, die einen Anteil der Landesfläche zwischen 9 Prozent (Schleswig-Holstein) und 42 Prozent (Nordrhein-Westfalen) bedecken und deutschlandweit etwa ein Viertel der Fläche umfasst. Zum anderen werden in mehreren Ländern Wälder pauschal für Windenergienutzungen gesperrt, so dass hier selbst ein Ausbau in forstwirtschaftlich intensiv genutzten Wäldern ausscheidet. Zugleich aber bestehen auf sogenannten unkonventionellen Flächen, wie solche für die Abfallbeseitigung, Hafengeländen, Kläranlagen und anderen gewerblich genutzten

Flächen, erhebliche Hemmnisse zu deren Nutzung.

Der Bundesgesetzgeber kann diese unterschiedlichen flächenintensiven Hemmnisse auf verschiedene Weise angehen: Soweit bundesrechtliche Regelungen die Hemmniswirkung entfalten, kann der Gesetzgeber diese schlicht ändern bzw. überhaupt erstmals regeln. Insbesondere Änderungen des § 249 Abs. 3 BauGB, eine Öffnung bestimmter gewerblicher Flächen oder eine Ausgestaltung des Verbots optisch-bedrängender Wirkung stehen dem Gesetzgeber ohne Weiteres offen. Soweit dagegen landesrechtliche Regelungen die Hemmniswirkung entfalten, kann der Bund entweder prüfen, inwieweit hier einheitliche Regelungen etwa zur Nutzung verschiedener Waldarten möglich sind, und entsprechende Spielräume nutzen, selbst wenn die Länder hiervon wiederum abweichen könnten.

Der Bundesgesetzgeber kann aber seinen Einfluss auch über die bundesrechtlichen Mengenvorgaben geltend machen. Bei deren Bemessung muss der Bund ohnehin eine Definition der Potenzialflächen vornehmen und dabei auch entscheiden, ob beispielsweise bestimmte Waldflächen oder Landschaftsschutzgebiete als ganz oder teilweise nutzbar zugrunde gelegt werden. Soweit dies die Flächenmengen für ein Land erhöht, steigt dort der Druck, landesrechtliche Restriktionen für die Windenergienutzung zurückzuführen und beispielsweise auch Repoweringstandorte zu erhalten. Nichtsdestotrotz bliebe es auch bei Geltung entsprechender Mengenvorgaben weiterhin dem jeweiligen Land überlassen, ob diese zur Erfüllung der Mengenvorgaben Waldflächen für Windenergienutzungen anteilig öffnen oder anderweitige Flächen weitergehend als in anderen Ländern für den Windenergieausbau öffnen.

Eine Bundesregelung wäre auch bei der Frage denkbar, inwieweit die Rotorspitzen von Windenergieanlagen auch außerhalb der Grenzen planerischer Gebietsausweisungen liegen dürfen. Eine generelle Zulassung dessen für raum- und bauleitplanerische Gebietsausweisungen könnte eine Platzierung zusätzlicher Anlagen im Umfang von 20 Prozent oder mehr ermöglichen, ohne dass hierfür weitere Flächen ausgewiesen werden müssten.

Ausgewählte Ansätze:

- ▶ Nutzung von Mengenvorgaben, um pauschale Regelungen zum Ausschluss von Windenergienutzungen auf Landesebene zurückzuführen und Suchräume für individuelle planerische Lösungen zu weiten
- ▶ Beseitigung flächenintensiver Hemmnisse im Bundesrecht

C. Werkzeugkasten Genehmigungserteilung

I. Prüfungsumfang reduzieren und klarstellen

Eine Straffung bzw. Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens könnte zunächst durch eine Verringerung des Umfangs erforderlicher Prüfungen erreicht werden oder zumindest durch eine Klarstellung und Vereinheitlichung der Prüfungsanforderungen. Das ist entlang des gesamten für die Genehmigung von Windenergieanlagen einschlägigen Rechts und dabei grundsätzlich an verschiedenen Stellen und in unterschiedlicher Reichweite denkbar.

So könnte etwa der Umfang erforderlicher Prüfungen oder Untersuchungen in Bereichen eingeschränkt werden, die sich gerade durch einen besonders hohen Prüfungsumfang und -aufwand auszeichnen. Dies gilt etwa für das Artenschutzrecht, wo die Prüfanforderungen in den letzten Jahren stetig angestiegen sind. Grundlage dafür sind meist die verwaltungsinternen Leitfäden der Länder für den Vollzug der Regelungen, weniger die im Wesentlichen gleich gebliebenen gesetzlichen Regelungen selbst. Der Gesetzgeber könnte insoweit durch gesetzliche Klarstellungen und Standardisierungen sowohl für Einheitlichkeit im Vollzug als auch für Erleichterungen durch Verringerung bestimmter Anforderungen an Untersuchung und Ermittlung etwaiger Auswirkungen auf Tierarten sorgen. Dies würde zugleich auch die Erstellung vollständiger Antragsunterlagen erleichtern und häufigen Nachforderungen entgegenwirken.

Weitgehender wäre das gänzliche Absehen von der Prüfung bestimmter materiell-rechtlicher Anforderungen oder Aspekte möglich – sei es generell oder zumindest in konkreten Situationen. Diese wären insoweit nicht mehr Genehmigungsvoraussetzung, blieben aber weiterhin einzuhalten-des Recht. Der Vorhabenträger selbst wäre für die Einhaltung verantwortlich, wie dies zum Beispiel im Baurecht bereits vielfältig gesetzlich vorgesehen ist. Sinnvoll erscheint ein solcher Prüfverzicht aber nur

insoweit, als dass damit keine unkalkulierbaren Gefahren oder Risiken einhergehen. Hinzu kommen europarechtliche Prüfvorgaben, die jedenfalls einem Verzicht auf jegliche Prüfung entgegenstehen. Dies betrifft etwa weite Teile des europäischen Natur- und Artenschutzrechts. Dagegen kommt etwa der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung (§§ 13 ff. BNatSchG) keine solche europarechtliche Prägung zu. Ausdrücklich diskutiert wird ein Prüfverzicht in Bezug auf die bauordnungsrechtlichen Abstandsangaben.

Auch hinsichtlich des Repowerings werden Beschränkungen des Prüfungsumfangs diskutiert. Schwerpunktmäßig geht es hierbei darum, die Prüfung der Zulassung eines Repowering-Vorhabens auf diejenigen Aspekte zu beschränken, die sich im Vergleich zur bisherigen Situation verschlechtern.

Zuletzt gibt es bestimmte Konstellationen, wie etwa den Vorbescheid oder die Änderungsgenehmigung, in denen die behördliche Prüfung eigentlich bereits von Gesetzeswegen auf bestimmte Aspekte beschränkt ist. Über den Vorbescheid sollen einzelne Genehmigungsvoraussetzungen geklärt werden können; die Änderungsgenehmigung erfasst nur zu ändernde Aspekte oder Teilbereiche, nicht aber die gesamte Anlage. Dennoch findet auch in diesen Fällen nicht selten eine weitreichende Prüfung statt, deren Umfang einem Neugenehmigungsverfahren entsprechen kann (z. B. bei der Genehmigung eines Typwechsels im Rahmen einer Änderungsgenehmigung). Um dem entgegenzuwirken, bieten sich daher klarstellende Formulierungen des Gesetzgebers zum genauen Prüfungsumfang an. Im Ergebnis kann so das Verfahren vereinfacht und beschleunigt sowie die Rechtsicherheit erhöht werden.

Ausgewählte Ansätze:

- ▶ Ausmaß erforderlicher Prüfungen reduzieren und vereinheitlichen (z. B. beim Artenschutzrecht)
- ▶ Verzicht auf Prüfung bauordnungsrechtlicher Abstandsvorgaben
- ▶ Reduktion des Prüfungsumfangs beim Repowering
- ▶ Klarstellung des Prüfungsumfangs bei
 - ▷ Änderungsgenehmigung
 - ▷ Vorbescheid

II. Prüfungsmaßstäbe konkretisieren und vereinheitlichen

In dieselbe Richtung wirkt der zweite Reformansatz. Die gesetzliche Verankerung konkreter Prüfungsmaßstäbe ist ein, wenn nicht gar das wesentliche Instrument zur Erreichung von mehr Rechtssicherheit und Tempo bei der Genehmigung von Windenergieanlagen. Diese Option hilft Behörden, Vorhabenträgern und Gerichten gleichermaßen. Die zu prüfenden Genehmigungsvoraussetzungen enthalten nicht selten unbestimmte Rechtsbegriffe bis hin zu Generalklauseln und weite, nicht näher mit Maßstäben konkretisierte Abwägungs- und Ermessensspielräume, ohne nähere Vorgaben über deren Ausfüllung zu machen (z. B. „signifikant erhöht“, „öffentliches Interesse“, „gestört werden“). Dies ist zwar nicht per se problematisch und eine vollständige Abschaffung dieser für die Bewältigung einer Vielzahl unterschiedlicher Anwendungsfälle wäre auch gar nicht anstrebenswert. Der Gesetzgeber arbeitet häufig mit unbestimmten Rechtsbegriffen⁹, die dann im Rahmen des Vollzugs von den Behörden zu konkretisieren und auf den jeweiligen Einzelfall anzuwenden sind. Er schafft hierüber bewusst eine gewisse „Offenheit“ und auch entsprechende Spielräume für den Vollzug. Die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale können dabei aber zum einen von sehr unterschiedlicher Präzision sein – von einer Skala von

zunehmender bis abnehmender inhaltlicher Bestimmtheit¹⁰. Problematisch kann es zum anderen insbesondere dann werden, wenn es zur Konkretisierung der tatbestandlichen Voraussetzungen eines umfangreichen fachlichen Sachverständnisses bedarf und am Ende trotz größter Anstrengung wertende Entscheidungen verbleiben. Liefern die jeweiligen Fachwissenschaften in einer solchen Konstellation keine klaren und eindeutigen Antworten (wie etwa im Bereich des Artenschutz- oder Luftverkehrsrechts), führt das häufig dazu, dass die Gerichte den Behörden einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Entscheidungsspielraum einräumen. Dies führt bei Vorhabenträgern wiederum zu einer geringeren Planungs- und Investitionssicherheit. Auf Seiten der Behörden wird schließlich versucht, der Rechtsunsicherheit mit hohen Prüfanforderungen zu begegnen, um „auf Nummer sicher“ zu gehen (diese Tendenz zeigt sich insbesondere im Artenschutzrecht). Sofern der Vollzug der Regelungen bei den Ländern liegt, was abgesehen von seltenen Ausnahmen (etwa bei § 18a LuftVG) regelmäßig der Fall ist, divergieren diese Prüfanforderungen zudem noch von Bundesland zu Bundesland und führen zu einem uneinheitlichen Vollzug mit unterschiedlichen Anforderungen innerhalb Deutschlands. Dies erfolgt mangels Gesetzgebungskompetenz der Länder „nur“ in Form von Verwaltungsvorschriften, die für die Gerichte wiederum nicht verbindlich sind. Auch dies erhöht die Rechtsunsicherheit nochmals.

Die Schaffung konkreter und einheitlicher sowie gesetzlicher oder anderweitig rechtsverbindlicher Prüfungsmaßstäbe ist damit eine besonders effektive und nachhaltige Stellschraube für die Verbesserung der Genehmigungssituation von Windenergieanlagen. Schließlich hat der Umgang mit den Genehmigungsvoraussetzungen sowohl Bedeutung für die Vorbereitung der Antragsunterlagen und die Dauer des eigentlichen Genehmigungsverfahrens als auch für Dauer und Planbarkeit etwaiger Rechtschutzverfahren. Allerdings ist das Erreichen von Standardisierung und Konkretisierung mitunter durchaus komplex, was nicht zuletzt etwa an der bereits langjährig

⁹ So auch zum Artenschutzrecht *Lau*, in: Frenz/Müggelberg, BNatSchG, 3. Auflage 2021, Vor § 44 Rn. 1.

¹⁰ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 27.

geführten Diskussion über die Anwendung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbot (§ 44 BNatSchG) erkennbar ist. Ebenso ist aber zu berücksichtigen, dass sich der Gesetzgeber in derartigen Bereichen auch nicht auf Dauer damit begnügen darf, die Rechtsanwendung in einem „wissenschaftlichen Erkenntnisvakuum“ zu belassen. Wissenschaftliche Erkenntnislücken lassen sich wohl in den wenigsten Fällen vollumfänglich schließen, sodass es damit umzugehen und praktikable Lösungen umzusetzen gilt. Das BVerfG fordert bei entsprechenden Fällen in grundrechtsrelevanten Bereichen vom Gesetzgeber, auf Dauer zumindest für eine untergesetzliche Maßstabsbildung zu sorgen, belässt hierfür aber durchaus weite Spielräume¹¹.

Ausgewählte Ansätze:

- ▶ Konkretisierung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbot (insb. Signifikanzanforderung einschließlich Grundrisiko)
- ▶ Konkretisierung der Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Ausnahme (insb. Ausnahmegründe)¹²
- ▶ Konkretisierung der Störung von Drehfunkfeuern (Flugsicherung)¹³

III. Windenergieausbau priorisieren

Eine Stärkung des Windenergieausbaus könnte der Gesetzgeber auch dadurch erreichen, dass er die Belange der Windenergie und des dahinterstehenden Klimaschutzes in ihrer Bedeutung gegenüber anderen öffentlichen Belangen erhöht, die der Gesetzgeber in vielfältiger Weise im Prüfprogramm für Windenergieanlagen festgelegt hat. Gemeint ist, dass der Belang der

Windenergie in einem Konfliktfall mit anderen öffentlichen Interessen gestärkt wird und sich dadurch leichter durchsetzen kann oder nur unter erhöhten Bedingungen weichen muss. Dies soll nicht – wie bisher – erst und alleine auf Vollzugsebene durch die Behörden erfolgen (können), sondern bereits auf Gesetzesebene (z. B. Klarstellung des öffentlichen Interesses an der Nutzung erneuerbarer Energien im EEG und/oder Fachgesetzen bzw. auch im KSG).

Zum einen könnte dieser Gedanke im Rahmen solcher Genehmigungsvoraussetzungen integriert werden, deren Prüfung eine Abwägung erfordert (z. B. im Denkmalschutzrecht oder bei der artenschutzrechtlichen Ausnahmeerteilung). Der Gesetzgeber würde so die Gewichtung der im Einzelfall betroffenen Abwägungsbelange zu Gunsten der Windenergie und des Klimaschutzes verschieben.

Auch außerhalb von Abwägungsentscheidungen kann der Gesetzgeber eine solche stärkere Priorisierung vornehmen und durch Verfahrensrechte zusätzlich stärken. Besteht etwa ein luftverkehrsrechtlicher Konflikt zwischen einer Windenergieanlage und dem An-/Abflugverkehr an einem Flughafen (Stichwort „Platzrunde“) oder einer militärischen Tiefflugstrecke, könnte eine Priorisierung der Windenergie dadurch erreicht werden, dass sich die Belange des Luftverkehrs nur dann durchsetzen, wenn eine Verlegung oder Anpassung der betreffenden Platzrunde bzw. Tiefflugstrecke nicht möglich oder unzumutbar ist. Zudem könnte der Vorhabenträger – während des laufenden Verfahrens – ein spezielles Mitwirkungsrecht (z. B. auf Anhörung) erhalten, um selbst einen Beitrag zur Konfliktlösung beitragen zu können¹⁴.

Bestimmte Konfliktsituationen würden dadurch nicht mehr einseitig zu Lasten des Windenergieausbaus gelöst. Vielmehr würde die Versagung der Genehmigung

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rn. 24: „untergesetzliche Maßstabsbildung beispielsweise durch Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden (...) oder wenigstens genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen vorgeben.“

¹² Siehe näher hierzu *Sailer*, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 v. 11.03.2020.

¹³ Siehe näher hierzu *Schmidt*, Abbau von luftverkehrsrechtlichen Hemmnissen beim Windenergieausbau – Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten bei der Störung von Flugsicherungseinrichtungen nach § 18a LuftVG, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 51 v. 28.10.2020.

¹⁴ Siehe im Zusammenhang mit der Feststellung des BAF zur Störung von Flugsicherungseinrichtungen *Schmidt*, Die Störung von Drehfunkfeuern durch Windenergieanlagen, ZNER 2021, S. 28 (33 f.).

einer Windenergieanlage nur noch unter erhöhten Anforderungen möglich sein. Das Überwiegen des Interesses an der Windenergie (oder allgemein der Nutzung erneuerbarer Energien) würde gewissermaßen zur Regel, von der nur ausnahmsweise und mit erhöhtem Begründungsaufwand abgewichen werden könnte. Neben dem dargestellten Bereich des Luftverkehrs lässt sich dieser Ansatz auch auf weitere Konflikte, etwa mit seismologischen Anlagen oder dem Landschaftsbild, übertragen. Es liegt grundsätzlich in der Kompetenz des Gesetzgebers, in Situationen, in denen sich verschiedene öffentliche Interessen gegenüberstehen, eine entsprechende Priorisierung bzw. Gewichtung bereits auf Gesetzeszebene vor(weg)zunehmen und dies nicht gänzlich dem Vollzug der Behörden zu überlassen. Wenn es ein wichtiges Anliegen ist, den Ausbau der Windenergie zu beschleunigen, ist es eine zentrale Aufgabe des Gesetzgebers dies auch im Verhältnis zu jedem einzelnen anderen Belang entsprechend gesetzlich zu gewichten.

Ausgewählte Vorschläge:

- ▶ **Ausdrückliche Klarstellung(en) des öffentlichen Interesses am Ausbau der Windenergie und dessen Beitrag zur öffentlichen (Energieversorgungs-)Sicherheit**
- ▶ **Gewährleistung einer höheren Durchsetzungskraft der Windenergie gegenüber anderen Belangen**

IV. Zulassungsverfahren verbessern

Änderungen bzw. Anpassungen am Zulassungsverfahren sind in unterschiedlicher Reichweite denkbar. So wird zuweilen erwogen, sich in Form eines Systemwechsels in grundlegender Art und Weise vom bisherigen Genehmigungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz zu lösen, etwa indem dieses gänzlich oder partiell aus dem BImSchG herauslöst und ein

windenergiespezifisches Genehmigungsverfahren geschaffen wird (Stichwort Windan-Land-Gesetz). Entscheidend ist allerdings weniger, in welchem Rechtsakt das Verfahren geregelt ist und welches Verfahren am Ende durchgeführt wird, sondern wie dieses ausgestaltet ist. Auch im bisherigen Verfahren finden sich zahlreiche Ansätze zur Beschleunigung durch Anpassung einzelner Verfahrenselemente. So könnten etwa strengere Vorgaben für den Lauf von Fristen sowie die Rechtsfolgen bei Versäumung von Fristen geregelt werden. Daneben könnte die teils langwierige und komplexe Beteiligung der Fachbehörden (z. B. Luftverkehrsbehörden) etwa dadurch angepasst werden, dass der Genehmigungsbehörde die Möglichkeit eingeräumt wird, erforderliche Zustimmungen anderer Behörden in bestimmten Fällen ersetzen zu dürfen.

Im Zusammenhang mit dem Repowering spielen neben diesen allgemeinen auch spezielle verfahrensbezogene Aspekte und deren Bewältigung eine Rolle. Das betrifft insbesondere die verfahrensrechtliche Einordnung des Repowerings als Änderungs- oder Neugenehmigung. Für bestimmte Repowering-Fälle („kleines Repowering“) wird gar eine Freistellung von jeglichem Zulassungsbedürfnis gefordert.

Generell bietet auch die Digitalisierung verschiedene Möglichkeiten, Verfahrensabläufe und -elemente durch elektronische Durchführung zu vereinfachen und zu beschleunigen. Diese gilt es sinnvoll zu nutzen und erforderliche finanzielle Mittel bereit zu stellen. Aktuell bestehen in diesem Bereich große Unterschiede zwischen den Bundesländern¹⁵.

Bei der Anpassung verfahrensbezogener Regelungen ist grundsätzlich jedoch folgendes zu beachten: Ein Hauptgrund für Verzögerungen im Genehmigungsverfahren dürfte der derzeitige Umgang mit bestimmten materiell-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen und damit das eigentliche Prüfprogramm sein. Die dort bestehenden Probleme und Rechtsunsicherheiten führen zu langwierigen und komplexen Genehmigungsverfahren. Existieren dagegen insbesondere klare

¹⁵ Siehe *Bickert et al.*, OZG-Leistungsanalyseprojekt - Ein Beitrag zur OZG-Umsetzung in Baden-Württemberg, 2021, S. 100.

Prüfungsmaßstäbe und ein hohes Maß an Rechtssicherheit, trägt dies automatisch zur Beschleunigung und Vereinfachung der Verfahren bei und wirkt sich auch positiv auf etwaige spätere Klageverfahren aus. Zwar dürfte auch im Bereich der Ausgestaltung des Verfahrens ein Beschleunigungspotential liegen, das der Gesetzgeber heben sollte. Letztlich fungiert das Verfahren aber nur als „Hülle“ für das jeweilige Prüfprogramm. Ändert sich daher nicht auch das Prüfprogramm, so bleibt auch das Verbesserungspotenzial durch bloße Verfahrensanpassungen eher gering. Anpassungen im Bereich der materiell-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen erscheinen daher insofern wesentlich effektiver und nachhaltiger als Beitrag zur Beschleunigung und Vereinfachung. Sie setzen mehr an der Wurzel des Problems der langen Verfahrensdauern an und weniger an der Bekämpfung einzelner Symptome.

Ausgewählte Ansätze:

- ▶ Strengere Fristenregelungen (insb. Rechtsfolgen bei Fristablauf)
- ▶ Straffung der Behördenbeteiligung
- ▶ Vereinfachung des Typwechsels
- ▶ Schaffung einer Rechtsgrundlage für Änderung von Nebenbestimmungen

V. Rechtsschutzsituation verbessern

Auch zum Thema Rechtsschutz werden verschiedene Änderungsvorschläge diskutiert. Rechtsschutzverfahren verzögern zwar einerseits den Zeitraum bis zur Bestandskraft der Genehmigung weiter, erfüllen aber andererseits wichtige verfassungsrechtliche Garantien und sind teils auch europa- und völkerrechtlich geprägt. Dabei darf aber vor allem die Abhängigkeit des Rechtsschutzverfahrens vom Genehmigungsverfahren nicht außer Acht gelassen werden. Die derzeit auf Genehmigungsebene bestehenden Unsicherheiten setzen sich gleichsam in den gerichtlichen Verfahren fort, ziehen diese in die Länge und bieten Raum für unterschiedliche Rechtsansichten zwischen den Gerichten und Instanzen.

Besonders entscheidend auch für die Ebene des gerichtlichen Rechtsschutzes sind daher klare Maßstäbe zum Prüfungsumfang, zu den Prüfungsanforderungen und zur Priorisierung des Windenergieausbaus für die Genehmigungsverfahren. Diese schlagen sich unmittelbar auch in der Dauer der Rechtsschutzverfahren gegen Windenergieprojekte nieder. Je mehr Rechtssicherheit hier besteht, desto geringer ist das Risiko von Fehlern in den Genehmigungsverfahren. Insofern senken klare Maßstäbe zugleich das Risiko von Klagen bzw. erfolgreichen Klagen und das mit Letzteren meist verbundene endgültige Aus für die Projekte. Zugleich erleichtert und beschleunigt das Bestehen konkreter rechtlicher Vorgaben und Standards die gerichtliche Kontrolle und dürfte zusätzlich die Verfahren auch auf der Rechtsschutzebene beschleunigen.

Dennoch lässt sich der Windenergieausbau auch im Bereich der Rechtschutzes stärken. Zunächst können klare prozessrechtliche Vorgaben ebenso zur Verfahrensbeschleunigung beitragen wie eine ausreichende technische und personelle Ausstattung der Gerichte und spezielle „Windenergiesenate“. Für den Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes wird etwa die Einführung einer Frist zur Stellung und Begründung von Anträgen gegen Genehmigungen von Windenergieanlagen sowie eine stärkere Berücksichtigung der Bedeutung der Windenergie für den Klimaschutz im Rahmen der hierfür erforderlichen Interessenabwägung des Gerichts gefordert. Daneben wäre etwa auch an eine Erweiterung von Rechtsschutzmöglichkeiten im Interesse der Windenergie zu denken. Gemeint ist die Schaffung von Rechtsschutzmöglichkeiten für Projektierer bzw. Vorhabenträger, mit denen bereits im Vorfeld des eigentlichen Genehmigungsverfahrens gegen etwaige Hindernisse vorgegangen bzw. deren gerichtliche Überprüfung erreicht werden kann. Ein praktisch relevantes Beispiel hierfür wäre etwa die Möglichkeit, gerichtlich gegen die einem Windenergieprojekt entgegenstehende, um einen Flugplatz festgelegte Platzrunde vorzugehen (Luftverkehrsrecht). Derzeit haben Vorhabenträger keine Möglichkeit, die Lage oder den Verlauf von Platzrunden überprüfen oder geschweige denn anpassen zu lassen. Auch auf Konflikte mit militärischen

Tiefflugstrecken ließe sich diese Überlegung übertragen.

Eine Einschränkung von Rechtsschutzmöglichkeiten dagegen, wie sie teils vor allem bei der Verbandsklage diskutiert wird, ist dagegen kein geeignetes Instrument für eine zeitnahe Beschleunigung des Windenergieausbaus. Die hier zu beachtenden europa- und völkerrechtlichen Vorgaben bieten allenfalls geringe und mit Rechtsunsicherheiten behaftete Spielräume. Anpassungen dieser Vorgaben sind zwar grundsätzlich möglich, nehmen aber zu viel Zeit in Anspruch als dass sie eine rasche und zeitnahe Option für das Erreichen der Klimaziele darstellen. Auch das Verbandsklagerecht würde an „Bedrohung“ verlieren, wenn die Verwaltungsverfahren weniger fehleranfällig wären, denn nicht die Klage als solche ist problematisch, sondern deren nicht sicher abzuschätzenden Erfolgsaussichten.

Ausgewählte Ansätze:

- ▶ Schaffung von Überprüfungsmöglichkeiten, z. B. in Bezug auf Platzrunden, Tiefflugstrecken
- ▶ Schaffung einer Frist zur Stellung und Begründung von Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz
- ▶ Höheres Gewicht der Windenergie im Rahmen der gerichtlichen Interessenabwägung beim einstweiligen Rechtsschutz

VI. Europarechtliche Spielräume nutzen und Europarecht weiterentwickeln

Etliche Anforderungen im Genehmigungsrecht haben ihren Ursprung in europarechtlichen Vorgaben. Die wesentlichen Weichenstellungen erfolgen in diesen Bereichen somit bereits auf europäischer Ebene. Dies betrifft vor allem die umweltrechtlichen Vorgaben, wie etwa zum Natur-

und Artenschutzrecht oder zum UVP-Recht. Diese Vorgaben begrenzen den Spielraum des deutschen Gesetzgebers, wenn auch nicht in allen Bereichen immer in gleichem Umfang. So sind etwa die gesetzgeberischen Spielräume im europäischen UVP-Recht weiter, während sie im europäischen Artenschutzrecht und erst recht bei der Verbandsklage deutlich enger sind.

Allerdings wurzeln eine Reihe der rechtlichen Unsicherheiten auf Genehmigungsebene bereits schon in den zugrundeliegenden europarechtlichen Vorgaben. Hier zieht sich der Gesetzgeber nämlich zusehends auf eine sogenannte 1:1-Umsetzung von europäischen Richtlinienvorgaben zurück und verzichtet damit auf die Nutzung seines Umsetzungs- und Konkretisierungsspielraums. Hierdurch soll zwar auf der einen Seite sichergestellt werden, dass Umsetzungslücken und -defizite von vornherein weitgehend vermieden werden. Auf der anderen Seite verlagert dieses Vorgehen aber die Unsicherheiten auf die Vollzugsebene, erhöht damit den Konkretisierungsbedarf im behördlichen Vollzug und sorgt schließlich nicht selten für ein uneinheitliches Vorgehen und das Anlegen von tendenziell höheren Anforderungen. Jüngst hat sogar die Generalanwältin am Europäischen Gerichtshof (EuGH) *Kokott* auf einen solchen Konkretisierungsbedarf durch die Mitgliedsstaaten in Bezug auf das Artenschutzrecht hingewiesen¹⁶.

Es gilt daher zum einen, die stellenweise durchaus vorhandenen europarechtlichen Spielräume auszuloten und konsequent im Sinne der Rechtsicherheit zu nutzen. Dies gilt vor allem für die vielfältigen Diskussionen zum Artenschutzrecht, sei es ein eher populationsbezogener Ansatz im Bereich der Vogelschutz-Richtlinie, Konkretisierungen bei der Ausnahmeregelung oder eine generell stärker getrennte Umsetzung der Artenschutz-Richtlinien, um deren Unterschieden besser gerecht zu werden¹⁷.

Wo sich drängende Konflikte auf diese Weise nicht lösen lassen oder kein höheres Maß an Rechtssicherheit schaffen lässt, wäre zu überlegen, ob und wie die europarechtlichen Vorgaben mit dem Ziel der

¹⁶ *Kokott*, Schlussanträge vom 10.09.2020 – C-473/19, C-474/19, Rn. 91.

¹⁷ Siehe hierzu *Schmidt/Sailer*, Doch keine Erleichterungen im Artenschutzrecht?, ZNER 2021, S. 154 (159).

Priorisierung des Windenergieausbaus und damit zur Stärkung des Klimaschutzes weiterentwickelt werden können. Anpassungen des Europarechts werden folglich immer dort ins Spiel gebracht, wo konkrete Ansätze zur Änderung nationalen Rechts in Konflikt mit den dahinterstehenden europarechtlichen Vorgaben treten (können). Dies betrifft etwa eine Harmonisierung der beiden Ausnahmeregime in der FFH- und der Vogelschutz-Richtlinie und der Aufnahme weiterer ausdrücklicher Ausnahmeregründe im Sinne des Klimaschutzes¹⁸. Der gesetzgeberische Werkzeugkasten bietet hierfür aber lediglich die Option, auf europäischer Ebene auf entsprechende Änderungen hinzuwirken. Die Verhandlungen zum „Fit for 55“-Paket und die Notwendigkeiten zur Verbesserung der Rechtslage auch zur Erreichung der europäischen Klimaschutzziele könnten ein passendes Zeitfenster bieten, diese Diskussionen in der Europäischen Union zu führen. Zu beachten ist aber, dass auch im Bereich des Artenschutzrechts völkerrechtliche Vorgaben existieren (Berner Konvention¹⁹), die bei etwaigen Anpassungen der europäischen Vorgaben im Blick behalten werden müssen²⁰.

Ausgewählte Ansätze:

- ▶ Spielräume europäischer Vorgaben im Artenschutzrecht nutzen (z. B. Populationsbezug im Bereich der Vogelschutzrichtlinie)
- ▶ Weiterentwicklung des artenschutzrechtlichen Ausnahmeregimes mit Blick auf Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie

¹⁸ Näher hierzu *Sailer*, Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten zur Weiterentwicklung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeregelung, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 49 v. 11.03.2020, S. 5 f.

¹⁹ Übereinkommen über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihrer natürlichen Lebensräume, Bern, 19.09.1979; vgl.

Berkemann, Schutzstatus im europäischen Artenschutz – EuGH ist standhaft, DVBl 2021, S. 1049.

²⁰ Auch an dieser Stelle kommt eine Änderung der völkerrechtlichen Grundlagen zwar grundsätzlich in Betracht. Problematisch sind aber wiederum die hierfür erforderlichen Zeiträume.

Kontakt

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

T: +49 931 794077-0

F: +49 931 7940 77-29

info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (NeuPlan Wind)“

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages