

WISS. REFERENT DR. BOAS KÜMPER*

Planerische Steuerung der Zulassung von Außenbereichsvorhaben durch die Raumordnungs- und Flächennutzungsplanung

Ergänzung zu JuS 2023, 638 (Grundprobleme des Bauens im Außenbereich)

Die Einwirkungsmöglichkeiten der Raumordnungs- und Flächennutzungsplanung auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Außenbereichsvorhaben dürften nicht zum Kernbereich des Pflichtfachstoffs im öffentlichen Baurecht gehören. Dies dürfte insbesondere auch mit Blick auf Windenergieanlagen gelten, nachdem der Bundesgesetzgeber für diese mit dem am 1.2.2023 in Kraft getretenen „Wind-an-Land-Gesetz“ komplexe neue Sondervorschriften erlassen hat. Der nachfolgende Überblick richtet sich dementsprechend in erster Linie an Studierende einschlägiger Schwerpunktbereiche und andere Interessierte.

I. Die drei Sonderregelungen in § 35 III 2, 3 BauGB

§ 35 III 2, 3 BauGB enthalten drei gesonderte Vorschriften, mittels derer die gemeindliche Flächennutzungsplanung (vgl. §§ 1 II und 5 BauGB) sowie die überörtliche Raumordnungsplanung (vgl. §§ 3 I Nr. 6, 13 und 17 ROG) Einfluss auf die Entscheidung der Genehmigungsbehörde nehmen können. Diese Vorschriften weichen von dem durch § 35 I, II, III 1 BauGB umrissenen Regelungsmodell – öffentliche Belange, ggf. nachvollziehende Abwägung mit dem Interesse an der Vorhabenverwirklichung – ab.

1. Gemäß § 35 III 2 Hs. 1 BauGB dürfen raumbedeutsame (vgl. § 3 I Nr. 5 ROG) Vorhaben den Zielen der Raumordnung (§ 3 I Nr. 2 ROG) nicht widersprechen. Diese Vorschrift gilt für privilegierte wie für sonstige Vorhaben und verleiht den Zielen der Raumordnung die Wirkung eines unmittelbaren Zulassungshindernisses; die Ziele stellen also nicht lediglich öffentliche Belange dar, und eine Abwägung zwischen dem Vorhaben und öffentlichen Belangen findet nicht statt.¹ Maßstab ist vielmehr allein die Vereinbarkeit des Vorhabens mit den Zielen der Raumordnung.²

2. Gemäß § 35 III 2 Hs. 2 BauGB stehen öffentliche Belange einem (privilegierten) Vorhaben iSd § 35 I BauGB nicht entgegen, *soweit* die Belange bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung abgewogen wurden. Die Vorschrift knüpft – im Unterschied zu § 35 III 2 Hs. 1 BauGB – an das Modell der (nachvollziehenden) Abwägung zwischen Vorhaben und öffentlichen Belangen an. Durch sie kann die Raumordnungsplanung die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit privilegierter Vorhaben positiv fördern, indem sie bestimmte öffentliche Belange, die andernfalls „entgegenstehen“ (§ 35 I BauGB) könnten, der Abwägung der Genehmigungsbehörde entzieht; hier können dann nur noch solche öffentliche Belange dem Vorhaben entgegengehalten werden, die auf der Ebene der Raumordnungsplanung noch nicht abgewogen wurden, etwa weil sie dort

noch nicht erkennbar oder von Bedeutung waren (vgl. § 7 II 1 ROG).³

3. § 35 III 3 BauGB ermöglicht es schließlich den Trägern der Raumordnungsplanung – zumeist der Regionalplanung –, aber ebenso der kommunalen Flächennutzungsplanung, die nach § 35 I Nrn. 2–6 BauGB privilegierten Vorhaben (nicht diejenigen nach § 35 I Nrn. 1, 7 und 8 BauGB!) auf bestimmte Teile des Außenbereichs zu konzentrieren, denn diese Vorhaben sind nach § 35 III 3 BauGB außerhalb der ausgewiesenen Standorte im übrigen Planungsraum, dh im gesamten Außenbereich der betreffenden Gemeindegebiets bzw. des räumlichen Zuständigkeitsbereichs des Trägers der Raumordnung – „in der Regel“ – unzulässig. Deshalb spricht man hier von einer „Konzentrationsflächenplanung“ und bezeichnet § 35 III 3 BauGB als „Planvorbehalt“ zugunsten der privilegierten Vorhaben.⁴ Indem § 35 III 3 BauGB als Rechtsfolge bestimmt, dass öffentliche Belange entgegenstehen, wirkt auch diese Vorschrift unmittelbar kraft Gesetzes als Zulassungshindernis; wiederum findet eine Abwägung zwischen Vorhaben und öffentlichen Belangen nicht statt.⁵ Lediglich ausnahmsweise (§ 35 III 3 BauGB: „in der Regel“) kann eine Vorhabenzulassung außerhalb der ausgewiesenen Standorte stattfinden, wenn das Vorhaben die Grundkonzeption der Konzentrationsflächenplanung nicht berührt.⁶

* Der Autor ist Wiss. Referent am Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster.

1 BVerwGE 152, 49 Rn. 10 ff. = NVwZ 2015, 1540 – unter Aufgabe von BVerwGE 115, 17 (24 ff.) = NVwZ 2002, 476: noch nachvollziehende Abwägung.

2 Die sog. *Raumordnungsklausel* des § 35 III 2 Hs. 1 BauGB hätte dementsprechend auch – vergleichbar mit dem Erfordernis der gesicherten Erschließung – jeweils in § 35 I, II BauGB integriert werden können.

3 Zu dieser „Abwägungsabschichtung“ und ihren Grenzen näher Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, 148. EL Okt. 2022, BauGB § 35 (Okt. 2019) Rn. 121, 122.

4 Geläufig ist auch Rede von „Konzentrationszonen“. Weiterf. zum Ganzen Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, 148. EL Okt. 2022, BauGB § 35 (Okt. 2019) Rn. 123 ff.

5 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, 148. EL Okt. 2022, BauGB § 35 (Okt. 2019) Rn. 128.

6 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, 148. EL Okt. 2022, BauGB § 35 (Okt. 2022) Rn. 128 a.

II. Neue Sondervorschriften für die Windenergie

Hintergrund: In der Praxis haben Gemeinden und regionale Planungsträger das Instrument der Konzentrationsflächenplanung vor allem zur räumlichen Steuerung von Windenergieanlagen genutzt,⁷ zunächst in erster Linie in der Absicht, diese (politisch seinerzeit häufig unerwünschten) Anlagen in ihrem Plangebiet so weit wie möglich zu unterbinden, indem sie lediglich unverhältnismäßig kleine oder gar faktisch ungeeignete Standorte für die Windenergienutzung auswiesen. Das BVerwG hat diese Praxis der „Verhinderungs“- und „Feigenblatt“-Planungen beanstandet und ausdifferenzierte Anforderungen entwickelt, denen eine Planung mit den Rechtswirkungen des § 35 III 3 BauGB genügen muss.⁸ Grundgedanke ist, dass in den Fällen des § 35 III 3 BauGB positive Standortausweisungen und negative Ausschlusswirkung miteinander verknüpft sind und deshalb der Planungsträger beide Elemente der Planungsentscheidung nachvollziehbar rechtfertigen muss.⁹

Den Gemeinden und den regionalen Planungsträgern ist es allerdings in den vergangenen Jahren kaum gelungen, die vom BVerwG entwickelten Anforderungen rechtssicher umzusetzen; kaum ein Konzentrationsflächenplan hielt der gerichtlichen Überprüfung stand.¹⁰ Weil mithilfe der Planungen iSd § 35 III 3 BauGB die notwendigen Flächen für den infolge der „Energiewende“ gebotenen Ausbau der Windenergienutzung nicht bereitgestellt werden konnten,¹¹ hat der Bundesgesetzgeber im Sommer 2022 für diesen Bereich ein neues Planungsrecht geschaffen.

Mit dem „Wind-an-Land-Gesetz“ hat der Bundesgesetzgeber speziell für die Windenergie die bisherige Konzentrationsflächenplanung durch ein neues Planungsrecht abgelöst.¹² Dieses besteht aus dem „Windenergieflächenbedarfsgesetz“ (WindBG),¹³ welches die Länder verpflichtet, bis zum 31.12.2027 bzw. bis zum 31.12.2032 bestimmte (Mindest-)Anteile der Landesfläche für die Windenergienutzung vorzusehen (sog. *Flächenbeitragswert*, vgl. §§ 1 II, 3 I WindBG), sowie aus ergänzenden Regelungen in §§ 245 e und 249 BauGB. Die Länder haben den Flächenbeitragswert durch die Ausweisung sog. *Windenergiegebiete* zu erfüllen, vgl. § 2 Nr. 1 WindBG; sie können hierfür zwischen verschiedenen raumordnerischen und bauleitplanerischen Optionen wählen und ggf. bereits vorhandene Flächenausweisungen anrechnen, vgl. §§ 3 II und 4 WindBG.

Mit Blick auf § 35 BauGB sind die Rechtsfolgen von Interesse, welche § 249 II BauGB an die Erfüllung des Flächenbeitragswerts (bzw. deren verbindliche Feststellung, hierzu § 5 WindBG) bzw. die Nichterfüllung des Flächenbeitragswerts knüpft.¹⁴ Wurde das Erreichen des Werts festgestellt, so richtet sich gem. § 249 II 1 BauGB außerhalb der ausgewiesenen Windenergiegebiete die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach § 35 II BauGB; hier entfällt also unmittelbar kraft Gesetzes (§ 249 II 3 BauGB) deren Privilegierung des § 35 I Nr. 5 BauGB, eine Genehmigung wird dann in aller Regel ausgeschlossen sein. Innerhalb der Windenergiegebiete gilt hingegen grundsätzlich weiterhin § 35 I Nr. 5 BauGB, wengleich dies nicht ausdrücklich geregelt ist.

Diese Privilegierung kann, je nachdem, welche Gestaltungsoption bei der Festlegung des Windenergiegebiets gewählt wurde, planerisch gefördert werden, namentlich durch eine

„Abwägungsabschichtung“ nach § 35 III 2 Hs. 2 BauGB. § 249 V 1, 2 BauGB unterstützen die Zulassung der Anlagen innerhalb der Windenergiegebiete zusätzlich, indem sie anordnen, dass die Genehmigungsbehörden an entgegenstehende Raumordnungsziele und Flächennutzungsplandarstellungen ebenso wenig gebunden sind wie die Planungsträger bei der Ausweisung der Windenergiegebiete.

In der nachvollziehenden Abwägung mit verbleibenden öffentlichen Belangen iSd § 35 III 1 BauGB kann den Windenergieanlagen womöglich außerdem § 2 S. 2 EEG zugutekommen, wonach die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden sollen, bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist.¹⁵

Wird der Flächenbeitragswert nicht fristgerecht erfüllt, so bestimmt § 249 VII BauGB – gleichsam als „Sanktion“ –, dass die Entprivilegierung der Windenergieanlagen nach § 249 II 1 BauGB entfällt (§ 249 VII 1 Nr. 1 BauGB), § 35 I Nr. 5 BauGB also auch außerhalb der Windenergiegebiete wieder anwendbar ist. Außerdem können den Anlagen Flächennutzungsplandarstellungen, Raumordnungsziele und sonstige Maßnahmen der Landesplanung sowie landesgesetzliche Abstandsregelungen nicht entgegengehalten werden (§ 249 VII 1 Nr. 2 und VII 2 BauGB). Auch hier ist mit Blick auf die nachvollziehende Abwägung mit konfligierenden öffentlichen Belangen ggf. an § 2 S. 2 EEG zu denken.

Hinweis: Die neuen, durch das „Wind-an-Land-Gesetz“ eingeführten Sondervorschriften dürften kaum zum baurechtlichen „Pflichtprogramm“ gehören, zumal viele Detailfragen noch ungeklärt sind.¹⁶

- 7 Man will einer „Verspargelung“ der Landschaft vorbeugen. Ein weiteres wichtiges Anwendungsfeld bildet die räumliche Steuerung des Rohstoffabbaus, zB der Gewinnung von Sand, Kies oder Kalkstein, um eine „Verkraterung“ der Landschaft zu vermeiden; vgl. hierzu bereits BVerwGE 77, 300 (304 ff.) = NVwZ 1988, 54. Mit zunehmendem Ausbau der Solarenergienutzung könnte sich zudem die Problematik einer „Verspiegelung“ der Landschaft stellen; § 35 III 3 BauGB erfasst allerdings (bislang) nicht die Privilegierung nach § 35 I Nr. 8 BauGB.
- 8 Schlagworte sind die Entwicklung eines „schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzepts“ für den gesamten Außenbereich, die Unterscheidung „harter“ und „weicher“ „Tabuzonen“, die Abwägung der verbleibenden „Potenzialflächen“ mit konkurrierenden öffentlichen und privaten Belangen sowie das Gebot, der privilegierten Windenergienutzung als Abwägungsergebnis „substanziall Raum zu verschaffen“; etwa BVerwGE 117, 287 (294 ff.) = NVwZ 2003, 733; BVerwGE 118, 33 (37 ff.) = NVwZ 2003, 738; BVerwGE 145, 231 Rn. 9 ff. = NVwZ 2013, 519; ferner Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Söfker, 148. EL Okt. 2022, BauGB § 35 (Okt. 2019) Rn. 124 a ff., 127.
- 9 BVerwGE 117, 287 (298) = NVwZ 2003, 733; BVerwGE 145, 231 Rn. 9 = NVwZ 2013, 519; BVerwG NVwZ 2013, 1017 Rn. 5.
- 10 So etwa der Befund bei Agatz ZUR 2020, 584 (585); Marquard ZUR 2020, 598 (604).
- 11 Das Instrument zielt auch überhaupt nicht auf eine Förderung, sondern vielmehr auf die räumliche Begrenzung der Windenergienutzung; hierzu BVerwGE 117, 287 (293) = NVwZ 2003, 733; Thomann Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen, 2018, S. 13, 286 ff., 574; Kümpfer DVBl 2021, 1591 (1594 f.).
- 12 Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20.7.2022, BGBl. 2022 I 1353. Das Gesetz ist am 1.2.2023 in Kraft getreten.
- 13 Gesetz zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land, Art. 1 des „Wind-an-Land-Gesetzes“.
- 14 Ausf. Scheidler UPR 2022, 321 (326 ff.); Benz/Wegner ZNER 2022, 367 (369 ff.).
- 15 So jedenfalls Benz/Wegner ZNER 2022, 367 (369 f.); eingehend auch Bader/Deißler/Weinke ZNER 2022, 337 (344 ff.); vertiefend Parzefall NVwZ 2022, 1592.
- 16 Vgl. weiterf. Kment NVwZ 2022, 1153; Raschke/Roscher ZfBR 2022, 532 (535 ff.); Scheidler UPR 2022, 321; Operhalsky UPR 2022, 337; Benz/Wegner ZNER 2022, 367; Schmidt-Eichstaedt ZfBR 2023, 10; Spannowsky ZfBR 2023, 18; Meurers UPR 2023, 41.