



„Berühren der Grundzüge der Planung“ bei Repoweringvorhaben

Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs im
Rahmen des § 245e Abs. 3 BauGB



„Berühren der Grundzüge der Planung“ bei Repoweringvorhaben

Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs im Rahmen des § 245e Abs. 3 BauGB

Prof. Dr. Sabine Schlacke, Arno Wiemann

Herausgegeben von der Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Vorwort

Mit den Gesetzesänderungen und Neuregelungen des Wind-an-Land-Gesetzes hat der Bundesgesetzgeber festgelegt, dass zwei Prozent der Bundesfläche für die Windenergie an Land planerisch zur Verfügung gestellt werden müssen. Das Artikelgesetz enthält unter anderem das Windenergieflächenbedarfsgesetz sowie maßgebliche Änderungen im Baugesetzbuch. Die Planung für die Windenergienutzung wurde im Rahmen der Neuregelungen auf eine klassische Positivplanung umgestellt. Für den Übergang zum neuen Planungssystem wurden Überleitungsvorschriften geschaffen, die den Wechsel von der bisherigen Konzentrationszonenplanung ermöglichen sollen. Auch für das Repowering sieht das Überleitungsrecht eine Regelung vor. Danach kann Repoweringvorhaben die Konzentrationswirkung von Bestandsplanungen und Plänen, die bis 1. Februar 2024 fertiggestellt werden, nicht entgegengehalten werden, es sei denn die Grundzüge der Planung werden berührt (§ 245e Abs. 3 Satz 1 BauGB).

Das vorliegende Rechtsgutachten beschäftigt sich mit dieser Vorschrift, die ein vereinfachtes Repowering im Übergangszeitraum ermöglichen soll. Es erfolgt die Auslegung des in der Regelung enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffs „Berühren der Grundzüge der Planung“ anhand der juristischen Auslegungsmethodik. Zur Erleichterung der praktischen Anwendung der Überleitungsvorschrift werden außerdem sechs Fallkonstellationen aus der Praxis besprochen. Als Hilfestellung für die Prüfung im jeweiligen Einzelfall ist dem Rechtsgutachten ein juristisches Prüfschema beigelegt.

Die Auslegung im Rechtsgutachten zeigt, dass Repoweringvorhaben derzeit in vielen Fällen auch außerhalb einer bestehenden Konzentrationszonenplanung zulässig sein dürften. Eine besonders restriktive Auslegung der Vorschrift, die ein Repowering von vornherein ausschließt, erscheint nicht geboten. Insbesondere für den Zeitraum, in dem die Bundesländer durch Neuplanungen weitere Flächen für die Windenergie ausweisen, besteht damit eine Möglichkeit zur Förderung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land. Der bestehende Handlungsspielraum sollte mit Blick auf die erhöhten Ausbauziele des Erneuerbare-Energien-Gesetzes unbedingt genutzt werden und in der behördlichen Praxis Berücksichtigung finden. Das Repowering von Windenergieanlagen ermöglicht die Errichtung von neuen, leistungsstärkeren Anlagen gerade an bereits vorbelasteten und gut akzeptierten Standorten. Die Erneuerung der zahlreichen Anlagen, die bereits über einen sehr langen Zeitraum in Betrieb sind, stellt daher einen sinnvollen Beitrag zum Ausbau von Windenergieanlagen an Land und zum Gelingen der Energiewende dar.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre!

Ihre

Antje Wagenknecht



Dr. Antje Wagenknecht ist Geschäftsführerin der Fachagentur Windenergie an Land

Inhalt

| | |
|--|----|
| Zusammenfassung..... | 5 |
| 1 Anlass und Ziel des Rechtsgutachtens | 7 |
| 2 Entstehung und Kontext des § 245e BauGB..... | 8 |
| Zwischenergebnis..... | 9 |
| 3 Geltung und Rechtswirkungen des § 245e Abs. 1 BauGB..... | 10 |
| Zwischenergebnis..... | 11 |
| 4 Geltung und Rechtswirkungen des § 245e Abs. 3 BauGB..... | 12 |
| 4.1 Regelungsinhalt des § 245e Abs. 3 BauGB..... | 12 |
| Zwischenergebnis..... | 13 |
| 4.2 Zeitlicher Anwendungsbereich | 13 |
| Zwischenergebnis..... | 14 |
| 4.3 Sachlicher Anwendungsbereich | 14 |
| 4.3.1 Allgemeiner Anwendungsbereich | 14 |
| 4.3.2 Rotor-in- und Rotor-out-Konzentrationsflächenplanungen | 15 |
| Zwischenergebnis..... | 16 |
| 5 Das Tatbestandsmerkmal „Berühren der Grundzüge der Planung“ | 17 |
| 5.1 Planung..... | 17 |
| 5.2 Grundzüge..... | 19 |
| 5.3 Berühren | 20 |
| 5.3.1 Allgemeine Voraussetzungen für ein Berühren..... | 20 |
| 5.3.2 Das „Berühren“ in anderen Vorschriften | 21 |
| 5.3.3 Sinn und Zweck des § 245e Abs. 3 BauGB: enge Auslegung des Berührens | 24 |
| 5.3.4 Funktionslosigkeit als Schwelle des Berührens..... | 26 |
| Zwischenergebnis..... | 27 |
| 6 Anwendung des § 245e Abs. 3 BauGB auf Fallkonstellationen aus der Praxis..... | 28 |
| 7 Fazit und Ausblick..... | 33 |
| Anhang: Juristisches Prüfschema..... | 34 |
| Impressum..... | 35 |

Zusammenfassung

1. Das Wind-an-Land-Gesetz vom 20. Juli 2022 bezweckt eine Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land. Kern des Gesetzes ist das neue Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG). Es löst das bisherige, sich weitgehend als praxisuntauglich erwiesene Konzept der Konzentrationsflächenplanung in Raumordnungs- und Flächennutzungsplänen durch ein neues Regime der Windenergieflächenbedarfssteuerung über Flächenziele für die Bundesländer ab (§ 249 Abs. 1 Baugesetzbuch (BauGB)). Der neu in das Baugesetzbuch eingefügte § 245e enthält in diesem Kontext Überleitungsregelungen für die Rechtswirkungen der bestehenden Konzentrationsflächenplanungen. § 245e BauGB regelt, wie lange bestehende (alte) Konzentrationsflächenplanungen noch Geltung entfalten dürfen. Hierbei ist zwischen Neu- und Bestandsanlagen zu differenzieren.

2. § 245e Abs. 1 BauGB regelt für Neuanlagen die Geltung und Rechtswirkungen bestehender Konzentrationsflächenplanungen. So gelten bis zum 1. Februar 2024 wirksam gewordene Raumordnungs- oder Flächennutzungspläne, die eine Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für privilegierte Vorhaben enthalten, fort. Dies gilt solange, bis die Länder erstmalig das Erreichen ihrer Flächenbeitragswerte bzw. die Regionen oder Kommunen das Erreichen eines Teilflächenziels für Windenergieanlagen an Land feststellen oder bis spätestens Ende 2027.

3. § 245e Abs. 3 Satz 1 BauGB regelt für das Repowering von Bestandsanlagen die Geltung und Rechtswirkungen bestehender Konzentrationsflächenplanungen. Entfaltet die bestehende Konzentrationsflächenplanung für Neuanlagen nach § 245e Abs. 1 i. V. m. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB noch eine Ausschlusswirkung, so entfällt sie nach Abs. 3 für Bestandsanlagen, die repowert werden sollen. § 245e Abs. 3 BauGB ist folglich eine Rückausnahme zu § 245e Abs. 1 BauGB, der wiederum eine Ausnahme von § 249 Abs. 1 BauGB beinhaltet. Die Konzentrationswirkung des Bestandsplans wirkt fort, wenn ausnahmsweise die Grundzüge der Planung durch das Repowering berührt sind. Das in § 245e Abs. 3 BauGB zum Ausdruck kommende Regel-Ausnahme-Verhältnis offenbart den gesetzgeberischen Willen: Trotz der Beibehaltung der planerischen Ausschlusswirkung für Neuanlagen soll das Repowering von Bestandsanlagen grundsätzlich zulässig sein. Die bestehenden Konzentrationsflächenplanungen werden weder aufgehoben noch geändert. Das „Berühren der Grundzüge der Planung“ ist im Rahmen der Rückausnahme von der Ausnahme folglich eng auszulegen: Einem Repowering kann lediglich, wenn ausnahmsweise die Grundzüge der Planung berührt sind, die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bestehender Konzentrationsflächenplanungen entgegengehalten werden.

4. Das „Berühren der Grundzüge der Planung“ i. S. d. § 245e Abs. 3 BauGB ist im Hinblick auf den zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereich unbestimmt. Hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereichs enthält § 245e Abs. 3 BauGB keine explizite Aussage. Entstehungsgeschichte, Systematik sowie der Sinn und Zweck der Vorschrift lassen den Schluss zu, dass § 245e Abs. 3 BauGB bis zum Erreichen des maßgeblichen Flächenbeitragswerts bzw. bis zum Ablauf des 31. Dezember 2027 anwendbar ist.

Der sachliche Anwendungsbereich des § 245e Abs. 3 BauGB wird durch die Bezugnahme auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bestimmt und beschränkt: So findet § 245e Abs. 3 BauGB nur Anwendung auf Raumordnungs- und Flächennutzungspläne, nicht auf Bebauungspläne. Mit § 245e Abs. 3 BauGB können nur bestehende Festlegungen, die eine planerische Ausschlusswirkung i. S. v. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB enthalten, überwunden werden. Es kann nicht mithilfe des § 245e Abs. 3 BauGB von anderen Festlegungen, wie z. B. Höhenbegrenzungen, abgewichen werden; dies beurteilt sich nach § 35 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 1 BauGB. § 245e Abs. 3 BauGB findet Anwendung auf Windenergieanlagen, deren Standort außerhalb einer Konzentrationsfläche liegt. Das sind solche, deren Mastfuß sich außerhalb einer Konzentrationsfläche befindet. Vorhaben, die sich samt Rotoren innerhalb einer Konzentrationsfläche befinden, liegen innerhalb einer Konzentrationsfläche. Der Fall, dass sich eine Repowering-Anlage mit ihrem Mastfuß innerhalb einer Konzentrationsfläche befindet, die Rotoren aber über die Grenze der Konzentrationsfläche hinausragen, ist nicht explizit geregelt. Eine gefestigte oder gar höchstrichterliche Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte kann hierzu bislang nicht konstatiert werden. Um Klarheit in der Planungspraxis zu schaffen, könnte ein nachträglicher Beschluss des Planungsträgers – wie ihn für Windenergiegebiete auch der § 2 Nr. 2 Hs. 2 und § 5 Abs. 4 Satz 1 WindBG vorsehen – über eine Rotor-out-Regelung getroffen werden. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts steht dem nicht entgegen. Aus der bisherigen Rechtsprechung dürfte Folgendes ableitbar sein: Für den Fall, dass der Mastfuß einer Windenergieanlage sich innerhalb einer Konzentrationsfläche befindet, deren Rotoren die Gebietsgrenze aber überschreiten, kommt es für die Zulässigkeit des Repowerings nicht auf § 245e Abs. 3 BauGB an, wenn:

- der Plan eine Rotor-out-Regelung enthält,
- eine atypische Fallkonstellation i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorliegt oder
- der Plangeber nachträglich eine Rotor-out-Regelung beschließt.

5. Die Rechtsbegriffe „Berühren“ und „Grundzüge der Planung“ entscheiden darüber, ob für die Änderungsgenehmigung des Repowering-Vorhabens eine Konzentrationsflächenplanung mit einer Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB berücksichtigt werden muss. Obwohl das „Berühren der Grundzüge der Planung“ in vielen Vorschriften des Bauplanungs- und Raumordnungsrechts Verwendung findet (siehe Kapitel 5.3.2), hat sich bislang kein einheitliches, übergreifendes Begriffsverständnis, das ohne Weiteres auf die Begrifflichkeit in § 245e Abs. 3 BauGB übertragen werden kann, herausgebildet. Die Analyse von Rechtsprechung und Schrifttum kommt zu folgenden Ergebnissen:

6. Der Begriff „Planung“ meint nicht die einzelne planerische Festlegung, wie vorliegend die Ausschlusswirkung von Konzentrationsflächen nach außen, von der abgewichen wird. Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte, des systematischen Zusammenhangs und von Sinn und Zweck bezieht sich dieser Begriff vielmehr auf den gesamten Plan, also den Flächennutzungs- oder Raumordnungsplan, von dem abgewichen wird.

7. Der Begriff „Grundzüge“ der Planung umfasst die planerische Konzeption, die dem Plan zugrunde liegt. Es handelt sich um die Idee und das Konzept hinter der Planung. Das ist grundsätzlich mehr als ein einzelner Grundzug der Planung. Die planerischen Festlegungen, die die planerische Ausschlusswirkung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen, sind nur ein Grundzug, also ein Element der Grundzüge der Planung. Darüber hinaus können beispielsweise im Plan festgesetzte Höhenbegrenzungen oder Abstandsregelungen weitere Teile der planerischen Konzeption bzw. der Grundzüge der Planung sein.

8. Ein „Berühren“ der Grundzüge der Planung liegt vor, wenn erstens die planerische Festlegung, die geändert, ergänzt oder von der abgewichen wird, zu den Grundzügen der Planung gehört (siehe oben), und zweitens die Schwelle des Berührens überschritten ist. Letzteres beurteilt sich danach, ob der Widerspruch zur planerischen Festlegung mit dem tatsächlichen oder hypothetischen Willen des Plangebers vereinbar ist, soweit dieser im normativen Planinhalt zum Ausdruck kommt.

Wird nur von den planerischen Festlegungen, die die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen, abgewichen, genügt dies für die Annahme des Berührens nicht. Das planerische Konzept muss durch einen weiteren, anderen Grund berührt sein, indem von einer anderen tragenden oder für den Plangeber bedeutenden Festlegung so abgewichen wird, dass die Schwelle des Berührens überschritten wird. Bei der Frage des Berührens ist zudem zu berücksichtigen, ob eine Abweichung von einer Planfestlegung aus einem Grund stattfindet, der auf eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle zutrifft (sog. Bezugsfallwirkung) (siehe Kapitel 6, Fall 5). Ist sie gegeben, so ist ein Berühren der Grundzüge der Planung grundsätzlich zu bejahen und damit ein Repowering ausgeschlossen. Ist die Abweichung indes geringfügig, kann ein Berühren hingegen auch zu verneinen sein, obwohl eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle gegeben ist. Der Sinn und Zweck des § 245e Abs. 3 BauGB spricht insgesamt dafür, das Berühren eng auszulegen. Das bedeutet, dass von der Annahme eines Berührens nur zurückhaltend Gebrauch zu machen ist.

9. Für ein Repowering einer Windenergieanlage, durch das die Gebietsgrenzen eines Flächennutzungsplans oder Regionalplans nicht mehr eingehalten werden können (siehe Kapitel 6, Fälle 3 und 4), bedeutet die dargestellte Auslegung des Berührens der Grundzüge der Planung Folgendes: Die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann einem solchen Repowering-Vorhaben nur entgegengehalten werden, wenn durch das Vorhaben von einer anderen, weiteren Festlegung abgewichen wird und die Grundzüge der Planung dadurch berührt werden. Befindet sich die zu repowernde Windenergieanlage vollständig außerhalb einer Konzentrationsfläche eines Flächennutzungs- oder Raumordnungsplans (Kapitel 6, Fall 5), kann § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB das Repowering nur verhindern, wenn durch das Vorhaben von einer anderen, weiteren Festlegung abgewichen wird und dadurch ein Berühren der Grundzüge der Planung ausgelöst wird (Kapitel 6, Fall 5). Andere Festlegungen, die zu einem Berühren führen können, sind z. B. Höhenbegrenzungen (Neuanlage ist höher als die Begrenzungen im Plan vorgeben) oder Abstandsregelungen (Neuanlage liegt innerhalb eines Abstandes, für welchen ein Bauverbot festgelegt ist). Ob eine Abweichung von den Festlegungen zur Annahme eines Berührens führt, hängt vom Ausmaß des Überschreitens und der Bezugsfallwirkung ab.

10. Die mit diesem Gutachten entwickelte Auslegung der Grundzüge der Planung zeigt auf, dass ein breiter Spielraum für ein Repowering für Windenergieanlagen derzeit existiert.

1 Anlass und Ziel des Rechtsgutachtens

Durch Gesetz vom 20. Juli 2022 wurde § 245e in das Baugesetzbuch¹ eingefügt. Die Vorschrift enthält Überleitungs Vorschriften aus Anlass des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (sog. Wind-an-Land-Gesetz²). Sie ist damit Teil einer weitreichenden Reform des Rechtsrahmens für die Zulassung von Windenergieanlagen an Land. § 245e Abs. 3 BauGB trifft eine Überleitungsregelung für das Repowering, d. h. die Modernisierung einer bestehenden Windenergieanlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien³. Die Modernisierung umfasst den vollständigen oder teilweisen Austausch von Anlagen.⁴ Solchen Repowering-Windenergieanlagen können nach § 245e Abs. 3 Satz 1 BauGB die Wirkungen einer Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entgegengehalten werden, es sei denn die Grundzüge der Planung sind berührt. Mit anderen Worten: Sind die Grundzüge der Planung nicht berührt, können die Repowering-Anlagen bauplanungsrechtlich als privilegierte Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auch außerhalb der ausgewiesenen Konzentrationszone zugelassen werden. Eine bestehende Konzentrationsflächenplanung entfaltet also keine Auswirkungen. Das „Berühren der Grundzüge der Planung“ ist folglich die zentrale Voraussetzung für die Frage, ob das Repowering trotz entgegenstehender Konzentrationsflächenplanung der Kommune oder des Raumplanungsträgers bauplanungsrechtlich zulässig ist.

Da es sich bei den Grundzügen der Planung um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, bestehen Unsicherheiten und Unklarheiten bezüglich seiner Auslegung und infolgedessen seiner Anwendung und inhaltlichen Reichweite. Diese Auslegungsunsicherheiten und -schwierigkeiten in § 245e Abs. 3 BauGB zu diskutieren und einer rechtswissenschaftlich fundierten und zugleich praktikablen Lösung zuzuführen, ist Ziel des nachfolgenden Gutachtens. Die Begutachtung erfolgt unter Anwendung der juristischen Dogmatik und Methodik. Insbesondere werden Rechtsprechung und Schrifttum zum Begriff „Grundzüge der Planung“, der in anderen Vorschriften des Baugesetzbuchs und des Raumordnungsgesetzes als Voraussetzung ebenfalls enthalten ist, ausgewertet und berücksichtigt. Sie schließt mit einer praxisorientierten Auslegung der Grundzüge der Planung in § 245e BauGB ab. Auf dieser Grundlage werden Fallkonstellationen, die sich in der Rechtspraxis bereits als problematisch erwiesen haben, abschließend begutachtet.

¹ Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 3.11.2017 (BGBl. I S. 3634), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 28.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 221) geändert worden ist.

² Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land v. 20.7.22, (BGBl. 2022 I Nr. 28 v. 28.7.2022, S. 1353 ff.).

³ § 16b Abs. 1 Hs. 1 BImSchG.

⁴ § 16b Abs. 2 Satz 1 BImSchG.

2 Entstehung und Kontext des § 245e BauGB

Die Errichtung von Windenergieanlagen ist grundsätzlich im Außenbereich gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert. Privilegiert bedeutet, dass der Gesetzgeber im Außenbereich „sozusagen generell geplant“⁵ hat. Dem privilegierten Vorhaben ist im Außenbereich ein Vorrang in der erforderlichen Abwägung⁶ gegenüber anderen, entgegenstehenden öffentlichen Belangen⁷ einzuräumen. Es setzt sich damit in der Regel durch. Eine Entscheidung über einen bestimmten Standort des privilegierten Vorhabens im Außenbereich wird dadurch hingegen nicht getroffen.

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ermöglicht dem Träger der Raumordnung oder einer Kommune allerdings eine Steuerung von Windenergieanlagen: Standortzuweisungen für privilegierte Nutzungen⁸, wie etwa auch Windenergieanlagen gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, können positiv durch Planung erfolgen. Durch Festlegungen von Zielen der Raumordnung oder durch Darstellungen im Flächennutzungsplan kann eine Ausweisung an einer Stelle mit dem Ziel, dass im übrigen Plangebiet keine Verwirklichung des privilegierten Vorhabens⁹ stattfindet, erfolgen (sog. Konzentrationsflächenplanung). Damit ist kraft Gesetzes in der Regel eine Freihaltung des übrigen Planungsraums verbunden (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB). Voraussetzung für diese Steuerungswirkung einer Konzentrationsfläche ist nach der Rechtsprechung, dass ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept vorliegt, das für die Windenergienutzung im Plangebiet substanzial Raum schafft.¹⁰ An ein solches Planungskonzept hat das Bundesverwaltungsgericht zur Vermeidung von Planungen, die auf eine Verhinderung des privilegierten Vorhabens zielen (sog. Negativplanungen), hohe Anforderungen gestellt. Diese haben sich ihrerseits wiederum als hinderlich für die Steuerung von Windenergieanlagen erwiesen:¹¹ Oftmals konnten Konzentrationsflächenplanungen den Anforderungen der Rechtsprechung nicht standhalten. Das führte teilweise sogar so weit, dass Kommunen oder regionale Planungsträger keine Steuerung mehr vornahmen.¹²

Um dieser häufigen Nichtsteuerung eine Steuerung mit Beschleunigungswirkung entgegenzusetzen, hat der Gesetzgeber das Wind-an-Land-Gesetz, ein Artikelgesetz, erlassen. Dieses beinhaltet unter anderem das neue Windenergieflächenbedarfsgesetz¹³ sowie Änderungen des Baugesetzbuchs und des Raumordnungsgesetzes (ROG)¹⁴. Das diesbezügliche Kerngesetz, das WindBG, zielt auf die Verbesserung der Flächenverfügbarkeit für Windenergieanlagen an Land. Es bezweckt, das bundesweite Flächenangebot für Windenergieanlagen mehr als zu verdoppeln. So soll das im Koalitionsvertrag verankerte Ausweisungsziel von insgesamt 2 % der Bundesfläche erreicht werden.¹⁵ Dazu legt § 3 Abs. 1 WindBG i. V. m. Anlage 1 verbindliche Flächenbeitragswerte in Form von Zwischenzielen für 2027 und Endzielen für 2032 für die einzelnen Bundesländer fest.¹⁶ Es handelt sich um Mindestziele, die von den Ländern auch überschritten werden können.¹⁷ Sie belaufen sich in der Summe auf 2 % der Bundesfläche.¹⁸ Die Länder können ihren jeweiligen Flächenbeitragswert durch landesweite oder regionale Raumordnungspläne (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WindBG) oder durch regionale oder kommunale Flächenbeitragswerte, die mittels Gesetz oder Zielen der Raumordnung verbindlich gegenüber den Trägern der Raumordnung oder Gemeinden festgelegt werden (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WindBG), erfüllen. So

⁵ BVerwG, Urt. v. 25.10.1967 – IV C 86/66, juris Rn. 11.

⁶ Diese Abwägung ist dem Tatbestandsmerkmal „Entgegenstehen“ zu entnehmen, siehe Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 6 m. w. N.

⁷ § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB.

⁸ § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB.

⁹ Nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sind Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 2 Nr. 2-6 BauGB gemeint.

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 11.4.2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 5; Beschl. v. 15.9.2009 – 4 BN 25/09, juris Rn. 8; BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 3/02, juris Rn. 20.

¹¹ Schlacke/Wentzien/Römling, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket? NVwZ 2022, 1577 (1582).

¹² Vgl. u. a. Meurers, „Wind-an-Land-Gesetz“: Einführung in die Neuordnung des Planungsrechts zur Ausweisung von Windenergiegebieten, UPR 2023, 41 (41 f.).

¹³ Windenergieflächenbedarfsgesetz v. 20.7.2022 (BGBl. I S. 1353), das durch Art. 6 des Gesetzes v. 26.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 202) geändert worden ist.

¹⁴ Raumordnungsgesetz in der Fassung und Bekanntmachung v. 22.12.2008 (BGBl. I S. 2986), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 22.3.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 88) geändert worden ist.

¹⁵ Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag 2021–2025, zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), 7.12.2021, S. 44.

¹⁶ § 3 WindBG i. V. m. Anlage 1.

¹⁷ BT-Drs. 20/2355, S. 25.

¹⁸ Vgl. Kment, Eine neue Ära beim Ausbau von Windenergieanlagen – Das aktuelle Wind-an-Land-Gesetzespaket in der Analyse, NVwZ 2022, 1153 (1154).

sollen die Länder beschleunigt Windenergiegebiete ausweisen, in denen neue Windenergieanlagen bevorzugt errichtet werden können.

§ 245e BauGB bezweckt, eine Überleitung für die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu treffen.¹⁹ Mit anderen Worten: Es soll ein rechtlicher Übergang für die Rechtswirkungen der bisherigen Konzentrationsflächenplanungen bis zur Ausweisung von Windenergiegebieten im Sinne von § 2 Nr. 1 WindBG²⁰ nach dem neuen Planungsregime, geschaffen werden. Im Hinblick auf die Anwendung und Rechtsfolgen des § 245e BauGB ist zwischen Neu- und Bestandsanlagen zu differenzieren.

Zwischenergebnis

Das Wind-an-Land-Gesetz vom 20. Juli 2022 bezweckt eine Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land. Kern des Gesetzes ist das neue Windenergieflächenbedarfsgesetz. Es löst das bisherige, sich weitgehend als praxisuntauglich erwiesene Konzept der Konzentrationsflächenplanung in Raumordnungs- und Flächennutzungsplänen durch ein neues Regime der Windenergieflächenbedarfssteuerung über Flächenziele für die Bundesländer ab. § 245e BauGB enthält in diesem Kontext Überleitungsregelungen für die Rechtswirkungen der bestehenden Konzentrationsflächenplanungen. Hierbei ist zwischen Neu- und Bestandsanlagen zu differenzieren.

¹⁹ BT-Drs. 20/2355, S. 31 f.

²⁰ Nach § 2 Nr. 1 WindBG sind „Windenergiegebiete: folgende Ausweisungen von Flächen für die Windenergie an Land in Raumordnungs- oder Bauleitplänen:
a) Vorranggebiete und mit diesen vergleichbare Gebiete in Raumordnungsplänen sowie Sonderbauflächen, Sondergebiete und mit diesen vergleichbare Ausweisungen in Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen;
b) für die Flächenbeitragswerte nach der Anlage Spalte 1 zusätzlich Eignungs- und Vorbehaltsgebiete in Raumordnungsplänen, wenn der Raumordnungsplan spätestens am 1. Februar 2024 wirksam geworden ist (...)“.

3 Geltung und Rechtswirkungen des § 245e Abs. 1 BauGB

Falls ein bis zum 1. Februar 2024 wirksam gewordener Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan eine Konzentrationsflächenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für privilegierte Vorhaben vorsieht, so entfaltet dieser übergangsweise bis spätestens 31. Dezember 2027²¹ Geltungskraft. Zwar sieht § 249 Abs. 1 BauGB für Windenergieanlagen vor, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ab Inkrafttreten des Änderungsgesetzes, also ab dem 1. Februar 2023²², seine Geltungskraft verliert. Sie wird durch Ausweisung von Windenergiegebieten abgelöst. Bestehende Konzentrationsflächenplanungen in Raumordnungs- oder Flächennutzungsplänen sollen jedoch nach dem gesetzgeberischen Willen nicht unmittelbar ihre Geltungskraft verlieren.²³ Sie wirken aufgrund der Überleitungsvorschrift des § 245e Abs. 1 BauGB bis spätestens zum 31. Dezember 2027 fort.²⁴ Insofern wird eine Übergangsregelung für sogenannte Bestandsplanungen, die Konzentrationsflächen durch Ziele der Raumordnung oder Darstellungen in Flächennutzungsplänen festlegen, getroffen.²⁵

Eine positive Standortsteuerung von Windenergieanlagen an Land ist den Planungsträgern daher zukünftig nur durch Ausweisung von Windenergiegebieten eröffnet: Denn nach Ausweisung von Windenergiegebieten²⁶ und Erreichen des Flächenbeitragswerts eines Landes²⁷ sind gemäß § 249 Abs. 2 BauGB Windenergieanlagen, die außerhalb der ausgewiesenen Windenergiegebiete errichtet werden sollen, nicht mehr privilegiert. Das heißt, sie sind nicht mehr am Maßstab des § 35 Abs. 1 BauGB („Entgegenstehen öffentlicher Belange“) zu beurteilen, sondern unterfallen § 35 Abs. 2 BauGB. Danach reicht es für eine bauplanungsrechtsrechtliche Unzulässigkeit der Windenergieanlage aus, dass öffentliche Belange gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 8 BauGB „beeinträchtigt“ sind. Beeinträchtigen heißt, dass es nicht zu einer Abwägung der Belange im Sinne des Absatzes 1 kommt.²⁸ Es reicht eine über das bloße Berühren hinausreichende nachteilige Auswirkung auf die nicht abschließend in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB aufgeführten öffentlichen Belange.²⁹ Da die Privilegierung von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB mit Erreichung der Flächenbeitragswerte außerhalb von Windenergiegebieten entfällt, wird eine Vorhabenverwirklichung dort in vielen Fällen einen öffentlichen Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 8 BauGB beeinträchtigen.³⁰ Die Rechtsfolge ist, dass die Windenergieanlage außerhalb von Windenergiegebieten regelmäßig bauplanungsrechtlich und damit insgesamt unzulässig, mit anderen Worten nicht genehmigungsfähig ist. Werden allerdings die Flächenbeitragswerte nicht erreicht, so sind Windenergieanlagen – trotz möglicherweise bestehender Ausweisungen von Windenergiegebieten – im gesamten Planungsraum privilegiert. Die Träger der Raum- und Bauleitplanung verlieren mithin bei Nichterreicherung der Flächenziele ihre Standortbestimmungsmacht für Windenergieanlagen an Land.

§ 245e Abs. 1 BauGB fungiert für die Neuanlagen, die in bisherigen Konzentrationsräumen errichtet werden (sollen), als Überleitungsvorschrift zu § 249 Abs. 1 BauGB.

²¹ § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB.

²² Art. 5 des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land v. 20.7.2022, BGBl. I S. 1353, 1361.

²³ BT-Drs. 20/2355, S. 32.

²⁴ BT-Drs. 20/2355, S. 31.

²⁵ BT-Drs. 20/2355, S. 31.

²⁶ Siehe Legaldefinition abgedruckt in Fn. 19.

²⁷ Diese Feststellung kann entweder nach § 5 Abs. 1 oder Abs. 2 WindBG erfolgen.

²⁸ Es handelt sich nach der Rechtsprechung nicht um eine „gestaltende“, sondern um eine „nachvollziehende“ Abwägung, bei der ermittelt wird, ob überhaupt ein öffentlicher Belang betroffen ist, siehe etwa BVerwG, Urt. v. 19.7.2001 – 4 C 4/00, juris Rn. 18 ff.; BVerwG, Beschl. v. 26.6.2014 – 4 B 47/13, juris Rn. 7.

²⁹ Jarass/Kment, Baugesetzbuch, 3. Aufl. 2022, § 35 Rn. 45.

³⁰ Siehe allerdings OVG Münster, Urt. v. 16.5.2023 – 7 D 423/21.AK, Rn. 66 (juris Rn. 63), das jüngst nicht ausgeschlossen hat, dass in Sonderkonstellationen keine öffentlichen Belange nach § 35 Abs. 2 BauGB berührt sind. Fraglich ist, wie bei Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB mit § 2 EEG umzugehen ist. Zu diesem Problem ausführlich Rieger, UPR 2023, 161 ff.

Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber hat die planerische Standortsteuerung von Windenergieanlagen grundlegend geändert. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gilt seit dem 1. Februar 2023 nicht mehr für Windenergieanlagen (§ 249 Abs. 1 BauGB). Es entfällt folglich die gesetzlich angeordnete Ausschlusswirkung von Konzentrationsflächenplanungen im übrigen Planungsraum für diese Vorhaben. § 245e Abs. 1 BauGB sorgt dafür, dass bestehende planerische Festsetzungen und Darstellungen von Konzentrationsflächen mit Ausschlusswirkung in Raumordnungs- und Flächennutzungsplänen fortwirken, bis die Länder ihre Flächenbeitragswerte für Windenergieanlagen an Land erreichen und eine Steuerung durch Ausweisung von Windenergiegebieten vornehmen oder bis spätestens Ende 2027. Im nicht vom Windenergiegebiet erfassten übrigen Planungsraum sind Windenergieanlagen ab diesem Zeitpunkt nicht mehr privilegiert, sondern unterliegen den Anforderungen des § 35 Abs. 2 BauGB (siehe § 249 Abs. 2 BauGB). Beeinträchtigen sie öffentliche Belange, so sind sie – abgesehen von Sonderkonstellationen – in der Regel bauplanungsrechtlich unzulässig und folglich nicht genehmigungsfähig. In der Praxis dürften oftmals andere öffentliche Belange (etwa Umwelt-, insbesondere Naturschutzbelange) beeinträchtigt sein und zu einer bauplanungsrechtlichen Unzulässigkeit führen. Entscheidend ist hier indes eine Prüfung des Einzelfalls. Etwas anderes gilt für die Steuerung von Repowering-Anlagen (siehe Kapitel 4).

4 Geltung und Rechtswirkungen des § 245e Abs. 3 BauGB

4.1 Regelungsinhalt des § 245e Abs. 3 BauGB

§ 245e Abs. 3 BauGB ist eine Überleitungsvorschrift, die spezifisch für das Repowering von bestehenden Windenergieanlagen an Land konzipiert wurde. Diese Vorhaben bedürfen grundsätzlich einer Änderungsgenehmigung gemäß § 16b Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)³¹. § 16b BImSchG enthält hierfür verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Spezifika und Vereinfachungen, wie etwa eine Beschränkung der Prüfung der immissionsschutzrechtlichen Anforderungen auf nachteilige Auswirkungen im Vergleich zur bestehenden Anlage.³² Die Prüfung der Vereinbarkeit der Änderung der Anlage mit dem Bauplanungsrecht bleibt indes gemäß § 16b Abs. 4 BImSchG ausdrücklich unberührt: Das heißt, dass das Bauplanungsrecht und insbesondere § 35 BauGB vollumfänglich auf Repowering-Anlagen Anwendung finden und mithin die bauplanungsrechtlichen Anforderungen an die Anlage zu erfüllen sind.

Zwar enthält die Überleitungsvorschrift des § 245e Abs. 1 BauGB seitens ihres Wortlauts keine Unterscheidung zwischen Neu- und Bestandsanlagen. Allerdings trifft diesbezüglich § 245e Abs. 3 BauGB für das Repowering von Bestandsanlagen eine abweichende Regelung:

„(3) Die in Absatz 1 Satz 1 genannten Rechtswirkungen gemäß § 35 Absatz 3 Satz 3 können Vorhaben im Sinne des § 16b Absatz 1 und 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. September 2021 (BGBl. I S. 4458) geändert worden ist, nicht entgegengehalten werden, es sei denn, die Grundzüge der Planung werden berührt. Dies gilt nicht, wenn das Vorhaben in einem Natura 2000-Gebiet im Sinne des § 7 Absatz 1 Nummer 8 des Bundesnaturschutzgesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3908) geändert worden ist, oder in einem Naturschutzgebiet im Sinne des § 23 des Bundesnaturschutzgesetzes verwirklicht werden soll.“

Danach wird explizit ein Abweichen von der in § 245e Abs. 1 BauGB für Neuanlagen normierten Regelung, dass bestehende Konzentrationsflächenplanungen fortwirken, statuiert. Es handelt sich um eine Rückausnahme zu § 245e Abs. 1 BauGB: Bestehende Konzentrationsflächenplanungen finden keine Anwendung auf Bestandsanlagen, für die eine Änderungsgenehmigung nach dem BImSchG beantragt wird, mit anderen Worten, die repowert werden sollen. Für das Repowering von Bestandsanlagen wird die Geltungswirkung von Konzentrationsflächenplanungen mit Ausschlusswirkung nicht bis zum Erreichen der Flächenbeitragswerte übergeleitet. Nach der Gesetzesbegründung soll die Vorschrift *„es erleichtern, trotz einer planerischen Ausschlusswirkung das sogenannte Repowering von Bestandsanlagen zuzulassen, ohne den Bestandsplan aufzuheben oder zu ändern“*.³³ Die Vorschrift setzt damit den Anreiz, dass Anlagenbetreiber ab sofort mit dem Repowering von Anlagen beginnen können, obwohl an sich eine noch geltende Konzentrationsflächenplanung entgegenstünde.

Dieser Anreiz für ein Repowering von Bestandsanlagen durch Anordnung der Nichtanwendung von bestehenden Konzentrationsflächenplanungen steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Grundzüge der (Bestands-)Planung nicht berührt sind. Änderungsanträgen für Windenergieanlagen zwecks Repowering können die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB – insbesondere die Ausschlusswirkung für Bestandsanlagen außerhalb der Konzentrationsfläche – nach wie vor entgegengehalten werden, wenn die Grundzüge der Planung berührt sind. Sind die Grundzüge der Planung nicht berührt, sind Bestandsanlagen, die geändert werden sollen, als privilegierte Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ohne Einschränkungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu behandeln.

³¹ Bundes-Immissionsschutzgesetz v. 17.5.2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123), das zuletzt durch Artikel 11 Absatz 3 des Gesetzes vom 26.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 202) geändert wurde.

³² Jarass, in: ders., BImSchG, 14. Aufl. 2022, § 16b Rn. 7.

³³ BT-Drs.20/2355, S. 32.

Zwischenergebnis

Es handelt sich bei § 245e Abs. 3 BauGB um eine Rückausnahme zu § 245e Abs. 1 BauGB, der eine Ausnahme zu § 249 Abs. 1 BauGB beinhaltet. Die bestehende Konzentrationsflächenplanung ist für Neuanlagen nach § 245e Abs. 1 i. V. m. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB noch wirksam, solange der Flächenbeitragswert nicht erreicht ist bzw. bis Ende 2027. Hingegen entfällt sie für Bestandsanlagen, die repowert werden sollen. Die Bestandsplanungen für Konzentrationsflächen wirken allerdings fort, wenn die Grundzüge der Planung durch das Repowering berührt sind. Dass Repowering-Anlagen nur noch ausnahmsweise – nämlich wenn die Grundzüge der Planung berührt sind – die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bestehender Konzentrationsflächenplanungen entgegengehalten werden können, offenbart folgenden gesetzgeberischen Willen: Trotz einer bestehenden planerischen Ausschlusswirkung soll das Repowering von Bestandsanlagen grundsätzlich zulässig sein, ohne die bestehenden Konzentrationsflächenplanungen generell aufzuheben oder zu ändern.

4.2 Zeitlicher Anwendungsbereich

§ 245e Abs. 3 BauGB enthält hinsichtlich seines zeitlichen Anwendungsbereichs keine explizite Aussage. Auf § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB, nach dem die Rechtswirkungen eines Raumordnungs- oder Flächennutzungsplans nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für neue Windenergieanlagen bis spätestens zum 31. Dezember 2027 fortgelten, wird ausdrücklich nicht Bezug genommen. § 245e Abs. 3 Satz 1 BauGB verweist lediglich auf § 245e Abs. 1 Satz 1 BauGB.

Hieraus den Schluss zu ziehen, dass der Anwendungsbereich des § 245e Abs. 3 BauGB nicht befristet ist, greift aus entstehungsgeschichtlichen, systematischen und teleologischen Gründen zu kurz. Der 31. Dezember 2027 markiert auch die zeitliche Grenze für die Anwendbarkeit des § 245e Abs. 3 BauGB für Bestandsanlagen.³⁴ Dafür spricht entstehungsgeschichtlich, dass im Gesetzgebungsverfahren zunächst der 31. Dezember 2026 als endgültiges Auslaufdatum für die Konzentrationsflächenplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in allen drei Absätzen des § 245e BauGB erwähnt wurde.³⁵ Dieses Datum wurde später in § 245e Abs. 3 BauGB gestrichen. Als zeitliche Grenze wurde der 31. Dezember 2027 in § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB benannt. Damit bringt der Gesetzgeber nach eigener Auffassung zum Ausdruck, dass *„spätestens mit Ablauf des Jahres 2027 [...] die Ausschlusswirkung der Bestandsplanung und damit auch der Anwendungsbereich des § 245e Absatz 3 BauGB [endet]“*.³⁶

Systematisch lässt sich das Ergebnis dadurch untermauern, dass nach § 245e Abs. 1 Satz 2 BauGB bis spätestens mit Ablauf des 31. Dezember 2027 die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Windenergieanlagen nicht mehr entgegengehalten werden können. Wenn die planerische Ausschlusswirkung aufgrund bestehender Konzentrationsflächenplanungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB für Windenergieanlagen spätestens ab dem 1. Januar 2028 keine Bedeutung mehr hat, liegt es nahe, dass dies gesetzgeberisch auch generell für Repowering-Anlagen gewollt ist. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber will die Rechtswirkungen von bestehenden Raumordnungs- oder Flächennutzungsplänen gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ab dem 1. Januar 2028 für Neu- und Bestandsanlagen gänzlich entfallen lassen.

Für die Annahme des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 245e Abs. 3 BauGB bis zum 31. Dezember 2027 spricht überdies der Sinn und Zweck der Vorschrift. Gewollt ist eine erleichterte Ausnahmvorschrift für Repowering-Anlagen in der Übergangszeit zwischen der alten Standortsteuerung der Windenergieanlagen durch die Konzentrationsflächenplanung hin zu einer Steuerung durch die Ausweisung von Windenergiegebieten. Mit Erreichen des Flächenbeitragswerts bzw. nach Ablauf des 31. Dezember 2027 besteht kein Bedürfnis mehr nach der Regelung des § 245e Abs. 3 BauGB, da für Repowering-Anlagen sodann andere Vorgaben gelten. Diese sehen so aus, dass § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auf Windenergieanlagen an Land gemäß § 249 Abs. 1 BauGB nicht mehr anwendbar ist. Ferner ist danach zu

³⁴ So Meurers/Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 148. EL 2022, § 245e Rn. 21; Scheidler, Repowering von Windenergieanlagen, VR 2023, 305 (311).

³⁵ BT-Drs. 20/2355, S. 12.

³⁶ BT-Drs. 20/2654, S. 6.

unterscheiden, ob der Flächenbeitragswert erfüllt ist oder nicht. Ist der Flächenbeitragswert erreicht, können Windenergieanlagen innerhalb von Windenergiegebieten nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und außerhalb nach § 249 Abs. 2 i. V. m. § 35 Abs. 2 BauGB als nicht privilegiertes Vorhaben errichtet werden. Für Repowering-Anlagen gilt dabei gemäß § 249 Abs. 3 BauGB die Besonderheit, dass auch bei Erreichen des Flächenbeitragswerts diese Vorhaben außerhalb von Windenergiegebieten bis zum 31. Dezember 2030 als privilegiertes Vorhaben gelten. Wenn der Flächenbeitragswert nicht erfüllt ist, beurteilt sich der Bau von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.

Insgesamt zeigt sich, dass § 245e Abs. 3 BauGB bis zum Erreichen des maßgeblichen Flächenbeitragswerts bzw. bis zum Ablauf des 31. Dezember 2027 anwendbar ist.

Zwischenergebnis

Hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereichs enthält § 245e Abs. 3 BauGB keine explizite Aussage. Die Entstehungsgeschichte, Systematik sowie der Sinn und Zweck der Vorschrift lassen den Schluss zu, dass § 245e Abs. 3 BauGB bis zum Erreichen des maßgeblichen Flächenbeitragswerts bzw. bis zum Ablauf des 31. Dezember 2027 anwendbar ist.

4.3 Sachlicher Anwendungsbereich

§ 245e Abs. 3 BauGB ermöglicht ein Außerachtlassen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB beim Repowering einer Windenergiebestandsanlage, solange die Grundzüge der Planung nicht berührt sind. Es handelt sich also um eine Vorschrift, die auf das Repowering bereits bestehender Anlagen Anwendung findet. Ferner wird der sachliche Anwendungsbereich der Überleitungsvorschrift durch die Bezugnahme auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB maßgeblich bestimmt und beschränkt. Danach stehen

„öffentliche Belange (...) einem Vorhaben nach Absatz 1 Nummer 2 bis 6 in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.“ (Hervorhebung durch Autoren).

4.3.1 Allgemeiner Anwendungsbereich

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB beschränkt die planerische Ausschlusswirkung von Konzentrationsflächen auf Darstellungen in einem Flächennutzungsplan oder Ziele der Raumordnung. Aus diesem eindeutigen Wortlaut folgt zunächst, dass entgegenstehende Festsetzungen oder Konzentrationsflächenfestsetzungen in einem Bebauungsplan mithilfe des § 245e Abs. 3 BauGB nicht überwunden werden können. Um diese im Rahmen eines Repowerings nicht anwenden zu müssen, könnte auf die bauplanungsrechtliche Befreiung gemäß § 31 Abs. 2 BauGB zurückgegriffen werden.

Darstellungen in einem Flächennutzungsplan oder Ziele in einem Raumordnungsplan, die für Windenergieanlagen keine planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bewirken und folglich auch keine Ausschlusswirkung für Bestandsanlagen vorsehen oder diese behindern, finden unbeschränkt Anwendung. Mithilfe des § 245e Abs. 3 BauGB können solche Festlegungen nicht überwunden werden. Derartige Festlegungen können z. B. Höhenbegrenzungen in einem Flächennutzungsplan gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 BauGB sein. Sie haben für die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB keine Relevanz.

Folglich ist § 245e Abs. 3 BauGB nur für Fälle bedeutsam, in denen die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zum Tragen kommen: Das ist die Ausschlusswirkung der Konzentrationsfläche nach außen. Liegt also eine Windenergiebestandsanlage, die repowert werden soll, außerhalb einer Konzentrationszone für Windenergieanlagen, findet die Vorschrift aufgrund der hier einschlägigen Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Anwendung.

4.3.2 Rotor-in- und Rotor-out-Konzentrationsflächenplanungen

Vor diesem Hintergrund ist es zentral zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Vorhaben als innerhalb oder außerhalb einer Konzentrationsfläche liegend zu beurteilen ist. Vorhaben, deren Mastfuß sich außerhalb einer Konzentrationsfläche befindet, liegen außerhalb einer Konzentrationsfläche. Vorhaben, die sich samt Rotoren innerhalb einer Konzentrationsfläche befinden, liegen innerhalb einer Konzentrationsfläche.

Schwierigkeiten bereitet der Fall, dass sich die Repowering-Anlage mit ihrem Mastfuß innerhalb einer Konzentrationsfläche befindet, die Rotoren aber über die Grenze der Konzentrationsfläche hinausragen. Ob ein solches Vorhaben als innerhalb oder außerhalb einer Konzentrationsfläche liegend zu beurteilen ist, hängt davon ab, ob der entsprechende Plan vorsieht, dass die Rotorflächen innerhalb einer Konzentrationsfläche liegen müssen (sog. Rotor-in) oder auch außerhalb einer Konzentrationsfläche liegen dürfen (sog. Rotor-out). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts müssen die äußeren Grenzen des Bauleitplans oder die Grenzen von Baugebieten oder Bauflächen stets von der gesamten Windenergieanlage einschließlich der Rotoren eingehalten werden.³⁷ Ob die Gebietsgrenzen eines Raumordnungsplans auch stets von der Windenergieanlage samt ihren Rotoren gewahrt werden müssen, wurde höchststrichterlich bisher nicht entschieden. Allerdings hat das Oberverwaltungsgericht Lüneburg überzeugend die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2004 hinsichtlich der Gebietsgrenzen von Bauleitplänen bereits auf Raumordnungspläne übertragen. Danach sei grundsätzlich davon auszugehen, dass die Grenzen von Vorranggebieten für die Windenergie durch die gesamte Windenergieanlage einzuhalten seien, sofern der Plangeber nicht ausdrücklich bestimmt hat, dass die Rotoren die Grenze überschreiten dürfen.³⁸ Die Rotoren müssen demnach innerhalb einer durch einen Raumordnungsplan bestimmten Konzentrationsfläche liegen, wenn dies ausdrücklich im Plan vorgesehen ist oder keine Festlegung getroffen wurde, die bestimmt, dass die Rotoren außerhalb der Konzentrationsfläche liegen dürfen.

Die in der Rechtsprechung entwickelte Definition übernimmt auch der Gesetzgeber in § 2 Nr. 2 Hs. 1 WindBG, indem er Rotor-in-Flächen als

„Flächen im Sinne der Nummer 1, die in einem Raumordnungsplan oder Bauleitplan ausgewiesen wurden, der bestimmt, dass die Rotorblätter von Windenergieanlagen innerhalb der ausgewiesenen Fläche liegen müssen, (...)“

definiert. Bzw. vom Vorliegen einer Rotor-in-Fläche ausgeht,

*„[...] ,solange der Planungsträger nicht einen Beschluss nach § 5 Absatz 4 gefasst und öffentlich bekannt gegeben oder verkündet hat, der keine Bestimmung im Hinblick auf die Platzierung der Rotorblätter außerhalb einer ausgewiesenen Fläche trifft“.*³⁹ Dass der Gesetzgeber diese Definition einer Rotor-in-Regelung nur für das Windenergieflächenbedarfsgesetz verwenden wollte, ist nicht ersichtlich. Daher kann die Definition auch auf § 245e Abs. 3 BauGB übertragen werden. Das bedeutet, dass bei Raumordnungsplänen oder Flächennutzungsplänen davon auszugehen ist, dass sich die Rotoren innerhalb der Gebietsgrenze befinden müssen. Etwas anderes gilt nur, wenn eine Rotor-out-Regelung durch eine entsprechende explizite Festlegung im Plan getroffen wurde.

Ob auch nachträglich durch Beschluss des Planungsträgers eine Rotor-out-Regelung getroffen werden kann, hat die Rechtsprechung bislang nicht zu beurteilen gehabt. Jedenfalls hat der Gesetzgeber dies für Windenergiegebiete explizit zugelassen: Nach § 2 Nr. 2 Hs. 2 i. V. m. § 5 Abs. 4 Satz 1 WindBG kann der Planungsträger auch nach Beschlussfassung über einen Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan durch Beschluss bestimmen, dass die Rotorblätter nicht innerhalb der ausgewiesenen Fläche liegen müssen.⁴⁰ Dafür darf der Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan bisher keine Bestimmung zur Platzierung über die Lage der Rotorblätter enthalten. Einer Übertragung jener Regelung auch auf bestehende planerische Konzentrationsflächen stünde die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die nur für die äußeren Grenzen von Bauleitplänen nicht aber für einen Raumordnungsplan getroffen wurde, nicht entgegen.⁴¹ Die

³⁷ BVerwG, Urt. v. 21.10.2004 – 4 C 3/04, Rn. 40: „(...) Allerdings sind die äußeren Grenzen des Bauleitplans oder die Grenzen von Baugebieten oder Bauflächen (vgl. § 1 Abs. 1 und Abs. 2 BauNVO) stets von der gesamten Windkraftanlage einschließlich des Rotors einzuhalten.“; im Grundsatz auch VGH Mannheim, Beschl. v. 20.10.2022 – 14 S 3815/21, juris Rn. 82.

³⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 8.2.2022 – 12 KN 51/20, juris Rn. 94.

³⁹ Die Definition geht auf die dargestellte Rechtsprechung und die Definition in BT-Drs. 20/2355, S. 24 zurück.

⁴⁰ § 5 Abs. 4 WindBG findet nur Anwendung auf Pläne, die bis zum 1.2.2024 wirksam geworden sind.

⁴¹ BVerwG, Urt. v. 21.10.2004 – 4 C 3/04, Rn. 40.

Regelung dürfte zudem auch auf Flächennutzungspläne anwendbar sein. Dafür spricht die leichte Tendenz der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, auch Abweichungen von expliziten Rotor-in-Regelungen in atypischen Fallkonstellationen anzuerkennen.⁴² Eine Aussage des Bundesverwaltungsgerichts gibt es dazu allerdings bislang nicht.

Zwischenergebnis

Der sachliche Anwendungsbereich des § 245e Abs. 3 BauGB wird maßgeblich durch die Bezugnahme auf § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bestimmt und beschränkt. Er findet nur Anwendung auf Raumordnungs- und Flächennutzungspläne, nicht aber auf Bebauungspläne.

Mit § 245e Abs. 3 BauGB können nur bestehende Festlegungen, die eine planerische Ausschlusswirkung im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB enthalten, überwunden werden. Es kann nicht mithilfe des § 245e Abs. 3 BauGB von anderen Festlegungen, wie z. B. Höhenbegrenzungen, abgewichen werden.

Folglich findet § 245e Abs. 3 BauGB Anwendung auf Windenergieanlagen, deren Standort außerhalb einer Konzentrationsfläche liegt. Das sind solche, deren Mastfuß sich außerhalb einer Konzentrationsfläche befindet. Vorhaben, die sich samt Rotoren innerhalb einer Konzentrationsfläche befinden, liegen hingegen innerhalb einer Konzentrationsfläche, sodass auch § 245e Abs. 3 BauGB keine Anwendung findet.

Schwierigkeiten bereitet der Fall, dass sich die Repowering-Anlage mit ihrem Mastfuß innerhalb einer Konzentrationsfläche befindet, die Rotoren aber über die Grenze der Konzentrationsfläche hinausragen. Die bisherige Rechtsprechung deutet darauf hin, dass die Rotoren innerhalb einer Konzentrationsfläche liegen müssen, wenn dies ausdrücklich im Plan vorgesehen ist oder keine Festlegung getroffen wurde, die bestimmt, dass die Rotoren außerhalb der Konzentrationsfläche liegen dürfen. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies bislang indes nur für Bauleitpläne festgestellt, nicht aber für Raumordnungspläne. Das OVG Lüneburg hat diese Rechtsprechung auf Raumordnungspläne übertragen. Der VGH Mannheim hält demgegenüber ein Abweichen von der grundsätzlich befürworteten Bundesverwaltungsgerichtsrechtsprechung in nicht vorhergesehenen (atypischen) Fallkonstellationen für zulässig (hier: Teilflächennutzungsplan). Es folgert dies aus dem Wortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB „*in der Regel*“. Eine gefestigte oder gar höchstrichterliche Rechtsprechung kann bislang nicht konstatiert werden.

Um Klarheit in der Planungspraxis zu schaffen, könnte ein nachträglicher Beschluss des Planungsträgers – wie ihn für Windenergiegebiete auch der § 2 Nr. 2 Hs. 2 und § 5 Abs. 4 Satz 1 WindBG vorsehen – über eine Rotor-out-Regelung getroffen werden. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts steht dem nicht entgegen.

Für den Fall, dass der Mastfuß einer Windenergieanlage sich innerhalb einer Konzentrationsfläche befindet, deren Rotoren die Gebietsgrenze aber überschreiten, kommt es für die Zulässigkeit des Repowerings nicht auf § 245e Abs. 3 BauGB an, wenn

- der Plan eine Rotor-out-Regelung enthält,
- eine atypische Fallkonstellation i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorliegt oder
- der Plangeber nachträglich eine Rotor-out-Regelung beschließt.

⁴² VGH Mannheim, Beschl. v. 20.10.2022 – 14 S 3815/21, juris Rn. 82.

5 Das Tatbestandsmerkmal „Berühren der Grundzüge der Planung“

Die Voraussetzung des „Berührens der Grundzüge der Planung“ ist zentral für die Anwendung des § 245e Abs. 3 BauGB und die damit verbundene Nichtanwendung der Rechtswirkungen von Konzentrationsflächen in bestehenden Flächennutzungs- und Raumordnungsplänen bis zum 31. Dezember 2027. Die Rechtsbegriffe „Berühren“ und „Grundzüge der Planung“ entscheiden darüber, ob für die Änderungsgenehmigung des Repowering-Vorhabens auch eine Konzentrationsflächenplanung mit den Ausschlusswirkungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB berücksichtigt werden muss. Der Gesamtbegriff „Berühren der Grundzüge der Planung“ ist unbestimmt und bedarf der Auslegung. Hierfür ist es notwendig, die Auslegung abzuschichten und die Bestandteile „Grundzüge der Planung“ und „Berühren“ gesondert zu untersuchen.⁴³ Der Begriff „Grundzüge der Planung“ beinhaltet die beiden Elemente der Planung und der Grundzüge, die jeweils einzeln zu analysieren sind. Die separate Auslegung der Begriffsbestandteile bedeutet nicht, dass die Bestandteile unabhängig vom Gesamtbegriff ausgelegt werden. Sie werden vor dem Hintergrund erläutert, dass sie Teil der Voraussetzung des Berührens der Grundzüge der Planung sind.

Der Begriff des Berührens der Grundzüge der Planung findet in mehreren Vorschriften des Bauplanungs- und Raumordnungsrechts Verwendung. So findet er sich im Baugesetzbuch in §§ 13 Abs. 1, 1. Var.; 4a Abs. 3 Satz 4; 5 Abs. 2 Satz 1; 31 Abs. 2; 125 Abs. 3 und § 245e. Ebenso ist er in §§ 6 Abs. 2 Satz 1; 9 Abs. 3 Satz 3; 9 Abs. 5 Satz 1; 11 Abs. 3 Satz 2 ROG verankert. Darüber hinaus wird er in den Landesplanungsgesetzen verwendet.⁴⁴ Ein einheitliches, übergreifendes Begriffsverständnis, das ohne Weiteres auf den Begriff in § 245e Abs. 3 BauGB übertragen werden könnte, existiert nicht. So wie sich die Normstruktur und die Normfunktion bestimmter Vorschriften ähnelt, so werden auch Gemeinsamkeiten beim Begriffsverständnis des Berührens der Grundzüge der Planung deutlich. Daher ist anschließend an eine abstrakte Auslegung des Begriffs, losgelöst von der Vorschrift des § 245e Abs. 3 BauGB, ein Vergleich zwischen § 245e Abs. 3 BauGB und anderen Vorschriften, die die Voraussetzung der Grundzüge der Planung enthalten, zu ziehen.

5.1 Planung

In § 245e Abs. 3 BauGB heißt es, dass die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entgegengehalten werden können, es sei denn die Grundzüge der Planung sind berührt. Der Begriff der Planung kann im Kontext der Tatbestandsvoraussetzung des Berührens der Grundzüge der Planung in zwei Richtungen verstanden werden. Mit Planung könnte einerseits die einzelne planerische Festlegung, wie vorliegend die Ausschlusswirkung von Konzentrationsflächen nach außen, von der abgewichen wird, gemeint sein. Andererseits könnte sich der Begriff der Planung auch auf den gesamten Plan beziehen, vorliegend den Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan, von dem abgewichen wird. Für letzteres lässt sich anführen, dass der Gesetzgeber von Grundzügen der Planung und nicht von Grundzügen einer einzelnen Planfestlegung spricht.⁴⁵ Für eine einzelne Planfestlegung kennt der Gesetzgeber die Fachtermini Festsetzungen in Bebauungsplänen, Darstellungen in Flächennutzungsplänen und Festlegungen von Zielen und Grundsätzen in Raumordnungsplänen. Dass der Gesetzgeber diese Begrifflichkeiten nicht verwendet, obwohl sie ihm bekannt sind, kann als Indiz dafür gewertet werden, dass sich der Begriff „Planung“ auf den gesamten Plan bezieht.⁴⁶ Ein weiteres Argument

⁴³ Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 4, Manuskript S. 48; für eine Abschtichtung der Prüfung in „Grundzüge der Planung“ und „Berühren“ bzgl. § 31 Abs. 2 BauGB BVerwG, Urt. v. 18.11.2010 – 4 C 10.09, juris Rn. 37.

⁴⁴ In den Landesplanungsgesetzen wird der Begriff in §§ 8 Abs. 3 Satz 1, 10 Abs. 6 Satz 1 LPIG RP; § 5 Abs. 6 Satz 2 LPIG M-V; Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BayLplG; § 24 Satz 1 LPIG BW und Art. 10 LPIV Bln/Bbg als Tatbestandsmerkmal einer Zielabweichung verwendet. In Vorschriften zur vereinfachten Planänderung findet sich der Begriff in § 6 Abs. 2 Satz 1 NROG; § 19 Abs. 5 LPIG NRW; § 6 Abs. 2 Satz 1 LaplaG SH und § 7 Abs. 7 LEntwG LSA.

⁴⁵ Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 4 A. I. 2., Manuskript S. 50 f.

⁴⁶ So wird es eingehend bzgl. Zielen der Raumordnung dargelegt von Schrage, Zielabweichungsverfahren, 1998, S. 63.

ist, dass Planung ein Abwägungsprozess ist, der durch den Ausgleich unterschiedlicher öffentlicher und privater Belange untereinander und gegeneinander geprägt ist.⁴⁷ Die einzelnen planerischen Festlegungen bedingen und beeinflussen sich gegenseitig. Bei der Prüfung, ob die Grundzüge der Planung berührt sind, nur auf die einzelne planerische Festlegung, von der abgewichen wird, abzustellen, würde daher zu kurz greifen. Die Auswirkungen des Abweichens von einer planerischen Festlegung auf den Plan als Ganzes würde nicht in den Blick genommen werden. Daher bezieht sich der Begriff der Planung im Kontext des Berührens der Grundzüge der Planung auf einen gesamten Plan und nicht auf einzelne planerische Festlegungen.⁴⁸

Hierfür streiten auch die Begriffsverständnisse von Planung/Plänen in anderen Vorschriften, die ebenfalls auf den Begriff der Grundzüge der Planung rekurren. Pläne sind durch ihre Situationsbezogenheit, eine Gestaltungsfreiheit für den Planungsträger, ein Abstimmungsgebot zwischen verschiedenen Planungen (und Planungsträgern) und das Abwägungsgebot charakterisiert. Sie bilden die Gesamtheit mehrerer planerischer Festlegungen.⁴⁹ Der Plan in den Vorschriften, die das Berühren der Grundzüge der Planung als Voraussetzung enthalten, kann ein Bauleitplan oder Raumordnungsplan sein. Dabei geht es um den Plan, der die Festlegung enthält, die geändert, ergänzt oder von der abgewichen werden soll.⁵⁰ Für die Grundzüge der Planung in § 31 Abs. 2 BauGB bedeutet dies z. B., dass die relevante Planung der Bebauungsplan ist, der die Festsetzung enthält, von der mit Hilfe des § 31 Abs. 2 BauGB befreit werden soll. Dieser Grundgedanke, dass mit Planung ein Plan und nicht nur eine Einzelregelung, von der abgewichen werden kann, gemeint ist, bedeutet übertragen auf § 245e Abs. 3 BauGB Folgendes:

In § 245e Abs. 3 BauGB heißt es, dass die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entgegengehalten werden können, es sei denn die Grundzüge der Planung sind berührt. Die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB können nur durch Flächennutzungspläne oder Raumordnungspläne erzeugt werden. Da sich der Begriff „Planung“, wie soeben dargelegt, auf einen gesamten Plan bezieht, handelt es sich bei § 245e Abs. 3 BauGB um den jeweiligen Flächennutzungs- oder Raumordnungsplan, in dessen Plangebiet eine Bestandsanlage repowert werden soll. Das bedeutet, dass ein Repowering von Bestandsanlagen immer dann nicht möglich ist, wenn die Grundzüge der gesamten Raumordnungs- oder Flächennutzungsplanung berührt sind. Würde sich der Begriff „Planung“ auf die Konzentrationsflächenplanung, d. h. die planerischen Festlegungen, die die planerische Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen, beziehen, würden diese Festlegungen grundsätzlich und ausschließlich die Grundzüge der Planung abbilden. Es gäbe keine anderen planerischen Festlegungen, die für die Grundzüge in Betracht zu ziehen wären. Das Repowering einer Bestandsanlage außerhalb einer Konzentrationsfläche müsste sich immer an den Grundzügen der Konzentrationsflächenplanung messen lassen. Der Gesetzgeber wollte mit § 245e Abs. 3 BauGB indes anderes, nämlich Folgendes bezwecken:

„Die planerische Ausschlusswirkung gemäß § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB wird also für Repowering-Vorhaben durch den Gesetzgeber aufgehoben. Dies soll bewirken, dass bereits vor Abschluss der Planverfahren zur Ausweisung von Windenergiegebieten zur Erreichung der Flächenbeitragswerte des WindBG kurzfristig der dringend benötigte Zubau von Windenergieanlagen beginnen kann und die Modernisierung erleichtert wird. Die Standorte, an denen bereits Windenergieanlagen vorhanden sind, sollen dazu weiter genutzt werden können.“⁵¹ (Hervorhebung durch Autoren)

Diesem gesetzgeberischen Willen, bestehende Windenergieanlagen, einschließlich derjenigen, die sich außerhalb von Konzentrationsflächen befinden, zu repowern, steht es entgegen, wenn mit Planung in § 245e Abs. 3 BauGB die Konzentrationsflächenplanung gemeint wäre. Die Grundzüge der Konzentrationsflächenplanung würden durch ein Repowering regelmäßig berührt und würden dieses dann ausschließen. Gerade dieses Ergebnis hat der Gesetzgeber nicht gewollt. Vielmehr soll im Regelfall die planerische Ausschlusswirkung entfallen und nur ausnahmsweise die Grundzüge der Planung berührt sein.

⁴⁷ Vgl. insoweit § 1 Abs. 7 BauGB.

⁴⁸ Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 4 A. I. 2., Manuskript S. 50 ff.

⁴⁹ Schlacke, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I, 2021, § 20 Rn. 7.

⁵⁰ Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 4 A. I. 2., Manuskript S. 52.

⁵¹ BT-Drs. 20/2654, S. 6.

5.2 Grundzüge

Fraglich ist, was die Grundzüge dieser Planung sind. Das Bundesverwaltungsgericht betrachtet als Grundzüge der Planung in den einzelnen Vorschriften, die den unbestimmten Rechtsbegriff des Berührens der Grundzüge der Planung enthalten, die planerische Konzeption, die dem Plan zugrunde liegt.⁵² Was die planerische Konzeption ist, wird nicht näher definiert. Es wird aber deutlich, dass es bei der Prüfung des Berührens der Grundzüge der Planung nicht darum geht, zu ermitteln, ob die planerische Festlegung, von der abgewichen wird, einen Planungsgrundzug darstellt und ob dieser durch die Abweichung berührt ist. Denn die Verwendung des Plurals zeigt, dass es nicht darauf ankommt, dass ein Planungsgrundzug bzw. eine Festlegung, die zu den Grundzügen der Planung gehört, berührt wird. Vielmehr geht es um die Idee und das Konzept hinter der Planung. Das ist mehr als ein Element, ein Grundzug der Planung. Diese planerische Konzeption muss durch eine Abweichung vom Plan oder Änderung des Plans berührt sein.⁵³

Um zu bestimmen, was die planerische Konzeption eines Plans bzw. die Grundzüge eines Plans sind, ist es hilfreich, den Charakter des Planungsbegriffs zu berücksichtigen. *„Planung ist gekennzeichnet durch das Setzen normativer Ziele [...], eine Analyse des Ist-Zustands [...], eine Vorausschau zukünftiger Entwicklungen [...] unter Einbeziehung unterschiedlicher Rahmenbedingungen [...] und einen „Entwurf einer normativen Ordnung“ [...]“*⁵⁴ In diesen Wesensmerkmalen wird deutlich, dass Planung ein schöpferischer, gestalterischer Willensakt ist.⁵⁵ Mit der Ermittlung dieses planerischen Willens zeigt sich, welche Festlegungen dem Plangeber wichtig waren und welchen Zweck er damit verfolgen wollte. Es wird deutlich, welches planerische Konzept dem Plan zugrunde liegt und welche Planinhalte für dieses Konzept tragend sind. Der planerische Wille gibt folglich vor, welches planerische Konzept bzw. welche Grundzüge der Planung ein Plan hat und welche Planinhalte tragend sind. Daher ist es entscheidend, den planerischen Willen zu bestimmen.⁵⁶ Der planerische Wille kann durch Auslegung des Plans nach den gängigen Auslegungsmethoden ermittelt werden.⁵⁷ Dafür können die zeichnerischen Darstellungen, der Textteil des jeweiligen Plans, die Planbegründung sowie der Planaufstellungsvorgang ausgewertet werden.⁵⁸ Der planerische Wille kann indes nur berücksichtigt werden, wenn er Ausdruck im normativen Planinhalt findet, da ansonsten der Plan unzulässigerweise über die Grenze des Wortlauts hinaus ausgelegt werden könnte.⁵⁹

Ob eine planerische Festlegung tragend ist und zu den Grundzügen der Planung gehört, hängt nicht von der Art der Festlegung ab. So können sowohl Ziele als auch Grundsätze der Raumordnung⁶⁰, Darstellungen in Flächennutzungsplänen oder Bebauungsplanfestsetzungen zu den Grundzügen der Planung gehören. Entscheidend ist, dass in ihnen ein planerisches Konzept zum Ausdruck kommt.

Bei der praktischen Umsetzung dieser Vorgehensweise für die Prüfung des § 245e Abs. 3 BauGB stellt sich die Frage, ob die Festlegungen, die die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen, zu den Grundzügen der Planung gehören. Dass die Festlegung der Ausschlusswirkung nicht als Teil der Grundzüge der Planung einzuordnen ist, könnte damit begründet werden, dass § 245e Abs. 3 BauGB gerade darauf abzielt, Windenergiebestandsanlagen außerhalb von Konzentrationsflächen zu repowern (siehe Kapitel 5.1). Gehörte die Ausschlusswirkung von Konzentrationsflächen nicht zu den Grundzügen der Planung, würde § 245e Abs. 3 BauGB weitgehend leerlaufen. Das ist nicht die Wirkung, die § 245e Abs. 3 BauGB dem Begriff „Grundzüge der Planung“, verstanden als wirksames Korrektiv, beimessen wollte. Gegen diese Sichtweise, die Ausschlusswirkung nicht zu den Grundzügen der Planung zu zählen, spricht, dass die Grundzüge ein und desselben Plans differieren könnten, abhängig davon welche Vorschrift auf

⁵² Bzgl. § 31 Abs. 2 BauGB BVerwG, Beschl. v. 5.3.1999 – 4 B 5.99, juris Rn. 6; bzgl. § 13 BauGB BVerwG, Beschl. v. 15.3.2000 – 4 B 18.00, juris Rn. 4; bzgl. § 125 Abs. 3 BauGB BVerwG, Urt. v. 9.3.1990 – 8 C 76/88, juris Rn. 19. Ebenso das Schrifttum: Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 126. EL 2017, § 13 Rn. 16; Berke- mann, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, 46. EL 2016, A VIII Rn. 71.

⁵³ Zum Ganzen ausführlich Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 4 A. II. 1., Manuskript S. 53 f.

⁵⁴ Schlacke, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I, 2021, § 20 Rn. 6.

⁵⁵ Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 4 A. II. 2., Manuskript S. 54; die Willenskomponente betont Roellecke, Ein Rechtsbegriff der Planung, DÖV 1994, 1024 (1026).

⁵⁶ Zum Ganzen ausführlich Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 4 A. II. 2., Manuskript S. 54 ff.

⁵⁷ BVerwG, Beschl. v. 14.12.1995 – 4 N 2.95, juris Rn. 14; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 9 Rn. 7.

⁵⁸ Siegmund, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 59. Ed. 2023, § 31 Rn. 61.

⁵⁹ So BVerwG, Urteil v. 4.5.1988 – 4 C 34.86, juris Rn. 21; Urteil v. 3.2.1984 – 4 C 17.82, juris Rn. 19.

⁶⁰ Hendler, in: Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz, ROG, 6. EL 2012, § 10 Rn. 53.

den Plan angewendet wird.⁶¹ Die Grundzüge eines Raumordnungsplans könnten bei Anwendung des § 245e Abs. 3 BauGB andere sein, als wenn auf denselben Raumordnungsplan eine Zielabweichung gemäß § 6 Abs. 2 ROG angewendet wird, die ebenfalls ein Nichtberühren der Grundzüge der Planung voraussetzt. Planerische Festlegungen, die die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen, würden bei Anwendung des § 245e Abs. 3 BauGB nicht zu den Grundzügen der Planung gehören, bei einer Zielabweichung gemäß § 6 Abs. 2 ROG hingegen schon. Dies überzeugt nicht. Statt von unterschiedlichen Grundzügen eines Plans auszugehen, sollten die Besonderheiten der jeweiligen Vorschriften, hier jene des § 245e Abs. 3 BauGB, die die Voraussetzung des Berührens der Grundzüge der Planung enthalten, auf der Ebene des Berührens berücksichtigt werden. Die planerischen Festlegungen, die die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen, werden folglich regelmäßig als ein Element zu den Grundzügen der Planung gehören, da die dadurch geschaffene Konzentrationsflächenplanung ein zentrales Element des jeweiligen Plans sein wird.

Die Festlegungen zur planerischen Ausschlusswirkung sind regelmäßig nicht die einzigen Festlegungen, die die Grundzüge der Planung ausmachen. In Regionalplänen werden oftmals Zielfestlegungen zu den Grundzügen der Planung gehören. Da Ziele der Raumordnung verbindlich und letztabgewogen sind (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG), ist regelmäßig davon auszugehen, dass mit dem Ziel ein spezifischer planerischer Wille zum Ausdruck kommt. Ziele der Raumordnung sind folglich oftmals als Teil der Grundzüge der Planung einzuordnen.⁶² Tragende Festlegungen in einem Regionalplan in Bezug auf Windenergieanlagen können abgesehen von den Festlegungen zur planerischen Ausschlusswirkung folgende Beispiele aus bestehenden Regionalplänen sein:

„Zum Erhalt des Landschaftsbildes, der Durchlässigkeit des Raumes (Avifauna) und der Verbesserung der Sozialverträglichkeit ist zwischen den Gebieten für die raumbedeutsame Windenergienutzung ein Mindestabstand von 5 km einzuhalten.“⁶³

„Innerhalb der nachfolgend aufgeführten landesweit bedeutsamen historischen Kulturlandschaften ist die regionalbedeutsame Windenergienutzung ebenfalls ausgeschlossen: 9.1.3 Speyerer Rheinniederung (...)“⁶⁴

„In Gebieten mit zusammenhängendem Laubholzbestand mit einem Alter über 120 Jahren sowie in Wasserschutzgebieten der Zone I ist die Windenergienutzung ebenso ausgeschlossen.“⁶⁵

Bei den vorstehend genannten Festlegungen handelt es sich um Ziele der Raumordnung. In den Festlegungen kommt der planerische Wille zur verbindlichen Steuerung der Windenergienutzung zum Ausdruck. Die Regelungen sind Teil eines planerischen Konzepts für die Windenergienutzung. Daher ist davon auszugehen, dass es sich um tragende Festlegungen handelt, die zu den Grundzügen der jeweiligen Planung gehören.

Ähnliche Inhalte können auch in einem Flächennutzungsplan zusätzlich zu der Ausschlusswirkung dargestellt werden.

Ob eine Festlegung oder Darstellung tragend ist oder nicht, bestimmt sich nach dem ausdrücklichen oder potentiellen Willen des Plangebers, der aus dem Einzelplan abgeleitet werden muss.

5.3 Berühren

5.3.1 Allgemeine Voraussetzungen für ein Berühren

Ein Berühren der Grundzüge der Planung liegt dem Wortlaut und der Logik zufolge unter zwei Bedingungen vor.⁶⁶ Die erste Bedingung ist, dass die planerische Festlegung, die geändert, ergänzt oder von der abgewichen wird, zu den

⁶¹ Die Grundzüge der Planung sind abhängig vom jeweiligen Plan, nicht aber von der jeweiligen Vorschrift, Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 4 A. II. 2., Manuskript S. 58 f.

⁶² So auch Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 9 Rn. 56; in diese Richtung auch Hendl, in: Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz., ROG, 6. EL 2012, § 10 Rn. 53; auf Runkel verweisend OVG Lüneburg, Urt. v. 17.6.2013 – 12 KN 80/12, juris Rn. 28.

⁶³ Regionales Raumordnungsprogramm Großraum Braunschweig, 2008, S. 29.

⁶⁴ Teilregionalplan Windenergie zum Einheitlichen Regionalplan Rhein-Neckar, 2021, S. 8.

⁶⁵ Teilregionalplan Windenergie zum Einheitlichen Regionalplan Rhein-Neckar, 2021, S. 8.

⁶⁶ Diese im Folgenden dargestellte Differenzierung betont auch Berkemann, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, 46. EL 2016, A VIII Rn. 87.

Grundzügen der Planung gehört. Dies ist der Fall, wenn die planerische Konzeption in der jeweiligen Festlegung zum Ausdruck kommt.⁶⁷ Der Plangeber müsste mit der betroffenen Festlegung einen bestimmten Zweck verfolgen.⁶⁸

Die zweite Bedingung besteht darin, dass die Schwelle des Berührens überschritten sein muss. Es handelt sich um einen niedrighschwelligen Begriff. Die Anforderungen an ein Berühren sind deutlich geringer als an ein „*entgegenstehen*“⁶⁹, „*widersprechen*“⁷⁰, „*beeinträchtigen*“⁷¹ oder ein Verstoß.⁷² Da es heißt, dass die Grundzüge der Planung und nicht lediglich ein Grundzug der Planung nicht berührt sein dürfen, kommt es darauf an, dass die planerische Festlegung, die zu den Grundzügen der Planung gehört, nicht nur berührt ist, sondern die Abweichung oder Änderung ihr widerspricht.⁷³ Das darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass ein Vorhaben den Grundzügen der Planung widersprechen muss. Da sich die Grundzüge der Planung aus mehreren verschiedenen tragenden Festlegungen zusammensetzen, kann es sein, dass das Widersprechen gegen eine Festlegung nicht ausreicht, um ein Berühren der Grundzüge der Planung insgesamt auszulösen. Erst wenn ein Vorhaben einer Festlegung deutlich oder mehreren Festlegungen widerspricht, dürfte regelmäßig ein Berühren der Grundzüge der Planung vorliegen. Wann die Schwelle des Berührens erreicht ist, beurteilt sich nach dem planerischen Willen, da sich danach auch bemisst, was die planerische Konzeption bzw. die Grundzüge der Planung eines Plans sind.⁷⁴ Allgemein sind die Grundzüge der Planung daher berührt, wenn die beabsichtigte Änderung, Ergänzung oder Abweichung nicht mehr vom Willen des Plangebers gedeckt ist.⁷⁵ Kann der planerische Wille nicht mehr eindeutig ermittelt werden, ist danach zu fragen, was der Plangeber gewollt hätte, wenn er den Grund für die Veränderung gekannt hätte, sodass es in diesem Fall auf den hypothetischen Willen ankommt.⁷⁶

Ob ein Berühren der Grundzüge der Planung vorliegt, ist eine Einzelfallentscheidung.⁷⁷ Die Rechtsprechung begründet mit dem Charakter der Einzelfallentscheidung, dass sie keine Aussage darüber trifft, ob bestimmte planerische Festsetzungen stets zu den Grundzügen der Planung gehören oder ob in bestimmten Konstellationen immer ein Berühren vorliegt.⁷⁸ An dieser Linie hält sie fest, auch wenn zu einer Frage ein breites, einheitliches Entscheidungsbild existiert.⁷⁹

5.3.2 Das „Berühren“ in anderen Vorschriften

Im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht ist der Begriff „Grundzüge der Planung“ in mehreren Vorschriften normiert. Im Baugesetzbuch ist er in §§ 13 Abs. 1, 1. Var., 4a Abs. 3 Satz 4, 5 Abs. 2 Satz 1, 31 Abs. 2, 125 Abs. 3 und § 245e BauGB verankert. Ebenso ist er in §§ 6 Abs. 2 Satz 1, 9 Abs. 3 Satz 3, 9 Abs. 5 Satz 1, 11 Abs. 3 Satz 2 ROG zu finden. Darüber hinaus nutzen ihn Landesplanungsgesetze.⁸⁰ Da zum Berühren der Grundzüge der Planung in § 245e Abs. 3 BauGB noch keine Rechtsprechung existiert, könnten in systematischer Hinsicht die Definitionen des Berührens in den anderen genannten Vorschriften übertragen werden. Auch die Rechtsprechung überträgt das von ihr entwickelte Begriffsverständnis teilweise wechselseitig auf die jeweils einschlägigen Vorschriften.⁸¹

⁶⁷ Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 4 B., Manuskript S. 69.

⁶⁸ Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 4 B., Manuskript S. 69.

⁶⁹ § 35 Abs. 1 BauGB, § 14 Abs. 2 BauGB.

⁷⁰ § 35 Abs. 3 Satz 2, 1. HS BauGB.

⁷¹ § 35 Abs. 2 BauGB.

⁷² Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 133. EL 2019, § 31 Rn. 36.

⁷³ Zutreffend Berkemann, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, 46. EL 2016, A VIII Rn. 87; so wohl auch Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 133. EL 2019, § 31 Rn. 37; Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 4 B., Manuskript S. 69 f.

⁷⁴ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 133. EL 2019, § 31 Rn. 36; Kerkmann, in: Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz, ROG, 14. EL 2017, § 6 Rn. 32; Schmitz, in: Bielenberg/Runke/Spannowsky, ROG, April 2021, M § 6 Rn. 181.

⁷⁵ BVerwG, Urt. v. 16.12.2010 – 4 C 8.10, juris Rn. 26; BVerwG, Urt. v. 4.8.2009 – 4 CN 4/08, juris Rn. 12.; BVerwG, Beschl. v. 19.5.2004 – 4 B 35/04, juris Rn. 3 f.

⁷⁶ BVerwG, Urt. v. 9.3.1990 – 8 C 76.88; Urt. v. 29.1.2009 – 4 C 16.07, Rn. 23.

⁷⁷ Siegmund, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 59. Ed. 2023, § 31 Rn. 60.

⁷⁸ Die generelle Aussage, dass die Abweichung von einem Zentralen-Orte-Konzept die Grundzüge der Planung berührt, wurde abgelehnt durch BVerwG, Urteil v. 16.12.2010 – 4 C 8.10, Rn. 25 ff. Eine Änderung der im Bebauungsplan festgesetzten Nutzungsart berührt nicht immer die Grundzüge der Planung, BVerwG, Beschl. v. 15.3.2000 – 4 B 18.00, juris Rn. 5.

⁷⁹ Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 5 J., Manuskript S. 242.

⁸⁰ In den Landesplanungsgesetzen wird der Begriff in §§ 8 Abs. 3 Satz 1, 10 Abs. 6 Satz 1 LPlG RP; § 5 Abs. 6 Satz 2 LPlG M-V; Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BayLplG; § 24 Satz 1 LPlG BW und Art. 10 LPlV Bln/Bbg als Tatbestandsmerkmal einer Zielabweichung verwendet. In Vorschriften zur vereinfachten Planänderung findet sich der Begriff in § 6 Abs. 2 Satz 1 NROG; § 19 Abs. 5 LPlG NRW; § 6 Abs. 2 Satz 1 LaplaG SH und § 7 Abs. 7 LEntwG LSA.

⁸¹ Z.B. deutliche Bezugnahme bei der Definition des Berührens der Grundzüge der Planung bei § 125 Abs. 3 BauGB auf §§ 13, 31 Abs. 2 BauGB, BVerwG, Urt. v. 9.3.1990 – 8 C 76.88, juris Rn. 19.

Werden die bestehenden Vorschriften betrachtet, die die Voraussetzung des Berührens der Grundzüge der Planung beinhalten, so lassen sich diese entweder als Planabweichungs- oder Planänderungsvorschrift einordnen.⁸² Eine Planabweichungsvorschrift liegt vor, wenn die Vorschrift ein Abweichen von den planerischen Festlegungen zulässt, solange die Grundzüge der Planung nicht berührt sind. Dazu zählen die bauplanungsrechtliche Befreiung gemäß § 31 Abs. 2 BauGB und die raumordnerische Zielabweichung gemäß § 6 Abs. 2 ROG. Eine Planänderungsvorschrift wiederum ermöglicht die Änderung eines Plans oder Planentwurfs in einem vereinfachten Änderungsverfahren, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt sind. Beispiele sind § 4a Abs. 3 Satz 4 BauGB, § 13 Abs. 1 BauGB und § 9 Abs. 3 Satz 3 ROG.

Für das Berühren der Grundzüge der Planung der Planabweichungsvorschrift des § 31 Abs. 2 BauGB wendet die Rechtsprechung folgende Definition an:

„Ob die Grundzüge der Planung berührt werden, hängt von der jeweiligen Planungssituation ab. Entscheidend ist, ob die Abweichung dem planerischen Grundkonzept zuwiderläuft. Je tiefer die Befreiung in das Interessengeflecht der Planung eingreift, desto eher liegt der Schluß auf eine Änderung der Planungskonzeption nahe, die nur im Wege der (Um-)Planung möglich ist. Die Befreiung kann nicht als Vehikel dafür herhalten, die von der Gemeinde getroffene planerische Regelung beiseite zu schieben. Sie darf – jedenfalls von Festsetzungen, die für die Planung tragend sind – nicht aus Gründen erteilt werden, die sich in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle oder gar für alle von einer bestimmten Festsetzung betroffenen Grundstücke anführen ließen.“⁸³

Die Definition des Berührens in der Planabweichungsvorschrift des § 6 Abs. 2 ROG durch die Rechtsprechung lautet:

„Wann eine Planänderung die Grundzüge der Planung berührt, lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern hängt von der jeweiligen Planungssituation ab [...]. Wie auch im Fall des § 31 Abs. 2 BauGB beurteilt sich die Frage, ob eine Abweichung die Grundzüge der Planung berührt oder von minderem Gewicht ist, nach dem im Plan zum Ausdruck gebrachten planerischen Wollen. Bezogen auf dieses Wollen darf der Abweichung vom Planinhalt keine derartige Bedeutung zukommen, dass die dem Plan zugrunde gelegte Planungskonzeption („Grundgerüst“) in beachtlicher Weise beeinträchtigt wird. Die Abweichung muss – soll sie mit den Grundzügen der Planung vereinbar sein – durch das planerische Wollen gedeckt sein; es muss – mit anderen Worten – angenommen werden können, die Abweichung liege noch im Bereich dessen, was der Plangeber gewollt hat oder gewollt hätte, wenn er den Grund für die Abweichung gekannt hätte [...].“⁸⁴

Die Definition des Berührens bei § 6 Abs. 2 ROG verwendet die Rechtsprechung in weiten Teilen identisch bei Planänderungsvorschriften wie § 13 Abs. 1, 1. Var. BauGB. Dort heißt es:

„Ob eine Abweichung die Grundzüge der Planung berührt oder von minderem Gewicht ist, beurteilt sich, jedenfalls wenn nicht ein anderes Baugebiet im Sinne der §§ 2 bis 11 BauNVO festgesetzt wird, nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, nämlich dem im Bebauungsplan zum Ausdruck gebrachten planerischen Wollen. Bezogen auf dieses Wollen darf der Abweichung vom Planinhalt keine derartige Bedeutung zukommen, dass die angestrebte und im Plan zum Ausdruck gebrachte städtebauliche Ordnung in beachtlicher Weise beeinträchtigt wird. Die Abweichung muss – soll sie mit den Grundzügen der Planung vereinbar sein – durch das planerische Wollen gedeckt sein; es muss – mit anderen Worten – angenommen werden können, die Abweichung liege noch im Bereich dessen, was der Planer gewollt hat oder gewollt hätte, wenn er die weitere Entwicklung einschließlich des Grundes für die Abweichung gekannt hätte.“⁸⁵

Die Definitionen zeigen, dass beim Berühren zu prüfen ist, ob eine Abweichung von den Festlegungen des Plans mit dem planerischen Willen vereinbar ist. Ferner wird deutlich, dass die Rechtsprechung durch die Bezugnahme auf § 31 Abs. 2 BauGB bei der Definition zu § 6 Abs. 2 ROG einen Zusammenhang zwischen der bauplanungsrechtlichen Befreiung in § 31 Abs. 2 BauGB und dem raumordnerischen Zielabweichungsverfahren in § 6 Abs. 2 ROG sieht. Auffällig ist,

⁸² Hierzu und zum Folgenden Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 2 L., Manuskript S. 24 f.

⁸³ So BVerwG, Beschl. v. 5.3.1999 – 4 B 5/99, juris Rn. 6; ähnlich BVerwG, Urt. v. 9.8.2018 – 4 C 7/17, juris Rn. 8; OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.4.2020 – 1 LA 115/18, juris Rn. 7.

⁸⁴ BVerwG, Urt. v. 16.12.2010 – 4 C 8.10, juris Rn. 26; bestätigt durch Beschl. v. 12.7.2018 – 7 B 15.17, juris Rn. 13.

⁸⁵ BVerwG, Urt. v. 29.1.2009 – 4 C 16.07, juris Rn. 23.

dass die Definition zum Berühren in § 31 Abs. 2 BauGB die Besonderheit der Bezugsfallwirkung enthält.⁸⁶ Das bedeutet, dass eine Planabweichung, die aus Gründen erteilt wird, die in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle vorliegen, die Grundzüge der Planung berührt.⁸⁷ Ist die Abweichung zu geringfügig, kann ein Berühren hingegen auch zu verneinen sein, obwohl eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle gegeben ist.⁸⁸ Die genannte Definition des Bundesverwaltungsgerichts zum Berühren bei § 6 Abs. 2 ROG enthält den Aspekt der Bezugsfallwirkung nicht. Das bedeutet aber nicht, dass er dort nicht zu berücksichtigen ist. Wegen der ähnlichen Struktur und Funktion des Zielabweichungsverfahrens gegenüber der bauplanungsrechtlichen Befreiung⁸⁹ wird der Aspekt der Bezugsfallwirkung auch beim Berühren in § 6 Abs. 2 ROG durch die Rechtsprechung⁹⁰ – allerdings noch nicht höchstrichterlich – und das Schrifttum⁹¹ angewandt. Die mit Blick auf die Definition zu § 6 Abs. 2 ROG und die Definition zu Planänderungsvorschriften wie § 13 Abs. 1, 1. Var. BauGB deutlich sichtbare Parallele zwischen dem Berühren in raumordnerischen Zielabweichungsverfahren und Planänderungsvorschriften, besteht daher nur eingeschränkt. Denn der Aspekt der Bezugsfallwirkung spielt bei Planänderungsvorschriften keine Rolle. Eine Planänderung berührt nicht deshalb die Grundzüge der Planung, weil der Grund für die Änderung in einer Vielzahl von Planänderungen angeführt werden könnte. Die Unterscheidung zwischen Regelfall und Sonderfall, die durch den Aspekt der Bezugsfallwirkung erzeugt wird, ist für Planänderungen nicht sinnvoll, da es keine regelhaften oder besonderen Planänderungen gibt.⁹² Insgesamt zeigt sich, dass die Prüfung des Berührens in Planabweichungsvorschriften und Planänderungsvorschriften unter anderem deshalb differiert, weil in Planabweichungsvorschriften der Aspekt der Bezugsfallwirkung zu berücksichtigen ist.

Lässt sich § 245e Abs. 3 BauGB einer dieser beiden Vorschriftengruppen zuordnen, so ist dies ein systematisches Argument dafür, die Besonderheiten in dem jeweiligen Begriffsverständnis auf das „Berühren der Grundzüge der Planung“ in § 245e Abs. 3 BauGB zu übertragen.⁹³ Die Vorschrift des § 245e Abs. 3 BauGB kann als Planabweichungsvorschrift verstanden werden, da sie das Außerachtlassen der Wirkungen der Konzentrationsflächenplanung statuiert, es sei denn die Grundzüge der Flächennutzungs- bzw. Raumordnungsplanung sind durch das Repowering-Vorhaben berührt.⁹⁴ Es zeigen sich Parallelen zu § 31 Abs. 2 BauGB und § 6 Abs. 2 ROG, da § 245e Abs. 3 BauGB eine Abweichung von planerischen Festlegungen ermöglicht, ohne dass die Geltung des Plans oder eine der planerischen Festlegungen angetastet wird. Lediglich die Wirkungen der planerischen Festlegung, von der abgewichen wurde, können nicht entgegengesetzt gehalten werden.

Diese Einordnung des § 245e Abs. 3 BauGB als Planabweichungsvorschrift bedeutet, dass sich das „Berühren der Grundzüge der Planung“ – wie in den Planabweichungsvorschriften des § 31 Abs. 2 BauGB und § 6 Abs. 2 ROG – zunächst nach der Vereinbarkeit der Abweichung mit dem tatsächlichen oder hypothetischen planerischen Willen beurteilt.⁹⁵

Die Bezugsfallwirkung könnte auch auf das Berühren in § 245e Abs. 3 BauGB zu übertragen sein. Dafür spricht, dass es sich ebenfalls um eine Planabweichungsvorschrift handelt und daher Normstruktur und Normfunktion ähnlich sind.⁹⁶ Die Gründe dafür, dass die Bezugsfallwirkung beim Berühren im Sinne des § 31 Abs. 2 BauGB und § 6 Abs. 2 ROG eine

⁸⁶ Ausführlich Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 5 A. IV. 1., Manuskript S. 119 ff.

⁸⁷ Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 7 C. II. 1. c), Manuskript S. 269; BVerwG, Beschl. v. 5.3.1999 – 4 B 5/99, juris Rn. 6 erwähnt dies als Teil der Definition des Berührens bei § 31 Abs. 2 BauGB.

⁸⁸ Zu diesem Ergebnis kommt eine umfassende Rechtsprechungsauswertung zum Berühren der Grundzüge der Planung in § 31 Abs. 2 BauGB. Siehe dazu Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 5 A. IV. 4. g), Manuskript S. 174.

⁸⁹ Für eine eingehende vergleichende Betrachtung von Zielabweichungsverfahren und bauplanungsrechtlicher Befreiung siehe Kümper, Grundprobleme der Abweichung von den Zielen der Raumordnung, UPR 2021, 121 (123 f.); Parallelen betont u. a. auch Kment, in: ders., ROG, 2019, § 6 Rn. 67; vgl. auch [BT-Drs. 13/6392](#), S. 85; [BT-Drs. 16/10292](#), S. 23.

⁹⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.11.2017 – OVG 10 B 1.17 -, juris Rn. 57.

⁹¹ Kment, in: ders., ROG, 2019, § 6 Rn. 73; Schmitz, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, ROG, April 2021, § 6 Rn. 181; Kümper, Grundprobleme der Abweichung von den Zielen der Raumordnung, UPR 2021, 121 (126); Starnofsky, in: Pielok/Starnofsky, NROG, 2018, § 8 S. 147; Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 5 H. III. 1., Manuskript S. 225.

⁹² Ausführlicher zum Fehlen der Bezugsfallwirkung bei Planänderungsvorschriften Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 7 C. II. 2. a), Manuskript S. 277.

⁹³ Von einer Anlehnung an § 31 Abs. 2 BauGB geht Operhalsky, Wind-an-Land-Gesetz ante portas – Ein planerischer Paradigmenwechsel mit vielen Fragen, UPR 2022, 337 (339) aus.

⁹⁴ Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 5 F., Manuskript S. 211.

⁹⁵ Rieger, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 31 Rn. 21a; Kment, in: ders., ROG, 2019, § 6 Rn. 71; Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 5 A. IV. 1., § 5 H. III. 1, Manuskript S. 118 ff., 224.

⁹⁶ Von einer Anlehnung des § 245e Abs. 3 BauGB an den Begriff „Berühren der Grundzüge der Planung“ in § 31 Abs. 2 BauGB geht auch Operhalsky, Wind-an-Land-Gesetz ante portas – Ein planerischer Paradigmenwechsel mit vielen Fragen, UPR 2022, 337 (339) aus.

Rolle spielen, treffen auch auf § 245e Abs. 3 BauGB zu. Trifft der Plangeber eine Festlegung, die das gesamte oder zumindest einen Teil des Plangebiets umfasst, möchte der Plangeber eine verallgemeinernde, grundsätzliche und auf alle Situationen anwendbare Regelung aufstellen.⁹⁷ Aus einem Grund von dieser Festlegung abzuweichen, der in einer Vielzahl von Fällen angeführt werden kann, widerspricht dem planerischen Willen. Daher ist der Aspekt der Bezugsfallwirkung auch auf § 245e Abs. 3 BauGB anzuwenden.

5.3.3 Sinn und Zweck des § 245e Abs. 3 BauGB: enge Auslegung des Berührens

Der Sinn und Zweck des § 245e Abs. 3 BauGB könnte dafür sprechen, dass das „Berühren der Grundzüge der Planung“ eng zu verstehen ist, sodass von der Annahme eines Berührens nur zurückhaltend Gebrauch zu machen ist. § 245e Abs. 3 BauGB zielt darauf ab, Repowering-Windenergieanlagen unter erleichterten Voraussetzungen zu errichten, indem die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB diesen Vorhaben nicht entgegengehalten werden kann, es sei denn die Grundzüge der Planung sind berührt. Zudem ist § 245e Abs. 3 BauGB Teil eines Gesetzespakets zum beschleunigten und vermehrten Ausbau von Windenergieanlagen an Land.⁹⁸ Vor diesem Hintergrund dürfte es durch den Gesetzgeber nicht beabsichtigt sein, das Repowering von Windenergiebestandsanlagen unter allzu einschränkende Voraussetzungen zu stellen. Zumal mit dem Gesetz ein Systemwechsel bei der Errichtung von Windenergieanlagen vollzogen wurde, der vermutlich zu einer deutlichen Steigerung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land führen wird.

Dass der Gesetzgeber mit § 245e Abs. 3 BauGB ein Repowering von Bestandsanlagen, die außerhalb von Konzentrationsflächen liegen, ermöglichen wollte, ergibt sich – wie oben bereits erwähnt – aus den Gesetzgebungsmaterialien. So heißt es zur Begründung des § 245e Abs. 3 BauGB im Gesetzentwurf:

„Absatz 3 enthält eine besondere Überleitungsvorschrift zum Repowering von Windenergieanlagen und eine Rückausnahme von Absatz 1. Danach können die gemäß Absatz 1 fortbestehenden Wirkungen gemäß § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB Vorhaben zum Zweck des Repowering von Windenergieanlagen in der Regel nicht entgegengehalten werden, sofern die Grundzüge der Planung nicht berührt werden. Hierbei handelt es sich um eine Umkehr des ansonsten gemäß § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB in Verbindung mit § 245e Absatz 1 bestehenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses. Die Vorschrift soll es erleichtern, trotz einer planerischen Ausschlusswirkung das sogenannte Repowering von Bestandsanlagen zuzulassen, ohne den Bestandsplan aufzuheben oder zu ändern.“⁹⁹ (Hervorhebung durch die Autoren).

Die Passage zeigt, dass ein Repowering trotz der planerischen Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zugelassen werden soll. Ein Repowering von Bestandsanlagen soll daher auch außerhalb von Konzentrationsflächen stattfinden können. Dies verdeutlicht auch das folgende Zitat aus dem Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie:

„Die planerische Ausschlusswirkung gemäß § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB wird also für Repowering-Vorhaben durch den Gesetzgeber aufgehoben. Dies soll bewirken, dass bereits vor Abschluss der Planverfahren zur Ausweisung von Windenergiegebieten zur Erreichung der Flächenbeitragswerte des WindBG kurzfristig der dringend benötigte Zubau von Windenergieanlagen beginnen kann und die Modernisierung erleichtert wird. Die Standorte, an denen bereits Windenergieanlagen vorhanden sind, sollen dazu weiter genutzt werden können.“ (Hervorhebung durch die Autoren).¹⁰⁰

Vor dem Hintergrund dieser gesetzgeberischen Vorstellungen ist § 245e Abs. 3 BauGB als eine gesetzliche Befreiung von den Konzentrationsflächenfestlegungen bzw. -darstellungen zu betrachten. § 245e Abs. 3 BauGB enthält eine Rückausnahme für Repowering-Vorhaben von der Überleitungsvorschrift in § 245e Abs. 1 BauGB, die in Abweichung von § 249 Abs. 1 BauGB anordnet, dass die Konzentrationsflächenplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB übergangsweise bis spätestens 31. Dezember 2027 auf Windenergieanlagen anzuwenden ist. Die planerische Ausschlusswirkung der Konzentrationsflächenplanung soll Repowering-Vorhaben nicht entgegengehalten werden können. Im Unterschied zu § 31 Abs. 2 BauGB und § 6 Abs. 2 ROG handelt es sich vorliegend nicht um eine Möglichkeit der

⁹⁷ Zur Begründung der Bezugsfallwirkung ausführlich Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 5 A. IV. 1., § 7 C. II. 1. c), Manuskript S. 119 ff., 269 ff.

⁹⁸ Zum Wind-an-Land-Gesetz siehe Fn. 2.

⁹⁹ BT-Drs. 20/2355, S. 31 f.

¹⁰⁰ BT-Drs. 20/2654, S. 6.

Befreiung oder Abweichung in einem konkreten Einzelfall, sondern eine durch den Gesetzgeber abstrakt-generell vorgesehene Befreiung von der Ausschlusswirkung von Konzentrationsflächenfestlegungen bzw. -darstellungen. Das Repowering von Bestandsanlagen soll nach dem gesetzgeberischen Willen und dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht daran scheitern, dass sich die Bestandsanlage außerhalb einer Konzentrationsfläche befindet.

Für die Voraussetzung des Berührens in § 245e Abs. 3 BauGB bedeutet der dargestellte Wille des Gesetzgebers und der Sinn und Zweck der Vorschrift, dass ein Berühren der Grundzüge der Planung nicht vorliegen kann, wenn ein Repowering-Vorhaben nur deshalb den planerischen Festlegungen widerspricht, weil es sich außerhalb einer Konzentrationsfläche befindet. Davon soll § 245e Abs. 3 BauGB befreien. Es wäre widersinnig, wenn einerseits die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Repowering-Anlagen nicht entgegengehalten werden soll und andererseits ein Widerspruch zu den Festlegungen, die diese Wirkung erzeugen, die Grundzüge der Planung berühren würde. Der Regel-Ausnahme Charakter des § 245e Abs. 3 Satz 1 BauGB, der durch die Formulierung „es sei denn“ zum Ausdruck kommt, würde in sein Gegenteil verkehrt. Die vermeintliche Ausnahme (die Grundzüge der Planung sind berührt) würde zum Regelfall.

Daher ist ein Berühren der Grundzüge der Planung nur anzunehmen, wenn das planerische Konzept aus einem oder mehreren weiteren, anderen Gründen – neben dem Umstand, dass das Repowering außerhalb einer Konzentrationsfläche stattfindet – berührt ist. Es muss von einer anderen planerischen Festlegung abgewichen werden, die Teil der Grundzüge der Planung ist, damit ein Berühren ausgelöst wird. Es genügt nicht, dass das Repowering-Vorhaben im Widerspruch zu einer Aussage in der Planbegründung steht. Die Planbegründung hat für das planerische Konzept nämlich nur Bedeutung, wenn sie sich in planerischen Festlegungen niederschlägt. Maßgeblich ist das planerisch Festgelegte für die Ermittlung der Grundzüge der Planung.¹⁰¹ Das planerische Konzept bzw. die Grundzüge der Planung müssen Ausdruck in den planerischen Festlegungen finden. Ein Grund, der zum Berühren der Grundzüge der Planung, bei einem Repowering außerhalb einer Konzentrationsfläche führen kann, kann z. B. im Überschreiten einer Höhenbegrenzung oder Unterschreiten von Abständen liegen. Hat der Plangeber beispielsweise bei der Planaufstellung das Ziel verfolgt, dass bestimmte Mindestabstände von Windenergieanlagen zu Gebäuden eingehalten werden, könnte ein Unterschreiten dieser Abstände bei einem Repowering die Grundzüge der Planung berühren. Ob ein Berühren im Einzelfall vorliegt, ist letztlich davon abhängig, ob die planerische Konzeption berührt wird. Dafür müsste von anderen Festlegungen, die zu den Grundzügen der Planung gehören, aber nicht für die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verantwortlich sind, deutlich abgewichen werden. Insofern könnte im Hinblick auf die Einhaltung von Abständen das Ausmaß des Unterschreitens im Einzelfall ausschlaggebend sein. Zudem ist die Bezugsfallwirkung zu berücksichtigen (siehe Kapitel 5.3.2 und Kapitel 6, Fall 5). Ein Abweichen von einer Abstandsregelung aus einem Grund, der in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle angeführt werden kann, wäre danach nicht zulässig.

Wird die alte, in Teilen unscharfe Differenzierung zwischen harten und weichen Tabuzonen zugrundegelegt,¹⁰² so ergibt sich für das Repowering von Bestandsanlagen auf solchen Flächen folgendes: In harten Tabuzonen stehen rechtliche oder tatsächliche Gründe Windenergieanlagen von vornherein entgegen, sodass ein Repowering nicht in Betracht kommt. Die Frage, ob die Grundzüge der Planung berührt sind, stellt sich in diesem Fall nicht. In weichen Tabuzonen muss ein Repowering hingegen möglich sein, da ansonsten der Wille des Gesetzgebers, ein Repowering auch außerhalb von Konzentrationsflächen zu ermöglichen, konterkariert würde, wenn in weichen Tabuzonen immer ein Berühren der Grundzüge der Planung anzunehmen wäre. Das Repowering würde sich demnach auf Potentialflächen beschränken. In weichen Tabuzonen ist ein Repowering folglich grundsätzlich möglich. Ein Berühren der Grundzüge der Planung liegt hingegen vor, wenn von planerischen Festlegungen abgewichen wird, die im Einzelfall als Teil der Grundzüge der Planung eingeordnet werden und die Schwelle des Berührens überschritten wird.

Klarzustellen ist, dass die dargestellte Auslegung des § 245e Abs. 3 BauGB und seiner Voraussetzung „Berühren der Grundzüge der Planung“ nicht dazu führt, dass es § 245e Abs. 3 BauGB ermöglicht, von Festlegungen, die die planerische Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht erzeugen, faktisch zu befreien. Zwar kann nach der dargestellten Auslegung eine Windenergieanlage außerhalb einer Konzentrationsfläche repowert werden, solange nicht

¹⁰¹ VG Düsseldorf, Urt. v. 23.6.2020 – 9 K 8966/18, juris Rn. 103.

¹⁰² Die von der Rechtsprechung nach alter Rechtslage entwickelten harten und weichen Tabuzonen werden hier eingeordnet, weil diese noch auf die Bestandspläne angewendet wurden, auf die § 245e Abs. 3 BauGB Anwendung findet.

ein Berühren dadurch ausgelöst wird, dass das planerische Konzept bzw. die Grundzüge der Planung durch eine deutliche Abweichung von einer anderen Festlegung, die zu den Grundzügen der Planung gehört, z. B. eine Höhenbegrenzung, berührt wird. § 245e Abs. 3 BauGB befreit dadurch aber nicht von der beispielhaft angeführten Höhenbegrenzung. Das Ergebnis ist lediglich, dass die planerische Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 dem Repowering-Vorhaben nicht entgegengehalten werden kann. Ob andere planerische Festlegungen, wie z. B. die genannte Höhenbegrenzung, das Repowering-Vorhaben unzulässig werden lassen, beurteilt sich in einem nachgelagerten Schritt und hängt davon ab, ob es sich bei den Festlegungen um Ziele der Raumordnung oder Darstellungen in einem Flächennutzungsplan handelt. Handelt es sich bei der beispielhaft genannten Höhenbegrenzung um ein Ziel der Raumordnung, ist bei der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit neben § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auch § 35 Abs. 3 Satz 2, 1. HS BauGB zu prüfen. Nach § 35 Abs. 3 Satz 2, 1. HS BauGB dürfen raumbedeutsame Vorhaben, wie es Windenergieanlagen in der Regel sind, Zielen der Raumordnung nicht widersprechen. Widerspricht das Repowering-Vorhaben einem Ziel der Raumordnung, ist es folglich unzulässig, es sei denn von dem Ziel kann gemäß § 6 Abs. 2 ROG abgewichen werden. Hält das Repowering-Vorhaben eine Darstellung in einem Flächennutzungsplan nicht ein, liegt eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB vor. Das Vorhaben wird aber erst bauplanungsrechtlich unzulässig, wenn der öffentliche Belang dem Vorhaben gemäß § 35 Abs. 1 BauGB entgegensteht. Ob dies der Fall ist, ist im Wege einer Abwägung zwischen den jeweils berührten öffentlichen Belangen und dem Interesse an der Verwirklichung des Vorhabens zu ermitteln.¹⁰³ Damit ein öffentlicher Belang gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB dem Repowering einer Windenergiebestandsanlage entgegensteht, muss die Abweichung von einer Darstellung im Flächennutzungsplan von einigem Gewicht sein. Dass die Abweichung von einigem Gewicht sein muss, verdeutlicht eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Braunschweig, bei der sogar eine Überschreitung einer Höhenbegrenzung im Flächennutzungsplan von 100 m auf 207 m nicht als entgegenstehender öffentlicher Belang gewertet wurde.¹⁰⁴

5.3.4 Funktionslosigkeit als Schwelle des Berührens

Der Maßstab für die Beurteilung des Berührens könnte anders als bisher angenommen auch in der Funktionslosigkeit einer Planung liegen. So ist nach Meurers/Söfker¹⁰⁵ und der Arbeitshilfe zum Wind-an-Land-Gesetz¹⁰⁶ ein Berühren der Grundzüge der Planung in § 245e Abs. 3 BauGB anzunehmen, wenn eine vollständige oder teilweise Funktionslosigkeit der Planung aufgrund eines Repowering-Vorhabens droht. Eine Funktionslosigkeit ist gegeben, wenn die tatsächlichen Verhältnisse im Plangebiet einen Zustand erreicht haben, der eine Verwirklichung der planerischen Festlegung auf unabsehbare Zeit ausschließt und wenn diese Tatsache so offensichtlich ist, dass ein in ihre Fortgeltung gesetztes Vertrauen keinen Schutz verdient.¹⁰⁷ Ist eine Festsetzung funktionslos geworden, verliert sie ihre Geltung und tritt außer Kraft.¹⁰⁸

Würde die drohende Funktionslosigkeit zum Maßstab des Berührens gemacht, wären die Grundzüge der Planung gleichbedeutend mit der Geltungskraft des Plans. Ein Berühren wäre erst anzunehmen, wenn durch eine Abweichung der gesamte Plan bzw. eine planerische Festlegung ihre Geltung verlieren würde und außer Kraft träte. Dass die Grundzüge der Planung nur die Grenze des Außerkräfttretens darstellen, widerspricht dem Wortsinn, der bisherigen Auslegung des Begriffs und dem Verständnis der Grundzüge der Planung in anderen Vorschriften. Für das Berühren der Grundzüge der Planung kommt es darauf an, ob eine konkrete Abweichung oder Änderung vom Plan ein Berühren auslöst. Demgegenüber ist für die Frage der Funktionslosigkeit der gesamte Plan und dessen Entwicklung in den Blick zu nehmen. Ein Berühren der Grundzüge der Planung liegt öfter vor, als eine Funktionslosigkeit des Plans. Das zeigt sich auch daran, dass einer Funktionslosigkeit durch baurechtliche Ordnungsverfügungen entgegengewirkt werden kann.¹⁰⁹ Entwickelt sich ein Plangebiet entgegen den planerischen Festlegungen, können die Betroffenen zum Rückbau und zur

¹⁰³ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 35 Rn. 6.

¹⁰⁴ VG Braunschweig, Urt. v. 11.3.2022 – 2 A 100/19, juris Rn. 42 ff.

¹⁰⁵ Meurers/Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 149. EL 2023, § 245e Rn. 22.

¹⁰⁶ Fachkommission Städtebau/Ausschuss für Recht und Verfahren der Ministerkonferenz für Raumordnung, Arbeitshilfe zum Vollzug des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land, 2023, S. 25.

¹⁰⁷ BVerwG, Urt. v. 29.4.1977 – IV C 39.75, juris Rn. 35; BVerwG, Urt. v. 30.6.2004 – 4 C 3/03, juris Rn. 11.

¹⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 18.11.2004 – 4 CN 11.03, juris Rn. 34; Urt. v. 29.4.1977 – IV C 39.75, juris Rn. 35; Külpmann, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 128. EL 2018, § 10 Rn. 410. Statt von einem Geltungsverlust von einer Unanwendbarkeit ausgehend Berkemeier, Geltungsverlust oder Unanwendbarkeit von Plänen aufgrund von Funktionslosigkeit, 2019, S. 204 ff.

¹⁰⁹ Köster, Dauerwohnen im Ferien- und Wochenendhausgebiet – Problemstellung und Handlungsoptionen, ZfBR 2019, 3 (5).

Einhaltung der Planvorgaben verpflichtet werden. Eine Funktionslosigkeit ist folglich nur in seltenen Ausnahmefällen anzunehmen. Das Berühren mit einer drohenden Funktionslosigkeit zu konkretisieren und damit gleichzusetzen, überzeugt daher nicht.

Eine drohende Funktionslosigkeit spielt für die Frage des Berührens der Grundzüge der Planung auch insoweit keine Rolle, als dass bei einer Abweichung von einem Plan, in dem dessen Festlegungen und die Realität im Plangebiet deutlich differieren, seltener ein Berühren anzunehmen ist.¹¹⁰ Ein solcher aufgeweichter Plan entfaltet immer noch Steuerungswirkung und ist nicht funktionslos. Für die Beurteilung des Berührens ist die tatsächliche Entwicklung im Plangebiet irrelevant, da es auf die planerischen Festlegungen ankommt. Sie verlieren nicht ihre Wirksamkeit, abgesehen von einer Funktionslosigkeit, durch eine entgegengesetzte tatsächliche Entwicklung im Plangebiet.¹¹¹

Zwischenergebnis

Die Grundzüge der Planung in § 245e Abs. 3 BauGB sind die Grundzüge des jeweiligen Flächennutzungs- oder Raumordnungsplans. Es geht um die planerische Konzeption, die sich anhand des planerischen Willens ergibt, soweit er Niederschlag im normativen Planinhalt gefunden hat.

Ein Berühren der Grundzüge der Planung liegt vor, wenn die planerische Festlegung, der das Vorhaben widerspricht, zu den Grundzügen der Planung gehört und die Schwelle des Berührens überschritten ist. Letzteres beurteilt sich danach, ob der Widerspruch zur planerischen Festlegung mit dem tatsächlichen oder hypothetischen Willen des Plangebers vereinbar ist, soweit er im normativen Planinhalt zum Ausdruck kommt. Wird nur von den planerischen Festlegungen, die die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen, abgewichen, genügt dies für die Annahme des Berührens allerdings alleine nicht. Das planerische Konzept muss durch einen weiteren, anderen Grund berührt sein, indem von einer anderen tragenden oder für den Plangeber bedeutenden Festlegung so abgewichen wird, dass die Schwelle des Berührens überschritten wird. Bei der Frage des Berührens ist zudem zu berücksichtigen, ob eine Abweichung von einer Planfestlegung aus einem Grund stattfindet, der auf eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle zutrifft, da dann ein Berühren anzunehmen ist, sofern die Abweichung nicht nur geringfügig ist.

¹¹⁰ VGH München, Beschl. v. 26.7.2018 – 2 ZB 17.1656 -, juris Rn. 3; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 133. EL 2019, § 31 Rn. 37a; Erbguth/Schubert, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2014, § 8 Rn. 23; Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 6 A. I. 2. b), Manuskript S. 249 ff.; andere Ansicht Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 31 Rn. 29; Rieger, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 31 Rn. 22; Siegmund, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 59. Ed. 2023, § 31 Rn. 60.

¹¹¹ Ausführlich zu den Auswirkungen einer abweichenden Entwicklung gegenüber den die Grundzüge der Planung mitbestimmenden Festsetzungen und der Frage des Berührens Wiemann, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 6 A. I., Manuskript S. 243 ff.

6 Anwendung des § 245e Abs. 3 BauGB auf Fallkonstellationen aus der Praxis

Nachdem der Anwendungsbereich des § 245e Abs. 3 BauGB herausgearbeitet und die Voraussetzungen des Berührens der Grundzüge der Planung konkretisiert wurden, sollen im Folgenden diese Ergebnisse auf sechs Fallkonstellationen, die in der praktischen Arbeit des Repowering von Windenergieanlagen auftreten, angewendet werden.

Prämisse aller folgenden Fallkonstellationen ist, dass die genannten Darstellungen eines Flächennutzungsplans oder Festlegungen eines Raumordnungsplans bis zum 1. Februar 2024 wirksam geworden sind und für den Geltungsbereich des jeweiligen Plans das Erreichen des Flächenbeitragswerts nach dem WindBG noch nicht festgestellt wurde (vgl. § 245e Abs. 1 BauGB).

Fall 1: Das Repowering soll auf einer mit einem Bebauungsplan (a)/Flächennutzungsplan (b)) beplanten Fläche stattfinden, dessen Festsetzungen/Darstellungen eine Höhenbeschränkung enthalten und somit den wirtschaftlichen Betrieb einer modernen Windenergieanlage nicht gewährleisten.

a) Enthält der Bebauungsplan eine Höhenbeschränkung, so kann diese durch § 245e Abs. 3 BauGB nicht überwunden werden. § 245e Abs. 3 BauGB findet in diesem Fall keine Anwendung. Festsetzungen in einem Bebauungsplan erzeugen keine planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, da die planerische Ausschlusswirkung nach dem Wortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder Ziele der Raumordnung bewirkt werden kann. Eine Überschreitung der Höhenbegrenzung könnte aber im Wege der Befreiung gemäß § 31 Abs. 2 BauGB ermöglicht werden.

b) Eine Höhenbeschränkung in einem Flächennutzungsplan ist eine planerische Darstellung, die für sich genommen keine planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugt.¹¹² Von einer Höhenbegrenzung kann daher nicht gemäß § 245e Abs. 3 BauGB befreit werden.¹¹³

Allerdings kann eine Höhenbegrenzung für Anlagen innerhalb einer Konzentrationsfläche für die Frage des Berührens der Grundzüge der Planung bei einem Repowering-Vorhaben außerhalb einer Konzentrationsfläche eine Bedeutung entfalten. Dann müsste allerdings der klare planerische Wille ableitbar sein, dass im gesamten Plangebiet und nicht nur in der ausgewiesenen Konzentrationsfläche Höhenbegrenzungen gelten sollen. Außerdem muss es sich hierbei um einen Grundzug der Planung handeln. Dieser ist nur berührt, wenn sich dem Planwillen entnehmen lässt, dass bei einem Repowering-Vorhaben, das außerhalb einer Konzentrationsfläche stattfindet und eine Höhenbegrenzung für Anlagen innerhalb der Konzentrationsfläche überschreitet, das Ausmaß des Überschreitens der Höhenbegrenzung mit dem planerischen Willen unvereinbar ist (siehe Fall 3).

Ob eine Höhenbegrenzung in einem Flächennutzungsplan das Repowering einer Windenergiebestandsanlage innerhalb einer Konzentrationsfläche verhindert, hängt gemäß § 35 Abs. 1 BauGB davon ab, ob sie dem privilegierten Vorhaben entgegensteht. Dies setzt eine Abwägung öffentlicher Belange – hier der Widerspruch zu einer im Flächennutzungsplan vorgegebenen Höhenbegrenzung (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB) und der nach der Entscheidung des Gesetzgebers im Außenbereich privilegierten Windenergienutzung – voraus. Dem privilegierten Vorhaben kommt hier regelmäßig ein Vorrang zu. Es setzt sich regelmäßig durch.¹¹⁴ Nach einem Urteil des VG Braunschweig kann eine im Flächennutzungsplan vorgegebene Höhenbegrenzung von max. 100 m dem Repowering einer Windenergieanlage mit insgesamt 207 m Höhe nicht entgegengehalten werden.¹¹⁵ Das Gericht führt aus: „Wegen der grundsätzlichen Privilegierung von Windenergieanlagen sowie der [...] Bedeutung der Anlagenhöhe für die Leistungsfähigkeit der Anlagen und damit für die Ziele der Energiesicherung und des Klimaschutzes bedarf es überragend wichtiger Gründe, um die Genehmigung für

¹¹² Offen gelassen durch BVerwG, Urt. v. 31.1.2013 – 4 CN 1/12, juris Rn. 25.

¹¹³ Siehe Kap. 5.3.3. am Ende.

¹¹⁴ Siehe Kap. 2.

¹¹⁵ VG Braunschweig, Urt. v. 11.5.2022 – 2 A 100/19.

eine Windenergieanlage im Außenbereich im Rahmen der Abwägung unter Berufung auf die in einem Flächennutzungsplan vorgegebene Höhenbegrenzung zu versagen.“¹¹⁶ Angesichts dieses Urteils kann die Überschreitung einer Höhenbegrenzung in einem Flächennutzungsplan nur schwer zur bauplanungsrechtlichen Unzulässigkeit eines Repowering-Vorhabens führen.

Ob eine Höhenbegrenzung, die nur für die Konzentrationsflächen für die Windenergie in einem Regionalplan dargestellt ist, auch auf die Bereiche außerhalb einer Konzentrationsfläche angewendet werden kann, beurteilt sich nach den zum Flächennutzungsplan ausgeführten Kriterien. Existiert eine Höhenbegrenzung auch außerhalb von Konzentrationsflächen und soll dort repowert werden, so bemisst sich die Zulässigkeit nach den Vorgaben aus Fall 3 und 5.

Fall 2: Die in einem Bebauungsplan für das Fundament oder die gesamte Windenergieanlage ausgewiesenen Baufenster können mit einer modernen Anlage nicht mehr eingehalten werden.

Es handelt sich um eine Festsetzung in einem Bebauungsplan, sodass die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht eintreten. § 245e Abs. 3 BauGB findet keine Anwendung (s. o. Fall 1 a)).

Fall 3: Das Repowering wird auf einer im Flächennutzungsplan für die Windenergie ausgewiesenen Fläche geplant. Durch moderne Windenergieanlagen, die für ein Repowering in Betracht kommen, können die Gebietsgrenzen jedoch nicht mehr eingehalten werden. Die Rotoren würden bei einem Repowering außerhalb des ausgewiesenen Gebiets liegen.

In Gebieten, die für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen ausgewiesen sind, ist regelmäßig vorgesehen, dass die gesamte Windenergieanlage einschließlich ihrer Rotoren innerhalb des Gebiets liegen muss (Rotor-in). Müssen sich die Rotoren nicht innerhalb der Konzentrationszone befinden (Rotor-out), gilt die Einschränkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht für das Repowering einer Windenergieanlage innerhalb einer Konzentrationsfläche. Überschreitet eine Windenergieanlage teilweise mit ihren Rotoren die Gebietsgrenze und ist festgelegt, dass die Rotoren innerhalb des Gebiets liegen müssen, findet § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Anwendung. Die Anlage wird als außerhalb einer Konzentrationsfläche befindlich eingeordnet. Da die Anlage außerhalb einer Konzentrationsfläche liegt, stehen ihr gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB öffentliche Belange in der Regel entgegen. Die bloße Überschreitung mit den Rotoren der Anlage kann jedoch im Einzelfall als geringfügig angesehen werden, sodass eine Ausnahme gegeben sein kann. Die planerische Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB könnte daher schon aufgrund einer Ausnahme entfallen, sodass es auf § 245e Abs. 3 BauGB gar nicht ankäme. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist nämlich kein absolutes Zulassungshindernis, sondern kann vielmehr wegen besonderer Umstände des Einzelfalls einen Rotorüberschlag in eine von einer Konzentrationsfläche nicht umfasste Fläche zulassen.¹¹⁷ Als besondere Umstände, die einen atypischen Fall begründen, können die kleinräumlichen und topographischen Verhältnisse und der Umfang des Überschreitens zu berücksichtigen sein.¹¹⁸

Handelt es sich nicht bereits um eine Ausnahme von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, ist § 245e Abs. 3 BauGB anzuwenden und zu prüfen, ob die Grundzüge der Planung berührt sind. Die Gebietsgrenzen der Konzentrationsflächen für die Windenergie sind zentral für die Konzentrationsflächenplanung und daher regelmäßig als Grundzüge der Planung einzuordnen. Ein Überschreiten der Gebietsgrenze mit den Rotoren einer Windenergieanlage führt für sich genommen zu keinem Berühren, da der Widerspruch zu einer Festlegung, die die Konzentrationsflächenplanung erzeugt, für ein Berühren nicht ausreicht. Es müssen daher Abweichungen von planerischen Festlegungen, die zu den Grundzügen der Planung gehören und die ein Berühren auslösen, hinzukommen. Zu den Grundzügen der Planung können z. B. Gebietsfestlegungen, Höhenbegrenzungen oder Abstandsregelungen zählen. Ein Berühren kann daher angenommen werden, wenn ein Rotorüberschlag in ein geschütztes angrenzendes Gebiet (z. B. FFH-Gebiet) oder sonstige Tabuzonen

¹¹⁶ VG Braunschweig, Urst. v. 11.3.2022 – 2 A 100/19, juris Rn. 50.

¹¹⁷ VGH Mannheim, Beschl. v. 20.10.2022 – 14 S 3815/21 –, juris Rn. 82; VG Augsburg, Urst. v. 31.7.2015 – Au 4 K 14.1803, juris Rn. 70; das bloße Überschreiten der Konzentrationszone durch die Rotoren begründet hingegen keine Ausnahme VG Hannover, Urst. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10, juris Rn. 45.

¹¹⁸ VGH Mannheim, Beschl. v. 20.10.2022 – 14 S 3815/21, juris Rn. 82.

(Flugsicherung) stattfindet. In Gebieten, die für Windenergieanlagen ohnehin ausgeschlossen sind, wie etwa Tieffluggebiete oder harte Tabuzonen zum Schutz von Vögeln, der Landschaft oder von Flugsicherungsanlagen, ist ein Rotorüberschlag aus Gründen des Naturschutzes oder anderer Gesetze nicht zulässig¹¹⁹, sodass in jedem Fall ein Berühren anzunehmen ist, wenn von einer Festlegung, die diese Gebiete zum Ausdruck bringt, abgewichen wird.¹²⁰ Beim Abweichen von einer Höhenbegrenzung oder einer Abstandsregelung ist für ein Berühren das Ausmaß des Überschreitens maßgeblich. Ein Berühren kann im Übrigen vorliegen, wenn der Plangeber mit der Gebietsgrenzenfestlegung einen bestimmten Abstand zu Wohnhäusern sicherstellen wollte. Ist die Gebietsgrenze beispielsweise genau 1.000 m von einem Wohnhaus entfernt und sah zum Zeitpunkt des Planerlasses eine gesetzliche Regelung einen 1.000-m-Abstand verbindlich vor, so ist der eindeutige Wille des Plangebers die Einhaltung dieses Abstandes. Auch wenn die Abstandsregelung sich geändert hat, spricht viel dafür, dass ein Repowering-Vorhaben, das den 1.000-m-Abstand unterschreitet, die Grundzüge der Planung berührt. Ein Grund, der gegen ein Berühren angeführt werden kann, ist das Vorliegen eines atypischen Falls.¹²¹ Bei einem atypischen Fall ist aber oftmals bereits eine Ausnahme von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gegeben.¹²² Bei allen Konstellationen muss zudem bedacht werden, dass ein Berühren auch aufgrund einer Bezugsfallwirkung vorliegen kann. Ein Überschreiten einer Höhenbegrenzung oder anderer Festlegungen darf nicht aus einem Grund erfolgen, der in einer Vielzahl vergleichbarer Fälle angeführt werden kann. Eine Bezugsfallwirkung dürfte aber nicht zu einem Berühren führen, wenn die Abweichung geringfügig ist.¹²³

Fall 4: Das Repowering soll in einem Regionalplan für die Windenergie ausgewiesenen Vorranggebiet (mit Ausschlusswirkung) erfolgen. Es ist planerisch die Rotor-in-Regelung festgelegt. Durch moderne Windenergieanlagen, die für ein Repowering in Betracht kommen, können die Gebietsgrenzen aber nicht mehr eingehalten werden.

Handelt es sich um ein Vorranggebiet ohne Ausschlusswirkung, so entfaltet es nicht die planerische Ausschlusswirkung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Daher wäre § 245e Abs. 3 BauGB in diesem Fall nicht anwendbar.

Demgegenüber erzeugt ein Vorranggebiet für Windenergie mit Ausschlusswirkung nach außen grundsätzlich die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Die Überschreitung der Gebietsgrenze bei einer Rotor-in-Regelung im Plan führt dazu, dass das Vorhaben als außerhalb der Konzentrationszone befindlich eingeordnet wird. § 35 Abs. 3 Satz 3 findet grundsätzlich Anwendung. Es kann jedoch ein Ausnahmefall von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorliegen, sodass einem Repowering-Vorhaben, das die Gebietsgrenze teilweise überschreitet, die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entgegengehalten werden können. Findet § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hingegen Anwendung, ist zu prüfen, ob die Grundzüge der Konzentrationsflächenplanung berührt sind. Die Gebietsgrenzen eines Vorranggebiets mit Ausschlusswirkung sind zentral für die Konzentrationsflächenplanung, sodass die Grenzfestlegung regelmäßig zu den Grundzügen der Planung gehört. Die Beurteilung des Berührens richtet sich nach den zum Fall 3 genannten Kriterien. Bei der Annahme eines Berührens ist aufgrund der gesetzgeberischen Wertung des § 245e Abs. 3 BauGB ebenfalls die dargestellte Zurückhaltung geboten.

¹¹⁹ OVG Lüneburg, Urt. v. 8.2.2022 – 12 KN 51/20, juris Rn. 97.

¹²⁰ Die Abweichung von einer planerischen Festlegung, die eine strikte gesetzliche Vorgabe umsetzt, führt zum Berühren, *Wiemann*, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 5 A. IV. 4. e), Manuskript S. 170.

¹²¹ Atypik als Indiz gegen das Berühren der Grundzüge der Planung: *Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 31 Rn. 26; *Schmitz*, in: *Bielenberg/Runkel/Spannowsky*, ROG, April 2021, M § 6 Rn. 188; *Kment*, in: *ders.*, ROG, 2019, § 6 Rn. 76.

¹²² *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 136. EL 2019, § 35 Rn. 128a.

¹²³ Zu diesem Ergebnis kommt eine umfassende Rechtsprechungsauswertung zum Berühren der Grundzüge der Planung in § 31 Abs. 2 BauGB. Siehe dazu *Wiemann*, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 5 A. IV. 4. g), Manuskript S. 173 f.

Fall 5: Durch eine Regional- oder Flächennutzungsplanung werden Konzentrationszonen rechtskräftig ausgewiesen. Eine vorhandene Windenergieanlage, die außerhalb einer solchen Fläche steht, soll auch zukünftig an dem Standort außerhalb der Konzentrationszone repowert werden.

Solange keine Ausnahme von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB vorliegt – was bei einem Repowering-Vorhaben vollständig außerhalb einer Konzentrationsfläche ganz überwiegend nicht der Fall ist¹²⁴ – kommt § 245e Abs. 3 BauGB zur Anwendung. Die Gebietsgrenzen der Konzentrationsflächen und der damit einhergehende außergebietliche Ausschluss von Windenergieanlagen gehören regelmäßig zu den Grundzügen des jeweiligen Raumordnungs- oder Flächennutzungsplans. Ob ein Berühren vorliegt, beurteilt sich nach der Vereinbarkeit des Repowering-Vorhabens mit dem planerischen Willen, soweit er in den Planfestlegungen zum Ausdruck kommt. Hinsichtlich des planerischen Willens ist Folgendes zu berücksichtigen: Eine Windenergieanlage, die außerhalb einer Konzentrationsfläche liegt und repowert werden soll, muss errichtet worden sein, bevor eine wirksame Konzentrationsflächenplanung für das Plangebiet vorlag, da ansonsten, sofern kein Ausnahmefall vorlag, die Anlage nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bauplanungsrechtlich unzulässig gewesen wäre. Schafft der Plangeber eine Konzentrationsflächenplanung bezüglich Windenergieanlagen und schließt sie die zu repowernde Windenergieanlage nicht in die Konzentrationsfläche ein, so bringt er damit regelmäßig zum Ausdruck, dass dort keine neue oder repowerte Windenergieanlage zugelassen werden soll. Im Einzelfall kann sich aus dem Planinhalt etwas Anderes ergeben. So kann der planerische Wille sein, dass Bestandsanlagen außerhalb von Konzentrationsflächen erhalten werden sollen und auch ein Repowering ermöglicht werden soll, solange die Repowering-Anlagen nicht zu erheblichen zusätzlichen Beeinträchtigungen (Größe, Lautstärke etc.) führen. Ein solcher planerische Wille kann aus den Materialien zur Aufstellung des Plans oder in der Planbegründung deutlich werden. Es bedarf in der Regel einer ausdrücklichen Aussage des Plangebers, der in den Unterlagen festgehalten ist.

Sowohl in Konstellationen, in denen der planerische Wille dahingehend ausgelegt werden kann, dass ein Repowering außerhalb einer Konzentrationszone auch weiterhin möglich sein soll, als auch im Falle eines gegenteiligen planerischen Willens, ist bei der Prüfung des Berührens zu berücksichtigen, dass ein Repowering nach § 245e Abs. 3 BauGB grundsätzlich zulässig ist. Ein Berühren kann nur angenommen werden, wenn das Vorhaben einer weiteren Festlegung – abgesehen von den Festlegungen, die die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen – widerspricht. Es kann sich dabei z. B. um ein Überschreiten von Höhenbegrenzungen oder ein Unterschreiten von Abstandsregelungen handeln (siehe oben Fall 1b)). Zudem ist zu berücksichtigen, dass ein Abweichen von der Festlegung, die zu den Grundzügen der Planung gehört, aus einem Grund, der in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle angeführt werden kann, nicht zulässig ist, sofern die Abweichung nicht geringfügig ist.

Ein Beispiel für ein Berühren der Grundzüge der Planung bei einem Repowering-Vorhaben, das außerhalb einer Konzentrationsfläche liegt, könnte die folgende Konstellation sein: Ein Regionalplan enthält die Zielfestlegung, dass in Gebieten mit zusammenhängendem Laubholzbestand mit einem Alter über 120 Jahren, Windenergieanlagen nicht zulässig sind. In einem sehr kleinen Waldgebiet mit einigen über 120 Jahre alten Laubbäumen steht eine Windenergiebestandsanlage. Es könnte an einem Berühren i. S. d § 245e Abs. 3 BauGB bei einem Repowering fehlen, da die Anlage in einem sehr kleinen Waldgebiet mit ein paar alten Laubbäumen steht. Die Beeinträchtigung durch das Repowering wäre aufgrund des besonderen Charakters des Waldgebiets ausnahmsweise nicht so schwerwiegend, da die Festlegung darauf abzielt, große zusammenhängende Waldgebiete mit altem Laubholzbestand zu erhalten. Ein Berühren könnte zudem abzulehnen sein, wenn das Repowering am Rande eines Waldgebiets stattfindet. Insgesamt kann ein Berühren zu verneinen sein, wenn im konkreten Fall besondere Umstände vorliegen, wie z.B. die Lage innerhalb des Plangebiets und die Größe eines Vorhabens.¹²⁵

Anhand der vorstehend genannten Festlegung zum Schutz von altem Laubholzbestand lässt sich auch verdeutlichen, wann eine Bezugsfallwirkung gegeben sein kann. Stehen in einem großen zusammenhängenden Waldgebiet mit 120 Jahre altem Laubholzbestand mehrere Windenergiebestandsanlagen, ist ein Repowering einer Anlage nur um des Repowering willens nicht möglich. Der Grund, eine effizientere und leistungsstärkere Windenergieanlage zu errichten, trifft schließlich auf jede Anlage im Waldgebiet gleichermaßen zu. Es müsste eine besondere Situation vorliegen, damit

¹²⁴ OVG Lüneburg, Urt. v. 13.6.2007 – 12 LC 36/07, juris Rn. 51; das unmittelbare Angrenzen eines Windenergie-Vorhabens an ein Vorranggebiet begründet für sich genommen keinen atypischen Fall gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, OVG Magdeburg, Beschl. v. 9.8.2011 – 2 L 11/10, juris Rn. 21.

¹²⁵ Zu dieser Beobachtung kommt eine umfassende Rechtsprechungsabwertung des Berührens der Grundzüge der Planung in § 31 Abs. 2 BauGB. Siehe dazu *Wiemann*, Der Begriff „Grundzüge der Planung“ im Bauplanungs- und Raumordnungsrecht (im Erscheinen), § 5 A. IV. 4. g), Manuskript S. 173 f.

ein Repowering einer Anlage möglich wäre. Dieser könnte zum Beispiel darin bestehen, dass alle Anlagen 150 m hoch sind bis auf eine, die 100 m hoch ist. Die 100 m hohe Bestandanlage könnte ggf. auf 150 m erhöht werden, da auf sie eine besondere Situation zutrifft. Bei ihr handelt es sich gewissermaßen um eine atypische Fallkonstellation.

Fall 6: Durch eine Regional- oder Flächennutzungsplanung werden Konzentrationszonen rechtskräftig ausgewiesen. Eine vorhandene Windenergieanlage, die innerhalb einer solchen Fläche steht, soll zukünftig außerhalb der Konzentrationszone repowert werden (also vollständig außerhalb des Plangebiets errichtet werden).

In der Praxis könnte diese Konstellation entstehen, weil aus schalltechnischen Gründen eine einzelne Anlage nur außerhalb der Konzentrationsflächen repowert werden kann oder weil aus sonstigen Gründen eine Anlage eines Windparks nach außen rücken muss.

Für diese Konstellation gelten die Ausführungen zu Fall 5. Der Grund, warum die Anlage außerhalb der Konzentrationsfläche repowert werden muss, spielt für die Frage, ob möglicherweise die Grundzüge der Planung i. S. d. § 245e Abs. 3 BauGB berührt sind, keine Rolle.

7 Fazit und Ausblick

Der Gesetzgeber hat insgesamt die planerische Standortsteuerung von Neuanlagen grundlegend geändert. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gilt seit dem 1. Februar 2023 nicht mehr für Windenergieanlagen und es entfällt die gesetzlich angeordnete Ausschlusswirkung von Konzentrationsflächenplanungen im übrigen Planungsraum für diese Vorhaben. § 245e Abs. 1 BauGB sorgt demgegenüber dafür, dass die bestehenden planerischen Festlegungen und Darstellungen von Konzentrationsflächen mit Ausschlusswirkung in Raumordnungs- und Flächennutzungsplänen fortwirken. Dies gilt so lange, bis die Länder erstmalig das Erreichen der Flächenbeitragswerte bzw. die Regionen oder Kommunen das Erreichen eines Teilflächenziels für Windenergieanlagen an Land feststellen und damit eine Steuerung durch Ausweisung von Windenergiegebieten vornehmen oder bis spätestens Ende 2027. Für das Repowering von Windenergieanlagen gilt in diesem Übergangszeitraum nach § 245e Abs. 3 BauGB eine Rückausnahme: Die planerische Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann Repowering-Vorhaben nicht entgegengehalten werden, es sei denn die Grundzüge der Planung sind berührt.

Die vorliegende Untersuchung hat ergeben, dass die Grundzüge der Planung in § 245e Abs. 3 BauGB die Grundzüge des jeweiligen Flächennutzungs- oder Raumordnungsplans sind. Es geht um die planerische Konzeption, die sich anhand des planerischen Willens ergibt, soweit er Niederschlag im normativen Planinhalt gefunden hat.

Ein Berühren der Grundzüge der Planung liegt vor, wenn die planerische Festlegung, die das Vorhaben widerspricht, zu den Grundzügen der Planung gehört und die Schwelle des Berührens überschritten ist. Letzteres beurteilt sich danach, ob der Widerspruch zur planerischen Festlegung mit dem tatsächlichen oder hypothetischen Willen des Plangebers vereinbar ist, soweit dieser im normativen Planinhalt zum Ausdruck kommt. Wird nur von den planerischen Festlegungen, die die planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erzeugen, abgewichen, genügt dies für die Annahme des Berührens allerdings alleine nicht. Das planerische Konzept muss durch einen weiteren, anderen Grund berührt sein, indem von einer anderen tragenden Festlegung so abgewichen wird, dass die Schwelle des Berührens überschritten wird. Bei der Frage des Berührens ist zudem zu berücksichtigen, ob ein Abweichen von einer Planfestlegung aus einem Grund stattfindet, der auf eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle zutrifft, da dann ein Berühren anzunehmen ist (sog. Bezugsfallwirkung, siehe Fall 5).

Es zeigt sich, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 245e Abs. 3 BauGB ein Repowering von Windenergieanlagen im Übergangszeitraum bis spätestens 2027 erleichtern wollte und die rechtlichen Hürden für ein Repowering insbesondere außerhalb von bestehenden Konzentrationsflächen abgebaut wurden. Die mit diesem Gutachten entwickelte Auslegung der Grundzüge der Planung zeigt auf, dass derzeit ein breiter Spielraum für ein Repowering für Windenergieanlagen existiert. Es ist Aufgabe der behördlichen Praxis, diese Spielräume zu nutzen.

Anhang: Juristisches Prüfschema

Hinweis: Das Prüfschema ist nicht abschließend. Es dient dazu, die Prüffolge zur Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Änderungsgenehmigung im Falle der Anwendung des § 245e Abs. 3 BauGB zu veranschaulichen.

I. Genehmigungspflichtigkeit des Repowering-Vorhabens nach §§ 16, 16b BImSchG

- wenn (+), dann

II. Genehmigungsfähigkeit des Repowering-Vorhabens

- u.a. nach § 16b Abs. 4 BImSchG: Vereinbarkeit mit anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere des Raumordnungs-, Bauplanungs- und Bauordnungsrechts,
 - Vereinbarkeit mit dem Bauplanungsrecht
 - Vorhaben i. S. d. § 29 BauGB
 - Kein Bebauungsplan (§ 30 BauGB)
 - Privilegiertes Vorhaben im Außenbereich i. S. d. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB
 - kein Entgegenstehen öffentlicher Belange
hier: Entgegenstehen öffentlicher Belange wegen § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB?
(Ausweisung einer planerischen Konzentrationsfläche mit Ausschlusswirkung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfolgte durch wirksamen Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan an anderer Stelle)
- Anwendbarkeit des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB?
- Bei Ausnahmefall § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (-)
 - Grundsätzlich nach § 245e Abs. 3 Satz 1 BauGB (-)
 - Ausnahme von § 245e Abs. 3 Satz 1 BauGB: Repoweringvorhaben berührt die Grundzüge der Planung (+)
- Auslegung des Plans und Ermittlung des planerischen Willens im Einzelfall erforderlich:
- Planung: Bezugspunkt ist der gesamte Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan.
 - Grundzüge: Ermittlung des hinter dem Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan liegenden Konzepts; i. d. R. nicht begrenzt auf Festlegung der Ausschlusswirkung: Gibt es weitere Festlegungen, die zu den Grundzügen der Planung gehören?
Sind die Elemente tragend? (Beurteilt sich nach dem planerischen Willen.)
 - Berühren: Weicht das Repowering-Vorhaben von den tragenden Festlegungen des Gesamtplans ab, mit Ausnahme der Festlegungen zur Ausschlusswirkung?
Falls (+), dann:
 - Ist das Abweichen von der Festlegung so erheblich, dass sogar das planerische Konzept bzw. die Grundzüge der Planung berührt sind? Ist die Abweichung mit dem planerischen Willen unvereinbar?
Falls (+), dann Berühren (+)
 - Wird von der Festlegung aus einem Grund abgewichen, der in einer Vielzahl vergleichbarer Fälle vorliegt und ist die Abweichung nicht nur geringfügig? Falls (+), dann Berühren (+)

III. Rechtsfolge des § 245e Abs. 3 Satz 1 BauGB

- Die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB können einem Repoweringvorhaben grundsätzlich nicht entgegengehalten werden. Sind ausnahmsweise die Grundzüge der Planung berührt, entfaltet die bestehende Ausschlusswirkung eines Raumordnungs- oder Flächennutzungsplans weiterhin Geltung. Ein Repowering i. S. d. § 245e Abs. 3 Satz 1 BauGB ist dann nicht zulässig.

Impressum

© FA Wind, Dezember 2023

Herausgegeben von

Fachagentur Windenergie an Land
Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

www.fachagentur-windenergie.de
post@fa-wind.de

V. i. S. d. P.: Dr. Antje Wagenknecht

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e.V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B

Autorenschaft

Prof. Dr. Sabine Schlacke
Arno Wiemann

Redaktion

Gianna Queijo Garcia

Zitiervorschlag

FA Wind (2023), „Berühren der Grundzüge der Planung“ bei Repoweringvorhaben – Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs im Rahmen des § 245e Abs. 3 BauGB

Haftungsausschluss

Die in dieser Broschüre enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt.

Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin

T +49 30 64 494 60-60

post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de