

ABHANDLUNGEN

Standortsteuerung für Windenergieanlagen in der bayerischen Regionalplanung – Reformbedarf und Reformperspektiven nach Erlass des neuen Bayerischen Landesplanungsgesetzes –

Von Prof. Dr. Gerrit Manssen, Regensburg

Standortsteuerung für Windenergieanlagen ist eine hervorgehobene Aufgabe der Regionalplanung. Die bisher in Bayern anzutreffenden „Windenergiekonzepte“ leiden jedoch an erheblichen rechtlichen Mängeln. Auch das neue bayerische Landesplanungsgesetz stellt die Weichen für eine effektive Standortsteuerung jedenfalls teilweise in die falsche Richtung. Auf die Formulierung von Soll- und Regelzielen sollte in Zukunft verzichtet werden, ebenso auf die primäre Festlegung von Vorbehalts- statt von Vorranggebieten.

I. Einleitung

Deutschland ist Weltmeister. Nicht nur im Frauenfußball. Auch bei der Errichtung von Windenergieanlagen. Im weltweiten Vergleich stehen in Deutschland die meisten Windräder. Ihr Anteil an der Stromerzeugung ist mit 3,3% zwar immer noch vergleichsweise bescheiden¹. Der Aufbau weiterer „on-shore-“ und „off-shore-“ Anlagen² setzt sich jedoch fort. Jedenfalls nach derzeitigem Rechtszustand ergeben sich auf Grund des novellierten Erneuerbare-Energien-Gesetzes³ hinreichende Investitionsanreize, an für zur Energieerzeugung geeigneten Standorten Windenergieanlagen zu errichten. Auch wenn die Zuwachsraten in Zukunft vielleicht geringer ausfallen als in der Vergangenheit: Am weiteren Ausbau der Windenergie besteht kein Zweifel.

Das Bau- und Raumordnungsrecht ist deshalb weiterhin gefordert, die Errichtung von Windenergieanlagen planungsrechtlich zu steuern⁴. Der auch heute noch weitgehend gültige Rechtsrahmen wurde durch verschiedene Gesetzesänderungen bis zum sog. BauROG von 1998 geschaffen⁵. Das zuletzt erlassene Europarechtsanpassungsgesetz Bau hat an den relevanten Vorschriften keine inhaltlichen Änderungen vorgenommen. Anlagen zur Nutzung der Windenergie sind als im Außenbereich privilegierte Vorhaben dort grundsätzlich zulässig (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB). Um einen „Wildwuchs“ von privilegierten Anlagen im Außenbereich zu verhindern, wurde jedoch den Gemeinden und den Trägern der Regional- und Landesplanung ein Steuerungsinstrument an die Hand gegeben. Windenergieanlagen dürfen nicht errichtet werden, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziel der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB). Dies betrifft den außergebietlichen Bereich. Innergebietlich schafft § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB die Voraussetzung für die Realisierung von solchen Anlagen

an den vorgesehenen Standorten. Andere raumbedeutsame Vorhaben sind unzulässig, wenn sie den entsprechenden Zielen widersprechen. Die Anlagen selbst werden im Rahmen der Abwägung mit entgegenstehenden öffentlichen Belangen flankiert. Negative Umwelteinwirkungen, die bereits im Rahmen der raumordnerischen Abwägung berücksichtigt worden sind, können dem Vorhaben bei der bauordnungsrechtlichen Zulassungsentscheidung jedoch nicht mehr entgegengehalten werden (§ 35 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB).

Das vor allem durch § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB geschaffene Instrumentarium zur Standortsteuerung haben mittlerweile etwa die Hälfte von 18 bayerischen Regionen versucht zu ergreifen⁶. Ob die Versuche tauglich oder untauglich waren, soll im Folgenden in Bezug auf besonders relevante Fragen untersucht werden. Die Regelungen unterscheiden sich zwar im Detail nicht unerheblich. Es zeigen sich aber einige gemeinsame Grundprobleme. Von besonderer Bedeutung ist dabei der Begriff des Ziels der Raumordnung (§ 3 Nr. 2 ROG)⁷. Nur durch Zielfestlegung

1 Siehe *Geitmann*, Mit neuer Energie in die Zukunft, 2. Aufl. 2004, S. 22.

2 Zur Rechtslage bei „off-shore-“ Anlagen siehe *Bönker*, NVwZ 2004, 937 ff.

3 Dazu *Oschmann*, NVwZ 2004, 910 ff.

4 Vgl. allgemein auch *Greiving/Schröfer*, UPR 2003, 13 ff.; siehe auch *Mayer-Metzner*, BayVBl. 2005, 129 ff.

5 Siehe dazu *Dolderer*, NVwZ 1998, 345 ff. und *ders.*, NVwZ 1998, 567 ff. Zu den Vorläuferbestimmungen vgl. *Bartlspenger*, Raumordnungsgebiete mit besonderer Funktion (Vorrang-, Vorbehalts- und Eignungsgebiete), in: Akademie für Raumforschung und Landesplanung (Hrsg.), Zur Novellierung des Landesplanungsrechts aus Anlass des Raumordnungsgesetzes 1998, Arbeitsmaterial Nr. 266, 2000, S. 137.

6 Es handelt sich – Stand Anfang 2004 – um die Regionen Bayerischer Untermain, Würzburg, Oberfranken-West und Ost, Oberpfalz-Nord, Regensburg, Oberland; Südost-Oberbayern, Allgäu.

7 Ausführlich dazu *Bartlspenger*, Raumplanung zum Außenbereich, Die raumplanerische Steuerung von Außenbereichsvorhaben, 2004, S. 148 ff.; vgl. weiterhin *Schulte*, NVwZ 1999, 942 ff.

gen werden die bauplanungsrechtlichen Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 2 und 3 BauGB erreicht. Liegen hingegen nur Grundsätze der Raumordnung vor (§ 3 Nr. 3 ROG), schafft die Regionalplanung lediglich Abwägungsgesichtspunkte. Sie sind im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung zu berücksichtigen, die bei Entscheidungen über bau- oder immissionsschutzrechtliche Genehmigungen stattzufinden hat (§ 4 Abs. 4 ROG).

II. Ausgewählte Problemschwerpunkte

1. Unzulässigkeit der vollständigen oder teilweisen Negativplanung

Die Errichtung von Windenergieanlagen soll teilweise dadurch gesteuert werden, dass die Regionalplanung bestimmt, wo solche Anlagen ausgeschlossen sein sollen. Der Ausschluss kann vollständig erfolgen oder nach dem Konzept sog. „weißer Flächen“. Dabei wird für bestimmte Teile der Region eine (in der Regel negative) Regelung getroffen, für die übrigen Teile wird auf eine Festsetzung verzichtet, so dass dort die gesetzliche Regelanordnung gilt⁸.

Eine reine Negativplanung durch entsprechende zielförmige Festsetzung von Ausschlussgebieten ist aber rechtlich nicht möglich⁹. Das gilt sowohl für die vollständige „Sperrung“ einer Planungsregion als auch für ein Konzept „weißer Flächen“. Eine Ausschlusswirkung hinsichtlich privilegierter Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 – 6 BauGB setzt eine entsprechend substantielle Positivausweisung voraus. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies dahin gehend ausgedrückt, dass der Windenergie in substantieller Weise Raum geschaffen werden muss¹⁰. Hierfür reicht es nicht aus, teilweise auf die gesetzliche Regelung zu verweisen. Es ist in solchen Fällen nicht sichergestellt, dass an nicht überplanten Gebieten die Errichtung von Windenergieanlagen wirklich erfolgen kann. Möglicherweise sind die Stellen nicht windhöflich, oder sie scheiden aus anderen Gründen für die Errichtung von Windenergieanlagen aus.

Ein Beispiel für den misslungenen Versuch einer Negativplanung sind Festlegungen in Regionalplänen der Regionen 1 und 2 (Bayerischer Unterraum und Würzburg). Danach sollen raumbedeutsame Windenergieanlagen in bestimmten Schutzgebieten ausgeschlossen sein. Solche Aussagen können im Wege der rechtserhaltenden Umdeutung nur als raumordnungsrechtliche Grundsätze angesehen werden¹¹. Sie können im Baugenehmigungsverfahren als Abwägungsgesichtspunkte berücksichtigt werden. Es tritt aber weder eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB ein noch greift die Vermutungsregelung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Dass die Regionalpläne die entsprechenden Festsetzungen selbst als „Ziel“ bezeichnen, ist irrelevant. Ob ein Ziel vorliegt oder nicht, richtet sich nicht nach dem Etikett, sondern alleine danach, ob die bundesrechtliche Definition des § 3 Nr. 2 ROG erfüllt ist oder nicht. Die bayerische Landesplanung bezeichnet zwar traditionellerweise alles als „Ziel“, was einigermaßen wichtig ist und verbindlich sein soll¹². Den bundesrechtlichen Vorgaben entspricht dies jedoch schon lange nicht mehr.

2. Positivausweisungen durch Vorrang- oder Vorbehaltsgebiete

a) Festsetzung von Vorranggebieten

Effektiv gesteuert werden kann die Errichtung von Windenergieanlagen also nur in Verbindung mit zielförmigen Positivausweisungen. Sie sind Voraussetzung für die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

Für Positivaussagen kommen zwei Gebietskategorien in Betracht, die Vorrang- und die Vorbehaltsgebiete¹³. Vorranggebiete schließen andere raumbedeutsame Nutzungen aus, soweit sie

mit der vorrangigen Nutzung nicht vereinbar sind (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ROG). Es handelt sich jedenfalls dann, wenn sie richtig formuliert werden, um Ziele der Raumordnung i.S. des § 3 Nr. 2 ROG. Sie erfüllen damit die entscheidende Voraussetzung für die positive und negative Steuerung der Errichtung von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Sie enthalten eine für den weiteren Verwaltungsvollzug eindeutige Aussage und sind in der Lage, der Nutzung der Windenergie den Platz einzuräumen, der ihr nach dem Willen der bundesgesetzgeberischen Konzeption auch zukommen soll.

Eine wichtige Einschränkung für die Ausschlusswirkung ist jedoch zu beachten: Die Negativwirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB tritt nur dann ein, wenn ein schlüssiges gesamt-räumliches Planungskonzept vorliegt¹⁴. Der regionale Planungsverband muss deshalb grundsätzlich den gesamten Raum überplanen. Werden einzelne Vorranggebiete und einzelne Ausschlussgebiete festgelegt und werden im Übrigen keine Aussagen getroffen, kann vom Vorliegen eines Gesamtkonzeptes nicht ausgegangen werden; die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB tritt für die nicht überplanten Bereiche nicht ein¹⁵.

b) Festsetzung von Vorbehaltsgebieten

In der bayerischen Regionalplanung wird die von korrekter Ausweisung von Vorranggebieten ausgehende Eindeutigkeit im Hinblick auf die Ausweisung von Flächen für Windenergieanlagen aber weitgehend gemieden. Die regionalen Planungsverbände greifen auf Grund von entsprechenden Empfehlungen des zuständigen Ministeriums lieber zur Kategorie des Vorbehaltsgebietes. Dadurch wird der Windenergie bei der Abwägung mit konkurrierenden Belangen in nachfolgenden Zulassungsentscheidungen besonderes Gewicht beigemessen (vgl. § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ROG). Es handelt sich also um eine Art Optimierungsgebot¹⁶. Der Windenergie wird kein unbedingter Vorrang gegenüber möglicherweise konkurrierenden öffentlichen Interessen eingeräumt. Das Interesse am Ausbau der Windenergie kann „weggewogen“ werden, die Ausweisung ist – anders ausgedrückt – nicht abwägungsfest.

Die Frage, ob auch Vorbehaltsgebiete „Ziele“ der Raumordnung im Sinne von § 3 Nr. 2 ROG sind und damit die entsprechenden Wirkungen im Rahmen von § 35 Abs. 3 BauGB auslösen, ist in den vergangenen Jahren intensiv diskutiert worden¹⁷. Zwei Meinungen stehen sich gegenüber. Die einen betonen, dass die Festsetzung eines Vorbehaltsgebietes auf einer abschließenden Abwägung des Planungsträgers (vorliegend des jeweiligen Regionalen Planungsverbandes) beruhe und deshalb ein Ziel vorliege¹⁸. Man spricht auch von einer Art ebenenspezifischen Abwägung, die entsprechend der gesetzlichen Definition ab-

⁸ Vgl. auch *Bartlsperger* (o. Fußn. 7), S. 138 ff.

⁹ Siehe auch *BVerwG*, BayVBl. 2003, 664 ff. = NVwZ 2003, 733 ff. für das verwandte Problem der Standortsteuerung durch Flächennutzungsplanung. Ausführlich auch *Bartlsperger* (o. Fußn. 5), S. 137 ff.

¹⁰ *BVerwG*, BayVBl. 2003, 753 ff. = NVwZ 2003, 738 ff. Siehe auch *BayVGH*, BayVBl. 2004, 272 ff. im Hinblick auf einen erfolgreichen Normenkontrollantrag gegen die 7. Änderung des Regionalplanes der Region Oberpfalz-Nord.

¹¹ In den genannten Fällen handelt es sich zudem um Regelformulierungen, die ausdrücklich Ausnahmen zulassen. Damit fehlt es auch an einer regionalplanerisch abschließenden Entscheidung.

¹² *Bartlsperger* (o. Fußn. 5), S. 123 spricht zu Recht von einer „diffusen“ Verwendung des raumordnungsrechtlichen Zielbegriffs in der landesplanerischen Praxis.

¹³ Ausführlicher *Bartlsperger* (o. Fußn. 5), S. 119 ff.

¹⁴ *BVerwG*, BayVBl. 2003, 757 f. = NVwZ 2003, 1261 ff.

¹⁵ Vgl. *BVerwG*, BayVBl. 2003, 753 ff. = NVwZ 2003, 738 ff.

¹⁶ Ausführlicher *Wolff*, BayVBl. 2001, 737 ff.

¹⁷ Eine Übersicht zum Meinungsstand gibt *Bartlsperger* (o. Fußn. 5), S. 123. Siehe auch *Grotefels*, Festschrift für Hoppe, 2000, S. 376 ff.

¹⁸ Siehe vor allem *Goppel*, BayVBl. 1998, 289 ff.; *ders.*, BayVBl. 2002, 449 ff.

schließend sei¹⁹. Die Gegenauffassung ordnet Vorbehaltsgebiete hingegen den Grundsätzen der Raumordnung zu (§ 3 Nr. 3 ROG); es handele sich um eine Abwägungs- oder Ermessenssteuerung für nachfolgende Verwaltungsentscheidungen, nicht um eine abschließend abgewogene Entscheidung des Trägers der Regional- oder Landesplanung²⁰.

Für beide Auffassungen ließen sich Argumente finden. Die Einordnungsfrage ist aber von praktisch zu großer Relevanz, um sie dauerhaft in der Schwebe zu halten. Es ist deshalb zu begrüßen, dass das Bundesverwaltungsgericht mittlerweile eine eindeutige Aussage getroffen hat: Vorbehaltsgebiete sind Grundsätze, keine Ziele²¹. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat sich dem angeschlossen²². Kritikwürdig ist deshalb die der überkommenen Auffassung entsprechende Zieldefinition im neuen Bayerischen Landesplanungsgesetz (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BayLplG n.F.²³). Zwar ist man von der Idee abgerückt, gleich im bayerischen Landesrecht klarzustellen, wie der bundesrechtliche Begriff des Vorbehaltsgebietes zu verstehen ist (nämlich im Sinne des Zielbegriffs). Der Sache nach wird aber genau das gemacht, auch wenn beim ersten Lesen fast der Eindruck entsteht, es werde nur die Definition des § 3 Nr. 2 ROG wiederholt. Es gibt aber kein sinnvolles Argument dafür, im bayerischen Landesrecht einen anderen Zielbegriff zu Grunde zu legen als im Bundesrecht. Das Landesrecht ist hinsichtlich der Einordnung der Gebietskategorien in den Zielbegriff des § 3 Nr. 2 ROG dem Bundesrecht unterworfen; es hat keine eigene Definitionskompetenz²⁴. Der bayerische Gesetzgeber stiftet mit seiner in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BayLplG n.F. zum Ausdruck kommenden Eigensinnigkeit somit nur Verwirrung und Rechtsunsicherheit, ohne die Anwendung der bundesrechtlichen Genehmigungsmaßstäbe des § 35 BauGB beeinflussen zu können.

Die Festsetzung von Vorbehaltsgebieten in der bayerischen Regionalplanung hat allerdings bisher zur „Abschreckung“ von Investoren weitgehend ausgereicht²⁵. Bayern steht bei der absoluten Zahl der Windenergieanlagen im Kreis der Flächenländer mit Abstand an letzter Stelle²⁶. Kommt es jedoch zukünftig zu vermehrten gerichtlichen Auseinandersetzungen, weil geeignete Standorte in anderen Bundesländern knapp werden, ist die Regionalplanung den Baugenehmigungsbehörden vor Ort nur eine geringe Hilfe, wenn schutzwürdige Landschaften vor einer „Verspargelung“ geschützt werden sollen.

3. Soll- und Regelformulierungen

Ein Charakteristikum der Windenergiekonzepte in bayerischen Regionalplänen ist die Tendenz zur Halbherzigkeit von planerischen Aussagen. So werden fast durchgehend sog. Sollformulierungen verwendet. In festgelegten Vorranggebieten „soll“ der Windenergie Vorrang vor anderen Nutzungen eingeräumt werden²⁷. Bestimmte Bereiche im Bodenseeraum „sollen“ von der Bebauung mit Windenergieanlagen frei bleiben²⁸. Begründet wird die Formulierung von Sollzielen damit, dass auf diese Weise sog. atypische Fälle berücksichtigt werden könnten; zudem handele es sich um ein „anerkanntes Prinzip der bayerischen Landesplanung“²⁹. Auch insoweit spielt wieder der Gedanke der „ebenspezifischen Abwägung“ eine Rolle³⁰.

An der Ausweisung von Sollzielen ist schon in der Vergangenheit heftige Kritik geübt worden³¹. In der Tat ist das immer wieder vorgebrachte Argument, es gehe um die Berücksichtigung „atypischer Fälle“, für die ein „Ventil“ zu schaffen sei, nicht überzeugend. Vor allem wird damit das Zielabweichungsverfahren des § 11 ROG umgangen³². Es setzt selbst voraus, dass es sich bei der beantragten Abweichung um einen atypischen Fall handelt³³. Ansonsten würde man der planenden Stelle die Möglichkeit geben, im Einzelfall von der Anwendung eines Ziels abzusehen, was schon rechtsstaatlich nicht haltbar ist³⁴. Warum sollten die Landesplanungsbehörden das Recht haben, ein normativ formuliertes Ziel nicht anzuwenden, wenn diese Nichtan-

wendung ihren Grund nicht in einer gewissen Atypik des Vorhabens selbst findet? § 11 ROG und die landesrechtliche Vorschrift des Art. 29 BayLplG n.F. sind keine „Amigo-Klauseln“.

Der mit der Formulierung von Sollzielen angestrebte notwendige Freiraum des Rechtsanwenders, von einer Zielfestlegung im innergebietlichen Bereich abzuweichen, folgt zudem bereits daraus, dass auf der „Anwendungsebene“ noch eine abschließende nachvollziehende Abwägung stattfindet. § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB wird nicht als „echte“ Raumordnungsklausel verstanden, die gegebenenfalls zwingend zur Unzulässigkeit eines Vorhabens führt³⁵. Selbst dann, wenn ein Vorhaben innergebietlich einem Ziel der Raumordnung widerspricht, kann immer noch im Wege der nachvollziehenden Abwägung im Baugenehmigungsverfahren eine Zulassung des Vorhabens erfolgen, wenn es sich um einen besonders gelagerten Einzelfall handelt³⁶. Dies ist die verfassungsrechtlich notwendige Konsequenz daraus, dass bei einem „großräumigen Eigentumseingriff“³⁷ durch die Regionalplanung eine Berücksichtigung aller verfassungsrechtlich gebotenen Interessen planerisch nicht möglich ist. Insbesondere kommt es nicht zu einer „parzellenscharfen Abwägung“³⁸. So verpflichtet auch Art. 14 Satz 2 Nr. 4 BayLplG n.F. nur dazu, solche Belange in die Abwägung einzustellen, die auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind. Dies bedarf einer Kompensation im Verfahren der Einzelzulassung.

Außergebietlich gilt im Übrigen das Gleiche. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB enthält nur eine Regelformulierung; damit wird Raum für die Berücksichtigung von Besonderheiten auf der Vollzugsebene geschaffen³⁹.

Es gibt deshalb keine überzeugende Rechtfertigung für sog. Sollziele. Das neue Bayerische Landesplanungsgesetz sieht nun allerdings vor, dass Ziele regelmäßig als Sollziele formuliert werden (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 BayLplG n.F.). Erstaunen muss dieses

19 Goppel, BayVBl. 1998, 289/291.

20 Siehe etwa Steiner, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2003, VI, RdNr. 57.

21 BVerwG, BayVBl. 2003, 753 ff. = NVwZ 2003, 738 ff.

22 BayVGh, BayVBl. 2004, 272/274.

23 Gesetzesbeschluss vom 14. 12. 2004 (GVBl. 2004, 521).

24 Ausführlich Bartsperger (o. Fußn. 5), S. 126.

25 Es handelt sich wohl um eine Art „faktische Verhinderungsplanung“ auch auf Grund von Unbestimmtheit in den planerischen Aussagen. Siehe dazu BayVGh, BayVBl. 2004, 272/274.

26 Ausführlicher Geitmann (o. Fußn. 1), S. 133, gemessen nach der installierten Leistung.

27 So die Vorrangfestlegungen in den Regionalplänen Oberfranken Ost, Oberfranken West und Industrieregion Mittelfranken.

28 Vgl. dazu BayVGh, BayVBl. 2002, 600; BayVBl. 2003, 150.

29 So Goppel, BayVBl. 1998, 289/292; ders., BayVBl. 2002, 449 ff.

Siehe auch Goppel/Schreiber, BayVBl. 2005, 353/354 und Hendl, DVBl. 2001, 1233 ff.

30 Vgl. etwa Goppel, BayVBl. 1998, 289 ff.

31 Vgl. Bartsperger (o. Fußn. 7), S. 172 und vor allem Hoppe, BayVBl. 2002, 129/132 m.w.N. und BayVBl. 2005, 356 ff.

32 Zutreffend Hoppe, BayVBl. 2002, 129/133 und ders., BayVBl. 2005, 356/360. Vgl. auch Schmitz, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, K § 11 RdNr. 21 ff.

33 Abweichend Schmitz (o. Fußn. 32), RdNr. 39 ff.

34 Vgl. Bartsperger (o. Fußn. 7), S. 172.

35 Siehe BVerwG, NVwZ 2002, 476 ff. Zur Übertragbarkeit auf die neue Rechtslage nach In-Kraft-Treten des BayROG v. Nicolai, NVwZ 2002, 1078/1079. Anders andeutungsweise wohl BayVGh, BayVBl. 2004, 272/273.

36 Anders allerdings Hoppe, DVBl. 2003, 1345 ff., der zu einer umfassenden, auch Einzelaspekte umfassenden Abwägung auf der Ebene der Raumordnung kommen möchte. Bedenklich ist allerdings, dass dann eine Bauleitplanung auf regionaler Ebene stattfinden würde, ohne dass eine Ausnahme- oder Befreiungsmöglichkeit von den Festsetzungen – wie bei § 31 BauGB – vorgesehen wäre.

37 Siehe dazu Bartsperger, Festschrift für Blomeyer, 2004, S. 707 ff.

38 So BayVGh, BayVBl. 2002, 600/601.

39 Siehe auch BVerwG, BayVBl. 2003, 753 = NVwZ 2003, 738/741.

Beharren vor allem auch deshalb, weil der Bayerische Verwaltungsgerichtshof diesem angeblich „anerkannten Prinzip der bayerischen Landesplanung“⁴⁰ jedenfalls teilweise die Gefolgschaft verweigert. Um im Bereich der Planung von Außenbereichsvorhaben nach § 35 BauGB zu sinnvollen Ergebnissen zu gelangen, werden Sollvorschriften als verbindliche Anordnung verstanden, ohne die Möglichkeit einer Abweichung in wie auch immer zu definierenden Einzelfällen⁴¹.

Keine „Rettungsmöglichkeit“ für Sollformulierungen besteht allerdings dann, wenn sie zusätzlich auch noch als Regelziele formuliert werden oder wenn die Geltung von Zielen unter bestimmten Voraussetzungen zurückgenommen wird⁴². Dann stellt die Regionalplanung die Befolgung der Festlegung in das Ermessen des Rechtsanwenders. Solche Festlegungen sind damit keine Ziele, sondern lediglich Grundsätze nach § 3 Nr. 3 ROG.

III. Weitere Reformperspektiven

1. „Abschaffung“ der regionalen Planungsverbände?

„Die Regionalen Planungsverbände werden in ihrer bisherigen Struktur abgeschafft“. Dieser Satz stammt aus der Regierungserklärung von Ministerpräsident *Stoiber* vom 6. 11. 2003. Art. 5 BayLplG n.F. sieht aber nach wie vor Regionale Planungsverbände vor, und zwar weiterhin als Zusammenschlüsse von Gemeinden und Kreisen der jeweiligen Region. Es kommt nur zu einer eher marginalen Strukturänderung: Die bisher fakultative Schaffung einer regionalen Planungsbeirats entfällt⁴³.

Eine Möglichkeit zur Straffung der Regionalplanung gerade auch im Hinblick auf die Durchsetzung stringenter Konzepte zur Überplanung des Außenbereichs wurde damit nicht ergriffen. Die rahmenrechtliche Vorschrift des § 9 ROG würde es erlauben, die Regionalplanung zu entkommunalisieren und den staatlichen Einfluss zu erhöhen. Modelle aus anderen Bundesländern gibt es⁴⁴. Betroffene Kommunen sind dann lediglich in einem formalisierten Verfahren an der Planung zu beteiligen (§ 9 Abs. 4 ROG). Landesplanung ist ohnehin eine staatliche, keine kommunale Aufgabe (Art. 1 Abs. 3 BayLplG n.F.). Verkleinert man den kommunalen Einfluss, erhöht man die Chance zur effektiven Standortsteuerung. Kaum eine Kommune will Standort für Windenergieanlagen sein oder werden. Möglicherweise bieten sich einzelnen Landwirten gute Erwerbchancen, die Mehrheit der Anwohner ist im Regelfall gegen die Errichtung von solchen Anlagen. Die im gesamtstaatlichen Interesse der Förderung der Windenergie notwendigen Standortentscheidungen liegen deshalb bei kommunalen Entscheidungsträgern in den falschen Händen. Ähnlich wie bei der Planung von Abfallentsorgungsanlagen oder dem Bau von Verkehrswegen müssten die staatlichen Stellen auf eine stärkere Berücksichtigung ihrer Interessen bedacht sein.

2. Verzicht auf Eignungsgebiete

Für die weitere Standortsteuerung von Windenergieanlagen bedeutsam ist der Verzicht der bayerischen Landesplanung auf die Figur des Eignungsgebietes (vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 BayLplG n.F.). Die norddeutsche Erfindung des Eignungsgebietes⁴⁵ meint solche Festlegungen von Gebieten, die im Außenbereich für bestimmte, raumbedeutsame Maßnahmen geeignet sind und an anderer Stelle im Außenbereich ausgeschlossen werden (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ROG)⁴⁶. Eignungsgebiete werden insoweit als bedenklich angesehen, als sie lediglich außergebietlich Zielcharakter haben, entgegen ihrer Bezeichnung als Eignungsgebiet innergebietlich jedoch nicht⁴⁷. Mit den in Art. 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayLplG n.F. vorgesehenen sog. Ausschlussfestsetzungen lässt sich aber regelmäßig ein vergleichbares Ergebnis erreichen, wobei aber die entsprechenden bundesrechtlichen Vorgaben zu beachten sind: Für privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nrn. 2

bis 6 BauGB sind Ausschlussfestsetzungen nur im Zusammenhang mit positiven Standortausweisungen möglich.

3. Rechtsform und Rechtsschutz

Schon bisher war anerkannt, dass die Ziele von Regionalplänen als unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften anzusehen sind⁴⁸. Dies wird nunmehr verbindlich festgeschrieben (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BayLplG n.F.). Die „normativen“ Vorgaben werden als Rechtsverordnung beschlossen. Prozessuale Konsequenz ist die Statthaftigkeit des Normenkontrollverfahrens nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO.

Der durch die bauplanungsrechtliche Bestimmung des § 35 Abs. 3 BauGB vermittelte Durchgriff der Landesplanung auf das private Grundeigentum findet eine verfahrensrechtliche Absicherung. Vor allem findet in Zukunft eine Öffentlichkeitsbeteiligung statt (Art. 13 BayLplG n.F.). Die Pflicht zur Abwägung von betroffenen Belangen erstreckt sich auch auf private Belange, die auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind (Art. 14 Satz 2 Nr. 4 BayLplG n.F.).

IV. Fazit

Die nach In-Kraft-Treten des BauROG im Jahr 1998 versuchte Steuerung der Ansiedlung von Windenergieanlagen in der bayerischen Regionalplanung ist teilweise nur sehr beschränkt gelungen. Nicht zuletzt bestehen für Teilbereiche des neuen Gesetzes Zweifel an der Vereinbarkeit mit höherrangigem Bundesrecht. Verfehlt sind insbesondere die Ausweisung von Soll- und Regelzielen (dies gilt ganz besonders für die Kombination von Soll- und Regelziel in einer einzelnen Zielformulierung), die überwiegende Verwendung der Kategorie des Vorbehaltsgebietes und das Konzept der sog. weißen Flächen. Zugute zu halten ist den Planern, dass die Rechtslage bisher allerdings in vielen Punkten auch unklar war. Das ist jetzt anders. Es ist deshalb Zeit zur Korrektur. Hilfreich wären eine dem bundesweiten Stand von Rechtsprechung und Wissenschaft entsprechende Gesetzgebung und der Verzicht auf bayerische Sonderwege. Das neue Landesplanungsgesetz wird dieser Anforderung nur in beschränktem Umfang gerecht.

40 So *Goppel*, BayVBl. 2002, 449 ff. An dieser Sichtweise ändere sich laut *Goppel/Schreiber*, BayVBl. 2005, 353 ff. auch vor dem Hintergrund des neuen Bayerischen Landesplanungsgesetzes nichts, da darin eine zulässige Ausprägung der bundesrechtlichen Zieldefinition liege. Zur durchaus berechtigten Kritik an dieser Auffassung vgl. *Hoppe*, BayVBl. 2005, 356 ff., der darin einen Verstoß gegen zwingendes Bundesrecht sieht und die Abweichungsregelung des § 11 ROG, Art. 29 BayLplG für vorrangig erachtet.

41 *BayVGH*, BayVBl. 2002, 600. Anders für den Bereich der Anpassung nach § 1 Abs. 4 BauGB *BayVGH*, BayVBl. 2004, 530 ff.

42 So werden im Entwurf zur Änderung des Regionalplanes der Industrieregion Mittelfranken (Stand: 15. 8. 2003) Vorrang- und Vorbehaltsgebiete festgelegt, in denen Windenergieanlagen errichtet werden sollen, soweit keine Ausschlusskriterien gegeben sind. Ähnliche Regelungen finden sich auch in den Regionalplänen der Regionen 4 und 5, Oberfranken West und Ost.

43 Bisher Art. 8 Abs. 7 und 10 BayLplG; vgl. auch LT-Drs. 15/1667, S. 15.

44 Ausführlich *Koch/Hendler*, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 4. Aufl. 2004, S. 86 ff.

45 Siehe ausführlich *Erbguth*, DVBl. 1998, 209 ff.; *Spiecker*, BayVBl. 2001, 673 ff.; *dies.*, Raumordnung und Private, 1999, S. 241 ff.

46 Ausführlicher *Bartlspenger* (o. Fußn. 7), S. 121.

47 LT-Drs. 15/1667, S. 18.

48 Siehe aus neuerer Zeit *BVerwG*, DVBl. 2004, 629 ff.; *BayVGH*, BayVBl. 2004, 272/273.