

Rechtliche Stellungnahme

zur

Einbeziehung geotechnischer Sperrbereiche in die Gebietskulisse zur Ausweisung der Windenergiegebiete nach § 3 WindBG; § 4a SächsLPlIG

vorgelegt von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht *Prof. Dr. Roman Götze* und Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht *George-Alexander Koukakis* (GÖTZE & MÜLLER-WIESENHAKEN Rechtsanwälte Partnerschaft), Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, Petersstraße 15, 04109 Leipzig, www.goetze.net, mail@goetze.net

im Auftrag des *Regionalen Planungsverbands Oberlausitz-Niederschlesien*, vertreten durch den Verbandsvorsitzenden - der Landrat - Herr *Dr. Stephan Meyer*, Löbauer Straße 63, 02625 Bautzen.

Leipzig, im Februar 2024

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage und Fragestellung.....	3
1.	Bergbauliche Sperrbereiche mit erheblichem Flächenpotenzial.....	3
2.	Möglichkeit „konditionierter“ Festlegungen	4
3.	Fragestellung.....	5
II.	Rechtliche Bewertung.....	6
1.	Rechtlicher Handlungsrahmen: Abwägungsgebot (§ 7 II 1 ROG) und Festlegung einer aufschiebenden Bedingung (§ 7 I 2 ROG) als gesetzliches „Konfliktlösungsinstrument“ zur Bewältigung eines erkannten Raumkonflikts für <i>sich positiv entwickelnde Problemlagen</i>	6
a)	Wirkungsweise einer aufschiebend bedingten Festlegung gemäß § 7 I 2 ROG und Anforderungen an das „wirkungsauslösende Element“	7
b)	Anforderungen an die Vollziehbarkeit der Planung.....	9
c)	Spezifische Abwägungsanforderungen an die bedingte Ausweisung von Windenergiegebieten (Vorranggebiete Windenergie)	14
aa)	Systemkompatibilität bedingter Festlegungen mit Blick auf die differenzierende Rechtsfolgensystematik des § 249 BauGB ...	14
bb)	Rückkopplungen aus dem Wesen eines <i>Vorranggebietes</i> (§ 7 III 1 Nr. 1 ROG) und eines <i>Windenergiegebietes</i> (§§ 2 Nr. 1, 4 WindBG)	15
aaa)	„Vorranggebiet“	15
bbb)	„Windenergiegebiet“	17
cc)	Verbot der „Alibi- oder Feigenblattplanung“?.....	18
d)	Erfordernis einer qualifizierten, typisierungsgeeigneten fachlichen Zuarbeit zum Vorentwurf der Teilfortschreibung (Prognosebasis) ...	19
2.	Anrechenbarkeit aufschiebend bedingter Vorranggebiete Windenergienutzung auf das Flächenbeitragsziel.....	24
a)	Auslegung des WindBG.....	24
b)	Konsequenzen für Anrechenbarkeit.....	28
III.	Zusammenfassung und Empfehlungen.....	31

I. Ausgangslage und Fragestellung

Im Zuge der Teilfortschreibung des Regionalplans für das Themenfeld „Windenergie“ müssen Windenergiegebiete nach § 2 Nr. 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes (WindBG) ausgewiesen werden. Nach Maßgabe von § 4a SächsLPIG hat der Regionale Planungsverband Oberlausitz-Niederschlesien für seine Planungsregion bis zum 31. Dezember 2027 mindestens 2,0 % seiner Fläche (ca. 9.000 ha) in Form von Vorranggebieten für Windenergienutzung auszuweisen.

1. Bergbauliche Sperrbereiche mit erheblichem Flächenpotenzial

Im Verbandsgebiet gibt es wegen der bergbaulichen Vornutzung großräumige Sperrungen von Kippenbereichen (geotechnische Sperrbereiche). Diese Bereiche behandelte der Regionale Planungsverband Oberlausitz-Niederschlesien für die regionalplanerische Ausweisung von Vorrang- und Eignungsgebieten im Rahmen der Konzentrationszonenplanung nach früherem Recht – zuletzt im Rahmen der Zweiten Gesamtfortschreibung des Regionalplanes – als sogenannte „harte Tabuzone“ (vgl. Anhang 2 zu Kapitel 6.4)¹, d.h. als eine Vorwegausscheidungsfläche, die sich für eine Windenergienutzung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht eignet.²

Mit Stand Dezember 2023 liegt die gesamte gesperrte Fläche im Verantwortungsbereich der LMBV mbH in der Planungsregion bei 11.412 ha, davon 7.600 ha Landfläche.³ Darüber hinaus sind Flächen in der Planungsregion per Allgemeinverfügung des SächsOBA gesperrt.⁴

Auch wenn sich auf Grund anderer Nutzungsansprüche oder strenger naturschutzfachlicher Restriktionen viele der gesperrten Flächen für eine Windenergienutzung nicht eignen, ist festzustellen, dass die geotechnischen Sperrbereiche ein erhebliches Flächenpotenzial aufweisen.

¹ Eine entsprechende Ausnahme erfolgte jedoch für das VRG/EG EW 29 Tagebau Spreetal in Verbindung mit dem Ziel 6.4.3 des Regionalplanes: „Z 6.4.3 Die Neuerrichtung bzw. das Repowering von WEA im VRG/EG EW 29 Tagebau Spreetal ist erst nach Aufhebung des unter Bergaufsicht stehenden geotechnischen Sperrbereiches zulässig.“

² Gatz, in: Krautzberger/Rengeling/Saerbeck (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Stürer, 2013, 171 (175); derselbe, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Auflage (2013), Rdnr. 70; prägnante Zusammenfassung der früheren Rechtsprechungslinien bei *Spannowsky*, ZfBR 2023, 18 (19).

³ vgl. dazu <https://lmbv.maps.arcgis.com/apps/dashboards/c00287b21faf43d0a3ad14efcb5fcadc>, letzter Zugriff am 02.02.2024.

⁴ Bekanntmachung über <https://www.oba.sachsen.de/allgemeinverfuegungen-4147.html>, letzter Abruf am 02.02.2024.

Eine belastbare zeitliche Einordnung der geotechnischen Sicherung von Kippenbereichen als Voraussetzung für die Freigabe der gesperrten Bereiche durch das Oberbergamt ist derzeit aber noch nicht konkret erkennbar. Die LMBV selbst hat jüngst geäußert, dass

„für 20 Prozent der Kosten etwa 80 Prozent der jetzt gesperrten Flächen binnen der kommenden zehn bis 15 Jahre saniert und wieder für eine Nutzung freigegeben werden können [...]. Das Ziel ist, möglichst viel zusammenhängende Fläche in der Zeit freizugeben.“⁵

Aufgrund dieser mittelfristigen Perspektive könnten diese Flächen – unter der Prämisse der bergbaulichen Sanierung und Freigabe oder sonstigen behördlich geprüften Unbedenklichkeitsnachweis – prinzipiell zur Erreichung der Flächenbeitragswerte für Windenergievorhaben beitragen.

2. Möglichkeit „konditionierter“ Festlegungen

Gemäß § 7 I 2 ROG kann festgelegt werden, dass bestimmte Nutzungen und Funktionen des Raums nur für einen bestimmten Zeitraum oder ab oder bis zum Eintritt bestimmter Umstände vorgesehen sind (befristete oder bedingte Festlegungen).

Begleitend zum Planverfahren soll daher geprüft werden, ob in Verbindung mit § 7 I 2 ROG festgelegt werden kann, dass die Windenergienutzung ab Eintritt bestimmter Umstände (Freigabe des geotechnischen Sperrbereiches oder gleichwertiges Äquivalent) vorgesehen ist und somit auf derzeit gesperrten Flächen regionalplanerisch eine (aufschiebend bedingte) Ausweisung von Vorranggebieten Windenergienutzung erfolgen kann, um künftige Nutzungsoptionen für die Windenergie raumordnerisch zu sichern. Dies betrifft insbesondere die Flächen, auf denen nach Eintritt der Bedingung keine weiteren Belange gegen eine Windenergienutzung sprechen bzw. keine erheblichen Konflikte zu erwarten sind (insbesondere landwirtschaftlich genutzte Flächen, Renaturierungsflächen außerhalb von Natura 2000-Gebieten und Gewässern), soweit es sich nicht um absehbare „Ewigkeitssperrungen“ handelt.

⁵ Sächsische Zeitung, 25.01.2024, online-Artikel: „Viel Fläche für möglichst wenig Geld Die LMBV will binnen 15 Jahren den allergrößten Teil der gesperrten Kippenflächen in der Lausitz freigeben.“ (Interview mit B. Sablotny).

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der Bundesgesetzgeber zwischenzeitlich davon ausgeht, dass selbst innerhalb des Abbaubereiches eines Braunkohlen- oder Sanierungsplans bei Nichtgefährdung der bergbaulichen Aktivitäten oder Rekultivierungsziele nicht generell und per se ausgeschlossen sind, wenn und soweit die Länder dies unter Rückgriff auf die Verordnungsermächtigung in § 249b BauGB bestimmen.

3. Fragestellung

Im Folgenden wird deshalb rechtlich geprüft, ob der Regionale Planungsverband geotechnische Sperrbereiche, bei denen die Aufhebung nicht von vornherein erst in nichtabsehbarer Zeit („Ewigkeitssperrungen“) zu erwarten ist, in Erfüllung seiner ihm durch das WindBG und § 4a SächsLPIG gestellten Aufgabe als Vorranggebiet Windenergienutzung mit der Bedingung ausweisen kann, dass die Neuerichtung⁶ von Windenergieanlagen erst nach Aufhebung des geotechnischen Sperrbereiches oder Äquivalent dazu zulässig ist. In einem zweiten Schritt ist der Folgefrage nachzugehen, ob und zu welchem Zeitpunkt die aufschiebend bedingt ausgewiesenen Vorranggebiete Windenergienutzung bei der Prüfung der Erfüllung des Flächenbeitragswertes von 2 % mit „einzahlen“.

⁶ Dies gilt ebenso für das Repowering; dieser Aspekt wird in einem gesonderten Rechtsvermerk behandelt und soll nicht Gegenstand dieser rechtlichen Stellungnahme sein.

II. Rechtliche Bewertung

Im Folgenden soll zunächst der rechtliche Rahmen abgesteckt werden, den das ROG für die Konfliktlösung im Rahmen der Abwägung durch bedingte Festlegungen vorsieht (nachfolgend 1.). Auf der Grundlage dieser juristischen Positionsbestimmung kann dann für den vorliegenden konkreten Fall eine rechtliche Bewertung im Hinblick auf den Flächenbeitragswert von 2 % formuliert werden (unten 2.).

Hierzu im Einzelnen:

1. Rechtlicher Handlungsrahmen: Abwägungsgebot (§ 7 II 1 ROG) und Festlegung einer aufschiebenden Bedingung (§ 7 I 2 ROG) als gesetzliches „Konfliktlösungsinstrument“ zur Bewältigung eines erkannten Raumkonflikts für sich positiv entwickelnde Problemlagen

Während bei *Verwaltungsakten* schon durch § 36 II Nr. 2 VwVfG im Grundsatz geklärt ist, dass diese mit aufschiebenden Bedingungen ergehen können, war dies für *Raumordnungspläne* als Rechtsnormen (im materiellen Sinne) lange umstritten. Diese Unsicherheit wurde 2017 durch eine ausdrückliche **Kodifizierung der Möglichkeit bedingter Festlegungen** durch § 7 I 2, 3 ROG beseitigt. Diese Vorschrift sieht explizit folgendes vor:

„Es kann festgelegt werden, dass bestimmte Nutzungen und Funktionen des Raums nur für einen bestimmten Zeitraum oder ab oder bis zum Eintritt bestimmter Umstände vorgesehen sind; eine Folge- oder Zwischennutzung kann festgelegt werden. Die Festlegungen nach Satz 1 und 2 können auch in räumlichen und sachlichen Teilplänen getroffen werden.“ [Hervorhebung nicht im Original]

Es ist mithin davon auszugehen, dass aufschiebend bedingte Festlegungen **grundsätzlich möglich** sind, wenn eine im Regionalplan mit Vorrang belegte Nutzung erst noch von der – vorherigen – Durchführung bestimmter Maßnahmen oder Entscheidungen bzw. des Eintritts bestimmter Umstände (ungewisses Ereignis) abhängen. Die Begründung zur Vorschrift stellt klar, dass damit sowohl zeitliche Staffelungen von Nutzungen als auch wiederkehrende Befristung (als Beispiel wird etwa ein Vorranggebiet für eine Naturschutzfunktion nur in einer bestimmten, dem Schutzzweck der Norm entsprechenden Jahreszeit genannt) möglich sind.⁷ Der Regionalplanung ist es daher nicht verwehrt, Flächen für eine

⁷ BT-Drs. 18/10883, S. 41.

bestimmte raumbedeutsame Nutzung vorzuhalten, die aber erst zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich zugelassen wird.⁸ Aufschiebend bedingte Festlegungen sind demnach insbesondere dann möglich, wenn es um vorherige Sanierungs- oder Schutzmaßnahmen und eine korrespondierende Freigabeentscheidung geht, ohne die die Verwirklichung der im Regionalplan mit Vorrang belegten Nutzung nicht möglich oder zulässig wäre. Die Auflösung von Konflikten bei der Inanspruchnahme des Freiraums durch Nutzungen verschiedener Art, welche zeitlich versetzt realisiert werden können, wie z.B. im Verhältnis zwischen der Nutzung von Windenergie und des Rohstoffabbaus, wird als bedeutender Anwendungsbe- reich der Vorschrift genannt.⁹

Im Folgenden erläutern wir zunächst den Wirkungsmechanismus der bedingten Festlegungen (a)) und gehen sodann auf die allgemeinen (b)) und spezifisch für die Windenergiegebiete bestehenden Abwägungsanforderungen ein (c)).

- a) Wirkungsweise einer aufschiebend bedingten Festlegung gemäß § 7 I 2 ROG und Anforderungen an das „wirkungsauslösende Element“

Das *Bundesverwaltungsgericht* hat die **Wirkungsweise von Bedingungen** in einer Leitentscheidung allgemein wie folgt charakterisiert:

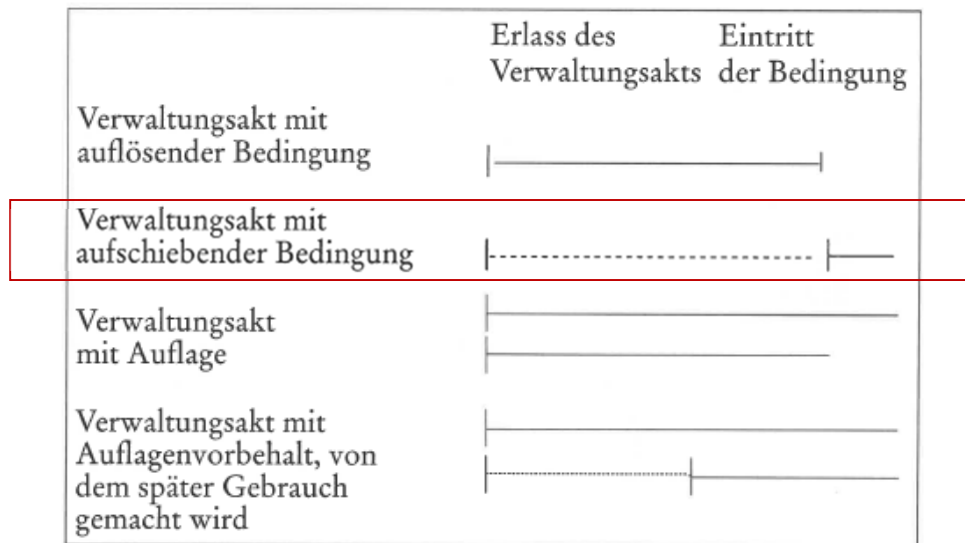
„Eine Bedingung wird nach Art. 36 Abs. 2 Nr. 2 BayVwVfG dadurch charakterisiert, dass sie den Eintritt oder den Wegfall einer Vergünstigung oder Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig macht.“¹⁰

Das **Wirkungsschema einer aufschiebenden Bedingung** ergibt sich damit zwanglos aus dieser Definition und wird in der juristischen Ausbildungsliteratur (hier beispielhaft bei *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage, 2024, § 12 Rdnr. 14, S. 403) wie folgt erläutert:

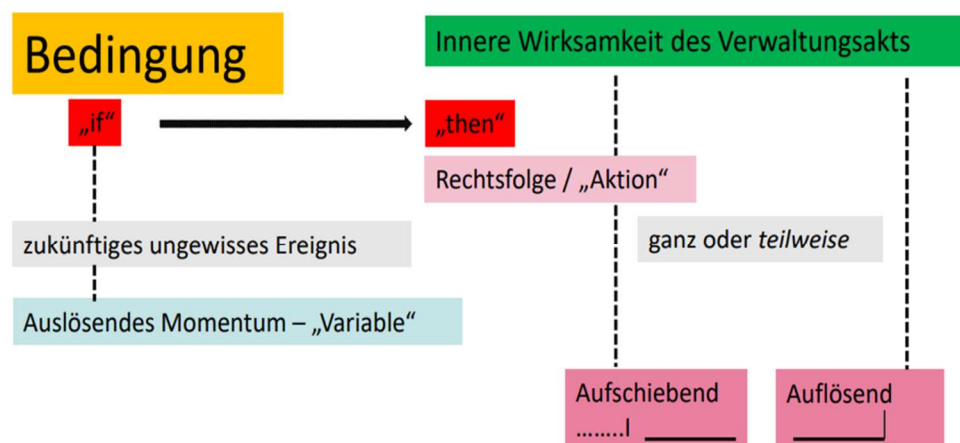
⁸ So VG Düsseldorf, Urt. v. 19.2.2019 – 17 K 8130/16 –, Rdnr. 144 (zitiert nach juris).

⁹ Vgl. *Spannowsky*, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Stand: Juli 2023, § 7 ROG, Rdnr. 84; *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG Komm., 2. Auflage (2018), § 7, Rdnr. 21.

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 16.6.2015 – 10 C 15/14 –, BVerwGE 152, 211 ff.; juris-Rdnr. 12.



Konkret bezogen auf den Zusammenhang zwischen Eintritt des „Bedingungselements“ (hier: „Freigabe“ des geotechnischen Sperrbereichs oder äquivalenter Akt¹¹) und innerer Wirksamkeit des bedingten Vorranggebiets (hier: Festlegung des Vorrangs für Windenergievorhaben) kann auf folgendes Schema verwiesen werden:



¹¹ Wir haben hier für die Zwecke der rechtlichen Begutachtung zunächst das in dem Auftragsschreiben gewählte Bedingungselement der „Freigabe“ zu Grunde gelegt; zu einem späteren Zeitpunkt könnte diskutiert werden, ob als Anknüpfung für den Bedingungseintritt stattdessen auch eine äquivalente Handlung gewählt werden kann.

Diese, für aufschiebende Bedingungen bei *Verwaltungsakten* (§ 35 VwVfG) skizzierte Wirkungsweise einer aufschiebenden Bedingung ist auf aufschiebende Bedingung von *Regionalplan-Festlegungen* übertragbar.

Die aufschiebende Bedingung eignet sich deshalb besonders gut zur **Konfliktbewältigung**, wenn die Voraussetzungen für die intendierte Rechtsfolge zwar *gegenwärtig noch nicht* vorliegen, jedoch absehbar ist, dass diese Voraussetzungen *zukünftig eintreten werden* und dann die intendierte Rechtsfolge auch eintreten kann. Der Vorteil der Nutzung einer aufschiebenden Bedingung besteht darin, dass das „Commitment“ des Plangebers bereits erfolgen kann, ohne dass der rechtliche Erfolg bereits vorweggenommen wird.

Die als „**Bedingungelement**“ in Betracht kommenden – wirkungsauslösenden – Umstände können freilich nur regionalplanerisch relevante Umstände sein. Denn ebenso wie die Festlegungen als solche regionalplanerisch begründet sein müssen, gilt dies auch für die Umstände, von deren Eintritt die „Aktivierung“ der Vorrangfestlegung abhängt. Die von § 7 I 2 Alt. 2 ROG erfassten „Umstände“ können sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Art sein. Eine trennscharfe Abgrenzung ist weder möglich noch nötig. Denn bei beiden wird die Festlegung regelmäßig von der vorherigen Durchführung von (tatsächlichen) Maßnahmen abhängig gemacht, die aus rechtlichen Gründen erforderlich sind.

b) Anforderungen an die Vollziehbarkeit der Planung

Weitergehende Fragen stellen sich, wenn die Bedingung auf solche rechtlichen Umstände rekurriert, die dazu führen, dass bestimmte Bereiche dem Planungszugriff durch die Regionalplanung generell auf **absehbare Zeit** entzogen sind, so dass es schon an der **Erforderlichkeit der Planung** (§ 2 I ROG) fehlte.¹²

Die Frage, ob in dieser Situation bereits Festlegungen, aufschiebend bedingt durch die spätere Aufhebung des (rechtlichen oder tatsächlichen) Planungshindernisses, getroffen werden können, berührt die der Abwägung

¹² Vgl. zum Gebot der Erforderlichkeit allgemein *Kümper*, in: Kment (Hrsg.), ROG, Komm., 1. Auflage (2019), Rdnr. 40 ff. (43) zu § 2 m.w.N.; das Vollzugsfähigkeitsgebot (vgl. § 1 III BauGB) gilt entsprechend auch für Raumordnungspläne; vgl. BVerwG, Beschl. v. 7.2.2005 – 4 BN 1/05 –, NVwZ 2005, 584 ff.; *Benz/Wegener*, ZNER 2022, 367 (372).

rechtlich vorgelagerte Frage der Erforderlichkeit der Planung nach § 2 I ROG. Diese eröffnet und begrenzt die regionalplanerische Aufgabe für jede einzelne (bedingte) Festlegung. Auch mit dem Mittel der bedingten Festlegung sollen nicht bestehende Planungshindernisse umgangen, eine notwendige Abwägung aufgeschoben oder auf Konfliktlösungen in der Zukunft gehofft werden. Die Überwindung der rechtlichen Schranken der Planungsbefugnis allein mit der vagen Aussicht, dass sich die Situation einmal anders darstellen könnte, ist nicht Zweck von § 7 I 2 ROG.

Demgegenüber steht es mit der gesetzgeberischen Intention hinter der Regelung von § 7 I 2 ROG im Einklang, wenn nach Lage der konkreten Umstände des Einzelfalls eine *absehbare Änderung* der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse erwartet werden kann und zugleich der raumplanerische Sachzusammenhang die Einbeziehung dieser Flächen bereits jetzt in Ausweisungskulisse für Windenergiegebiete gebietet.

Insoweit lohnt sich – trotz der bekannten Unterschiede zwischen Regionalplanung und Bauleitplanung – der Blick auf die kommunale Konfliktlösung mittels bedingter Festsetzungen gemäß § 9 II BauGB: Ein vergleichbares und instruktives Beispiel ist die kommunale **Beplanung von Bahnanlagen**.¹³ Bereits unmittelbar nach Einführung des § 9 II BauGB durch das „EAG Bau“ 2004 wurde diese Konstellation als ein paradigmatischen Fall für die praktische Anwendung von bedingten Festsetzungen gesehen und seitdem auch durch die Rechtsprechung bestätigt.¹⁴

Rechtlicher Hintergrund dieser Problematik ist der Umstand, dass der überörtlichen eisenbahnrechtlichen Fachplanung nach § 18 AEG gem. § 38 BauGB Vorrang gegenüber der kommunalen Bauleitplanung zukommt, so dass ein rechtliches Planungshindernis besteht.¹⁵ Damit die Gemeinde diese Flächen beplanen kann, ist eine **Freistellungsentscheidung des Eisenbahn-bundesamtes** gemäß § 23 AEG erforderlich. Erst durch diese Freistellung werden die Bahnflächen aus der Fachplanung entlassen und damit wieder vollständig in die Planungshoheit der Gemeinden übergeben. Bis dahin sind

¹³ Es wird nicht verkannt, dass das § 23 AEG ein formalisiertes Verfahren zur Freistellung von Bahnbetriebszwecken vorsieht und Antragsteller u.a. auch die Standortgemeinden oder Flächeneigentümer sein können. Das Beispiel dieser Fachplanungsflächen ist aber dennoch insoweit vergleichbar, als eine Restriktion über einem Gebiet liegt, die abhängig von bestimmten Umständen aufgehoben werden kann, woran auch bedingte planerische Festsetzungen anknüpfen können.

¹⁴ Siehe beispielsweise nur *Kuschnerus*, ZfBR 2005, 125 (132 f.) und ausführlich *Battis/Otto*, IR 2006, 54; später bestätigt z.B. von OVG NRW, Urt. v. 7.7.2011 – 2 D 137/09.NE –.

¹⁵ Zur Sperrwirkung der Fachplanung *Götze/Boelling/Löscher*, ZUR 2010, 245 ff.

die planfestgestellten Flächen den (bau-)planerischen Aussagen der Gemeinde nur insoweit zugänglich, als diese der besonderen Zwecksetzung der Anlage, dem Betrieb der Bahn zu dienen, nicht widersprechen.¹⁶

Die kommunale Planungsbefugnis setzt – wie bereits ausgeführt – voraus, dass die gesamte Planung und auch die konkreten Festsetzungen nach § 9 II BauGB erforderlich i.S.v. § 1 III 1 BauGB sind. Dies ist unter anderem dann nicht der Fall, wenn für die konkreten Festsetzungen *keine realistische Verwirklichungsperspektive* besteht und sie somit nicht zur geordneten städtebaulichen Entwicklung beitragen können. Erforderlich ist eine Planung nur, wenn sie in absehbarer Zeit umsetzbar ist, ihr also keine Hindernisse dauerhaft entgegenstehen. Dies betrifft jede aufschiebende bedingte Festsetzung, da Inhalte eines Bebauungsplans, die auf absehbare Zeit keine Wirkung entfalten können, nicht erforderlich sind. Noch deutlicher wird dies, wenn die rechtliche Bedingung die Aufhebung eines (partiellen) Planungshindernisses zum Gegenstand hat. Ist in diesem Fall der Bedingungseintritt nicht hinreichend absehbar, ist der Bebauungsplan nicht vollzugsfähig.

Notwendig ist es daher, wenn der Bedingungseintritt aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalls nicht nur eine vage planerische Hoffnung, sondern eine konkret absehbare Entwicklung darstellt und das rechtliche Hindernis mithin erkennbar aufgehoben wird oder aufzuheben ist. Instrukтив ist auch hier der Vergleich zu den Fällen der Überplanung von Bahnanlagen. Hier hat es die Rechtsprechung als ausreichend angesehen, dass die planende Gemeinde aufgrund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte mit einer künftigen Freistellung von Bahnanlagen nach § 23 AEG rechnen kann.

So stellte das *Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen* fest:

„Die ihr durch § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB gesteckte Planungsgrenze überschreitet die Antragsgegnerin dabei nicht. Anders wäre es nur, wenn sie ihre Planung an den Eintritt von Bedingungen knüpfte, aus denen sich in Wahrheit auf unabsehbare Zeit deren unüberwindbare Vollzugsunfähigkeit aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ergäbe. Vgl. zu diesem Gesichtspunkt nochmals: BVerwG,

¹⁶ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.04.2010 – 7 B 39.09 –, Rdnr. 18 (zitiert nach juris); Urt. v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 – Rdnr. 20 (zitiert nach juris); OVG NRW, Beschl. v. 4.2.2010 – 8 B 1652/09.AK –, Rdnr. 58 (zitiert nach juris).

Beschluss vom 14. Juni 2007 - 4 BN 21.07 -, BRS 71 Nr. 3 = juris Rn. 4, Urteile vom 30. Januar 2003 - 4 CN 14.01 -, BRS 66 Nr. 9 = juris Rn. 11, und vom 21. März 2002 - 4 CN 14.00 -, BRS 65 Nr. 17 = juris Rn. 10; OVG NRW, Urteile vom 17. Februar 2011 - 2 D 36/09.NE -, juris Rn. 133, und vom 21. Dezember 2010 - 2 D 64/08.NE -, juris Rn. 58.

Dies ist hier indessen nicht der Fall. Ein Vollzugshindernis, weil eine Freistellung der planbetroffenen Bahnflächen nach § 23 AEG absehbar nicht erfolgen würde oder nicht erfolgen könnte, besteht nicht. Insofern plant die Antragsgegnerin gewissermaßen in eine Freistellungslage hinein.¹⁷ [Hervorhebungen nicht im Original]

Unschädlich ist es nach der Rechtsprechung ebenfalls, wenn der Bedingungseintritt von **weiteren Zwischenschritten abhängt** – solange die Gemeinde von realistischen Erwartungen ausgeht. Besonders deutlich wurde dies in einem vom *Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen* entschiedenen Fall, der die Planung eines neuen Hochschulcampus zum Gegenstand hatte. Zur Lösung der äußerst schwierigen und umstritten verkehrlichen Erschließung hatte die Gemeinde festgesetzt, dass die Zulassung von Vorhaben in zwei Baugebieten erst erfolgen kann, wenn die Anbindung an die Planstraße benutzbar erfolgt ist und die Stadtbahn ihren Betrieb auf der fertiggestellten verlängerten Trasse aufgenommen hat. Allerdings musste für den Bau der Stadtbahnlinie zunächst ein Planfeststellungsverfahren durchgeführt werden, in dem es u.a. äußerst schwierige immissionsschutzrechtliche Problemlagen zu lösen galt. Auch wenn die Gemeinde zwischenzeitlich ihre Planung ändern musste, sah das Gericht auch hier die Realisierungsaussicht als hinreichend konkret und absehbar an:

„Die Bedingung hat auch eine **realistische Verwirklichungsperspektive**. Im gemäß § 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB maßgeblichen Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses beabsichtigte die Antragsgegnerin, die planungsrechtliche Grundlage für die Stadtbahnverlängerung in einem gesonderten Planfeststellungsverfahren herbeizuführen (siehe dazu die Planbegründung C 27 f.). Dass dies ein prinzipiell gangbarer Weg ist, hat der Senat in seinem Beschluss vom 29. April 2010- 2 B 304/10.NE -, S. 14 des amtlichen Umdrucks, bestätigt. Da die Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans aufgrund der Sach- und Rechtslage

¹⁷ OVG NRW, Urt. v. 7.7.2011 - 2 D 137/09.NE -, Rdnr. 189 ff. (zitiert nach juris).

im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses zu beurteilen ist, ist es im Grundsatz unerheblich, dass sich die Antragsgegnerin zwischenzeitlich dafür entschieden hat, für die Verlängerung der Stadtbahntrasse und den damit zusammenhängenden Ausbau der E.-straße den (planfeststellungsersetzenden) Bebauungsplan Nr. II/G 21 "Stadtbahn zum D1. Nord" aufzustellen. Davon abgesehen lässt der Austausch des planungsrechtlichen Instrumentariums die Verwirklichungsperspektive der Bedingung des Bebauungsplans Nr. II/G 20 - und damit auch die städtebauliche Erforderlichkeit des Konstrukts einer abschnittsweisen Planumsetzung - nicht in einem anderen Licht erscheinen. Mit Blick auf die Planbegründung des Bebauungsplans Nr. II/G 21 ist nicht zu erkennen, dass einem Beschluss dieses Planentwurfs als Satzung zwingende tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen könnten. Auch die zeitliche Realisierungsaussicht hat sich nicht erkennbar und entscheidungsrelevant verschoben."¹⁸ [Hervorhebung von uns, GÖTZE Rechtsanwälte]

Diese Erwägungen lassen sich auf die Regionalplanung übertragen. Diese hat – vgl. § 7 I 1 ROG – eine eher mittelfristige Perspektive, die auch hinsichtlich der Eintrittsprognose eines Bedingungsereignisses eine großzügigere Betrachtung als bei der Bauleitplanung ermöglicht¹⁹ und unseres Erachtens auch gebietet.

Die Konstellation dürfte eher vergleichbar sein mit der im Sächsischen Wassergesetz – vgl. § 17 II 2, 3 SächsWG i.V.m. Anlage 2 Nr. 2²⁰ – angelegten Regelung der schiffbaren Tagebaufolgegewässer. Bei diesen ist der Gesetzgeber bei Neufassung des SächsWG im Jahre 2013 davon ausgegangen, dass diese *ipso iure* schiffbar sind, wenn die Fertigstellungsfeststellung durch die zuständige Wasserbehörde erfolgt. Dass dies einen 10 Jahren (und länger) umfassenden Zeitraum benötigt, der zum Zeitpunkt der gesetzgeberischen Entscheidung auch noch nicht belegbar feststand, stand dem nicht entgegen.

¹⁸ OVG NRW, Urt. v. 27.10.2011 – 2 D 140/09.NE –, Rdnr. 61 – 62 (zitiert nach juris).

¹⁹ BVerwG, Beschl. v. 7.2.2005 – 4 BN 1/05 –, NVwZ 2005, 584 ff., länger als 10 Jahre sind möglich; Kümpfer, in: Kment (Hrsg.), ROG, Komm., 1. Auflage (2019), Rdnr. 43 zu § 2.

²⁰ Ein Gewässer nach der Anlage 2 Nr. 2 ist schiffbar, sobald die zuständige Wasserbehörde *festgestellt hat, dass das Gewässer für die Nutzung fertiggestellt ist*; dabei ist anzuordnen, ob und welche Gewässerteile dauerhaft von der Nutzung mit Wasserfahrzeugen ausgeschlossen sind, im Übrigen können von der Anlage 2 Nr. 2 Spalte 4 im Einzelfall abweichende Regelungen getroffen werden.

Daraus folgt im Ergebnis letztlich, dass nur Flächen, die prognostisch auf unabsehbare Zeit geotechnisch gesperrt bleiben müssen („Ewigkeitssperungen“), nicht – auch nicht aufschiebend bedingt – als Windenergiegebiet ausgewiesen werden können. Die Planung scheitert andernfalls am Gebot der Erforderlichkeit.

- c) Spezifische Abwägungsanforderungen an die bedingte Ausweisung von Windenergiegebieten (Vorranggebiete Windenergie)

Nachdem in den vorstehenden Abschnitten gezeigt wurde, dass aufschiebend bedingte Festlegungen für die regionalplanerische Steuerung von Vorhaben in einer in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sich entwickelnden Flächensituation geeignet sind, soweit es sich nicht um „Ewigkeitssperungen“ handelt, gehen wir im Folgenden der Frage nach, ob speziell aus dem neuen Regelungsgeflecht für die Planung und Vorhabenzulassung von Windenergieanlagen (aa)), dem Wesen eines Vorranggebiets (§ 7 III 1 Nr. 1 ROG) und eines Windenergiegebiets (§ 2 Nr. 1 WindBG) (bb)) oder aus der speziellen Anforderung der Flächeneignung von Windenergiegebieten etwas anderes folgt (cc)).

- aa) Systemkompatibilität bedingter Festlegungen mit Blick auf die differenzierende Rechtsfolgensystematik des § 249 BauGB

Es ist generell mit der Rechtsfolgensystematik des § 249 BauGB *systemkompatibel*, im Regionalplan mit bedingten Festlegungen von Windenergiegebieten zu operieren:

Die neue Rechtslage ist bekanntlich durch eine *Flächenzielvorgabe*²¹, die gesetzliche Entprivilegierung der Windenergieanlagen im Außenbereich (§ 35 BauGB) *bei Erfüllung des Flächenbeitragswertes*²² gekennzeichnet und umgekehrt durch eine Öffnung des gesamten Außenbereichs²³ für gemäß § 35 I Nr. 5 BauGB privilegierte Windenergieanlagen *bei nicht fristgerechter Erfüllung des Flächenbeitragswertes* in der jeweiligen Region.

²¹ Vgl. § 3 WindBG i.V.m Anlage1; „mengenadressierte Flächenziele“ (Mitschang, in: Mitschang (Hrsg.), Neuregelungen für Windenergieanlagen, Anforderungen an die Raumordnungs- und Bauleitplanung, 1. Auflage (2023), 32).

²² § 249 II BauGB.

²³ Zur Privilegierung nach § 35 I Nr. 5 BauGB tritt gemäß § 249 VI 1 Nr. 2 BauGB die Aussetzung der Bindungswirkung von Zielen der Raumordnung, Darstellungen in Flächennutzungsplänen etc.

Erfolgt eine aufschiebend bedingte Festlegung eines Windenergiegebietes, wäre – je nachdem, ob der Flächenzielwert in der Planungsregion erreicht wird – oder nicht, eine Privilegierung der Windenergieanlage im bedingten Vorranggebiet anzunehmen (Szenario: Erfüllung Flächenbeitragswert) oder sogar im gesamten Außenbereich (Szenario: Flächenbeitragswert wird nicht erreicht).

Die fehlende geotechnische „Freigabe“ (Nichteintritt der aufschiebenden Bedingung) aufgrund nicht bestehender Standsicherheit des Geländes – und damit auch zu realisierender Anlagen, deren gefahrloser Betrieb nicht gewährleistet wäre – würde aber auch bei einem privilegierten Windenergievorhaben regelmäßig zur Versagung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung führen (§ 6 I Nr. 2 BImSchG), da dieser öffentliche Belang gemäß § 35 I 1 BauGB *entgegenstünde* (sog. nachvollziehende Abwägung). Ähnliches gilt auch dann, wenn die Anlage zwar standsicher wäre, ihre Errichtung aber die an sich gebotene und geplante Sanierungstätigkeit der LMBV behindern würde. Erfolgt umgekehrt die geotechnische Freigabe ist der Vorrang aktiviert und regelmäßig auch die Privilegierung, so dass das Windenergievorhaben keinen unüberwindbaren Hindernissen begegnen dürfte.

- bb) Rückkopplungen aus dem Wesen eines *Vorranggebietes* (§ 7 III 1 Nr. 1 ROG) und eines *Windenergiegebiets* (§§ 2 Nr. 1, 4 WindBG)

Auch die besonders komplexe Ausgangslage bei Windenergieanlagen mit daraus erwachsenden **Anforderungen an die Flächeneignung** eines Windenergiegebietes als Vorranggebiet steht einer aufschiebend bedingten Festlegung nicht entgegen.

- aaa) „Vorranggebiet“

Durch § 4a II 2 SächsLPIG ist zunächst adressiert, dass die Windenergiegebiete zielförmig durch **Vorranggebiete (§ 7 III 1 Nr. 1 ROG)** auszuweisen sind.

Vorranggebiete sind Gebiete, die für bestimmte raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen vorgesehen sind und andere

raumbedeutsame Funktionen oder Nutzungen in diesem Gebiet ausschließen, soweit diese mit den vorrangigen Funktionen oder Nutzungen nicht vereinbar sind. Ein Vorranggebiet dient somit der Sicherung einer Nutzung oder der Entwicklung eines Gebietes, gewissermaßen der „Reservierung“ des Gebietes für die Nutzung oder Funktion.²⁴ Es handelt sich um ein Ziel der Raumordnung (§ 3 I Nr. 2 ROG), so dass schon daraus folgt, dass der Vorrang der Windenergie vor anderen kollidierenden Nutzungen oder Raumfunktionen abschließend abgewogen werden muss.

Bei einem aufschiebend bedingten Vorranggebiet bedeutet dies, dass erst im Zeitpunkt des Bedingungseintritts der letztabgewogene Vorrangbefehl greifen muss. Dies ist unproblematisch, wenn der Plangeber bei Bedingungseintritt vom Wegfall eines Raumkonflikts ausgehen darf, da in diesem Fall die Festlegung die hierfür vorgesehenen Flächen wirksam reserviert. Der Wortlaut des § 7 III 1 Nr. 1 ROG streitet für die Möglichkeit eines solchen Vorgehens. Danach sind nämlich innerhalb eines Vorranggebiets nur solche Funktionen/Nutzungen ausgeschlossen, die mit der Vorrangnutzung oder -funktion „nicht vereinbar“ sind. „Nicht vereinbar“ im Sinne der Norm bedeutet, dass die Realisierung der anderen Funktion oder Nutzung die vorrangigen Funktionen oder Nutzungen in dem betroffenen Gebiet verhindern oder zumindest behindern würde.²⁵

Für das Anknüpfen an den Wegfall eines Sperrbereichs gilt mit hin Folgendes:

Erweist sich im vorliegenden Fall die Prognose als *vertretbar*, dass Windenergieanlagen vorrangig (= zudem: bauplanungsrechtlich privilegiert) zulässig sind, wenn und soweit die geotechnische Freigabe erfolgt (Bedingungseintritt), löst sich die Be- oder Verhinderungslage in dieser „juristischen Sekunde“ auf. Dies zeigt, dass die bedingte Festlegung nicht problematisch ist, wenn und soweit die Prognose der Ausräumung des durch die geotechnische Situation bedingten Raumwiderstands

²⁴ Grotefels, in: Kment (Hrsg.), ROG, Komm., 1. Auflage (2019), Rdnr. 50 zu § 7.

²⁵ Grotefels, in: Kment (Hrsg.), ROG, Komm., 1. Auflage (2019), Rdnr. 51 zu § 7.

hinreichend belastbar möglich ist. Dies wird von der Qualität der konkreten Zuarbeit der Fachbehörden und Träger fachlicher Belange (LMBV) abhängen.

bbb) „Windenergiegebiet“

Auch aus dem neuen gesetzlichen Typusbegriff „Windenergiegebiet“ (WindBG) ergibt sich nichts, was grundsätzlich gegen eine bedingte Ausweisung spräche.

Auszugehen ist zunächst von der **Legaldefinition der Windenergiegebiete in § 2 Nr. 1 WindBG** als raumordnerische Vorranggebiete²⁶ für die Windenergie. Auch aus der Gesetzesbegründung des Bundes zum WindBG ergibt sich lediglich, dass der Gesetzgeber in den Windenergiegebieten eine *dauerhafte, wirksame Sicherung der Flächen für die Belegung mit Windenergieanlagen* intendierte.²⁷

Über die **Wirksamkeit des Planes** (und den Ausschluss künftiger Pläne mit Höhenbeschränkungen) hinausgehend enthält das WindBG indes keine spezifischen Anforderungen an die Eignung der als Vorranggebiete ausgewiesenen Flächen.²⁸ Es besteht insbesondere **keine Verpflichtung des Planungsträgers, die bestgeeignetsten Flächen auszuweisen.**²⁹ Im Rahmen der hinter den Flächenbeitragswerten stehenden Flächenanalysen vom Bund ist „eingepreist“ worden, dass ca. 30% der ausgewiesenen Flächen sich letztlich als nicht nutzbar erweisen werden und auf diesen letztlich keine Windenergieanlagen errichtet werden dürften.³⁰ Allerdings folgt nicht nur aus dem Erforderlichkeitsgebot (§ 2 I ROG; dazu bereits oben II.1.a)) und dem **Wesen eines Vorranggebietes** (§ 7 III 1 Nr. 1 ROG) sondern auch aufgrund der allgemeinen Anforderungen an eine sachgerechte

²⁶ Auf die Eignung von Vorbehalts- und Eignungsgebieten wird hier nicht eingegangen, da diese infolge der landesgesetzlichen Regelung in § 4a II 2 SächsLPIG für die Teilfortschreibung nicht in Betracht kommen.

²⁷ Meurers, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 149. EL., § 249, Rdnr. 41 unter Hinweis auf BT-Drs. 20/2355, S. 24.

²⁸ Benz/Wegener, ZNER 2022, 367 (372).

²⁹ Benz/Wegener, ZNER 2022, 367 (372) unter Hinweis auf § 249 VI BauGB und BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 4/02 –, ZNER 2003, 241.

³⁰ Benz/Wegener, ZNER 2022, 367 (368) unter Bezugnahme auf das Umweltbundesamt.

raumplanerische Abwägung, dass es rechtlich problematisch wäre, solche Flächen als Windenergiegebiet (bedingt) auszuweisen, die letztlich aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für die Windenergienutzung auf Dauer objektiv ungeeignet sind.

Die erforderliche Prognose hat aber eine *zeitliche* und eine *sachliche* Komponente, wobei letztere unseres Erachtens stärker zu gewichten ist. Mit anderen Worten: die zeitliche Komponente – etwa: eine Umsetzbarkeit in mehr als 10 – 15 Jahren – muss nicht zwingend problematisch sein, wenn die Fläche objektiv für Windenergienutzung zu einem späteren Zeitpunkt geeignet sein wird (Prognose gestützt auf fachliche Bewertung). Insofern ist die Verwirklichungsperspektive der Regionalplanung ohnehin eine mittelfristige.

Energiepolitisch strebt der Bund die Treibhausgasneutralität bis 2045 an³¹, was zweifellos zuvor einen beschleunigten Ausbau der Windenergie an Land bedingt. Die gesetzgeberischen Vorstellungen zum Ausbaupfad der erneuerbaren Energien spiegeln sich in § 4 EEG wider. Demnach soll eine Steigerung der installierten Leistung von Windenergie an Land auf 160 Gigawatt im Jahr 2040 sowie deren Erhalt nach dem Jahr 2040 erfolgen. Die Zielmarke der Treibhausneutralität liegt, wie soeben erwähnt, sogar noch jenseits der 20-Jahre. Insofern ist ein Verwirklichungsschritt auch jenseits von 15 Jahren nicht *a priori* auszuschließen.

cc) Verbot der „Alibi- oder Feigenblattplanung“?

Es wird zudem erwartet, dass Gerichte zukünftig – wie bisher auch – nachprüfen werden, ob sich die Windenergie innerhalb der ausgewiesenen Flächen regelmäßig und nicht nur im Einzelfall durchsetzen können wird.³²

³¹ Das Klimaschutzgesetz (KSG) sieht für 2030 ein Zwischenziel von 65 Prozent Treibhausgasminderung gegenüber dem Jahr 1990 vor. Bis zum Jahr 2040 soll die Minderung 88 Prozent betragen. Bis 2045 sind die Treibhausgasemissionen so weit zu verringern, dass Treibhausgasneutralität erreicht wird.

³² Benz/Wegener, ZNER 2022, 367 (372)

Zwar hat die frühere Rechtsprechung diese Anforderung dem Gebot entnommen, dass der Windenergie innerhalb der Konzentrationszonen „substanziell Raum“ zu verschaffen und nicht nur eine „Verhinderungs“- oder „Alibi“-Planung zu betreiben. Da die Rechtsprechung diese Anforderung aus der grundsätzlichen Privilegierung der Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 I Nr. 5 BauGB abgeleitet hatte und es auch kompatibel mit den generellen planerischen Anforderungen an die Eignung von Vorrangausweisungen ist, dürfte diese Anforderung als (innergebietlich-typisierendes) Prüfkriterium fortbestehen.³³ Dies stünde einer aufschiebend bedingten Festlegung nicht entgegen, wenn die hier erläuterten **Realisierbarkeitsprognosen** möglich sind.

- d) Erfordernis einer qualifizierten, typisierungsgeeigneten fachlichen Zuarbeit zum Planentwurf der Teilfortschreibung (Prognosebasis)

Als **Zwischenergebnis** dieser Erwägungen kann festgehalten werden, dass eine aufschiebend bedingte Festlegung eines Vorranggebietes Windenergie (Windenergiegebiet) grundsätzlich *möglich* (und mit Blick auf § 2 EEG auch geboten) ist, soweit eine **Prognose die überwiegende Wahrscheinlichkeit** ergibt, dass während des Geltungszeitraums des Regionalplans – nicht zwingend bis Ende 2027 – die Gründe, die zur geotechnischen Sperre geführt haben, generell oder zumindest in Bezug auf die Realisierbarkeit von Windenergievorhaben nicht mehr aufrechterhalten werden. Ist eine solche Prognose *nicht* möglich oder kommt zu einem *negativen* Ergebnis, kann eine bedingte Festlegung eines Windenergiegebietes nicht abwägungsfehlerfrei erfolgen.

Hierfür ist jedoch eine **passgenaue Zuarbeit** seitens der in ihren Aufgaben berührten Fachbehörden und Träger öffentlicher Belange an den Träger der Regionalplanung **unabdingbar**³⁴, zumal die entsprechenden Bewertungen kaum von der Regionalplanung geleistet werden können. Die in diesem Kontext zu beantwortenden Fragen sind nämlich nicht nur von komplexer bergbautechnisch-geologischer Natur. Es gilt zudem auch die jeweiligen Regelungsregime, denen die geotechnischen Sperrbereiche unterliegen, zu berücksichtigen. Diese Aspekte sind insbesondere für die klare Definition

³³ So auch *Benz/Wegener*, a.a.O.

³⁴ ARL – Akademie für Raumentwicklung in der Leibniz-Gemeinschaft (Hrsg.), *Neue Planungsgrundlagen für Erneuerbare Energien – Herausforderungen und Lösungsvorschläge*, ARL-Positionspapier Nr. 145 (2024), These 3.

derjenigen Entscheidungen, Umstände und/oder Maßnahmen von Bedeutung, an die eine aufschiebende Bedingung anknüpft. Je nachdem, ob eine Fläche etwa noch der Bergaufsicht unterliegt oder nicht, ergeben sich unterschiedliche Vorgehensweisen und mögliche Anknüpfungspunkte.

Flächen, die noch der Bergaufsicht unterliegen, mögen nach Durchführung entsprechender Maßnahmen möglicherweise zwar nicht mehr unbedingt geotechnische Sperrbereiche darstellen. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass auf diesen oder in deren unmittelbaren Umfeld noch weitere Maßnahmen erforderlich und durchgeführt werden oder dass diese zu solchen Zwecken in Anspruch genommen werden müssen, damit zu einem späteren Zeitpunkt eine Entlassung aus der Bergaufsicht erfolgen kann. Insofern gilt es in diesen Fällen stets mögliche aus der Bergaufsicht folgende Einschränkungen zu beachten. Nach § 69 II BBergG endet die Bergaufsicht nämlich nach der Durchführung des Abschlussbetriebsplanes (§ 53 BBergG) oder entsprechender Anordnungen der zuständigen Behörde (§ 71 III BBergG) zu dem Zeitpunkt, in dem nach allgemeiner Erfahrung nicht mehr damit zu rechnen ist, dass durch den Betrieb Gefahren für Leben und Gesundheit Dritter, für andere Bergbaubetriebe und für Lagerstätten, deren Schutz im öffentlichen Interesse liegt, oder gemeinschädliche Einwirkungen eintreten werden. Im Rahmen des Abschlussbetriebsplans kommt der Pflicht zur Wiedernutzbarmachung der Flächen (ordnungsgemäße Gestaltung der vom Bergbau in Anspruch genommenen Oberfläche unter Beachtung des öffentlichen Interesses, § 4 IV BBergG) eine besondere Bedeutung zu. Diese ist sicherzustellen, wobei es dabei nur um die Sicherstellung der Eignung für eine sinnvolle Nachnutzung geht, nicht um die Folgenutzung selbst.³⁵

Eine aus der Bergaufsicht bereits entlassene Fläche, welche derzeit durch Allgemeinverfügung der Fachbehörde als Sperrbereich gilt, würde nach Durchführung geländestabilisierender Maßnahmen und Aufhebung der Allgemeinverfügung wieder den allgemeinen Regelungen und nicht dem Fachplanungsrecht (Bergrecht) unterliegen. Vorbehaltlich sonstiger tatsächlicher und rechtlicher Determinanten, die ohnehin jeweils flächenbezogen zu betrachten wären, bestünde zumindest keine fachplanungsrechtliche Überprägung, sodass die Flächen in der Regel möglicherweise wieder uneingeschränkt (oder zumindest in dem Rahmen, in dem es die Sanierung zulässt) genutzt werden.

³⁵ Beckmann, in: Frenz, BBergG Komm., 1. Auflage (2019), § 53, Rdnr. 27.

Ob und inwiefern die vorstehenden Aspekte zu beachtende Umstände darstellen könnten, lässt sich nicht generell oder pauschal beantworten, sondern muss flächenabhängig durch die dazu sach- und fachkundige Behörde bestimmt werden. Dies kann vorliegend auch nicht abschließend beantwortet werden, sondern soll lediglich für mögliche Folgefragen sensibilisieren, die nochmals die Erforderlichkeit einer qualifizierten Zuarbeit seitens der fachlichen Akteure unterstreichen.

Im Ergebnis der Flächenbewertungen und kurzfristiger Zuarbeit durch LMBV und Fachbehörde(n) könnte auf eine **typisierende Selektion der Flächen** in drei Kategorien („Ampelsystematik“) hingewirkt werden, die diejenigen Flächen ausweist, in denen eine Freigabe und Nutzbarkeit für Windenergienutzung

- (1) **kurzfristig** ggf. nach Vornahme standsicherheitstechnischer Begutachtung im Einzelfall („**grün**“),
- (2) **mittelfristig und abhängig von Sanierungsmaßnahmen** („**gelb**“) und
- (3) **langfristig/ungewiss**, da jedenfalls abhängig von im Einzelnen auch mittelfristig nicht absehbaren Sanierungsmaßnahmen abhängig („**rot**“).

in Betracht kommt.

Bei den typisierend in die Fallgruppe (1) einzuordnenden Flächen kann ggf. sogar eine *unbedingte* Festlegung eines Vorranggebietes abwägungsfehlerfrei möglich sein, wenn – beispielsweise – nach der entsprechenden fachlichen Zuarbeit der Fachakteure sich etwa zu Randbereichen eines geotechnischen Sperrbereichs abzeichnet, dass sich eine zeitnahe Freigabe des Sperrbereichs (z.B. Zeithorizont bis Ende 2027) abzeichnet. Dies kann etwa deswegen anzunehmen sein, weil insgesamt die erforderlichen Sanierungsmaßnahmen bis dahin soweit abgeschlossen sein werden, dass eine Nutzbarkeit zum Zwecke der Windenergienutzung möglich ist, oder der Nachweis der Nutzbarkeit zu diesen Zwecken nur noch von Maßnahmen des Vorhabenträgers abhängt (etwa beispielsweise die Beibringung eines Baugrundgutachtens oder Standsicherheitsnachweises für entsprechende Flächen) oder von Dritten abhängende Maßnahmen kurzfristig erfolgen werden.

Wie dargelegt, wird es auf eine fundierte Zuarbeit der zuständigen Fachbehörden sowie der LMBV ankommen. Gerade im Lichte dessen, dass es die für die jeweiligen Flächen geltenden Regelungsregime, ebenso wie etwa weitere bestehende Anordnungen oder potentielle weitere Maßnahmen zu berücksichtigen gilt, wird man derzeit (noch) keine generalisierende Aussage dazu treffen können, an welche genauen und vor allem hinreichend bestimmten Umstände eine sich an bergbaubezogene Kriterien orientierende Bedingung wird anknüpfen können. Es ist daher denkbar, dass dies für jede einzelne Fläche unterschiedlich zu beurteilen sein könnte. Sofern und soweit allerdings seitens der Fachakteure eine **prinzipielle Freigabe** und Eignung für Windenergie signalisiert wird, dürften die sich dabei ergebenden Fragestellungen jedoch in einem überschaubaren Maße halten.

Die in Fallgruppe (3) eingeordneten Flächen, empfehlen wir aus dem Betrachtungsraum insgesamt auszusondern, gleichsam als hartes Restriktionskriterium bzw. Ausschlussbereich. Im Übrigen kommen die in die Fallgruppen (1) und (2) als bedingt auszuweisende Windenergiegebiete in Frage. Insofern könnte in Abhängigkeit von der fachlichen Beurteilung auch die Festlegung einer *auflösenden* Bedingung geprüft werden. Dies hätte ggf. Vorteile im Hinblick auf die Anrechenbarkeit im Rahmen der Flächenbeitragswerte (dazu unten II.2.).

Die vorstehend skizzierte „Ampelsystematik“ ist indes nicht unbedingt gleichzusetzen mit der durch die LMBV in ihrer Präsentation vom 29. Januar 2024 dargelegten Ampelsystematik.³⁶ Jene unterscheidet in Flächen, die (1) einer Innenkippsicherung in den nächsten 15-20 Jahren unterliegen werden, solchen, die (2) aktuelle Nutzung unter besonderen geotechnischen Verhaltensanforderungen aufweisen ohne Innenkippsicherung in den nächsten 15-20 Jahren, und solche, die (3) keine Innenkippsicherung innerhalb der nächsten 15-20 Jahren erfahren werden. Gleichwohl ließen sich die dortigen Erwägungen in die hier erwogene Systematik inkorporieren, wobei dies wiederum stark flächenabhängig ist. Insbesondere ist denkbar, dass Teile der in der LMBV-Systematik gelb markierten Flächen nach hiesigem Verständnis in die erste Kategorie (grün) oder sogar der dritten (roten) Kategorie einzugruppieren sind je nachdem, welche Nutzungen unter Berücksichtigung der Verhaltensanforderungen möglich sind. Soweit

³⁶ Vortrag LMBV (Herr Richter): Geplante Verdichtungsleistungen auf Innenkippen (IK) der LMBV in der Verbandsversammlung des RPV OL-NS vom 29.1.2024.

in der Systematik der LMBV Flächen als grün eingeordnet werden, könnten diese in der hiesigen Ampelsystematik als gelb einzuordnen sein. Die in der LMBV-Systematik rot unterlegten Gebiete dürften hingegen hier regelmäßig der roten Kategorie der auszuschließenden Flächen zuzuordnen sein.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass die prognostische Bewertung und Kategorisierung nach der vorstehenden Systematik freilich nicht ausschließt, dass neben den originär bergbaubezogenen Aspekten sich andere Umstände ergeben können, die möglicherweise über eine reine Betrachtung der originär bergbaubezogenen Fragen hinausgehen und die Wahrscheinlichkeit einer (kurzfristigen) realistischen Umsetzung bzw. Umsetzbarkeit von Windenergieanlagen auf den jeweiligen Flächen kontraindizieren.

Dies kann möglicherweise – je nach Fläche – zum denkbaren Szenario führen, dass zwar seitens der fachlichen Akteure eine zeitnahe „Freigabe“ erfolgt, jedoch aufgrund anderweitiger Umstände eine realistische Umsetzbarkeit zumindest nicht mit *hinreichender Wahrscheinlichkeit* prognostiziert werden kann. Diese Frage tritt indes *neben* die skizzierte, mögliche Kategorisierung von Flächen (**grün**, **gelb**, **rot**), stellt sich ungeachtet dessen und betrifft die konkretisierende Festlegung innerhalb dieser Kategorien. Daher ist nach entsprechender Zuarbeit zunächst festzustellen, bei welchen Flächen in welchem Zeitraum realistischerweise von einem Wegfall der Raumkonflikte ausgegangen werden kann, sodass diese den entsprechenden Kategorien zugeordnet werden können. Konkretisierend wäre dann nach den üblichen Maßstäben unter Berücksichtigung der sonst zu beachtenden Kriterien zu prüfen, ob eine Festlegung als Vorranggebiet für Windenergie angezeigt ist.

2. Anrechenbarkeit aufschiebend bedingter Vorranggebiete Windenergienutzung auf das Flächenbeitragsziel

Grundsätzlich macht nach den im vorstehenden Abschnitt gewonnenen Erkenntnissen eine Bedingung eine Rechtsfolge vom Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig, dessen Eintritt noch ungewiss ist. Bei der *aufschiebenden* Bedingung bleibt die Rechtsfolge bis zum Eintritt des ungewissen „Bedingungselements“ rechtlich „in der Schwebe“. Daraus folgt, dass die Festlegung des Vorrangs bis zum Eintritt des Bedingungsereignisses noch keine Zielwirkung entfaltet.³⁷

Im Hinblick auf die Frage, ob die aufschiebend bedingten Windenergiegebiete (1) bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Regionalplans oder (2) erst ab späterem Eintritt des Bedingungsereignisses oder (3) erst ab zusätzlicher autoritativer Feststellung des Erreichens des Flächenbeitragsziels in das 2%-Flächenziel einbeziehbar ist, ist folgendes festzuhalten:

a) Auslegung des WindBG

Explizit geregelt ist der Fall einer bedingten Festlegung in § 4 WindBG nicht. Grundsätzlich sieht § 4 I 1 WindBG vor, dass für die Windenergie an Land alle Flächen ausgewiesen sind, die in Windenergiegebieten liegen. Dies sind gemäß § 2 Nr. 1 lit. a) WindBG u.a. Vorranggebiete und mit diesen vergleichbare Gebiete in Raumordnungsplänen. Nach § 4 II 1 WindBG sind ausgewiesene Flächen anrechenbar, *sobald* und *solange* der jeweilige „Plan“ wirksam ist. Ein Plan, der vor Ablauf der maßgeblichen Stichtage beschlossen, aber noch nicht wirksam geworden ist, wird gemäß § 4 II 3 WindBG für sieben Monate ab Beschluss des Plans angerechnet.³⁸

Die Anrechenbarkeit ist an definierte zeitliche Zwangspunkte geknüpft. Da die Anrechnung nur möglich ist, „sobald“ der Plan wirksam ist, setzt sie die

³⁷ Denkbar wäre, dass hier – ähnlich bei einem in Aufstellung befindlichen Ziel – eine Berücksichtigung als Grundsatz der Raumordnung oder als Vorbehaltsgebiet sachgerecht ist. Diese Frage ist allerdings bisher ungeklärt, sodass dies so auch noch nicht feststeht.

³⁸ § 4 IV WindBG sieht noch eine Anrechnungsmöglichkeit für Flächen innerhalb des Abbaubereichs eines Braunkohlen- oder Sanierungsplans, für die durch *Rechtsverordnung* der jeweiligen Landesregierung bis zum 31. Mai 2024 ausschließlich eine Bestimmung nach § 249b I BauGB, nicht aber auch zusätzlich nach § 249b II BauGB getroffen wurde, vor. Diese sind auf die Flächenbeitragswerte anteilig mit einem Anrechnungsfaktor von 0,5 anzurechnen. Eine solche Rechtsverordnung liegt für Sachsen nicht vor und ist – dem Vernehmen nach – auch nicht geplant.

das Inkrafttreten desselben voraus.³⁹ Das Gesetz stellt zudem klar, dass eine Anrechenbarkeit auch nur möglich ist, „solange“ der maßgebliche Plan wirksam ist. Damit hat der Gesetzgeber eine dynamische Anrechenbarkeit geschaffen, die auch eine nachträgliche Zielverfehlung zur Folge haben kann.⁴⁰ Nach der Intention des Gesetzgebers sollen mithin nur solche Flächen anrechenbar sein, welche durch Pläne gesichert sind, von denen bereits konkrete Rechtswirkungen ausgehen.

Dies spiegelt sich auch in der vorgenannten Regelung des § 4 II 3 WindBG wider. Dieser regelt eine temporäre Ausnahme für solche Flächen innerhalb eines beschlossenen, aber noch nicht rechtswirksamen Plans. Diese können auch frühzeitig angerechnet werden. Hintergrund ist die Berücksichtigung der Zeiträume, die nach Beschluss eines Plans für dessen Genehmigung und Bekanntmachung erforderlich sein können.⁴¹ Tritt die Rechtswirksamkeit innerhalb des dort geregelten Zeitraums indes nicht ein, entfällt auch die Anrechenbarkeit der Flächen.

Anknüpfungspunkt ist dem Wortlaut nach jedoch nicht die Wirksamkeit der einzelnen raumordnerischen *Festlegungen*, sondern diejenige des „Plans“. Unter isolierter Heranziehung des Wortlauts könnte in der Konsequenz einer grammatikalischen Auslegung davon ausgegangen werden, dass allein das Vorliegen eines rechtswirksamen Plans ausreicht unabhängig davon, ob auch die einzelnen Festlegungen bereits Rechtswirkungen wie Vorranggebiete aufweisen. Nach einem solchen Verständnis würde die Aufnahme *aufschiebend* bedingter Vorranggebietsfestlegungen für die Anrechenbarkeit im Stichtag 31. Dezember 2027 ausreichen.

Ein solches Verständnis begegnet jedoch erheblichen Zweifeln. Wie bereits angedeutet dürfte vielmehr Intention des Gesetzgebers gewesen sein, nur solche Flächen als anrechenbar zu qualifizieren, welche durch rechtswirksame und in der Sache realisierbare Festlegungen gesichert sind. Die Wirksamkeit sollte, wie dargestellt, das maßgebliche Kriterium sein. Zwar wird insoweit der Plan genannt. Allerdings dürfte dies eher im Sinne eines „Oberbegriffs“ zu verstehen sein, der synonym für sämtliche raumordnerische Festlegungen (Vorranggebiete und mit diesen vergleichbare Gebiete in Raumordnungsplänen, § 2 Nr. 1 lit a) WindBG) in einem Plan, die der

³⁹ Vgl. BT-Drs. 20/2355, S. 26.

⁴⁰ BT-Drs. 20/2355, S. 26.

⁴¹ BT-Drs. 20/2355, S. 27.

entsprechenden Sicherung der Flächen dienen, steht. Ziel ist es, zu den maßgeblichen Stichtagen eine bestimmte Menge an hierfür gesicherten Flächen zur Verfügung zu haben, auf denen eine Realisierung von Windenergieanlagen dann auch tatsächlich möglich ist. Dies folgt aus der in der Gesetzesbegründung formulierten Zielstellung des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergie an Land, mit dessen Artikel 1 das WindBG eingeführt wurde. Dort wird ausdrücklich hervorgehoben, dass

„[u]m die EEG-Ziele im Bereich der Windenergie an Land zu erreichen, [...] flankierende Maßnahmen erforderlich sind, die mit diesem Gesetz getroffen werden. Sie sollen die wesentlichen Hemmnisse für den Ausbau der Windenergie an Land beseitigen und diesen dadurch deutlich beschleunigen.

Für den Ausbau der Windenergie an Land ist dem Mangel an verfügbarer Fläche Abhilfe zu schaffen. Zur Erreichung der EEG-Ausbauziele müssen 2 Prozent der Bundesfläche für die Windenergie an Land ausgewiesen werden. Dies erfordert mehr als eine Verdoppelung der aktuell ausgewiesenen Fläche. Derzeit sind nur rund 0,8 Prozent der Bundesfläche für die Windenergie an Land ausgewiesen, tatsächlich verfügbar sind lediglich 0,5 Prozent. Zudem sind die Flächenausweisungen für Windenergieanlagen im Bundesgebiet sehr ungleich verteilt.

Mit Blick auf die Ausbauziele des EEG 2023 müssen auch die Flächenziele zeitlich ambitioniert sein. [...]

Um die rechtzeitige Erreichung der im EEG 2023 vorgesehenen Ausbaumengen für Windenergie an Land sicherzustellen, müssen die dafür notwendigen Flächen mit einem entsprechenden zeitlichen Vorlauf von mindestens drei bis vier Jahren bereitgestellt werden.“⁴²
[Auslassungen und Hervorhebungen nicht im Original; GÖTZE Rechtsanwälte]

Daraus folgt, dass das wesentliche Ziel des Gesetzgebers und die Intention der gesetzlichen Mechanismen zum Ausbau der Windenergie die *rechtzeitige* Bereitstellung der entsprechenden Flächen ist, damit zur Erreichung

⁴² BT-Drs. 20/2355, S. 1 f.

der notwendigen Ausbauziele (vgl. dazu § 4 Nr. 1 EEG) für das Einhalten der ambitionierten Klimaschutzziele sowie der Deckung des Energiebedarfs eine Realisierung entsprechender Anlagen auch tatsächlich erfolgen kann. Dies indiziert eine gewisse Finalität der Flächenbereitstellung auf der Bilanzierungsebene (Feststellung Erfüllung Flächenbeitragswerte). Der erforderliche beschleunigte Ausbau der erneuerbaren Energien sowie das Fehlen entsprechender Flächen als wesentliches Hemmnis werden dementsprechend auch nochmals an anderer Stelle der Begründung betont.⁴³ Insbesondere letzteres solle beseitigt werden. In diesem Zusammenhang wird überdies explizit betont, dass das Gesetz u.a. der **Flächenverfügbarkeit diene**.⁴⁴

Dies ergibt unter Berücksichtigung der Rechtsfolgen der Erreichung der vorgegebenen Flächenziele – insbesondere der Verzahnung mit dem Bauplanungsrecht – auch Sinn. Nach § 249 II BauGB richtet sich nämlich außerhalb der Windenergiegebiete gemäß § 2 Nr. 1 WindBG die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 II BauGB, wenn das Erreichen eines Flächenbeitragswerts gemäß § 5 I oder II WindBG festgestellt wurde. Hat ein Land regionale oder kommunale Teilflächenziele bestimmt und wird deren Erreichen festgestellt, gilt die Rechtsfolge des § 249 VII BauGB für das Gebiet der jeweiligen Region oder Gemeinde. Der Eintritt der Rechtsfolge ist gesetzliche Folge der Feststellung nach dem WindBG. Mit dem Erreichen der Flächenziele und deren Feststellung entfällt mithin die Privilegierung von Windenergieanlagen *außerhalb* der Windenergiegebiete, sodass insoweit faktisch ein im Ausgangspunkt zumindest großes Flächenpotential, innerhalb dessen von der Privilegierung des § 35 I BauGB Gebrauch gemacht werden kann, unmittelbar entfällt.

Mit Blick auf die beabsichtigte Beschleunigung des Ausbaus der Windenergie ergibt dies freilich nur dann Sinn, wenn diejenigen Flächen, welche in das anrechenbare Flächenpotential der Windenergiegebiete „einzahlen“, auch tatsächlich zu diesem Zwecke zur Verfügung stehen und eine realistische Umsetzungsperspektive für entsprechende Vorhaben besteht. Besteht eine solche Perspektive nicht oder erst zu einem Zeitpunkt, der mit Blick auf die Ausbauziele als verspätet anzusehen wäre, würden die gesetzlichen Absichten verfehlt werden. Aus diesem Grunde kann die die Privilegierung ausschließende Rechtswirkung des § 249 II BauGB nur dann

⁴³ BT-Drs. 20/2355, S. 17

⁴⁴ BT-Drs. 20/2355, S. 17.

vor dem Ziel des beschleunigten Ausbaus gerechtfertigt werden, wenn das entsprechende Flächenpotential nicht Restriktionen unterliegt, die einerseits eine realistische Realisierung von Vorhaben ausschließen und damit gleichzeitig auch eine abwägungsfehlerfreie raumordnerische Festlegung verhindern.

b) Konsequenzen für Anrechenbarkeit

Unter Berücksichtigung des Vorstehenden sowie der dargestellten rechtlichen Wirkungsweise bedingter Festlegungen ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass nach den Anrechnungsregelungen des WindBG solche Flächen, für die der Plan zwar eine Vorranggebietsfestlegung getroffen hat, dieses oder die damit zu sichernde Raumnutzung allerdings *aufschiebend* bedingt festgelegt wurde und die Bedingung noch nicht eingetreten ist, nicht zur Erreichung der maßgeblichen Ziele angerechnet werden können.

Gerade im Lichte der gesetzgeberischen Intention des beschleunigten Ausbaus der erneuerbaren Energien und der Bereitstellung entsprechender Flächen dafür streitet überwiegendes dafür, dass – sollte in der Region das 2%-Ziel nicht auch unter Außerachtlassung der „bedingten Vorranggebiete“ erreicht sein⁴⁵ – von einem anrechenbaren Windenergiegebiet nach § 2 Nr. 1 lit. a), § 4 WindBG erst dann die Rede sein kann, wenn die Windenergienutzung am Stichtag Ende 2027 auch rechtlich zielförmig Vorrang vor anderen Nutzungen hat; dies ist *vor Bedingungseintritt* bei einer aufschiebenden Bedingung aber nicht der Fall. Erst nach Bedingungseintritt wäre der zielförmige Vorrang auch rechtlich aktiviert. In der Folge wäre auch erst dann gewährleistet, dass keine anderweitigen (Bauleit- oder sonstige) Planungen, welche die Ziele der Raumordnung zu beachten haben, konkurrierende und die Realisierung von Windenergieanlagen hindernde Regelungen treffen.

Dabei ist es nach dem Vorstehenden für die Anrechenbarkeit nach dem WindBG i.V.m. § 249 BauGB auch nicht maßgeblich, ob die Vorranggebietsfestlegung als *solche* unter eine aufschiebende Bedingung festgelegt wird, oder aber im Rahmen ergänzender, die Raumnutzung konkretisierender

⁴⁵ In diesem Fall könnte die bedingte Ausweisung als zusätzliche Windenergiegebiete aber dennoch sinnvoll sein, weil durch die zukünftige Zielwirkung des „potenziellen“ Vorranggebiets eine grundsatzähnliche Berücksichtigungswirkung und ggf. „Vereitelungssperre“ für die planende Gemeinde folgen könnte.

textlicher Zielfestlegungen formuliert wird, dass die Errichtung von Windenergieanlagen erst nach Aufhebung der bergbaubezogenen Raumkonflikte zulässig sein sollen. In beiden Fällen ändert sich nichts an der Tatsache, dass diese Fläche der Realisierung von Windenergieanlagen jedenfalls solange entzogen ist, wie eine Realisierung dort nicht möglich ist. Die der Realisierung entgegenstehenden Gründe sind die gleichen, derentwegen aus Gründen der planerischen Abwägung (§ 7 II ROG) überhaupt eine aufschiebende Bedingung aufgenommen wird. Mit der Aufnahme der Bedingung wird sichergestellt, dass eine Festlegung auf einer derzeit dafür noch ungeeigneten Fläche nicht als abwägungsfehlerhaft zu werten ist, weil sichergestellt ist, dass die Flächen damit nicht faktisch oder unnötig jeglicher raumordnerisch relevanter Nutzung entzogen sind. Für die Realisierung für Windenergieanlagen stehen die Flächen aber noch schlicht nicht zur Verfügung.

Dies führt im Ergebnis dazu, dass die einleitend bei II.2. skizzierte denkbare Lösung (1) unseres Erachtens zu verwerfen ist. Das bedingte Vorranggebiet kann also erst auf das Flächenbeitragsziel „einzahlen“, wenn die Freigabe der Fläche – oder präziser: die definierte Bedingung – zum Zeitpunkt der Feststellung 2027 (2) auch tatsächlich erfolgt bzw. eingetreten ist. Ansonsten kann eine Anrechnung erst später, nämlich dann, wenn die Freigabe bzw. der Bedingungseintritt (ab 2028) erfolgt ist, vorgenommen werden. Unseres Erachtens bedarf es dann aus Publizitätsgründen auch einer Feststellung im Sinne der Lösung (3). Bis dahin gilt dann jedoch die Rechtsfolge des § 249 II BauGB nicht.

Diese Bewertung spricht aber auch dafür, die typisierend mit „grün“ bewerteten Flächen – soweit planerisch vertretbar – im Einzelfall ohne aufschiebende Bedingung als Vorranggebiet Windenergie auszuweisen, was nicht von vornherein abwägungsseitig ausgeschlossen erscheint und letztlich eine Frage der Prognosesicherheit der Realisierbarkeit sein wird.

Kann bei diesen Flächen zwar keine unbedingte Festlegung des Vorranggebiets erfolgen, kommt im Einzelfall in besonderen Fallkonstellationen aber gegebenenfalls eine auflösende Bedingung in Betracht. Anders als bei der aufschiebenden Bedingung würde das Vorranggebiet Windenergie unbedingt ausgewiesen und entfielen nur später gegebenenfalls dann, wenn – entgegen der Erwartung – aus geotechnischen oder sonstigen bergbau-lichen Gründen Hindernisse nachträglich bekannt würden. Diese Flächen

dürfen auf das Ziel anrechenbar sein, da sie final durch den Träger der Regionalplanung gemäß § 7 III 1 Nr. 3 ROG und § 35 III 2 BauGB mit Vorrang belegt sind.

III. Zusammenfassung und Empfehlungen

Die Prüfung hat folgendes ergeben:

1. a) Die aufschiebend bedingte Ausweisung von Windenergiegebieten ist möglich, soweit eine Prognose die überwiegende Wahrscheinlichkeit ergibt, dass während des Geltungszeitraums des Regionalplans die Gründe, die zur geotechnischen Sperre geführt haben, generell oder in Bezug auf Windenergievorhaben nicht mehr aufrechterhalten werden müssen. Ist eine solche Prognose nicht möglich oder kommt zu einem negativen Ergebnis, kann eine bedingte Festlegung eines Windenergiegebietes nicht abwägungsfehlerfrei erfolgen.
- b) Zur Schaffung einer ausreichenden Prognosebasis ist es unabdingbar, dass kurzfristig durch LMBV und Fachbehörde eine typisierende Bewertung der geotechnischen Sperrbereiche (Landflächen) in der Planungsregion erfolgt, um diejenigen Flächen zu ermitteln, in denen eine Freigabe und Realisierbarkeit für Windenergienutzung
 - (1) kurzfristig ggf. nach Vornahme standsicherheitstechnischer Begutachtung im Einzelfall („grün“),
 - (2) mittelfristig und abhängig von Sanierungsmaßnahmen („gelb“) und
 - (3) langfristig/ungewiss, da jedenfalls abhängig von im Einzelnen auch mittelfristig nicht absehbaren Sanierungsmaßnahmen abhängig („rot“).

in Betracht kommt.

Bei den typisierend in die Fallgruppe (1) einzuordnenden Flächen kann ggf. sogar eine *unbedingte* Festlegung eines Vorranggebietes abwägungsfehlerfrei möglich sein, wenn z.B. in Randbereichen eines geotechnischen Sperrbereichs die Freigabe nur von Maßnahmen des Vorhabenträgers abhängt oder die von Dritten abhängenden Maßnahmen eher kurzfristig erfolgen werden (z.B. Zeithorizont bis Ende 2027). Verbleiben bei diesen Flächen Restzweifel, könnte als Alternative zur unbedingten Festlegung instrumentell eine auflösende Bedingung in Betracht kommen (Frage der Flä-

chencharakteristik und der Abwägung en detail). Die in Fallgruppe (3) eingeordneten Flächen, empfehlen wir aus dem Betrachtungsraum auszusondern, gleichsam als hartes Restriktionskriterium. Im Übrigen kommen die in die Fallgruppen (1) und (2) als aufschiebend bedingt auszuweisende Windenergiegebiete in Frage (ggf. auch auflösend bedingt).

2. a) Für die Anrechnung im Rahmen der Prüfung der Erreichung der Flächenbeitragswerte gilt, dass unter Berücksichtigung der gesetzlichen Intention der Vorschriften des WindBG und der damit eng im Zusammenhang stehenden Zielstellungen (insbesondere dem beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und der dafür erforderlichen tatsächlichen „Bereitstellung“) sowie der dargestellten rechtlichen Wirkungsweise bedingter Festlegungen davon auszugehen ist, dass solche Flächen, für die aufschiebend bedingte Festlegungen hinsichtlich der Raumnutzung zugunsten der Windenergie getroffen wurden, solange nicht zur Erreichung der maßgeblichen Ziele nach Maßgabe des WindBG angerechnet werden können, wie die definierte Bedingung nicht eingetreten ist.
- b) Erst nach Bedingungseintritt kann bei aufschiebend bedingten Festlegungen eine Anrechenbarkeit auf die festgelegten Flächenziele erfolgen. Bis dahin gilt die Rechtsfolge des § 249 II BauGB, sofern das Flächenziel nicht durch Festlegung anderweitiger Flächen erreicht wird. Anders wäre dies bei auflösend bedingten Festlegungen (Grün- oder bestimmte Gelbflächen) oder sogar unbedingten Festlegungen zu bewerten. Jene sind anrechenbar und „zahlen“ unmittelbar auf das Flächenziel „ein“.

Leipzig, den 27. Februar 2024



Prof. Dr. Roman Götze
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht



George-Alexander Koukakis
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht