



# Stellungnahme

## des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Umweltrecht und Verwaltungsrecht

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für  
Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen eines Zweiten  
Gesetzes zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und  
anderer Vorschriften (2. ROGÄndG) (Bearbeitungsstand:  
31.05.2022)

Stellungnahme Nr.: 31/2022

Berlin, im Juni 2022

### Mitglieder des Ausschusses Umweltrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Jürgen Muggenborg, Aachen (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Dr. Marie Ackermann, Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Beckmann, Münster (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Sabrina Desens, Leipzig
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Kiel
- Rechtsanwalt Dr. Frank Fellenberg, Berlin (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Prof. Hartmut Gaßner, Berlin
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Remo Klinger, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Winfried Porsch, Stuttgart (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Herbert Posser, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Claudia Schoppen, Bochum

### Mitglieder des Ausschusses Verwaltungsrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Matthias Dombert, Potsdam (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Michael Bender, Freiburg
- Rechtsanwalt Dr. Christian-Dietrich Bracher, Bonn (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Andreas Geiger, München (stellvertretender Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Dr. Juliane Hilf, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Lüttgau, Köln (Berichterstatter)

#### **Deutscher Anwaltverein**

Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

#### **Büro Brüssel**

Rue Joseph II 40, Boîte 7B  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
EU-Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

- Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Hanau
- Rechtsanwältin Dr. Angela Rapp, Berlin
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhard Sparwasser, Freiburg

**Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle**

---

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

## **Verteiler**

---

- Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium des Innern und für Heimat
- Ausschuss für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Klimaschutz und Energie des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Inneres und Heimat
- Bauminister und -ministerinnen/Bausenatoren und –senatorinnen der Länder
- Umweltminister und -ministerinnen/Umweltsenatoren und -senatorinnen der Länder
- Wirtschaftsminister und -ministerinnen/Wirtschaftssenatoren und -senatorinnen der Länder
- Justizminister und -ministerinnen/Justizsenatoren und -senatorinnen der Länder
- Innenminister und -ministerinnen/Innen senatoren und -senatorinnen der Länder
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion Die Linke im Deutschen Bundestag
- Vizepräsident des Bundesverwaltungsgerichts
- Präsidenten und Präsidentinnen der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Neue Richtervereinigung
- Vorstand und Geschäftsführung des DAV
- Vorsitzende der Landesverbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Landesarbeitsgemeinschaften Verwaltungsrecht des DAV
- Mitglieder Verwaltungsausschuss des DAV
- Mitglieder Umweltrechtsausschuss des DAV

## Presse

- Redaktion NJW, DVBI, NVwZ, ZUR, NuR, AbfallR und UWP

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 61.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen

---

Der Deutsche Anwaltverein sieht sich angesichts der kurzen Frist nicht in der Lage, umfassend und abschließend zu dem Referentenentwurf Stellung zu nehmen. Der Referentenentwurf sieht jedoch substantielle Änderungen des Raumordnungsgesetzes vor, die sich auf die Planungskompetenz der Träger der Raumordnung und auch auf durch die Raumordnung geschützten Umweltbelange auswirken, so dass es geboten erscheint, gleichwohl zu ausgewählten Aspekten Stellung zu nehmen.

### **§ 3 Abs. 1 Nr. 2a ROG-E (in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung)**

Die in Aufstellung befindlichen Ziele der Raumordnung sind als sonstige Erfordernisse der Raumordnung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Raumordnungsgesetz (ROG) bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen zu berücksichtigen. Legaldefiniert ist der Begriff bislang nicht. Der Referentenentwurf sieht erstmalig eine Definition vor, wonach in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung solche Ziele der Raumordnung sind, die im Planentwurf inhaltlich eindeutig konkretisiert sind und die die zuständige Stelle nach § 9 Abs. 2 Satz 2 ROG im Internet veröffentlicht hat.

Gemessen an der beachtlichen Rechtsfolge (Berücksichtigungspflicht bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen) bestehen Zweifel, ob diese Definition den rechtsstaatlichen Anforderungen an ein solches raumordnerisches Erfordernis hinreichend Rechnung trägt. Zudem mangelt es der Vorschrift an einer eindeutigen Bestimmung der Rechtsfolgenseite. Denn der Wortlaut der Vorschrift legt nahe, dass der Gesetzgeber nicht mehr nur von einer Berücksichtigungspflicht, sondern von einer strikten „Beachtungspflicht“ ausgeht, soweit er mit der Nummerierung (2a) vermeintlich die Rechtsfolge insinuiert, dass „in Aufstellung befindliche Ziele“ eine „Unterart von

Zielen der Raumordnung“ im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG sind. Daher ist § 4 Abs. 1 Satz 1 ROG jedenfalls insoweit zu ergänzen, dass „in Aufstellung befindliche Ziele“ in Abwägungs- und Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen sind.

Welche Anforderungen an in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 4 ROG zu stellen sind, ist in Rechtsprechung und Literatur bislang noch nicht abschließend geklärt. Die bloße Absicht, ein Ziel der Raumordnung aufstellen zu wollen, reicht jedenfalls bislang nicht aus. Auch ein Aufstellungsbeschluss genügt nicht, um von einem in Aufstellung befindlichen Ziel der Raumordnung sprechen zu können. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist es regelmäßig erforderlich, dass das in Aufstellung befindliche Ziel im Rahmen des Beteiligungsverfahrens mit anderen Behörden und der Öffentlichkeit erörtert werden kann, wobei die Beteiligungen aber noch nicht abschließend durchgeführt worden sein müssen (BVerwG, Urt. v. 27.01.2005 – 4 C 5.04-, BVerwGE 122, 346, 371; Kümper, in: Kment, Hrsg., ROG, § 3 ROG Rn. 93; Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 3 Rn. 71). Der Vorschlag für eine Legaldefinition in dem Referentenentwurf verzichtet auf das Erfordernis, dass das in Aufstellung befindliche Ziel bereits im Rahmen des Beteiligungsverfahrens mit anderen Behörden und der Öffentlichkeit erörtert worden ist und setzt stattdessen allein darauf, dass das Ziel im Internet veröffentlicht worden ist. Damit wird dieses Erfordernis der Raumordnung mit einer beachtlichen Rechtsfolge (Berücksichtigungspflicht bei allen raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen) ausgestattet, ohne dass sichergestellt wäre, dass die für die Aufstellung eines Ziels der Raumordnung rechtsstaatlich gebotene Abwägung auf einer für eine solche Abwägung unerlässlichen Berücksichtigung von Stellungnahmen im Rahmen einer, wenn auch noch nicht abgeschlossenen Beteiligung der Behörden und auch der Öffentlichkeit beruht.

Das Bundesverwaltungsgericht führt zur sogenannten Verlautbarungsreife aus, die Planung müsse ein genügendes Maß an Verlässlichkeit bieten, um auf der Genehmigungsebene als Versagungsgrund zu dienen. Diesem Erfordernis sei erst dann genügt, wenn ein Planungsstand erreicht sei, der die Prognose nahelege, dass die ins Auge gefasste planerische Aussage Eingang in die endgültige Fassung des Raumordnungsplans finden werde. Davon könne keine Rede sein, solange der Abwägungsprozess gänzlich offen sei. Gerade bei Plänen, die auf der Grundlage des

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aufgestellt würden, bedürfe es eines Gesamtkonzepts, das dadurch gekennzeichnet sei, dass eine positive Ausweisung, die für eine bestimmte Nutzung substanziellen Raum schaffe, mit einer Ausschlusswirkung an anderer Stelle kombiniert werde. Diese Wechselbezüglichkeit von positiver und negativer Komponente bringe es in der Regel mit sich, dass der Abwägungsprozess weit fortgeschritten sein müsse, bevor sich hinreichend sicher abschätzen lasse, welcher der beiden Gebietskategorien ein im Planungsraum gelegenes einzelnes Grundstück zuzuordnen sei (BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2005 – 4 C 5/04 –, BVerwGE 122, 364-376).

Das bedeute nicht zwangsläufig, dass die zukünftige Ausschlusswirkung eines in Aufstellung befindlichen Ziels einem Außenbereichsvorhaben erst dann entgegengehalten werden könne, wenn der Planungsträger die abschließende Abwägungsentscheidung getroffen habe und es nur noch von der Genehmigung und der Bekanntmachung abhängt, dass eine Zielfestlegung entstehe, die die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB genannten Merkmale aufweise. Ob und wie lange vor der abschließenden Beschlussfassung sich die Planung gegebenenfalls in Richtung Ausschlusswirkung verfestigen könne, beurteile sich nach den jeweiligen Verhältnissen vor Ort. Je eindeutiger es nach den konkreten Verhältnissen auf der Hand liege, dass der Bereich, in dem das Baugrundstück liegt, Merkmale aufweise, die ihn als Ausschlusszone prädestinierten, desto eher sei die Annahme gerechtfertigt, der Plangeber werde diesem Umstand in Form einer negativen Zielaussage Rechnung tragen (BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2005 – 4 C 5/04 –, BVerwGE 122, 364-376). Eine Internet-Veröffentlichung trägt zwar zur Transparenz bei und ist sicher auch mit Blick auf die Rechtsfolge einer Berücksichtigungspflicht erforderlich; sie ersetzt jedoch nicht die zumindest vorläufige Berücksichtigung von Stellungnahmen zuständiger Behörden und der Öffentlichkeit bei der planerischen Abwägung. Insoweit lässt sich auch die Begründung des Referentenentwurfs (Bl. 20), mit der Veröffentlichung im Internet sei bereits ein Planungsstand erreicht, der die Prognose nahelege, dass die ins Auge gefasste planerische Zielfestlegung Eingang in die endgültige Fassung des Raumordnungsplans finden werde, nicht ohne weiteres nachvollziehen.

Dass die Legaldefinition voraussetzt, dass das in Aufstellung befindliche Ziel inhaltlich eindeutig konkretisiert sein muss, ist an sich selbstverständlich, weil nach der

Rechtsprechung ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung sich von einem gleichlautenden Ziel der Raumordnung zwar hinsichtlich seiner Verbindlichkeit, aber nicht hinsichtlich seiner tatbestandlichen Voraussetzungen unterscheidet (BVerwG, Ur. v. 06.04.2017 – 4 A 1/16 –, juris Rdn. 24). Aus Gründen der Klarstellung mag dieser Teil der Legaldefinition jedoch sinnvoll sein, weil damit klargestellt wird, dass es an der hinreichenden inhaltlichen Bestimmtheit gegenüber den Zielen der Raumordnung keine Abstriche für ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung gibt.

### **§ 6 Abs. 2 ROG-E (Zielabweichung)**

Die Änderung wird aus praktischen und rechtlichen Gründen für sinnvoll gehalten. Die Einfügung einer „Soll-Bestimmung“ führt zu einer Bindung der entscheidenden Behörde dahingehend, dass die Abweichung im Regelfall zuzulassen ist, wenn die Voraussetzungen vorliegen, nämlich die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt werden. Dies kann auch ein sinnvoller Beitrag zur Verfahrensbeschleunigung sein.

Die Gesetzesbegründung verweist u.a. auf die seit 2008 laufenden Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland, die Regelungen in Raumordnungsplänen einzelner Länder zur räumlichen Steuerung des großflächigen Einzelhandels zum Gegenstand haben. Da der EuGH entschieden hat, dass sowohl auf das Verfahren der Baugenehmigung als auch Bauleitplanverfahren die Dienstleistungsrichtlinien unmittelbar anwendbar ist und damit die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit verletzt sein könnte (vgl. EuGH, Urteil v. 30.01.2018 – Rs. C – 31/16 – Appingedann), ist die Begrenzung des Entscheidungsermessens der zuständigen Behörde i.S. einer größeren Transparenz sinnvoll. Bei der bisherigen Regelung hatte die zuständige Behörde ein weites Planungsermessen, das in gerichtlichen Verfahren nur auf die klassischen Abwägungsfehler (Abwägungsausfall, Abwägungsdefizit, Abwägungsdisproportionalität) geprüft wurde und damit die rechtliche Durchsetzbarkeit von zielabweichenden Entscheidungen erheblich erschwerte. Mit der nunmehr gewünschten Bindung werden diese Entscheidungen transparenter ausfallen.

Sie schränken auch nicht etwa die Planungshoheit unangemessen ein, sondern stärken vielmehr die Planungshoheit insbesondere der Kommunen. Denn im Ergebnis muss gesehen werden, dass die Bestimmung von Zielvorgaben der Raumordnung und Landesplanung in nicht unerheblichem Umfang geeignet ist, das kommunale Selbstverwaltungsrecht der Kommunen zu beschränken und auf diesem Weg übergeordnete landesplanerische Zielvorstellungen durchzusetzen, die ihren Ursprung nicht in Selbstverwaltungsrechten und Planungsfreiheiten haben, sondern mit denen auch politische und administrative Zwecke verbunden sind.

Mit der Einführung einer „Soll-Bestimmung“ wird die Vorschrift auch nicht uferlos. Es bleibt bei den tatbestandlichen Voraussetzungen, dass Grundzüge der Planung nicht berührt werden und die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist. Damit bleibt der Einzelfallbezug und die Beschränkung auf atypische Fälle bestehen. Diese Eingrenzung ist geeignet sicherzustellen, dass der Kernbestand von Grundzügen der Planung gewahrt bleibt (vgl. hierzu BVerwG, Urteil v. 16.12.2010 – 4 C 8.10 – IKEA Rastatt)

Die Neuregelung entscheidet den seit Jahrzehnten geführten Streit um die Frage der Reichweite der Konzentrationswirkung nach § 75 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) und § 13 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) im Verhältnis zur für ein Vorhaben erforderlichen Zielabweichung leider nicht eindeutig.

Im **Planfeststellungsrecht** geht die herrschende Meinung (Obergerichte und Literatur) davon aus, dass die Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses nach § 75 Abs. 1 Satz 1 VwVfG die Zielabweichungsentscheidung erfasst (vgl. Schmitz, in: Bielenberg u.a., Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, § 6 Rn. 204 ff. zum Streitstand). Die Planfeststellungsbehörde entscheidet nach Anhörung der Raumordnungsbehörde, ein gesondertes Verfahren mit gesonderter Entscheidung ist nicht erforderlich (a.A. Goppel, in: Spannowsky u.a., 2. Aufl. 2018, § 6 Rn. 13 f.). Im Sinne der Verfahrenskonzentration und der Verfahrensbeschleunigung (das sind die Ziele des Gesetzentwurfs) ist diese Vorgehensweise sinnvoll.

Auch im **immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren** besteht Streit, ob die Konzentrationswirkung der Genehmigung nach § 13 BImSchG die

Zielabweichungsentscheidung erfasst (dafür eine im Vordringen befindliche Meinung, z.B. OVG Lüneburg B.v.15.12.2021 – 12 MS 97/21, Juris Rn. 21; VG Stuttgart, B. v. 05.05.2022 – 2 K 225/22 Juris Rn. 8, Jarass, BImSchG 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 6a; Lange, in: Appel u.a., BImSchG 2021, § 13 Rn. 25; Kümper, UPR 2021, 171, 173) oder ob diese gesondert ergehen muss (so die auf die Windenergieerlasse gestützte Behördenpraxis in einigen Bundesländern, z.B. Baden-Württemberg, und Teile der Literatur, z.B. Wasielewski, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 13 Rn. 36; Seibert, in: Landmann/Rohmer, Stand: 9/21, § 13 Rn. 80 fff.). Der Streit wird zunehmend zum Risiko für die Bestandskraft immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen für Windenergieanlagen, bei denen die Zielabweichungsentscheidung gesondert ergangen ist, der Streit sollte jetzt vom Gesetzgeber eindeutig entschieden werden. Außerdem sprechen die Behörden den Vorhabenträgern häufig das Recht ab, die Zielabweichung selbst zu beantragen, was zu Verfahrensverzögerungen führt.

Die Neufassung des § 6 Abs. 2 Satz 1 ROG regelt nunmehr, dass die „zuständige Raumordnungsbehörde“ unter bestimmten Voraussetzungen einem Zielabweichungsantrag stattgeben soll. Wenn diese Vorschrift den Regelungen des § 75 VwVfG und § 13 BImSchG über die Konzentrationswirkung vorgehen soll, wäre dies gegenüber dem bisherigen Rechtszustand in der Planfeststellung im Hinblick auf die Verfahrensbeschleunigung ein Rückschritt. Außerdem bleibt offen, ob § 6 Abs. 2 Satz 1 ROG-E oder § 75 Abs. 1 VwVfG/§ 13 BImSchG vorgeht, der Gesetzesbegründung ist dazu nichts Konkretes zu entnehmen.

Die Einbeziehung der Zielabweichungsentscheidung in die Konzentrationswirkung der Planfeststellung und der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist im Hinblick auf die Ziele des Referentenentwurfs (Verfahrensbeschleunigung und bessere Verzahnung der Verfahren) vorzugswürdig.

Wenn der Gesetzgeber eine gesonderte Entscheidung der Raumordnungsbehörde für richtig hält, sollte er dies für die Rechtsanwender eindeutig klarstellen, vorzugsweise im Normtext des § 6 Abs. 2 ROG, jedenfalls aber durch einen Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass die Zielabweichungsentscheidung nach § 6 Abs. 2 ROG abweichend von § 75 Abs. 1 VwVfG und § 13 BImSchG in einem gesonderten Verfahren von der Raumordnungsbehörde getroffen wird.

Außerdem wäre es zweckmäßig, die Antragsberechtigung nach § 6 Abs. 2 Satz 3 ROG-E auch auf die Personen des Privatrechts auszudehnen, die einen Antrag auf immissionsschutzrechtliche Genehmigung gestellt haben.

### **§ 7 Abs. 3 ROG-E (Raumordnungsgebiete)**

Der Verzicht auf die Kategorie der Eignungsgebiete wird begrüßt. Die Einschätzung, dass sich diese Gebietskategorie in der Planungspraxis angesichts ihrer fehlenden Bestimmtheit in der gerichtlichen Sicherungsfunktion bzw. Vorrangwirkung nicht bewährt hat, wird geteilt.

Auch die Bemühung, die Ausschlusswirkung eines Vorranggebiets im übrigen Planungsbereich zu erleichtern, ist zu unterstützen. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zu den Konzentrationszonen in der Raumplanung und in der Bauleitplanung hat die Planungspraxis vor erhebliche Probleme gestellt und zu einer zu hohen Fehleranfälligkeit der Pläne geführt. Ob allerdings die Gesetzesänderung zu der gewünschten Vereinfachung und zu höherer Rechtssicherheit führt, kann man bezweifeln.

Nach § 7 Abs. 3 Satz 2 ROG-E kann der Planungsträger festlegen, dass die Nutzung oder Funktion, die das Vorranggebiet sichert, im übrigen Planungsraum ausgeschlossen wird. Dem Planungsträger steht insoweit wiederum Planungsermessen zu, das er auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen planerischen Abwägung ausüben kann. Die Probleme, die mit der Aufstellung eines gesamträumlichen Planungskonzepts durch die hohen Anforderungen der Rechtsprechung entstanden sind, werden durch die gesetzliche Regelung nicht ausgeräumt.

Ob die Konzentrationszonenplanung durch die Aufnahme des Kriteriums eines „substanziell Raum Verschaffens“ tatsächlich „substantiell“ vereinfacht wird, erscheint zweifelhaft. Zwar wird damit auf eine schon langjährige Verwaltungsrechtsprechung Bezug genommen. Sie hat aber in der Vergangenheit zu durchaus „substantiellen“ Missverständnissen und Rechtsunsicherheiten beigetragen. Diese Rechtsprechung hat das OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26. Mai 2021 – 8 C 11151/20 –, juris) wie folgt zusammengefasst:

*„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat die Gemeinde in einem letzten Arbeitsschritt ihr Abwägungsergebnis darauf zu prüfen, ob mit der Planung der Windenergienutzung substantziell Raum gegeben wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es keinen allgemein anerkannten Vergleichsmaßstab und keine feste Größenordnung gibt, nach welchem bzw. welcher beurteilt werden könnte, ob das Planungsergebnis der Windenergie „substantziell Raum verschafft“: Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist der Planungsträger nicht gehalten, der Windenergie bestmöglich Rechnung zu tragen; ihm ist aber eine „Feigenblattplanung“, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinausläuft, verwehrt; wo allerdings die Grenze zu einer solchen Verhinderungsplanung verläuft, lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern kann erst nach Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Planungsraum beurteilt werden. Größenangaben sind, isoliert betrachtet, als Kriterium ungeeignet. Nicht zulässig wäre etwa die Festlegung eines bestimmten (prozentualen) Anteils, den die Konzentrationsflächen im Vergleich zu den Potenzialflächen erreichen müssen, damit die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eintritt; doch hat das Bundesverwaltungsgericht dem Verhältnis dieser Flächen zueinander immerhin eine gewisse Indizwirkung beigemessen und keine Einwände gegen einen Rechtssatz des Inhalts erhoben, dass, je geringer der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationsflächen ist, desto gewichtiger die gegen eine weitere Ausweisung von Vorranggebieten sprechenden Gesichtspunkte sein müssen, damit es sich nicht um eine unzulässige „Feigenblattplanung“ handelt.“*

Eine solche Zusammenfassung einer sich schon über mehr als ein Jahrzehnt hinziehenden Rechtsprechung ist sicher keine Empfehlung für die Übernahme eines solchen Kriteriums in eine Neuregelung.

Die Regelung sollte allerdings noch durch eine Übergangsvorschrift ergänzt werden, die die Rechtswirkungen der vorhandenen Eignungsgebiete aufrechterhält. Die Begründung zu § 7 Abs. 3 Satz 2 des Entwurfs verweist zwar auf § 27 ROG. § 27 ROG

enthält jedoch (auch in der Fassung des Entwurfs) keine Übergangsregelung zu § 7 Abs. 3 Satz 2 ROG-E.

### **§ 11 ROG-E (Planerhaltung)**

Der Referentenentwurf sieht vor, dass die seit 2008 geltende Nummer 1 der Planerhaltungsregelung im geltenden Absatz 2 der Vorschrift aus Gründen der Rechtssicherheit zukünftig nicht weiter gelten soll. Diese Änderung wird ausdrücklich begrüßt. Es wäre vorzugswürdig, wenn der Gesetzgeber auch in anderen Fällen, in denen ersichtlich wird, dass geltende Regelungen zur Rechtsunsicherheit führen die, wenn überhaupt, erst in einem äußerst langwierigen Klärungsprozess durch die Gerichte beseitigt werden können, schneller reagieren würde.

Die weitere Regelung, die für § 11 Abs. 3 ROG vorgeschlagen wird, wonach in Fällen, in denen in einem Raumordnungsplan einzelne Vorranggebiete mit Ausschlusswirkung nach § 7 Abs. 3 Satz 3 ROG oder Teile dieser Gebiete fehlerhaft festgelegt worden sind, der Raumordnungsplan im Übrigen wirksam bleibt, sofern die Grundzüge der Planung nicht berührt sind und der vorrangigen Nutzung oder Funktion substantiell Raum verschafft wird, ist insoweit unklar, als weder dem Wortlaut noch der Begründung eindeutig entnommen werden kann, ob die Unwirksamkeit auf die Festlegung des Vorranggebiets oder auf die Festlegung der Ausschlusswirkung begrenzt werden oder sich auf beide Festlegungen beziehen soll. Insoweit wird eine Klarstellung empfohlen.

Es ist bereits zweifelhaft, ob nicht bei der Festlegung von Vorranggebieten mit Ausschlusswirkung für das Plangebiet im Übrigen nicht stets auch die Grundzüge der Planung berührt sind, wenn sich die Festlegung dieses Raumordnungsziels als fehlerhaft erweist.

Die Grundzüge der Planung ergeben sich aus der den Festlegungen des Raumordnungsplans zugrundeliegenden und in ihnen zum Ausdruck kommenden planerischen Konzeption. Ob sie berührt werden, hängt von der jeweiligen Planungssituation ab. Entscheidend ist, ob die Abweichung dem planerischen Grundkonzept zuwiderläuft. Die Ausschlusswirkung muss auch nach dem Referentenentwurf weiterhin auf einem räumlichen Gesamtkonzept beruhen. Wird

dieses Gesamtkonzept als abwägungsfehlerhaft von der Rechtsprechung verworfen, dann dürfte zweifelhaft sein, ob es mit den rechtsstaatlichen Anforderungen vereinbar wäre, gleichwohl an der Ausschlusswirkung festzuhalten. Das würde aber die gesetzliche Neuregelung gerade ermöglichen wollen.

### **§ 13 Abs. 1 a ROG-E (Anpassungspflicht für Raumordnungspläne des Bundes)**

Der Referentenentwurf sieht vor, dass landesweite Raumordnungspläne und Regionalpläne den Zielen der Raumordnung, die in den Bundesraumordnungsplänen nach § 17 ROG festgelegt sind, anzupassen sind. Zur Begründung wird im Referentenentwurf (Bl. 24) erläutert, das Wort „anpassen“ bedeute eine aktive, über § 4 Abs 1 ROG hinausgehende Anpassungspflicht des in § 4 Abs. 1 ROG genannten Adressatenkreises durch eine sofortige Prüfung nach Inkrafttreten des Raumordnungsplans des Bundes und erforderlichenfalls möglichst kurzfristiger Änderung beziehungsweise Anpassung der landesweiten und regionalen Raumordnungspläne. Eine Beachtung der Ziele erst im Rahmen einer etwaigen von der Landes- oder Regionalplanung unabhängig davon später beabsichtigten Planänderung reiche insoweit nicht aus.

Dem ROG ist eine einheitliche, übergeordnete Bundesraumordnung fremd. Aus dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Gebot bundesfreundlichen Verhaltens resultiert die Verpflichtung zur Rücksichtnahme konkret betroffener Belange von Bund und Ländern. Dabei ist die verfassungsrechtlich verankerte Kompetenzordnung zu beachten; eine Kompetenzübertragung vom Bund auf die Länder und umgekehrt ist unzulässig (vgl. BVerfG, Beschluss v. 21.01.1983 – 2 BvR 23/81 –). Die grundsätzliche Zielbeachtungspflicht (§ 4 Abs. 1 ROG) erfährt im Verhältnis zwischen Bund und Ländern eine besondere Ausgestaltung, die zu einer Einschränkung der Zielbindung im Bereich der Fachplanungen des Bundes führte. Zu den raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen i. S. d. § 5 Abs. 1 Satz 1 ROG zählen entsprechend § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG auch Raumordnungspläne des Bundes (§ 3 Abs. 1 Nr. 7 ROG). Eine Zielbindungsverpflichtung ergibt sich aus der raumordnungsrechtlichen Hierarchie des Bundesraumordnungsrechts über der Landesraumordnung unmittelbar.

Die eingeschränkte Beachtungspflicht der Ziele der Landesraumordnung durch den Bund i. S. v. § 5 Abs. 1-3 ROG, die diesen hierarchischen Vorrang im Licht der verfassungsrechtlich vorgegebenen Kompetenzordnung erst verfassungsgemäß macht, erfährt über § 5 Abs. 4 ROG eine Entsprechung im Verhältnis für raumbedeutsame Planungen der Länder zur Bundesraumordnung i. S. v. § 17 Abs. 2 ROG.

In dieses kompetenzrechtlich austarierte Gefüge greift § 13 Abs. 1a 2 ROG-E substantiell ein, soweit eine **aktive** Anpassungspflicht der Raumordnungspläne der Länder und Regionen begründet wird. Bauleitpläne, die der Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB nicht entsprechen, sind nichtig (Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 14. Auflage, § 1 Rn. 42). Gleiches dürfte auch für Raumordnungspläne gelten, die der Anpassungspflicht des § 13 Abs. 1a ROG nicht entsprechen. Das führt zu neuen Unwirksamkeitsrisiken.

Daher stellt sich bei einer entsprechenden Neuregelung die Frage der Planungshierarchie im Verhältnis der landesweiten Raumplanung und zu den Regionalplänen. Inwieweit darf zur Anpassung an Ziele der Raumordnung eines Bundesraumordnungsplans von einer noch nicht angepassten Landesplanung durch den Regionalplan abgewichen werden? Lässt sich hinreichend sicher feststellen, ob und inwieweit ein noch nicht an Ziele der Raumordnung eines Bundesraumordnungsplans angepasster landesweiter Raumordnungsplan noch wirksam ist?

Zu Anpassungspflicht der Bauleitplanung wird die Auffassung vertreten, dass eine Anpassung erst in angemessener Zeit erforderlich ist. Erst wenn diese Zeit überschritten wird, werden die Bauleitpläne nichtig (VGH Kassel, NVwZ-RR 2010, 47; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, vierzehnte Auflage, § 1 Rn. 39). Wenn Entsprechendes für die Landesplanung und für Regionalpläne gelten soll, dann stellt sich die weitere Frage, welcher Zeitraum für eine Anpassung für einen landesweiten Raumordnungsplan und/oder für einen Regionalplan angemessen ist.

Insoweit würde eine solche Neuregelung einige neue Rechtsrisiken mit sich bringen. Sie kommen noch zu den Rechtsrisiken hinzu, die sich schon daraus ergeben, dass auch die Wirksamkeit des Bundesraumordnungsplans, an dessen Ziele sich die

Landes- und Regionalplanung anzupassen hat, in Frage stehen kann. Entsprechende Zweifel hatte der Deutsche Anwaltverein in seiner ausführlichen Stellungnahme zum Bundesraumordnungsplan für den Hochwasserschutz aus Mai 2021 bereits vorgetragen ([DAV-Stellungnahme 38/21](#)).

## **§ 15 ROG-E (Raumverträglichkeitsprüfung)**

Der Referentenentwurf schlägt vor, zur Beschleunigung der Verfahren und zur Vermeidung der Doppelprüfungen die Regelungen des Raumordnungsverfahrens zu einem Regelwerk für eine Raumverträglichkeit fortzuentwickeln. Das Bemühen um eine Beschleunigung der Verfahren und um eine Vermeidung von Doppelprüfungen ist begrüßenswert.

Bei der in § 15 Abs. 1 ROG-E enthaltene Auflistung des Prüfungsprogramms im Rahmen der Raumverträglichkeitsprüfung sollte hinterfragt werden, ob und inwieweit dort eine „Prüfung der ernsthaft in Betracht kommenden Standort- oder Trassenalternativen“ undifferenziert aufgeführt werden sollte. Bei den Planungen und Maßnahmen im Sinne von § 1 Raumordnungsverordnung handelt es sich auch um baurechtlich oder immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige, raumbedeutsame Vorhaben, für die weder das Immissionsschutzrecht noch das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) vorsieht, dass ernsthaft in Betracht kommende Standortalternativen zu prüfen sind. Dementsprechend dürfte auch bei einer Raumverträglichkeitsprüfung für solche Vorhaben kein Raum für eine derartige Alternativenprüfung sein. Vielmehr dürfte es auch bei der Raumverträglichkeitsprüfung für solche Vorhaben allenfalls darum gehen, entsprechend § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 UVP die Alternativen in die Prüfung einzubeziehen, die für das Vorhaben und seine spezifischen Merkmale relevant und vom Vorhabenträger auch geprüft worden sind (siehe auch § 4e Abs. 1 Nr. 6 der Verordnung über das Genehmigungsverfahren (9. BImSchV)).

Grundlegend überarbeitet werden sollte § 15 Abs. 4 ROG-E der im Wesentlichen dem durch das Investitionsbeschleunigungsgesetz eingeführten § 15 Abs. 5 ROG g.F. entspricht. Ein Vorhabenträger, der keinen Antrag auf Durchführung einer Raumverträglichkeitsprüfung stellt, ist hiernach verpflichtet, dies der zuständigen

Behörde unter Beifügung der für die Raumverträglichkeitsprüfung erforderlichen Unterlagen vor Einleitung eines Zulassungsverfahrens anzuzeigen (§ 15 Abs. 4 Satz 3 ROG-E). Die zuständige Raumordnungsbehörde „soll“ in diesem Fall eine Raumverträglichkeitsprüfung einleiten, wenn sie erwartet, dass das Vorhaben zu raumbedeutsamen Konflikten mit den Erfordernissen der Raumordnung oder mit anderen raumbedeutenden Planungen und Maßnahmen führen wird (§ 15 Abs. 4 Satz 4 ROG-E). Dies wiederum soll nach der wohl fortgeltenden Begründung des Regierungsentwurfs zum Investitionsbeschleunigungsgesetz in der Regel bereits dann der Fall sein, „wenn bei linienförmigen Infrastrukturvorhaben neben der Vorzugstrasse des Vorhabenträgers großräumige Trassenalternativen in Betracht kommen“ (Drucksache 19/22139, S. 28); gerade bei Straßen-, Leitungs- oder Schienenvorhaben wird dieses Kriterium vielfach erfüllt sein.

Der Deutschen Anwaltverein hatte in seiner Stellungnahme zum Entwurf des Investitionsbeschleunigungsgesetzes aus August 2020 ([DAV-Stellungnahme 51/20](#)), die Empfehlung ausgesprochen, das überkommene Konzept eines eigenständigen Raumordnungsverfahrens insgesamt aufzugeben und die Prüfung der Raumverträglichkeit entsprechend der Wertung des § 16 Abs. 2 ROG vollständig in das Zulassungsverfahren zu integrieren, da den Mehrfachprüfungen, Mehrkosten und dem personellem Mehraufwand kein entsprechender Vorteil gegenübersteht, insbesondere kein Beschleunigungseffekt und kein Abschichtungseffekt. Auch führt die im Rahmen des Raumordnungsverfahrens durchgeführte Öffentlichkeitsbeteiligung in aller Regel nicht zu einer höheren Akzeptanz der Vorhaben. Vielmehr ist es der Öffentlichkeit oft schwer zu vermitteln, dass das Ergebnis des Raumordnungsverfahrens im anschließenden Zulassungsverfahren keine Bindungswirkung entfaltet und Einwendungen erneut vorzubringen sind, die bereits im Rahmen des Raumordnungsverfahrens erhoben wurden.

Soll an einem eigenständigen Raumordnungsverfahren grundsätzlich festgehalten werden, empfiehlt es sich aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins jedenfalls, den Verzicht auf ein solches Verfahren deutlich zu erleichtern.

Hierzu sollte zum einen § 15 Abs. 4 Satz 3 ROG-E gestrichen werden, der vorsieht, dass der Vorhabenträger bereits im Anzeigeverfahren die vollständigen, eigentlich für

die Raumverträglichkeitsprüfung erforderlichen Unterlagen einzureichen hat, über deren Notwendigkeit erst entschieden werden soll. Die Regelung führt zu erheblichem und vermeidbarem Aufwand.

Zum andern sollte die Sollvorschrift des § 15 Abs. 4 ROG-E modifiziert werden, da die Schwelle, ab der die Raumordnungsbehörde auch gegen den Willen des Vorhabenträger gehalten ist, eine Raumverträglichkeitsprüfung durchzuführen, zu niedrig angesetzt ist. Vorgeschlagen wird die folgende Formulierung:

*„Die zuständige Raumordnungsbehörde kann eine Raumverträglichkeitsprüfung einleiten, wenn die Planung oder Maßnahme erhebliche raumbedeutsame Konflikte aufwirft, welche die Durchführung eines besonderen Verfahrens zur Prüfung der Raumverträglichkeit zwingend erforderlich erscheinen lassen.“*