

20. Wahlperiode



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Klimaschutz und
Energie

Ausschussdrucksache **20(25)126**

23. Juni 2022

Stellungnahme zum Wind an Land Gesetz (WaLG)
Stiftung Umweltenergierecht

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie

zum Entwurf einer Formulierungshilfe der Bundesregierung für die Fraktionen der SPD, von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP – Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land – Ausschussdrucksache 20(25)105

23.06.2022

erstellt von
Dr. Nils Wegner
Dr. Thorsten Müller

unter Mitarbeit von
Ass. iur. Steffen Benz

II Öffentlichen Anhörung zum Windenergie-an-Land-Gesetz

Zitiervorschlag:

**Wegner/Müller, Stellungnahme zur öffentlichen
Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und
Energie,
23.06.2022.**

**Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg**

Telefon
+49 931 79 40 77-0

Telefax
+49 931 79 40 77-29

E-Mail
**wegner@stiftung-umweltenergierecht.de
mueller@stiftung-umweltenergierecht.de**

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand
Dr. Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat
**Prof. Dr. Monika Böhm
Prof. Dr. Franz Reimer
Prof. Dr. Markus Ludwigs
Prof. Dr. Sabine Schlacke**

Spendenkonto
**Sparkasse Mainfranken Würzburg
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83
BIC: BYLADEM1SWU**

Inhaltsverzeichnis

Auf einen Blick	1
A. Überblick: Neues Planungsrecht für ausreichend Flächen sowie rechtssichere und beschleunigte Verfahren	3
I. Verknüpfung von Flächenausweisungen und Ausbauzielen	3
II. Rechtssichere und beschleunigte Planungsverfahren	3
III. Fortbestand von konzentrierender Wirkung und Außenbereichsprivilegierung	4
IV. Fokus Handlungsbedarf: Kurzfristige Flächenbereitstellung	4
B. Flächenbeitragswerte als Mindestvorgaben	6
I. Handlungsspielräume der Kommunen	6
II. Ausweitung kommunaler Spielräume und „isolierte Positivplanung“	6
III. Flexibilität zwischen den Ländern	7
C. Fortbestand der Außenbereichsprivilegierung	8
I. Keine Veränderung durch Inkrafttreten des Windenergie-an-Land-Gesetzes	8
II. Möglichkeit von Beschränkungen durch vermehrte Planungsverfahren	8
III. Räumliche Beschränkung der Privilegierung, soweit Flächenbeitragswerte erfüllt werden	9
IV. Fortgeltung und Durchsetzung der Außenbereichsprivilegierung bei Verfehlung der Flächenbeitragswerte	9
1. Stärkung der Außenbereichsprivilegierung bei Verfehlung der Mengenziele	9
2. Fehlende Regelung zu Hemmnissen auf Ebene der Bebauungspläne	10
D. Pauschale aber subsidiäre gesetzliche Mindestabstände in den Ländern	12
E. Eingeschränkte „Wiedereröffnung“ von Repoweringstandorten	14
F. Zusätzliches Beschleunigungspotenzial heben	16
I. Rotor-außerhalb-Flächen als Zweifelsregelung	16
II. Verkürzung vorgesehener Fristen	17
III. Vorziehen von Flächenausweisungen	18
IV. Positive Vorwirkung von Planentwürfen	19
V. Beschleunigung von Öffentlichkeitsbeteiligung	19

IV Öffentlichen Anhörung zum Windenergie-an-Land-Gesetz

G. Wo besteht darüber hinaus Handlungsbedarf? _____	21
I. Anforderungen an auszuweisende Flächen klarstellen _____	21
II. Repoweringstandorte in neuen Planungen stärken _____	21
III. Einheitlichkeit der Flächenanrechnung für Teilziele nach § 4 WindBG-E wahren _____	22
IV. „Bauflächen“ in § 2 Nr. 1 a WindBG-E ergänzen _____	23
V. Anrechnung von Vorbehaltsgebieten nach § 2 Nr. 1 b) WindBG-E streichen _____	23
VI. Mechanismus zur Feststellung der Flächenbeitragswerte vereinfachen _____	23
VII. Wertung des überragenden öffentlichen Interesses für die Ausweisungsentscheidungen verankern _____	24
H. Ausblick: Go-To-Gebiete _____	25

Auf einen Blick

- ▶ Die Formulierungshilfe für das Windenergie-an-Land-Gesetz adressiert zentrale Fehler und Fehlentwicklungen des bisherigen Rechtsrahmens für die Flächenbereitstellung für die Windenergie und führt dessen bewährte Strukturelemente fort. Es ist **grundsätzlich geeignet die planungsrechtlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen**, die Ausbauziele für die Windenergie zu erreichen.
- ▶ **Unter Beschleunigungsgesichtspunkten besteht zusätzlicher Handlungsbedarf** insbesondere mit Blick auf die **kurzfristige Flächenbereitstellung** bis zur Umsetzung des ersten Flächenbeitragswerts in den Ländern Ende 2026.
- ▶ Um einen solchen zusätzlichen **Beschleunigungseffekt** zu ermöglichen, bestehen **verschiedene Änderungsmöglichkeiten**.

Eignung des Windenergie-an-Land-Gesetzes

- ▶ Das Windflächenbedarfsgesetz stellt eine **Verknüpfung zwischen den Windausbauzielen des Bundes und der Flächenausweisung in den Ländern** her, die im bisherigen Rechtsrahmen fehlt.
- ▶ Die Flächenbeitragswerte des Windenergieflächenbedarfsgesetzes stellen allein **Mindestvorgaben** dar. Dies wird in § 249 Abs. 4 BauGB-E ausdrücklich festgestellt. Inwieweit Kommunen über die Mindestvorgaben durch weitere Flächenausweisungen hinausgehen können, hängt wie schon bisher von der raumordnerischen Steuerung im jeweiligen Land ab.
- ▶ Die Einführung einer klaren Mengenvorgabe und die eigentumsrechtlich relevante Umformulierung der Außenbereichsprivilegierung für die Windenergie ermöglicht eine Umstellung der bisherigen Ausschlussplanungen („Konzentrationszonenplanungen“) auf **klassische Positivplanungen**. Die Planungsprozesse können dadurch beschleunigt sowie **rechtssicherer** und gerichtsfester gemacht werden.
- ▶ Trotz einer punktuellen Modifikation der **Außenbereichsprivilegierung** bleibt diese **in ihrer Funktion unangetastet**.

Sie bleibt Ausgangspunkt und Rückfalloption des Windenergieausbaus und damit dessen „Grundnorm“.

- ▶ **Pauschale gesetzliche Mindestabstände** in den Ländern sind gem. § 249 Abs. 3 BauGB-E weiterhin möglich. Sie werden aber **in ihrer Funktion** geändert. Auch in diesen Gebieten können zukünftig Windflächen geplant werden. Bestehende Länderregelungen sind bis 31. Mai 2023 anzupassen. Wollen die Planungsträger die Abstandsflächen freihalten, müssen sie ausreichend Flächen entsprechend dem Flächenbeitragswert bzw. dem jeweiligen Teilflächenziel an anderer Stelle im Plangebiet ausweisen.
- ▶ § 245e Abs. 3 BauGB-E schafft die planungsrechtliche **Grundlage für Repoweringvorhaben an Altstandorten**, wenn diese planerisch nicht mehr für die Windenergie ausgewiesen sind. Diese Standorte stünden dem Ausbau mit Inkrafttreten des Gesetzes unter bestimmten Voraussetzungen sofort zur Verfügung. Das weitreichende **„Vetorecht“ von betroffenen Kommunen** könnte diesen Effekt allerdings stark begrenzen. Soll diese Einschränkung verringert werden, bestehen Änderungsmöglichkeiten.
- ▶ Sofern die **Flächenbeitragswerte** durch die Länder mit Ablauf der Fristen Ende 2026 und Ende 2032 **nicht umgesetzt** werden, kann in den betroffenen Plangebieten der weitere **Windausbau auf Grundlage ihrer Außenbereichsprivilegierung** stattfinden. Dieser können dann weder die Mindestabstandsregelungen in den Ländern, noch andere Raumplanungen und grundsätzlich auch keine Plansicherungsinstrumente wie Moratorien entgegengehalten werden

Möglichkeiten zur Beschleunigung und zusätzliche Flächen

- ▶ Auch wenn die **Fristen** für einzelne Akteure im Windenergie-an-Land-Gesetz bereits ambitioniert sein mögen, sollten sie auf weiteres Beschleunigungspotenzial geprüft werden. Dies gilt insbesondere für die Fristen, die nicht die Planung selbst, sondern eher Vorbereitungshandlungen betreffen, namentlich die Fristen

2 Öffentlichen Anhörung zum Windenergie-an-Land-Gesetz

nach § 249 Abs. 3 S. 6 BauGB-E (Frist bis 31. Mai 2023 zur Anpassung der Mindestabstandsregelungen in den Ländern) sowie § 3 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 2 WindBG-E (Frist bis 31. Mai 2024 zur Vorlage von Planaufstellungsbeschlüssen bzw. zum Nachweis der Festlegung von Teilflächenzielen). Eine Kürzung dieser Fristen könnte den eigentlichen Planungsvorgängen weitere Zeit verschaffen oder sogar eine Verkürzung der Frist zur Ausweitung der Flächen ermöglichen.

- ▶ Die **Übergangsfristen des § 245e Abs. 1** BauGB-E sollten für solche laufenden Planungsverfahren verlängert werden, die nach ihrem Planungskonzept der Erfüllung der Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes jedenfalls nahekommen. So können diese Verfahren relativ zeitnah abgeschlossen und ihre Verzögerung verhindert werden.
- ▶ In § 2 Nr. 1 b) WindBG sollten **Vorbehaltsgebiete** gestrichen und ihre Anrechnung auf die Flächenbeitragswerte der Länder nicht ermöglicht werden. Anders als bei Eignungsgebieten steht hier gerade nicht fest, dass sich Windenergievorhaben hier regelmäßig und nicht nur im Einzelfall werden durchsetzen können.
- ▶ Damit in Plangebieten mit fortbestehender Ausschlussplanung (Konzentrationszonenplanung) die neu ausgewiesenen Flächen nicht erst mit dem Inkrafttreten der neuen Pläne genutzt werden können, sollte eine **positive Vorwirkung der Planentwürfe** für Windenergiegebiete geregelt werden, die eine zeitliche Vorverlagerung von Zulassungen auf den Moment der sog. „Planreife“ erlaubt.
- ▶ Der Bundesgesetzgeber kann den **Kommunen** – wenn auch nicht abweichungsfest – einen **größeren Handlungsspielraum** zur Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie einräumen. Damit die Kommunen diesen Spielraum rechtssicher nutzen können, sollte zudem die sog. **„isolierte Positivplanung“** über § 249 Abs. 1 BauGB hinaus ausdrücklich anerkannt und konkretisiert werden. Zudem sollte die **isolierte Positivplanung auch für die Raumordnung** geregelt werden, wodurch auch oder alternativ Regionalplanungsträger selbst den Kommunen kurzfristig weitere Handlungsspielräume einräumen könnten.

Zusätzlicher Handlungsbedarf

- ▶ Über die aktuellen Bemühungen um eine Beschleunigung von **Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung** durch Digitalisierung im Entwurf für eine Änderung des Raumordnungsgesetzes hinaus sollte zeitnah eine zusätzliche Beschleunigung unternommen werden. Potenzial besteht hier in erster Linie bei wiederholten Öffentlichkeitsbeteiligungen, die teils in eine Endlosschleife führen.
- ▶ Zur zusätzlichen Erhöhung der Rechtssicherheit der Planungen sollten die Anforderungen an die **Eignung ausgewiesener Flächen** konkretisiert werden. Hierfür sollte insbesondere zeitnah von den vorgesehenen Verordnungsermächtigungen (§ 9a Abs. 2 BauGB-E; § 8 Abs. 5 ROG-E) zur Bestimmung von Einzelheiten beim **planerischen Umgang mit dem Artenschutz** genutzt werden. Der Umgang mit **Höhenbeschränkungen** in den Ländern sollte jedenfalls gemonitort werden.
- ▶ Die **Anrechnung von Standorten auf die Flächenbeitragswerte der Länder, die nicht als Windenergiegebiet ausgewiesen sind** nach § 4 Abs. 1 S. 3 WindBG sollte gestrichen werden. Das Interesse der Länder, nicht übermäßig Flächen auszuweisen, kann durch die Möglichkeiten einer planerischen Ausweisung dieser Standorte oder eines standortverlagernden Repowerings nach § 249 Abs. 8 BauGB-E hinreichend gewahrt werden.
- ▶ In § 2 Nr. 1 a) WindBG sollte der **Begriff der Baufläche** ergänzt werden, da diese Ausweisungsform auf Flächennutzungsplanebene in der Form von Sonderbauflächen für die Windenergie klar im Vordergrund steht.

Ausblick

- ▶ Die im Entwurf der EU-Kommission für eine neue Erneuerbare-Energien-Richtlinie vorgesehenen sog. **„go-to“-Gebiete** haben das Potenzial zu einer Beschleunigung von Zulassungsverfahren für die Windenergie. Innerhalb solcher Gebiete könnte ein Verzicht auf eine eigenständige Artenschutzprüfung möglich sein. Nach dem jetzigen Entwurfsstand sind sie jedoch nicht mit den Windenergiegebieten identisch. Ist dies gewünscht, bedarf es einer Änderung.

A. Überblick: Neues Planungsrecht für ausreichend Flächen sowie rechtssichere und beschleunigte Verfahren

Der Vorschlag für ein Windenergie-an-Land-Gesetz adressiert mit seinen beiden Elementen – dem Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG-E) und einer Änderung des Baugesetzbuch (BauGB-E) – Fehler- und Fehlentwicklungen im bisherigen Rechtsrahmen der Flächenbereitstellung für die Windenergie, ohne dessen bewährte Strukturelemente aufzugeben¹. So würden ein neues Planungsrecht für die Windenergie und damit die planungsrechtlichen Voraussetzungen geschaffen, um ausreichend Flächen bereitzustellen sowie die Planungsverfahren rechtssicherer zu machen und zu beschleunigen.

Soll der Ausbau der Windenergie, wie etwa im Entwurf des EEG 2023 vorgesehen, deutlich beschleunigt werden, besteht gleichwohl Nachbesserungsbedarf, insbesondere mit Blick auf die kurzfristige Bereitstellung von Flächen bis zum ersten Zwischenziel des Windenergieflächenbedarfsgesetzes Ende 2026.

I. Verknüpfung von Flächenausweisungen und Ausbauzielen

Der bislang geltende Rechtsrahmen für die Bereitstellung von Flächen für die Windenergie ist zum Erreichen der angestrebten bundesrechtlichen Ausbauziele von 115 GW Wind-Leistung im Jahr 2030, 157 GW im Jahr 2035 und 160 GW im Jahr 2040 nicht geeignet. Wie viel Fläche ausgewiesen wird, entscheiden die Länder nach geltendem Recht weitgehend selbst und orientiert an den eigenen landespolitischen Vorstellungen und Ambitionen. Dass sich die so zustande kommenden Flächenbeiträge der Länder zum Gesamtflächenbedarf für

den Windenergieausbau aufsummieren, wird bislang gerade nicht hinreichend rechtlich abgesichert. Insbesondere fällt das Gebot, wonach der Windenergie schon heute in substantieller Weise Raum zu verschaffen ist, als bundesrechtlicher Hebel, eine Ausweisung von durchschnittlich 2 Prozent der Flächen in den Ländern zu gewährleisten, aus. Das sog. Substanzgebot soll allein Verhinderungsplanungen unterbinden, verknüpft aber gerade nicht die Flächenausweisung mit den Ausbau- und Klimaschutzzielen im Erneuerbare-Energien-Gesetz und Bundes-Klimaschutzgesetz².

Diese bislang fehlende Verknüpfung soll das Windenergieflächenbedarfsgesetz nun herstellen. Es verpflichtet die Länder, Flächen im Umfang von mindestens 1,4 Prozent des Bundesgebiets bis Ende 2026 und von mindestens 2 Prozent bis Ende 2032 auszuweisen (sog. Flächenbeitragswerte, § 3 Abs. 1 WindBG-E). Damit wird die Voraussetzung geschaffen, dass die Windenergie bis 2035 ihren Beitrag für eine klimaneutrale Stromversorgung und das Erreichen der Treibhausgasneutralität im Jahr 2045 leisten kann.

II. Rechtssichere und beschleunigte Planungsverfahren

Damit die Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes in den Ländern rechtzeitig umgesetzt und die bislang oftmals nur theoretisch hohe Steuerungsleistung der Konzentrationszonenplanungen in Zukunft auch praktisch erreicht wird, werden zudem die Planungsinstrumente im Baugesetzbuch reformiert. Erreicht wird dies durch die klaren Mengenvorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes sowie

¹ Zu diesen Elementen siehe *Wegner*, Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 26 vom 11.02.2022, S. 2 ff.

² *Wegner*, Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 26 vom 11.02.2022, S. 6 m. w. N.

4 Öffentlichen Anhörung zum Windenergie-an-Land-Gesetz

eine eigentumsrechtlich relevante Umformulierung der Außenbereichsprivilegierung für die Windenergie. Dadurch kann auf die fehleranfällige Unterscheidung harter und weicher Tabuzonen in den Planaufstellungsverfahren verzichtet und somit die Rechtssicherheit und Gerichtsfestigkeit der Windenergieplanungen gesteigert werden.

Das Instrumentarium der Flächenausweisung für die Windenergie wandelt sich zudem von einer Ausschlussplanung, die eine tiefgehende Betrachtung des gesamten Ausschlussbereichs in den Plangebieten fordert und mit entsprechend hohem Planungsaufwand verbunden ist, hin zu einem Instrument der Positivplanung (§ 249 Abs. 1 BauGB-E; § 2 Nr. 1 a) WindBG-E). Die damit einhergehende Fokussierung der Planungsverfahren auf die Flächen, die der Windenergie zur Verfügung gestellt werden, bringt Beschleunigungseffekte und reduziert den Planungsaufwand für die im Durchschnitt bislang 5-7 Jahre dauernden Verfahren³. Durch die Lockerung der Bindung solcher Planungen an anderweitige Planvorgaben (§ 249 Abs. 5 BauGB-E) wird zudem verhindert, dass in den Ländern zunächst sämtliche Raumpläne entlang der Planungshierarchie an die Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes anzupassen sind, bevor überhaupt neue Windenergiegebiete ausgewiesen werden können.

III. Fortbestand von konzentrierender Wirkung und Außenbereichsprivilegierung

Trotz der Umstellung der Flächenbereitstellung für die Windenergie auf eine Positivplanung wird weiterhin eine konzentrierende Wirkung und damit die Freihaltung des Großteils der Plangebiete für anderweitige Raumnutzungen und -funktionen erreicht (§ 249 Abs. 2 BauGB-E). Wenn, sobald und solange die Flächenausweisungen in den Ländern die Flächenbeitragswerte des Windenergieflächenbedarfsgesetzes planerisch erreichen, sind Windenergievorhaben nur noch auf den für sie ausgewiesenen Flächen privilegiert zulässig. Wie auch im

heutigen Recht fehlt es Windenergievorhaben außerhalb dieser Flächen dann – und erst dann und nur solange die Planung Bestand hat – an der Zulassungsfähigkeit, so dass eine Konzentration auf die Windenergiegebiete stattfindet, die zwei Prozent der Bundesfläche ausmachen.

Die privilegierte Zulässigkeit von Windenergievorhaben im baulichen Außenbereich wird dadurch in ihrer Funktion als planungsrechtliche „Grundnorm“ für die Windenergie nicht verändert. Sie bleibt Ausgangspunkt und Rückfalloption, solange und soweit die Flächenbeitragswerte des Windenergieflächenbedarfsgesetzes nicht erreicht sind. Gegenüber der bisherigen Rechtslage, nach der eine Zulassung von Windenergievorhaben außerhalb von Konzentrationszonen in der Regel unzulässig ist, ändert sich im Grunde nichts, nur dass für diese Ausschlusswirkung zukünftig nicht mehr bereits ausreichend ist, dass der Windenergie durch die Konzentrationszonen „substanziell Raum“ verschafft wird. Denn das Substanzgebot wird in Zukunft durch die mengenmäßig klar bestimmte und weiterreichende Vorgabe des Windenergieflächenbedarfsgesetzes ersetzt und lässt die konzentrierende Wirkung erst dann eintreten, wenn ausreichend Flächen im Sinne der Bedarfsfestlegung ausgewiesen werden.

Durch die Umgestaltung der Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB und damit der pauschalen gesetzlichen Mindestabstände in den Ländern wird zudem verhindert, dass Windenergievorhaben auf erheblichen Teilen der Landesflächen entprivilegiert und damit von vornherein den Planungsverfahren entzogen werden. Gesetzliche Mindestabstände bleiben zulässig, aber sie haben nur dort Bestand, wo der „Nachweis“ einer ausreichenden Flächenbereitstellung jenseits der Abstandsflächen durch das jeweilige Land geführt wird.

IV. Fokus Handlungsbedarf: Kurzfristige Flächenbereitstellung

Mit dem Windenergie-an-Land-Gesetz entscheidet sich der Gesetzgeber für einen

³ BMI, Riedl/Materne/Hage, Planungsbeschleunigung, MORO Informationen Nr. 20/1, 2021, S. 13, 17.

vorerst auch weiterhin planerisch gesteuerten Ausbau der Windenergie und gegen einen Ausbau unmittelbar auf Grundlage allein der planeretzenden gesetzlichen Regelung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB. Trotz der grundlegenden Umstellung der Flächenausweisungen für die Windenergie auf Positivplanungen werden die daher weiterhin notwendigen Planungsverfahren Zeit brauchen. Das Windenergieflächenbedarfsgesetz gibt den Ländern für das Erreichen des Zwischenziels, durchschnittlich 1,4 Prozent Windenergieflächen auszuweisen, bis Ende 2026, für das Ziel von durchschnittlich 2 Prozent schließlich bis Ende 2032 Zeit.

Zwar können durch das Überleitungsrecht im Baugesetzbuch (§ 245e Abs. 1 S. 1 BauGB-E) und Anrechnungsvorschriften des Windenergieflächenbedarfsgesetz (§ 4 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 2 Nr. 1 b) WindBG-E) bereits auf Grundlage des bisherigen Rechts begonnene Planungsverfahren noch bis ein Jahr nach Inkrafttreten des Windenergie-an-Land-Gesetzes zu Ende geführt werden, um so nicht zuletzt zeitnah weitere Flächen für die Windenergie auszuweisen. Zudem besteht beim gegenwärtigen Zubautempo aktuell noch kein bundesweit akuter Flächenmangel, und für die ganz kurzfristige Beschleunigung des Windenergieausbaus müssen in erster Linie Hemmnisse im Zulassungsrecht beseitigt werden. Da aber das Zubautempo erheblich gesteigert werden soll, sollten zur Verbesserung der Versorgungssicherheit sowie zur Erreichung des angestrebten Ausbaupfads möglichst alle Beschleunigungspotenziale im Rahmen des Windenergie-an-Land-Gesetzes gehoben werden. Unter anderem könnten dazu die Fristen des Windenergie-an-Land-Gesetzes noch einmal kritisch auf Beschleunigungspotenzial geprüft und verkürzt werden, Repoweringstandorte über den Entwurfsstand hinaus geöffnet, Kommunen Anreize für die kurzfristige Ausweisung zusätzlicher Flächen gesetzt und das hierfür notwendige Instrument der „isolierten Positivplanung“ rechtssicher ausgestaltet werden. Neben weiteren, auch rechtstechnischen Punkten wird zudem angeregt ein Überschreiten von Gebietsgrenzen durch die Rotorblätter von Windenergieanlagen für Flächennutzungsplan- und Raumordnungsebene zuzulassen.

B. Flächenbeitragswerte als Mindestvorgaben

Die Flächenbeitragswerte des Windenergieflächenbedarfsgesetzes sind als Mindestvorgaben gegenüber den Ländern ausgestaltet. Ausdrücklich ergibt sich dies aus § 249 Abs. 4 BauGB-E:

„Die Feststellung des Erreichens eines Flächenbeitragswerts oder Teilflächenziels steht der Ausweisung zusätzlicher Flächen für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nummer 5, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nicht entgegen.“

Danach bleibt es – wie schon bislang – grundsätzlich den Ländern überlassen, ob sie über die Verpflichtungen des Windenergieflächenbedarfsgesetzes in zeitlicher wie auch in quantitativer Hinsicht hinaus Flächen für die Windenergie selbst ausweisen oder dies den Planungsträgern gestatten. Der Bundesgesetzgeber könnte den Kommunen hier weitergehend als bislang Freiräume einräumen und zusätzliche Anreize setzen sowie das Instrument der isolierten Positivplanung für eine kurzfristige Nutzung dieser Freiräume rechtssicher ausgestalten.

I. Handlungsspielräume der Kommunen

Die Handlungsfreiheit der Kommunen wird durch das Windenergie-an-Land-Gesetz gegenüber der heutigen Rechtslage nicht eingeschränkt, aber auch nicht gestärkt. Deren Handlungsspielraum, weitere Flächen auszuweisen, ist wie schon bislang von den Vorgaben des jeweiligen Landes, das heißt der raumordnerischen Steuerung im jeweiligen Land, abhängig. Werden auf Ebene der Raumordnung allein Vorranggebiete ohne Ausschlusswirkung ausgewiesen, wie es das Windenergieflächenbedarfsgesetz zulässt und gleichwohl eine konzentrierende Wirkung für Windenergievorhaben ermöglicht, bleiben die

Kommunen darin frei, weitere Windenergiegebiete in der Bauleitplanung auszuweisen. Wird raumordnerisch dagegen eine Ausschlusswirkung mittels Vorranggebieten mit Ausschlusswirkung oder entsprechenden landesrechtlichen Gebietstypen festgelegt, so sind die Kommunen wie heute über die Zielbindung der Festlegung an der Ausweisung weiterer Flächen gehindert.

II. Ausweitung kommunaler Spielräume und „isolierte Positivplanung“

Der Gesetzgeber könnte in Abweichung von der heutigen Rechtslage den Kommunen das Recht einräumen, stets oder befristet über die Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes hinaus Flächen für die Windenergie auszuweisen. Dies hatte auch der Sachverständigenrat für Umweltfragen vorgeschlagen⁴. Der Gesetzgeber könnte hierfür die Ausschlusswirkung entsprechender raumordnerischer Gebietsausweisungen gegenüber den Kommunen einschränken und entweder dauerhaft oder jedenfalls befristet einen Verzicht auf eine raumordnerische Ausschlussplanung gegenüber den Kommunen im Raumordnungsgesetz anordnen. Sofern einzelne Länder dies nicht wollten, könnten sie hiervon auf der Grundlage ihrer Abweichungskompetenz für das Recht der Raumordnung (Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG) abweichen.

Alternativ hierzu könnte der Bundesgesetzgeber auch das Instrument der „isolierten Positivplanung“, wie es bislang allein in § 249 Abs. 1 BauGB einen losen Anknüpfungspunkt für die Ebene der Bauleitplanung hat, für die Raumordnungsebene regeln. Dies würde es Ländern mit grundsätzlich abschließender Steuerung auf Raumordnungsebene rechtssicher ermöglichen, ihren Kommunen selbst weitergehende

⁴ SRU, Klimaschutz braucht Rückenwind: Für einen konsequenten Ausbau der Windenergie an Land, Stellungnahme, Februar 2022, 22, Tz. 58.

Handlungsspielräume für die Übergangszeit bis Ende 2026 einzuräumen, ohne die Steuerungsleistung vorhandener Konzentrationszonenplanungen bis dahin zu riskieren. In Ländern, die schon bislang erst auf kommunaler Ebene eine abschließende Steuerung der Windenergie vorgenommen haben, besitzen die Kommunen die notwendige Handlungsfreiheit ohnehin.

Um die Kommunen dabei zu unterstützen, von den so entstehenden zusätzlichen Handlungsspielräumen Gebrauch zu machen, könnte der Bundesgesetzgeber schließlich die finanziellen Anreize des § 6 EEG 2021 durch einen Bonus für kurzfristig ausgewiesene zusätzliche Windenergieflächen als Basis für eine Beschleunigung von Windenergievorhaben zusätzlich stärken.

Der Gesetzgeber sollte jedenfalls das Instrument der „isolierten Positivplanung“ für die kommunale Ebene über die Andeutungen in § 249 Abs. 1 BauGB hinaus konkretisieren, damit es von Kommunen zur Anpassung eigener Konzentrationszonenplanungen für die Zeit bis Ende 2026 und zur Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie genutzt werden kann⁵.

III. Flexibilität zwischen den Ländern

Während das Windenergieflächenbedarfsgesetz einer weitergehenden Ausweisung von Flächen durch Länder und Kommunen schon nach derzeitigem Stand nicht entgegensteht, kommt eine Abweichung von den Vorgaben „nach unten“ nur bei gleichzeitiger Gewährleistung des Gesamtflächenziels in Betracht. Nach § 6 Abs. 4 WindBG-E können sich Länder mittels Staatsverträgen gegenüber anderen Ländern dazu verpflichten mehr Fläche als von ihnen gefordert auszuweisen. Der Flächenüberhang des einen Landes wird dann dem anderen Land „gutgeschrieben“, die Flächenbeitragswerte des Windenergieflächenbedarfsgesetzes im Verordnungswege angepasst. Eine Abweichung von den zunächst vorgesehenen Werten ist für die Stadtstaaten um bis zu 75 Prozent und für die Flächenländer um bis zu 35 Prozent möglich. Die Möglichkeit kann bislang allein bis zum 1. Juni 2024 genutzt werden

(§ 6 Abs. 4 S. 2 WindBG-E). Es sollte erwogen werden, eine entsprechende Möglichkeit auch für die zweite Planungsperiode zum Erreichen des Spalte 2-Flächenbeitragswerts vorzusehen. Es ist jedenfalls plausibel, wenn nicht gar zu erwarten, dass die Länder erst mit Blick auf diesen zeitlich späteren Flächenbeitragswert absehen können, inwieweit sie darüberhinausgehende Flächenpotenziale erschließen können und wollen. Insoweit erscheint gerade hier eine weitere Flexibilitätsmöglichkeit sinnvoll.

⁵ Zu diesem Vorschlag ausführlich *Wegner*, Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen,

C. Fortbestand der Außenbereichsprivilegierung

I. Keine Veränderung durch Inkrafttreten des Windenergie-an-Land-Gesetzes

Mit Inkrafttreten des Windenergieflächenbedarfsgesetzes und der Änderungen im Baugesetzbuch würde sich zunächst grundsätzlich nichts an der Geltung der Außenbereichsprivilegierung der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gegenüber der heutigen Rechtslage ändern. Wo nicht eine bereits existierende Konzentrationszonenplanung mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB besteht und gem. § 245e Abs. 1 BauGB-E befristet fortgilt, können Windenergieanlagen im gesamten Außenbereich unter dem Vorbehalt entgegenstehender öffentlicher Belange im Einzelfall nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB planungsrechtlich zugelassen werden.

II. Möglichkeit von Beschränkungen durch vermehrte Planungsverfahren

Wenn auch zunächst keine Veränderung der Rechtslage eintritt, so ist es gleichwohl möglich, dass die Wirkungen der Außenbereichsprivilegierung bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist für das Teilflächenziel Ende 2026 (Flächenbeitragswerte nach Anlage 1, Spalte 1 WindBG-E) weitergehend als in der Vergangenheit beschränkt werden. Es ist zu erwarten, dass eine Vielzahl an Planungsverfahren in den Ländern gleichzeitig begonnen werden, um die Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes rechtzeitig umzusetzen. In den Gebieten, in denen eine abschließende räumliche Steuerung bislang nicht stattfindet, dürften die Planungsträger dann Plansicherungsinstrumente nutzen, um zu verhindern, dass ihre Planungsziele durch den inzwischen stattfindenden Zubau konterkariert werden. Bereits aus diesem Grund ist es wichtig, die vorgeschlagenen Fristen im Windenergieflächenbedarfsgesetz noch einmal

zu überprüfen und soweit möglich zu verkürzen.

Auf Raumordnungsebene kann diese Sicherungswirkung schon heute und auch weiterhin für maximal drei Jahre durch die befristete Untersagung raumbedeutsamer Maßnahmen nach § 12 Abs. 2 ROG oder sog. Windenergiemoratorien in den Ländern erzielt werden. Auf Bauleitplanungsebene kommt hierfür die Zurückstellung von Baugesuchen nach § 15 Abs. 3 BauGB für ein bis maximal zwei Jahre ab Zurückstellung des Baugesuchs oder die Veränderungssperre nach § 14 BauGB in Frage, die zwei, drei und im Falle besonderer Umstände gar vier Jahre nach § 17 Abs. 1, 2 BauGB Sperrwirkung entfalten kann. Der Anwendungsbereich der Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB, der bislang allein auf Konzentrationszonenplanungen Anwendung findet, würde bis zum Ablauf des 31. Dezember 2026 zudem nach § 245e Abs. 2 BauGB-E auch auf schlichte Positivdarstellungen in Flächennutzungsplänen erweitert, sofern dadurch der Flächenbeitragswert nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz erreicht werden soll. Diese unterschiedlichen Plansicherungsregelungen haben gemeinsam, dass sie einen Zubau auf Grundlage der Außenbereichsprivilegierung in den betroffenen Plangebieten jeweils befristet ausschließen könnten. Allein soweit die Plansicherungsinstrumente einen Zubau im Wege der Ausnahme zulassen, wäre dieser auch während den Planungsverfahren auf Grundlage der Außenbereichsprivilegierung möglich.

Die voranstehend geschilderte Beschränkung der Wirkungen der Außenbereichsprivilegierung ist in erster Linie tatsächliche Folge der Pflichten der Länder, deutlich mehr Flächen für die Windenergie als bislang auszuweisen sowie der Entscheidung, die hierfür erforderlichen Planungen auch weiterhin in ihrer Steuerungswirkung zu schützen. Das Windenergieflächenbedarfsgesetz ist für die beschriebenen Beschränkungen jedoch nicht blind. Es wirkt einem Übermaß an parallelen Planungsverfahren und damit einer

gleichzeitigen Sperrung allzu vieler Planungsgebiete sowie der Überlastung von Planungsressourcen dadurch entgegen, dass bereits laufende Planungsverfahren gem. § 245e Abs. 1 S. 1 BauGB-E, § 2 Nr. 1 b) WindBG-E auf Grundlage des bisherigen Rechts bis ein Jahr nach Inkrafttreten des Windenergie-an-Land-Gesetzes zu Ende geführt werden können. Bis dahin können insbesondere auch solche Verfahren zu Ende geführt werden, die sich – wie insbesondere in Brandenburg – noch der raumordnerischen Kategorie der Eignungsgebiete bedienen. Der in solchen Verfahren ansonsten notwendige Wechsel des Gebietstyps mit der Konsequenz, dass jedenfalls eine erneute Offenlage der Planentwürfe erforderlich würde, wird so vermieden.

Angeregt wird, diese Übergangszeit für die Fertigstellung solcher laufender Verfahren zu verlängern, die Eignungsgebiete nutzen und die ihrem Planungskonzept nach Flächen für die Windenergie in einem Umfang ausweisen sollen, der den Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes nahekommt⁶. In solchen Fällen können die dann noch erforderlichen zusätzlichen Flächen auch in der dann verkürzten Zeit bis Ende 2026 noch im Wege einer isolierten Positivplanung ausgewiesen werden. Keinesfalls sollte diese Verlängerung allerdings auch für die derzeit ebenfalls im Regelungsentwurf enthaltenen Vorbehaltsgebiete gelten, weil diese, anders als Eignungsgebiete, gerade nicht gewährleisten, dass sich Windenergievorhaben hier regelmäßig und nicht nur im Einzelfall durchsetzen können. Vorbehaltsgebiete sollten – im Gegenteil – überhaupt nicht angerechnet werden⁷.

III. Räumliche Beschränkung der Privilegierung, soweit Flächenbeitragswerte erfüllt werden

Eine rechtliche Beschränkung der Außenbereichsprivilegierung in ihren räumlichen Wirkungen tritt gem. § 249 Abs. 2 S. 1, 2, Abs. 7 S. 1 BauGB-E erst und solange ein, wie in dem jeweils maßgeblichen

Planungsraum die Erfüllung des Flächenbeitragswerts nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz gem. § 5 WindBG festgestellt ist. Nur insoweit beschränken sich die Wirkungen der Außenbereichsprivilegierung auf die ausgewiesenen Windenergiegebiete. Dort kann die Zulassung von Windenergievorhaben weiterhin als privilegierte Außenbereichsvorhaben erfolgen. Außerhalb dieser Gebiete scheidet eine Zulassung von Windenergievorhaben als insoweit nicht-privilegierte Vorhaben dagegen dann ganz regelmäßig aus. Hieran, das heißt an der Unzulässigkeit von Windenergievorhaben außerhalb der Windenergiegebiete, würde auch die geplante Anerkennung der überragenden Bedeutung von Windenergievorhaben für das öffentliche Interesse sowie die öffentliche Sicherheit in § 2 EEG 2021 nichts ändern.

Der Mechanismus gewährleistet mithin bei Erfüllung der Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes eine Konzentration von Windenergievorhaben auf die ausgewiesenen Windenergiegebiete und eine Freihaltung der Planungsräume im Übrigen, um anderweitige Raumfunktionen und -nutzungen zu bewahren. Funktional unterscheidet sich dies nicht von der im geltenden Recht von den Konzentrationszonenplanungen ausgehenden Wirkung, für die jedoch bereits deutlich geringere Flächenausweisungen genügen.

IV. Fortgeltung und Durchsetzung der Außenbereichsprivilegierung bei Verfehlung der Flächenbeitragswerte

1. Stärkung der Außenbereichsprivilegierung bei Verfehlung der Mengenziele

Werden die quantitativen Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes im jeweils maßgeblichen Planungsraum dagegen nicht erfüllt, so findet eine räumliche Beschränkung der

⁶ Da gem. § 3 Absatz 3 Nr. 2 die Länder erst bis zum 31. Mai 2024 verpflichtet sind regionale Teilflächenziele umzusetzen könnte hier vereinfachend auf den

jeweiligen Landeswert nach Anlage 1 Spalte 1 WindBG abgestellt werden.

⁷ Hierzu unter G. V.

Außenbereichsprivilegierung von Windenergievorhaben auf Windenergiegebiete auch nicht statt, § 249 Abs. 7 S. 1 BauGB-E. Windenergievorhaben bleiben dann im gesamten Außenbereich des jeweiligen Planungsträgers als privilegierte Außenbereichsvorhaben grundsätzlich zulässig.

Gem. § 249 Abs. 7 S. 1 BauGB-E gilt dies sowohl in dem Fall, dass die Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes schon bei Ablauf der Fristen (31.12.2026 bzw. 31.12.2032) nicht erfüllt werden, als auch – wie heute – bei einem nachträglichen Unterschreiten der Vorgaben („sobald und solange“). Ein nachträgliches Unterschreiten kann insbesondere dann eintreten, wenn ein Plan mit einem Windenergiegebiet gerichtlich aufgehoben oder inzident für unwirksam erklärt wird und damit die noch anrechenbaren Windenergiegebiete (§ 4 WindBG-E) nicht länger den jeweils maßgeblichen Windenergiebeitragswert erreichen⁸. Erst wenn dieser Windenergiebeitragswert wieder oder erstmals erreicht ist, greift auch die Entprivilegierungsregelung des § 249 Abs. 2 BauGB-E (wieder).

Damit im Falle einer anfänglichen oder nachträglichen Nichterfüllung der Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes der Zubau im jeweiligen Plangebiet auf Grundlage der planersetzenden gesetzlichen Regelung effektiv stattfindet, werden mehrere Vorkehrungen getroffen. Nach § 249 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BauGB-E können

„[...] Darstellungen in Flächennutzungsplänen, Ziele der Raumordnung sowie sonstige Maßnahmen der Landesplanung einem Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 5, das der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dient, nicht entgegengehalten werden.“

Windenergievorhaben wird hiermit für den Fall der Nichterfüllung der Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes im betroffenen Planungsraum ein weitgehender – und über die heutige Rechtslage hinausgehender – Vorrang gegenüber anderen raumbedeutsamen Belangen eingeräumt.

Konkret werden damit die Regelungen des § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB (Ziele der Raumordnung⁹) sowie des Satz 1 Nr. 1 (Darstellungen des Flächennutzungsplans) vorübergehend außer Kraft gesetzt. Die übrigen öffentlichen Belange des § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB sind aber weiterhin umfänglich zu beachten. Sie dürfen dem Vorhaben mithin nicht entgegenstehen. Mit der Einbeziehung auch sonstiger Maßnahmen der Landesplanung werden zudem auch sämtliche raumordnerische Plansicherungsinstrumente, namentlich die befristete Untersagung nach § 12 Abs. 2 ROG sowie landesrechtliche Moratorien, unterbunden. Auch diese können mithin einen Zubau auf Grundlage der Außenbereichsprivilegierung nicht verhindern, wie dies in den letzten Jahren mehrfach geschehen ist.

2. Fehlende Regelung zu Hemmnissen auf Ebene der Bebauungspläne

Nicht erfasst wird durch die Regelung allerdings die Bebauungsplanebene. Dies ist zunächst insoweit verständlich, als das Vorliegen eines Bebauungsplans dazu führt, dass eine überplante Fläche rechtlich zum Innenbereich wird, eine Zulassung nach § 35 BauGB, der hier im Fokus steht, damit schon nach dessen Anwendungsbereich ausscheidet. Zudem hat sich bei Vorliegen eines Bebauungsplans die Planungsabsicht auch bereits in eigentumsrechtsrelevanter Weise realisiert, so dass dieser Windenergievorhaben entgegengehalten werden können muss.

Nicht ausgeschlossen werden aber auch die Wirkungen der Plansicherungsinstrumente auf Bebauungsplanebene. Damit aber ist es möglich, dass auf der Grundlage von bloßen Entwürfen für Bebauungspläne sowohl Veränderungssperren nach § 14 BauGB als auch die Zurückstellung von Baugesuchen nach § 15 Abs. 1 BauGB genutzt werden, um Windenergievorhaben zu unterbinden. Zuletzt waren immer wieder Fälle bekannt geworden, in denen solche Planentwürfe für großflächige Friedwälder

⁸ Zur vorübergehenden Anrechnung bereits gerichtlich aufgehobener oder inzident für unwirksam erklärter Planungen siehe § 4 Abs. 2 WindBG-E.

⁹ Erst recht können dann auch allein im Entwurf vorhandene Ziele der Raumordnung, die im Rahmen von § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB als unbenannter öffentlicher

Belang Berücksichtigung finden, den Windenergievorhaben nicht entgegengehalten werden.

oder Ähnliches eher missbräuchlich genutzt wurden. Soll auch eine solche Praxis unterbunden und damit die Durchsetzungsfähigkeit der Außenbereichsprivilegierung von Windenergievorhaben bei Nichtumsetzung der Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes zusätzlich gestärkt werden, könnten für diesen Fall auch die Fristen der genannten Plansicherungsinstrumente auf Bebauungsplanebene zusätzlich verkürzt werden.

D. Pauschale aber subsidiäre gesetzliche Mindestabstände in den Ländern

§ 249 Abs. 3 BauGB-E sieht auch weiterhin eine Öffnungsklausel zugunsten der Länder vor, auf deren Grundlage pauschale gesetzliche Mindestabstandsregelungen beibehalten und auch neu erlassen werden können. Diese Regelungen sind jedoch gem. § 249 Abs. 3 S. 5 BauGB-E nur noch in einer Weise zulässig, dass sie subsidiär gegenüber der Ausweisung von Windenergiegebieten gelten. Damit wird die Hemmniswirkung dieser Regelungen schon grundsätzlich erheblich reduziert. Soweit ein Land die Mengenvorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes nicht fristgemäß einhält oder seine Verpflichtung nach § 3 Abs. 3 WindBG-E zum Nachweis entsprechender Planungstätigkeit verletzt, sind die Mindestabstandsregelungen zudem gem. § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB-E nicht länger anwendbar.

Nach den beiden bisherigen Fassungen der Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB konnten die Länder Regelungen zu Abständen zwischen bestimmten Wohnnutzungen und Windenergieanlagen gesetzlich festlegen, innerhalb derer die Windenergievorhaben nicht länger privilegiert waren. Damit war eine Konzentrationszonenplanung, innerhalb dieser Abstände nicht länger zulässig, da sie allein für privilegierte Außenbereichsvorhaben möglich ist.

Eine Zulassung von Windenergievorhaben war innerhalb der gesetzlichen Abstände rechtlich grundsätzlich nur noch dann möglich, wenn eine Gemeinde zunächst einen Bebauungsplan aufstellte und damit letztlich ein Unterschreiten des „Mindestabstands“ ermöglichte. Praktisch kam es hierzu jedoch äußerst selten. Obwohl es sich bei den „Mindestabstandsregelungen“ im Rechtssinne nicht um eine Verbotsregelung, sondern lediglich eine „Entprivilegierungsregelung“ handelte, konnten die zuständigen Gemeinderäte eine Unterschreitung des vermeintlichen Mindestabstands gegen die implizite politische Wertung des Landesgesetzgebers, dass die Abstandflächen für den Windenergieausbau „tabu“

seien, kommunalpolitisch kaum durchhalten.

Diese rechtliche Hemmniswirkung der bisherigen Landesregelungen wird durch § 249 Abs. 3 BauGB-E beseitigt, wenn auch nicht mit sofortiger Wirkung. Danach gestattet die Öffnungsklausel zwar weiterhin pauschale Entprivilegierungsregelungen, die in ihren Details denen der aktuell gültigen Fassung von § 249 Abs. 3 BauGB entsprechen. In ihrer Wirkung ändern sie sich jedoch dadurch entscheidend, dass sie nun gem. § 249 Abs. 3 S. 5 BauGB-E als subsidiär gegenüber der Ausweisung von Windenergiegebieten auszugestalten sind. Damit kann rechtlich in Zukunft auch in Raumordnungs- und Flächennutzungsplänen im Einzelfall in die Abstände hineingeplant werden. Eine Zulassung von Windenergievorhaben innerhalb dieser Windenergiegebiete bleibt aufgrund der Subsidiarität des Mindestabstands auf Grundlage der Außenbereichsprivilegierung möglich. Die Regelungen in den Ländern beschränken damit rechtlich nicht länger die Suchräume der Planungsträger.

Sofort gilt diese „Neuausrichtung“ allerdings nur für Landesregelungen, die erst nach dem Inkrafttreten des Windenergiean-Land-Gesetzes in einem Land in Kraft treten. Bereits bestehende Regelungen sind nach § 249 Abs. 3 S. 6 BauGB-E erst bis zum Ablauf des 31.5.2023 anzupassen. Die hier vorgesehene Frist von gut zehn Monaten für eine vergleichsweise einfache Entscheidung der Landesgesetzgeber scheint insgesamt lang zu sein. An dieser Stelle besteht deshalb Beschleunigungspotenzial.

Zu Bedenken ist auch, dass mit der vorgeschlagenen subsidiären Ausgestaltung der gesetzlichen Mindestabstände nur die rechtliche Wirkung der Landesregelungen verändert wird. An die fortwirkende politische Aussage solcher Regelungen, die benannten Flächen nicht für die Windenergie auszuweisen, dürften sich Planungsträger auch weiterhin durchaus gebunden fühlen. Dieser vornehmlich tatsächlichen „Bindung“ dürfen die Planungsträger folgenlos jedoch nur insoweit nachgeben, wie sie die

Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes für den jeweiligen Planungsraum durch Ausweisung anderweitiger, siedlungsfernere Flächen auch unter Beachtung des Abwägungsgebots genügen können. Gelingt dies nicht, haben die Abstandsregelungen auch gegenüber der Zulassung von Vorhaben auf Grundlage der planersetzenden Regelung gem. § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB-E zurückzutreten. Insoweit wird die Anwendung der Landesregelung unter eine „Nachweispflicht“ gesetzt: Die von ihr umschriebenen Abstände können nur noch dann freigehalten werden, wenn dafür an anderer Stelle ausreichend Räume für die Windenergie zur Verfügung gestellt werden. Ein über den ordnungsrechtlichen Schutz von Wohnnutzungen hinausgehender vorsorgender Schutz bleibt damit möglich, jedoch nicht länger auf Kosten der bundesweiten Ausbauziele, sondern allein zu Lasten des vorsorgenden Schutzes für andere Güter im selben Bundesland.

E. Eingeschränkte „Wiedereröffnung“ von Repoweringstandorten

In den letzten Jahren sind aufgrund zunehmender – gesetzlicher wie planerischer – pauschaler Siedlungsabstände, aber auch aufgrund von anderen Steuerungsanliegen und rechtlichen Anforderungen für die Flächen von Bestandwindparks zahlreiche Repoweringstandorte aus den planerischen Flächenkulissen von Konzentrationszonenplanungen gefallen. § 245e Abs. 3 BauGB-E öffnet diese Flächen unter bestimmten Voraussetzungen planungsrechtlich erneut und trifft damit eine von den konkreten Planwerken abweichende Regelung für Repoweringvorhaben. Auf diese Weise können mit Inkrafttreten der Gesetzesänderungen einzelne zusätzliche Flächen für die Windenergie an bereits genutzten und erschlossenen Standorten kurzfristig bereitgestellt werden. Eine weitergehende Beschränkung des derzeit nach § 245e Abs. 3 S. 2 und 3 BauGB-E vorgesehenen „Vetorechts“ von Standortgemeinden könnte das Potenzial für kurzfristige Flächenbereitstellungen weiter stärken.

Sofern die nach § 245e Abs. 1-E einstweilen fortgeltenden Konzentrationszonenplanungen einen Altstandort nicht länger für Windenergienutzungen ausweisen, gilt für diesen die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Nach § 245e Abs. 3 S. 1 BauGB-E soll diese Ausschlusswirkung Repoweringvorhaben aber grundsätzlich nicht länger entgegengehalten werden, damit diese Standorte auch ohne vorangehende Planänderung kurzfristig für Repoweringprozesse genutzt werden können. Dieser Grundsatz wird jedoch weitreichend durch zwei Bedingungen eingeschränkt:

Zum einen darf die Zulassung eines Repoweringvorhabens an einem solchen Standort in Abweichung von dem jeweiligen Konzentrationszonenplan nicht dessen „Grundzüge“ berühren. Dies schränkt zwar die Öffnung von Altstandorten insbesondere dort ein, wo das Wegplanen des Standorts ein primäres Ziel des

Planungsträgers, bspw. im Sinne eines konzeptuellen „Aufräumens der Landschaft“, war. Wo dagegen ein Standort allein im Zuge der Einzelabwägung aus der Planungskulisse ausgeschieden wurde, sind die Grundzüge des Plans durch dessen Wiedereröffnung nicht berührt. Ein vollständiger oder deutlich weitergehender Verzicht auf diese Beschränkung, wie er teilweise erwogen wurde¹⁰, hätte das Risiko, dass so die Funktionslosigkeit des betroffenen Plans und damit die Notwendigkeit eines vollständig neuen Planungsverfahrens riskiert würde. Dies aber würde den Zubau im betroffenen Plangebiet gegebenenfalls auch jenseits der Altstandorte deutlich hemmen. Sollen aber jedenfalls bis zur Grenze der Grundzüge der Planung Standorte wiedereröffnet werden, so wäre es hilfreich, den zuständigen Behörden hierfür eine Regelvermutung an die Hand zu geben. Es wird angeregt in § 245e Abs. 3 S. 1a BauGB-E die Vermutung aufzunehmen, dass die Grundzüge der Planung insbesondere dann nicht berührt sind, wenn es sich um einen im Plangebiet vereinzelt Standort handelt oder wenn auch bei einer Mehrzahl an vergleichbaren Standorten im Plangebiet auf Grund deren Lage die wesentlichen Ziele des Plankonzeptes der vorhandenen Planung allenfalls im untergeordneten Umfang berührt werden.

Zum anderen steht die Wiedereröffnung von Altstandorten nach § 245e Abs. 3 S. 2 und 3 BauGB-E unter dem Vorbehalt, dass dem die Standortgemeinde „nicht widerspricht“. Rechtstechnisch kann auf Antrag der Gemeinde ein entsprechendes Baugesuch jedenfalls bis zum 31.12.2024 (§ 245e Abs. 3 S. 2) ausgesetzt werden. Bei Vorliegen nicht weiter qualifizierter planerischer Gründe und der begründeten Annahme, dass die Altstandorte zur Erfüllung des jeweils maßgeblichen Flächenbeitragswerts nicht benötigt werden, ist eine Aussetzung gar bis Ablauf des 31. Dezember 2026 und damit bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist

¹⁰ Schmidt-Eichstaedt, Vorschlag 1, in: FA-Wind, Repowering im Planungsrecht fördern, 2021, S. 10 ff.

für das erste Zwischenziel des Windenergieflächenbedarfsgesetzes möglich. Inwieweit eine kurzfristige Wiedereröffnung von Altstandorten nach § 245e Abs. 3 BauGB-E erfolgt, ist damit vollständig von den Entscheidungen der Standortkommunen auch dort abhängig, wo die ursprünglich zugrunde liegende Planungsentscheidung, von der nun abgewichen werden soll, abschließend bereits auf Raumordnungsebene getroffen wurde. Will man sich im Sinne der kurzfristigen Flächenbereitstellung nicht allein auf die weitgehend freie Entscheidung von Kommunen verlassen, die mit der finanziellen Teilhaberegelung nach § 6 EEG allerdings durchaus einen finanziellen Anreiz für die Wiedereröffnung haben, so kommt eine Beschränkung des „Vetorrechts“ in Betracht. Angeregt wird dessen Begrenzung auf bestimmte räumlich näher an der Wohnbebauung gelegene Vorhabenstandorte, etwa solche, die näher als 800 m an den Siedlungsgebieten liegen. Auf diese Weise könnten bereits erhebliche Repoweringpotenziale mit größerer Wahrscheinlichkeit erschlossen werden. Denkbar wäre zudem eine Formulierung zusätzlicher Anforderungen an das „Vetorecht“ der Kommunen. So könnte dieses, wie in ersten Fassungen der Formulierungshilfe geschehen, zusätzlich davon abhängig gemacht werden, dass konkrete planerische Gründe im Sinne einer alternativen Nutzung des Altstandorts von der Kommune geltend gemacht werden müssen, die über ein bloßes Freihalteinteresse hinausgehen. Auch in diesen Fällen müssten die ordnungsrechtlichen Mindestvorgaben etwa des Immissionsschutzrechts selbstverständlich weiterhin eingehalten werden.

F. Zusätzliches Beschleunigungspotenzial heben

Es wurde bereits an verschiedenen Stellen darauf hingewiesen, wie über den Stand der Formulierungshilfe hinaus Beschleunigungspotenzial für die Flächenbereitstellung gehoben werden könnte. Angeregt wurde

- ▶ den Kommunen hierfür mittels Bundesgesetz Handlungsfreiheit zur Ausweisung weiterer Flächen einzuräumen oder zumindest den Regionalplanungsträgern über die Regelung der „isolierten Positivplanung“ im Raumordnungsrecht die Möglichkeit geben, den Kommunen eine größere Handlungsfreiheit zu geben. Den Kommunen könnten zudem verstärkte wirtschaftliche Anreize für eine kurzfristige Flächenausweisung gesetzt werden und die „isolierte Positivplanung“ für die kurzfristige Flächenbereitstellung auf Bauleitplanungsebene rechtssicher ausgestaltet werden (oben unter B.II.);
- ▶ die Übergangsfristen für solche laufenden Verfahren zur Ausweisung von Eigenschaftsgebieten (nicht aber von Vorbehaltsgebieten) zu verlängern, die nach ihrem Planungskonzept der Erfüllung der Vorgaben des Windenergieflächenbedarfsgesetzes jedenfalls nahekommen, um diese Verfahren nicht zeitlich zurückzuwerfen (oben unter C. II.);
- ▶ die Regelung für Repoweringstandorte nach § 245e Abs. 3 BauGB-E dahingehend anzupassen, dass ein Regelbeispiel eingefügt wird, wann die Grundzüge der Planung durch die Zulassung eines Repowerings insbesondere nicht beeinträchtigt werden, sowie das „Vetorecht“ der Gemeinden auf Standorte zu beschränken, die näher als 800 m von den Siedlungsgebieten entfernt liegen. (oben unter E.).

Auch darüber hinaus bestehen weitergehende Möglichkeiten den Gesetzentwurf im Sinne einer kurzfristigen Flächenbereitstellung zu ändern.

I. Rotor-außerhalb-Flächen als Zweifelsregelung

Eine unmittelbare Beschleunigung wäre dadurch zu erreichen, dass bestehende Flächen besser ausgenutzt werden könnten. In der Praxis der Windflächenausweisung wird vielfach davon ausgegangen, dass die Rotorblätter einer Windenergieanlage nicht über die jeweiligen planerisch gezogenen Gebietsgrenzen hinausragen dürfen. Für die Bebauungsplanebene wird aufgrund einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts davon ausgegangen, dass dieses Verständnis auf Grundlage des geltenden Rechts verbindlich ist.

Vielfach wird dieses Urteil zudem auch auf die Flächennutzungsplanebene übertragen, obwohl hier die Grenzen einer Darstellung von Bauflächen für die Windenergie nicht deren zulässigen Standort bezeichnen, was erhöhten Bestimmtheitsanforderungen unterliegen würde, sondern allein die Konzentrationszone umschreiben, außerhalb derer Windenergievorhaben regelmäßig ausgeschlossen sind. Daher ist die Übertragung der Rechtsprechung zu Bebauungsplänen jedenfalls fragwürdig.

Für die Raumordnungsebene herrscht dagegen die Ansicht vor, dass den Planungsträgern hier die Wahl zukommt, ob sie ein Überstreichen der Gebietsgrenzen zulassen wollen (Rotor-außerhalb-Flächen) oder ob dies nicht gestattet ist (Rotor-innerhalb-Flächen). Nach einer jüngeren Entscheidung des OVG Lüneburg ist letzteres im Zweifel, das heißt in Abwesenheit einer ausdrücklichen anderweitigen Regelung, anzunehmen. § 2 Nr. 2 WindBG vollzieht diese Rechtslage für die Zwecke der Anrechnung von Windenergiegebieten nach.

Unter Beschleunigungsgesichtspunkten führt die Anerkennung dieser Rechtsprechung zu Verzögerungen. Damit auf der Grundlage von Raumordnungs- und ggf. auch Flächennutzungsplanungen, die keine explizite Regelung zum

Überstreichen der Gebietsgrenzen getroffen haben, ein Überstreichen gestattet werden kann, müsste entsprechend der Entscheidung des OVG Lüneburg zunächst eine formale und zeitintensivere Änderung des jeweiligen Plans durchgeführt werden. Es wird angeregt, stattdessen eine Zweifelsregelung jedenfalls für Raumordnungspläne und auch für Flächennutzungspläne zu schaffen, nach der in Bestandsplänen und in zukünftigen Plänen ein Überschreiten der Gebietsgrenzen möglich ist, mithin im Zweifel von einer Rotor-außerhalb-Planung auszugehen ist. Auf diese Weise würden in bestehenden Konzentrationszonen ohne vorangehende Planänderung erhebliche zusätzliche Flächenpotenziale mit Inkrafttreten der Gesetzesänderung eröffnet.

Eine solche Gesetzesänderung würde insbesondere nicht zur Funktionslosigkeit von Bestandsplänen führen. Ein Überschreiten der Gebietsgrenzen allein durch die Rotorblätter stellt das Planungsziel der Konzentration von Windenergievorhaben schon nicht in Frage, so dass eine Funktionslosigkeit schon deshalb ausscheidet.

Bei der Entscheidung ist jedoch die Folgefrage zu berücksichtigen, wie entsprechende Flächen im Rahmen des Windenergieflächenbedarfsgesetzes angerechnet werden. Eine Anrechnung bis zu den Gebietsgrenzen ist deshalb nicht selbstverständlich, da in vielen Fällen trotz der Vermutung für eine Rotor-außerhalb-Planung das Gebiet nicht vollständig bis zu seiner Grenze ausgenutzt werden kann, wenn die Gebietsgrenze zugleich einen notwendigen Abstand gegenüber einer Wohnbebauung, einem Schutzgebiet oder einem anderweitigen Schutzgut markiert, der in der Anlagenzulassung nicht unterschritten werden darf. Insoweit bestünde bei einer Anrechnung als Rotor-außerhalb-Fläche die Gefahr, dass Flächen angerechnet werden, die nicht für die Windenergie nutzbar sind. Dies ist abzuwägen mit dem kurzfristigen Flächenpotenzial, dass durch die Vermutungsregelung zu erschließen ist.

II. Verkürzung vorgesehener Fristen

Das Windenergie-an-Land-Gesetz enthält zahlreiche Schritte, die mit Fristenregelungen unterlegt sind. Dies sind:

- ▶ 31. Mai 2023: Änderung bestehender Landesgesetze zur Festsetzung pauschaler Mindestabstände, § 249 Abs. 3 S. 6 BauGB-E
- ▶ 31. Mai 2024: Nachweis
 - ▶ von Planaufstellungsbeschlüssen im Fall von landeseigener Planung, § 3 Abs. 3 Nr. 1 WindBG-E oder
 - ▶ des Inkrafttretens von Landesgesetzen oder Raumordnungsplänen, die Teilflächenziele für regionale oder kommunale Planungsträger festsetzen, § 3 Abs. 3 Nr. 2 WindBG-E
- ▶ 31. Dezember 2026: Ausweisung des prozentualen Anteils der Landesfläche nach Maßgabe der Anlage 1 WindBG-E (Flächenbeitragswert im Umfang von durchschnittlich 1,4 %) für die Windenergie an Land
- ▶ 31. Dezember 2026: Ausweisung des prozentualen Anteils der Landesfläche nach Maßgabe der Anlage 1 WindBG-E (Flächenbeitragswert im Umfang von durchschnittlich 2,0 %) für die Windenergie an Land

Den Verfassern ist bewusst, dass einzelne dieser Fristen ambitioniert sind. Eine kritische Prüfung der Fristen auf zusätzliches Beschleunigungspotenzial wird nicht in Verkennung der mit einer Verkürzung verbundenen Herausforderungen angeregt, sondern angesichts der hohen Bedeutung, die dem zeitnahen Windenergieausbau für Klimaschutz und Versorgungssicherheit zukommt. Selbst eine Verkürzung nur der gegenwärtig eher für Vorbereitungshandlungen vorgesehenen Fristen würde eine positive Beschleunigungswirkung hervorrufen, jedenfalls den eigentlichen Planungsverfahren mehr Zeit einräumen.

Unter den vorgenannten Gesichtspunkten fällt der Blick insbesondere auf die nach § 249 Abs. 3 S. 6 BauGB-E vorgesehene Frist vor dem 1. Juni 2023 um die Mindestabstandsregelungen in den Ländern entsprechend der Vorgaben des § 249 Abs. 3 BauGB in subsidiäre Abstandsregelungen umzuwandeln. Gerade mit Blick auf die Planungssituation in Bayern, wo die sog. 10 H-Regelung regionalplanerische Gebietsfestlegungen überlagert und diese derzeit für Windenergienutzungen sperrt, wäre eine frühere Öffnung dieser Flächen wünschenswert. Der für diese Änderung der

Landesgesetz erforderliche Aufwand ist eher als gering einzuschätzen, so dass eine Verkürzung der Frist keine unüberwindbaren Schwierigkeiten verursachen dürfte.

Gem. § 3 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 2 WindBG-E sind die Länder zudem vor dem 1. Juni 2024 verpflichtet, im Falle landeseigener Planung zur Umsetzung der Vorgaben Planaufstellungsbeschlüsse vorzulegen und bei Herunterbrechen der Vorgaben auf regionale oder kommunale Planungsträger entsprechende Landesgesetze oder Raumordnungspläne mit den Teilflächenzielen nachzuweisen. Hier sprechen zwei Gründe für ein mögliches Beschleunigungspotenzial:

- ▶ Angesichts der auf Bundesebene vorhandenen aktuellen Potenzialuntersuchungen, welche die wesentliche Grundlage für die erforderlichen Rechtsakte darstellt und eigene Untersuchungen in den Ländern ersetzen kann, erscheint es durchaus möglich, die Entscheidungen schneller als in den derzeit vorgesehenen fast zwei Jahren ab heute zu treffen.
- ▶ Zudem geht es bei der ersten Festlegung nur um einen Zwischenschritt, so dass mögliche Unschärfen in der Zuordnung der Flächenziele auf einzelne Planungsregionen im zweiten, derzeit bis 2032 abzuschließenden Schritt korrigiert werden könnten. In der Abwägung von Beschleunigung und Genauigkeit sprechen daher keine unüberwindbaren Argumente für eine zunächst erforderliche vertiefte Analyse.

Daher erscheint es überlegenswert, auch hier eine frühere Frist als 31. Mai 2024 vorzusehen, um insgesamt den Zeitplan verkürzen zu können oder jedenfalls den Planungsträgern möglichst viel Zeit für die Umsetzung der Vorgaben zu reservieren.

Schließlich kann auch überlegt werden, die Frist für die tatsächliche Ausweisung gegenüber dem vorgeschlagenen 31. Dezember 2026 zu verkürzen. Bei der Entscheidung für diese Frist ist besonders zu berücksichtigen, welche Planungsträger im Mittelpunkt der Regelung stehen sollen. Viele Planungsträger haben bereits vielfältige für die nun erforderlichen neuen Planungen nutzbare Erkenntnisse in früheren Planungsverfahren gesammelt und können daher schnell entsprechende Flächen identifizieren. Einzelne Planungsträger können

dagegen eventuell auf keine Vorarbeiten zurückgreifen. Bei der Entscheidung über die Ausgestaltung der Ausweisungsfrist ist auch darüber zu entscheiden, ob sich der Gesetzgeber an den Planungsträgern orientiert, die bereits in der Vergangenheit bemüht waren, entsprechende Flächen auszuweisen, oder eher auf diejenigen abstellt, die quasi bei null starten.

Zudem ist auch die mit dem vorliegenden Gesetzentwurf vorgeschlagene Vereinfachung und damit Beschleunigung des Planungsrechts im Hinblick auf eine mögliche Verkürzung der Fristen zu würdigen. Bisherige Planungen nahmen zwar durchaus bis zu fünf in Einzelfällen auch sieben oder mehr Jahre in Anspruch. Der nunmehr vorgeschlagene Zeitraum von fast viereinhalb Jahre scheint daher keine übermäßige Beschleunigung zu sein oder ungebührlichen Druck aufzubauen. Eine Fristverkürzung würde allerdings eine entsprechende Priorisierung der Planungsträger für die anstehende Aufgabe der Windflächenausweisung verlangen. Der Bund könnte diese bei dieser Aufgabe durch Serviceangebote und finanzielle Hilfen unterstützen.

Besonders wenn die regionalen oder kommunalen Planungsträger schneller als bisher vorgesehen, Rechtssicherheit bezüglich ihrer Verpflichtungen erhielten, erscheint eine Beschleunigung durch Fristverkürzung für die meisten Planungsträger denkbar. Selbst ohne eine solche Klarheit könnten die Planungsträger aber aufgrund der bekannten Potenzialstudien die auf sie entfallenden Flächenziele abschätzen und bereits vor der landesgesetzlichen oder -planerischen Festlegung mit ihrer Planung starten.

III. Vorziehen von Flächenausweisungen

Eine zusätzliche Beschleunigung der Flächenbereitstellung könnte schließlich mit Blick auf Länder erreicht werden, die ihre Flächenbeitragsziele für das erste Teilziel bis Ende 2026 bereits erfüllt haben. Man würde diese Länder nicht überfordern, würden sie in diesem Fall bereits dazu verpflichtet, einen Anteil ihrer Verpflichtungen, die aktuell erst bis Ende 2032 zu erfüllen sind, vorzuziehen. Zudem würde man damit entgegenwirken, dass durch zeitliche

Staffelung der Flächenbeitragswerte gerade in solchen Planungsregionen und Ländern eine Planungsdynamik wegen bereits erbrachter Leistungen ausgebremst wird, die schon bislang ambitioniert agiert haben. Dem liegt der Gedanke des Windenergieflächenbedarfsgesetzes zugrunde, dass die Länder je nach ihren Möglichkeiten, das heißt ihren Flächenpotenzialen, aber auch ihren zeitlichen Möglichkeiten zu dem bundesweiten Flächenbedarf beitragen sollen. Insoweit würde dieser Grundgedanke des Windenergieflächenbedarfsgesetzes hier konsequent fortgeführt.

IV. Positive Vorwirkung von Planentwürfen

Gem. § 245e Abs. 1 BauGB-E können Konzentrationszonenplanungen noch bis Ende 2026 ihre Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB entfalten. Planungsverfahren zur Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Erfüllung der Flächenbeitragswerte müssen hier deshalb keine Plansicherungsinstrumente nutzen. Die Ausschlusswirkung der bisherigen Konzentrationszonenplanungen auch für die neu auszuweisenden Gebiete entfällt erst mit Inkrafttreten der neuen Planung, die dann ihre konzentrierende Wirkung über den Mechanismus des § 249 Abs. 2 BauGB-E entfalten wird. Daraus folgt, dass in diesen Gebieten die neuen Flächen im schlechtesten Fall erst Ende 2026 oder kurz zuvor nutzbar sein könnten.

Es wird angeregt deshalb eine Regelung im Windenergie-an-Land-Gesetz zu erlassen, nach der bereits die Planentwürfe für Windenergieplanungen positive Vorwirkungen in dem Sinne entfalten, dass in den im Entwurf vorgesehenen Gebieten bzw. Flächen für die Windenergie ein Zubau bereits vor Inkrafttreten des neuen Plans, nämlich bei Erreichen von dessen Planreife möglich ist. Eine entsprechende gesetzliche Umsetzung in § 35 Abs. 3 BauGB könnte durch die Schaffung eines neuen Satz 4 geschehen, der in der Form eines negativen Regelbeispiels eine Ausnahme von der regelhaften Ausschlusswirkung nach

§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB schafft, die nach § 245e Abs. 1 BauGB befristet aufrechterhalten wird.

V. Beschleunigung von Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Öffentlichkeitsbeteiligung in Planungsverfahren stellt einen zentralen, aber zeitaufwändigen Verfahrensschritt dar. Um diesen in raumordnerischen Planaufstellungsverfahren zu beschleunigen, werden laut einem Referentenentwurf zur Änderung des Raumordnungsgesetzes eine zunehmende Digitalisierung dieser Beteiligungsverfahren geplant¹¹. Zudem „soll“ eine erforderlich werdende erneute Öffentlichkeitsbeteiligung infolge der Änderung der Planentwürfe nach § 9 Abs. 3 ROGÄndG-E regelmäßig (bisher „kann“) auf die von der Änderung erstmalig oder stärker berührte Öffentlichkeit beschränkt werden. In Verfahren der Bauleitplanung liegt eine solche Beschränkung einer erneuten Öffentlichkeitsbeteiligung im Ermessen der jeweiligen Behörde.

Die beabsichtigten Änderungen können einen Beschleunigungseffekt erzielen. Dieser bleibt jedoch begrenzt und wird nur bedingt verhindern, dass sich während der erneuten Öffentlichkeitsbeteiligung von Neuen Veränderungen ergeben, die eine Änderung der Planentwürfe und damit eine weitere Öffentlichkeitsbeteiligung zur Folge hat. Ein Ausweg aus den mancherorts bei Windenergieplanungen zu beobachtenden Endlosschleifen dürfte damit noch nicht gefunden sein.

Eine weitere Beschleunigung oder besser Begrenzung der weiteren, nicht der ersten Öffentlichkeitsbeteiligung bleibt deshalb sinnvoll. Aufgrund der insoweit bestimmenden europa- und völkerrechtlichen Vorgaben muss diese in den Rahmen höherrangigen Rechts eingepasst werden. Sofern diese im aktuellen Gesetzgebungsverfahren nicht möglich ist, sollte sie aufgrund ihrer Bedeutung für eine Verfahrensbeschleunigung zeitnah nachgeholt werden, um noch rechtzeitig auf die nach

¹¹ Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen, Bearbeitungsstand 31.05.2022, 2 ROGÄndG, S. 4 f.

Inkrafttreten des Windenergie-an-Land-Gesetzes beginnenden Planungsverfahren einzuwirken.

Eine weitere Beschleunigungsmöglichkeit könnte in der Neuregelung der Anforderungen an die Bearbeitung von Einwendungen liegen, die im Rahmen einer Öffentlichkeitsbeteiligung eingehen. Die schiere Anzahl an Eingaben von Bürgerinnen und Bürgern bindet viel Personalressourcen und Zeit. Auch hier sind völker- und europarechtliche Grenzen zu beachten, eine Straffung des Verfahrens durch eine Neuregelung, die eine stärker digitalisierte Bearbeitung gerade gleichförmiger Einwendungen ermöglicht, erscheint aber nicht ausgeschlossen.

G. Wo besteht darüber hinaus Handlungsbedarf?

I. Anforderungen an auszuweisende Flächen klarstellen

Im Rahmen der bisherigen Konzentrationszonenplanung hat die Rechtsprechung immer wieder klargestellt, dass die Planungsträger nicht dazu verpflichtet sind, die für die Windenergie bestgeeigneten Flächen auszuweisen. § 249 Abs. 6 S. 2 BauGB-E greift dies auf und hält für den gerichtlichen Kontrollmaßstab noch einmal (deklaratorisch) fest, dass es für die Rechtswirksamkeit eines Plans unbeachtlich ist, „ob und welche sonstigen Flächen im Planungsraum für die Ausweisung von Windenergiegebieten geeignet sind“. Auf der anderen Seite folgt schon aus dem allgemeinen Gebot der Planerforderlichkeit, dass eine Ausweisung ungeeigneter Flächen unzulässig ist.

Da weder auf Raumordnungs- noch auf Flächennutzungsplanebene konkrete Standorte, sondern vielmehr Flächen bzw. Gebiete für die Windenergie ausgewiesen werden, hatte die Rechtsprechung in der Vergangenheit dem Substanzgebot entnommen, dass die Planungsträger verpflichtet seien, sicherzustellen, dass sich die Windenergie in den ausgewiesenen Flächen regelmäßig und nicht nur im Einzelfall durchsetzen können. Dies setzt voraus, dass die ausgewiesenen Flächen allein Hemmnisse von einer Dichte und Schwere aufweisen, dass sie regelmäßig auf Zulassungsebene überwunden werden können. Da im neuen Rechtsrahmen das Substanzgebot für die Windenergie keine Rolle mehr spielt, sollte jedenfalls in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass die hieraus abgeleitete Anforderung an die Flächeneignung gleichwohl fort gilt. Möglich wäre es auch diesen Aspekt im Rahmen von § 249 Abs. 6 BauGB-E ausdrücklich zu regeln.

Hinzuweisen ist zudem darauf, dass eine explizite Regelung zum Umgang mit Höhenbeschränkungen im Windenergieflächenbedarfsgesetz, namentlich in dessen

§ 4 nicht vorhanden ist. Zwar unterliegen auch Höhenbeschränkungen dem Vorbehalt, dass sie die Eignung der Flächen für aktuell am Markt verfügbare und wirtschaftlich nutzbare Windenergieanlagen nicht in Frage stellen dürfen. Insoweit kann diese Problematik auf der Grundlage der allgemeinen Regelungen grundsätzlich gelöst werden. Im Rahmen des Monitorings sollte gleichwohl ein Fokus auf den Einsatz von Höhenbeschränkungen in den Planwerken gelegt werden, um ggf. deren Anrechnung explizit einzuschränken.

Hilfreich wäre es zudem insbesondere mit Blick auf den Bereich des Artenschutzes den Planungsträgern Vorgaben zu machen, wie tiefgehend dieser Aspekt bereits auf Planungsebene zu bearbeiten ist, das heißt, welche Untersuchungs- und Abwägungstiefe hier zu erreichen ist. Dies ist gerade auch mit Blick auf die geplanten Änderungen im Artenschutzrecht sinnvoll, wenn die planerische Ausweisung von Windenergiegebieten insbesondere die Alternativenprüfung des Artenschutzes letztlich vorbereiten soll. § 9a Abs. 2 BauGB-E sieht, genauso wie § 8 Abs. 5 ROG-E, eine Ermächtigung für eine Rechtsverordnung vor, um diese Fragen zu konkretisieren. Es wird angeregt, hiervon zeitnah nach Klärung der Änderungen im Bundesnaturschutzgesetz Gebrauch zu machen, um den Planungsträgern in diesem Punkt frühestmöglich Klarheit zu geben.

II. Repoweringstandorte in neuen Planungen stärken

§ 245e Abs. 3 BauGB-E adressiert bislang solche Altstandorte, die in bestehenden Planwerken keine Berücksichtigung gefunden haben. Eine Regelung, welche die Bedeutung des Repowering in künftigen Planungen stärkt, ist bislang nicht vorgesehen. Zwar ist der Repoweringbelang bereits heute bei der Ausweisung von Windenergiegebieten nach den allgemeinen Regeln des Abwägungsgebots zu berücksichtigen. Ein besonderes Gewicht kommt dem

Belang aber nicht zu, so dass immer wieder etablierte und infrastrukturell erschlossene Standorte „weggeplant“ werden. Um solche Standorte in der Zukunft weitergehend zu erhalten, könnte der Repoweringbelang explizit als Optimierungsgebot ausgestaltet werden, was ihm ein abstrakt höheres Gewicht in der Abwägung verleihen würde. Planungsträger wären dann immer noch in der Lage, bei Vorliegen qualifizierter Gründe sich über die abstrakte gesetzgeberische Wertung hinwegzusetzen und Altstandorte bspw. zum Zwecke des Aufräumens der Landschaft zu streichen. Die Planungsträger hätten so jedoch insbesondere eine gesteigerte Begründungslast¹².

Noch weitergehend könnte der Bundesgesetzgeber – wenn auch nicht abweichungsfest – die auch in Zukunft mögliche raumordnungsrechtliche Ausschlusswirkung von Gebietsfestlegungen gegenüber den Kommunen mit Blick auf Altstandorte beschränken. Auf diese Weise würde die Entscheidung über den Erhalt solcher Standorte, die raumordnerisch dann als sog. Weißflächen zu betrachten sind, an die Kommunen delegiert.

III. Einheitlichkeit der Flächenanrechnung für Teilziele nach § 4 WindBG-E wahren

Nach § 4 WindBG, der die Anrechenbarkeit von Flächen auf die Flächenbeitragswerte der Länder regelt, werden grundsätzlich nur solche Flächen anerkannt, die in ausgewiesenen Windenergiegebieten liegen und damit planungsrechtlich grundsätzlich dauerhaft der Windenergienutzung zur Verfügung stehen. Mit Blick auf das erste Teilziel (Anlage 1 Spalte 1 WindBG) wird dieser Grundsatz der Anerkennung allein planerisch gesicherter Flächen auch konsequent durchgehalten.

Mit Blick auf das zweite Teilziel (Anlage 2 Spalte 2 WindBG-E) führt die erst spät in die Formulierungshilfe gelangte Regelung nach § 4 Abs. 1 S. 3 WindBG-E zu einem abweichenden Ergebnis. Danach werden Flächen auch dann auf die für das zweite

Teilziel geltenden Flächenbeitragswerte angerechnet, auf denen zwar eine Windenergieanlage betrieben wird, eine Flächenausweisung die Fortführung dieser Nutzung durch ein späteres Repowering aber nicht absichert.

Es wird geraten, ein solches Auseinanderfallen der Anrechnungsregelungen für das erste und das zweite Teilziel zu vermeiden und die Regelung in § 4 Abs. 1 S. 3 WindBG-E zu streichen. Ersichtlich soll diese Regelung vermeiden, dass für das Jahr 2032 Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden, die für die zu installierende Windenergieleistung nicht erforderlich sind, weil außerhalb der Flächenkulisse noch Anlagen betrieben werden. Nicht nur handelt es sich dabei aber allenfalls um ein vorübergehendes Phänomen, da die Anlagen außerhalb der ausgewiesenen Flächen nach und nach zurückgebaut werden müssten. Vielmehr würde dies auch dazu führen, dass die Flächenbeitragswerte, sofern sie zuvor exakt erfüllt waren, durch den Abbau jeder weiteren Anlage unterschritten würden, was zur vorübergehenden Geltung der Außenbereichsprivilegierung im gesamten Plangebiet führte. Insoweit würden erneut Anlagen außerhalb der ausgewiesenen Gebiete zugebaut werden. Soll dies vermieden werden, muss aber von vorne herein zusätzliche Fläche ausgewiesen werden. Will man den Zubau gleichwohl auf das nach dem Windenergieflächenbedarfsgesetz erforderliche Maß reduzieren, so sollte dies vielmehr durch eine Ausweisung der Altstandorte oder der Verknüpfung ausgewiesener Flächen mit den Altstandorten außerhalb der Gebietskulisse im Sinne des § 249 Abs. 8 BauGB-E bzw. § 7 Abs. 1 S. 2 ROG geschehen. Auf diese Weise können die Planungsträger die Bebauung neuer Flächen vom Abbau von Anlagen auf Altflächen abhängig machen (sog. standortverlagerndes Repowering). Für die Regelung des § 4 Abs. 1 S. 3 WindBG-E besteht dagegen kein erkennbares Bedürfnis.

¹² Wegner, Reformansätze zum Planungsrecht von Windenergieanlagen, Würzburger Studie zum Umweltereicht Nr. 26 vom 11.02.2022, S. 57 f.

IV. „Bauflächen“ in § 2 Nr. 1 a WindBG-E ergänzen

In § 2 Nr. 1 a WindBG-E werden Windenergiegebiete definiert. Danach können dies in Flächennutzungsplänen allein „Baugebiete“ sein. Solche Baugebiete können zwar nach § 1 Abs. 2 BauNVO in Flächennutzungsplänen durchaus ausgewiesen werden. In der Praxis der Flächenausweisung für die Windenergie ist es jedoch so, dass auf Flächennutzungsplanebene hierfür ganz überwiegend sog. Bauflächen nach § 1 Abs. 1 BauNVO in der Form von Sonderbauflächen dargestellt werden. Der Begriff der „Baufläche“ sollte deshalb in § 2 Nr. 1 a WindBG-E ergänzt werden.

V. Anrechnung von Vorbehaltsgebieten nach § 2 Nr. 1 b) WindBG-E streichen

Mit der Umstellung der Planungsverfahren für Windenergiegebiete auf Positivplanungen sollen in Zukunft nach § 2 a) WindBG nur noch Positivausweisungen wie Vorranggebiete als Windenergiegebiete verstanden werden. Für den Übergangszeitraum, in dem die bisherigen Konzentrationszonenplanungen gem. § 245e Abs. 1 BauGB-E fortgelten, sollen zudem gem. § 2 Nr. 1 b) i. V. m. § 4 Abs. 1 WindBG-E auch Eignungsgebiete auf die Teilflächenziele angerechnet werden. Dies ist naheliegend, weil der raumordnerische Gebietstyp der Eignungsgebiete in verschiedenen Bundesländern für die Umsetzung von Konzentrationszonenplanungen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB genutzt wurde. Zwar wurde hinsichtlich dieses Gebietstyps immer wieder der Zweifel geäußert, ob ihm auch innergebietliche Zielwirkung zukommt und er ausreichend sicherstellt, dass sich Windenergievorhaben auf den ausgewiesenen Flächen durchsetzen können. Insoweit wurde die Eignung dieses Gebietstyps für die Konzentrationszonenplanung durchaus in Frage gestellt. Die Rechtsprechung ist mit diesem dogmatischen Streit jedoch stets pragmatisch umgegangen und hat Eignungsgebiete als geeignet für Konzentrationszonenplanungen anerkannt, sofern durch entsprechende Untersuchungen der Flächen ausreichend

sichergestellt wurde, dass sich Windenergievorhaben hier regelmäßig und nicht nur im Einzelfall werden durchsetzen können. Mit dieser Vorgabe der Rechtsprechung im Bereich der Konzentrationszonenplanung wurden die diskutierten raumordnerischen Unterschiede zwischen Eignungs- und Vorranggebiete jedenfalls weitgehend eingeebnet.

Anders ist dies jedoch für die ebenfalls nach § 2 Nr. 1 b) i. V. m. § 4 Abs. 1 WindBG-E für den Übergangszeitraum mögliche Anrechnung von Vorbehaltsgebieten. Nicht nur haben diese weitgehend unstrittig allein Grundsatzqualität, so dass sie nachfolgende Planungsträger nicht streng binden und diese von der Ausweisung eines Vorbehaltsgebiets für die Windenergie auch noch im Rahmen der Abwägung abweichen können. Vielmehr ist diese Gebietskategorie wegen ihrer alleinigen Grundsatzqualität auch niemals für Konzentrationszonenplanungen herangezogen worden. Planungsträger mussten bei ihrer Nutzung – anders als bei Eignungsgebieten – mithin gerade nicht sicherstellen, dass sich die Windenergie hier regelmäßig würde durchsetzen können. Vielmehr konnte der nachfolgenden Planungsebene eine weitgehende Konkretisierungsbefugnis eingeräumt werden.

Nach der vorstehenden Beschreibung würden mit Vorbehaltsgebieten mithin gem. § 2 Nr. 1 b) i. V. m. § 4 Abs. 1 WindBG-E Flächen auf die Beitragswerte der Länder angerechnet, bei denen gar nicht feststeht, ob hier Windenergieanlagen regelmäßig zulässig sein werden. Ihre Gleichbehandlung mit Eignungsgebieten ist vor dem Hintergrund der Besonderheiten der Konzentrationszonenrechtsprechung deshalb nicht gerechtfertigt. Sie sollten deshalb in § 2 Nr. 1 b) WindBG gestrichen werden.

VI. Mechanismus zur Feststellung der Flächenbeitragswerte vereinfachen

§ 5 WindBG-E regelt, wie festgestellt wird, ob die Flächenbeitragswerte durch Ausweisung ausreichender Windflächen erreicht werden. Nach § 249 Abs. 2 S. 3 BauGB-E ist der Eintritt der konzentrierenden Wirkung

bei Erfüllung der Flächenbeitragswerte ausgestaltet als „gesetzliche Folge der Feststellung“. Dieser Zusammenhang zwischen § 5 WindBG-E und § 249 Abs. 3 S. 3 BauGB-E legt ein Verständnis nahe, wonach der Feststellung nach § 5 WindBG-E eigenständige Bedeutung zukommt. Dies wäre dann problematisch, wenn hieraus folgte, dass die Beseitigung der konzentrierenden Wirkung des § 249 Abs. 1 BauGB-E nicht allein bspw. die gerichtliche Aufhebung einer Gebietsausweisung oder deren Nicht-Anwendung im Rahmen einer Inzidentkontrolle und damit das tatsächliche Unterschreiten des Flächenbeitragswerts voraussetzt, sondern eine hiervon gesonderte Feststellungsklage verlangt, um zunächst auch die rechtlichen Wirkungen der Feststellung nach § 5 WindBG-E zu beseitigen.

Um dies auszuschließen sollte § 249 Abs. 2 S. 3 BauGB-E dahingehend geändert werden, dass der Eintritt der Rechtsfolge nicht gesetzliche Folge der Feststellung, sondern des Erreichens des jeweils maßgeblichen Flächenbeitragswerts ist. Zudem könnte eine Klarstellung im Rahmen von § 5 WindBG-E erfolgen, wonach die Feststellung kein gesondert angreifbarer Rechtsakt ist, sondern allein der Transparenz der Rechtslage dient.

Um diese Transparenz nicht nur bei Erreichen der Flächenbeitragswerte zu erzielen, sondern auch bei deren nachträglichem Unterschreiten, sollte § 5 WindBG-E zudem um eine Pflicht zur Feststellung des Unterschreitens der Flächenbeitragswerte, das heißt zu dessen Bekanntgabe, ergänzt werden

Planungsträgern und Zulassungsbehörden diese Feststellung deutlich vor Augen zu führen, sollte die Festschreibung des überragenden öffentlichen Interesses und der öffentlichen Sicherheit auch im Windenergie-an-Land-Gesetz explizit verankert werden.

VII. Wertung des überragenden öffentlichen Interesses für die Ausweisungsentscheidungen verankern

Mit § 2 EEG 2023 soll klargestellt werden, dass die erneuerbaren Energien im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen. Auch für die Abwägungsentscheidungen im Rahmen der Regional- bzw. Bauleitplanung und mehr noch bei Anwendung des planungsrechtlichen Zulassungstatbestands des § 35 BauGB ist die gesetzliche Gewichtungentscheidung vor Relevanz. Um den

H. Ausblick: Go-To-Gebiete

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine zusätzlich Änderung der „Erneuerbare-Energien-Richtlinie“ im Rahmen des REPowerEU-Plans¹³ enthält unter anderem den Vorschlag für die Einführung sog. „go-to“-Gebiete. Hierbei soll es sich nach derzeitigem Stand um Gebiete handeln, die in Anbetracht ihrer Besonderheiten bei einer bestimmten Art erneuerbarer Energie keine erheblichen Umweltauswirkungen erwarten lassen (Art. 15c Abs. 1 a)). Bei ihrer Ausweisung sollen die Gebiete im Rahmen einer Umweltprüfung bereits auf mögliche Umweltauswirkungen untersucht und gegebenenfalls Minderungsmaßnahmen festgelegt werden, um mögliche negative Umweltauswirkungen zu vermeiden oder jedenfalls erheblich zu verringern (Art. 15c Abs. 1 b), Abs. 2).

Innerhalb von „go-to“-Gebieten soll dann auf Zulassungsebene eine weitere Umweltverträglichkeitsprüfung grundsätzlich entbehrlich sein (Art. 16a Abs. 3) und eine Vermutung gelten, nach der auch die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände nicht verletzt sind (Art. 15c Abs. 1 b)).

Auch wenn die Wirkungen der „go-to“-Gebiete, ihr Anwendungsbereich und ihre mögliche Einpassung ins deutsche Planungsrecht aufgrund des Entwurfsstands der Richtlinie noch nicht vollends erkennbar sind, so wird doch das erhebliche Potenzial dieser Gebiete für den Ausbau der erneuerbaren Energien allgemein und der Windenergie im Besonderen erkennbar. So könnte insbesondere die Vermutungsregelung für eine Einhaltung der artenschutzrechtlichen Vorschriften dazu führen, dass eigenständige vorhabenbezogene Artenschutzprüfungen innerhalb solcher „go-to“-Gebiete nicht erforderlich sind.

Planerisch würde die Umsetzung solcher „go-to“-Gebiete ihre Ausweisung entsprechend den Vorgaben einer Richtlinienumsetzung voraussetzen. Nach der jetzigen Entwurfsfassung der Richtlinie wäre dafür die Durchführung einer strategischen

Umweltprüfung und der Erlass geeigneter Vorschriften zu ggf. zu ergreifenden Minderungsmaßnahmen, mit denen mögliche negative Umweltauswirkungen vermieden oder jedenfalls erheblich verringert werden können, erforderlich.

Der Richtlinien-Entwurf sieht nicht vor, dass die „go-to“-Gebiete die alleinige Form der Flächenausweisung sein sollten. Daher wären sie nicht zwingend mit den in Deutschland für die Windenergie ausgewiesenen Windenergiegebieten deckungsgleich. Andererseits wäre dies auch nach dem Richtlinien-Entwurf nicht ausgeschlossen, solange bei der Konzentrationszonenplanung auch die erforderlichen europarechtlichen Anforderungen eingehalten werden.

Da es sich bei den „go-to“-Gebieten um eine besondere Gebietsform handelt, könnte diese auch unabhängig von der Konzentrationszonenplanung in einem zweiten, von den mit dem Windenergieanland-Gesetz anstehenden Planungsverfahren für die Windenergie gesonderten Schritt ausgewiesen werden. Es würden damit spezielle Bereiche geschaffen, bei denen zwar der planerische Aufwand erhöht sein könnte, in denen insbesondere mit Blick auf die Umweltverträglichkeitsprüfung und in deren Rahmen stattfindende Öffentlichkeitsbeteiligung sowie eine Artenschutzprüfung aber Erleichterungen gelten würden, die zu einer erheblichen Beschleunigung der Zulassungsverfahren führten. Während eine verbindende Lösung zwischen „go-to“-Gebieten und Konzentrationszonenplanung einen schnelleren Lösung für die Ausweisung dieser neuen Gebietsform verspräche, wäre andererseits eine partiell dem Vereinfachungsbemühen des vorliegenden Gesetzentwurfes gegenläufige Entwicklung möglich. Durch zusätzliche Anforderungen könnten neue Fehlerquellen entstehen, die zur Angreifbarkeit der Ausweisungen führen könnten.

¹³ COM(2022) 222 final, Vorschlag vom 18.5.2022 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren

Quellen, der Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden sowie der Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz,

Kontakt

**Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg**

T: +49 931 79 40 77-0

F: +49 931 79 40 77-29

**info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de**