

Rechtliche Eckpunkte für mehr Wind in Bayern

Fachsymposium BWE Landesverband Bayern: Wie Bayern jetzt zum Windland wird
Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)
06.10.2022

Agenda

- ▶ Überblick: Das Wind-an-Land-Gesetz (WaLG) und Änderungen durch das Energiesicherungsgesetz (EnSiG)
- ▶ Das Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG): Mengenmäßige Vorgaben und Umsetzungsschritte
- ▶ Veränderungen im rechtlichen Rahmen der Flächenbereitstellung (BauGB und ROG): Abschied von der bisherigen Konzentrationszonenplanung
- ▶ Maßnahmen und Rahmenbedingungen für die kurzfristige Flächenbereitstellung



Das WaLG und Änderungen durch das EnSiG

Hintergrund der Reform der Flächenbereitstellung für die Windenergie

- ▶ Bislang **keine „echte“ bundesrechtliche Vorgabe** für den Umfang der Flächenausweisung in den Ländern; „Substanzgebot“ ist keine solche Vorgabe; keine Verknüpfung von Ausbauzielen im EEG mit Flächenausweisung
- ▶ Konzentrationszonenplanungen sind **zeitaufwändig** (5,3 Jahre im Durchschnitt) und fehleranfällig
- ▶ Bislang 0,8 % der Gesamtfläche der BRD für WEA ausgewiesen, davon 0,5 % tatsächlich nutzbar; ungleiche Verteilung (**Bayern: ca. 0,7 % ausgewiesen / 0,2 % verfügbar**)
- ▶ Um Strombedarf bis 2030 zu mindestens 80 % aus EE zu decken (§ 1 II EEG 2023), soll Windenergie **von heute 56 GW auf 115 GW in 2030** ausgebaut werden; anschließend auf 157 GW im Jahr 2035 und 160 GW im Jahr 2040 (§ 4 Nr. 1 EEG 2023); hierfür sind **Flächen im Umfang von ca. 2 % der Landesflächen** erforderlich

Reform der Flächenbereitstellung durch das Windenergie an Land Gesetz sowie das Energiesicherungsgesetz

- ▶ **WaLG** wurde am 7.7.2022 vom Bundestag beschlossen; Inkrafttreten am 1.2.2023; das **EnSiG** wurde am 30.9.22 vom Bundestag beschlossen; Inkrafttreten hinsichtlich Änderungen im BauGB am Tag nach Verkündung
- ▶ Ziel einer **ausreichenden planerischen Flächenbereitstellung** sowie einer **Vereinfachung und Beschleunigung** der Planungsverfahren
- ▶ WaLG umfasst die Einführung des **Windenergieflächenbedarfsgesetzes (WindBG)** sowie **Änderungen im Baugesetzbuch** (§§ 5, 9a, 35, 245e, 249 BauGB), Raumordnungsgesetz (§§ 8, 27 ROG) und Erneuerbare-Energien-Gesetz 2021 (§§ 97 f. EEG 2021)
- ▶ EnSiG bringt Änderungen an dem durch das WaLG eingeführten § 245e BauGB („**isolierte Positivplanung**“; „**positive Vorwirkung von Planentwürfen**“)

Kontinuität und Neuerungen durch das WaLG

- ▶ **Kontinuität:** Flächenbereitstellung weiterhin über **planerische Flächenausweisung** i. V. m. der **planerisetzenden Regelung** (§ 35 I Nr. 5, III BauGB)
- ▶ **Neuerung I:** Verknüpfung der **bundesrechtlichen Ausbauziele** für die Windenergie einerseits und der **Flächenbereitstellung in den Ländern** andererseits durch das Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG)
- ▶ **Neuerung II: Vereinfachung** der fehleranfälligen Instrumente zur Flächenausweisung und eine **Beschleunigung** der langwierigen Verfahren durch Änderungen im Baugesetzbuch und Raumordnungsgesetz (Wechsel von Ausschluss- zu Positivplanungen)
- ▶ **Neuerung III:** Instrumente für die **kurzfristige Flächenbereitstellung**

Überblick WaLG und EnSiG

WindBG	Regelungsinhalt	BauGB	Regelungsinhalt
§ 1	Ziele	§ 245e I	Überleitung laufende Verfahren
§ 2	Windenergiegebiete; Rotor-in/out	II	Zurückstellung von Baugesuchen
§ 3	Verpflichtungen der Länder	III	Keine Ausschlusswirkung Repowering
§ 4	Anrechenbare Fläche	§ 249 I	Unanwendbarkeit § 35 III 3 BauGB
§ 5	Feststellung Flächenbeitragswerte	II	Privilegierung § 35 I Nr. 5 BauGB
§ 6	Monitoring und Flexibilität	III	Privilegierung Repowering
Anlage 1	Flächenbeitragswerte	IV	Ausweisung zusätzlicher Fläche
Anlage 2	Anrechnungsfaktoren Rotor-in	V	Raumbelange in der Planung
EnSiG (BauGB)		VI	Prüfungsmaßstab
§ 245e I 4	Klarstellung isolierte Positivplanung	VII	Zulassung bei Verfehlung der Ziele
§ 245e IV	Positive Vorwirkung von Planentwürfen	VIII	Repowering (§ 249 II BauGB a.F.)
		IX	Mindestabstände in den Ländern



Das WindBG: Mengenmäßige Vorgaben und Umsetzungsschritte

Die (Mindest-) Flächenbeitragswerte der einzelnen Länder

Bundesland	Spalte 1: Flächenbeitragswert, der bis zum 31. Dezember 2027 zu erreichen ist (Anteil der Landesfläche in Prozent)	Spalte 2: Flächenbeitragswert, der bis zum 31. Dezember 2032 zu erreichen ist (Anteil der Landesfläche in Prozent)	Spalte 3: Landesflächen (in km ²)
Baden-Württemberg	1,1	1,8	35 747,82
Bayern	1,1	1,8	70 541,57
Berlin	0,25	0,50	891,12
Brandenburg	1,8	2,2	29 654,35
Bremen	0,25	0,50	419,62
Hamburg	0,25	0,50	755,09
Hessen	1,8	2,2	21 115,64
Mecklenburg-Vorpommern	1,4	2,1	23 295,45
Niedersachsen	1,7	2,2	47 709,82
Nordrhein-Westfalen	1,1	1,8	34 112,44
Rheinland-Pfalz	1,4	2,2	19 858,00
Saarland	1,1	1,8	2 571,11
Sachsen	1,3	2,0	18 449,93
Sachsen-Anhalt	1,8	2,2	20 459,12
Schleswig-Holstein	1,3	2,0	15 804,30
Thüringen	1,8	2,2	16 202,39

- ▶ Grundlage für Zuweisung der Flächenbeitragswerte bildet eine Potenzialstudie im Auftrag des BMWK ([abrufbar hier](#))
- ▶ Zuweisung auf Grundlage von Flächenpotenzialen, aber keine rein potenzialbasierte Verteilung
- ▶ Korridore für Spalte 1 zwischen 1,1 % und 1,8 % und Spalte 2 zwischen 1,8 % und 2,2 %
- ▶ Ausnahme: Stadtstaaten

Die (Mindest-) Flächenbeitragswerte der einzelnen Länder

Bundesland	Spalte 1: Flächenbeitragswert, der bis zum 31. Dezember 2027 zu erreichen ist (Anteil der Landesfläche in Prozent)	Spalte 2: Flächenbeitragswert, der bis zum 31. Dezember 2032 zu erreichen ist (Anteil der Landesfläche in Prozent)	Spalte 3: Landesflächen (in km ²)
Baden-Württemberg	1,1	1,8	35 747,82
Bayern	1,1	1,8	70 541,57
Berlin	0,25	0,50	891,12
Brandenburg	1,8	2,2	29 654,35
Bremen	0,25	0,50	419,62
Hamburg	0,25	0,50	755,09

Bayern	1,1	1,8	70 541,57
--------	-----	-----	-----------

Niedersachsen	1,7	2,2	47 709,82
Nordrhein-Westfalen	1,1	1,8	34 112,44
Rheinland-Pfalz	1,4	2,2	19 858,00
Saarland	1,1	1,8	2 571,11
Sachsen	1,3	2,0	18 449,93
Sachsen-Anhalt	1,8	2,2	20 459,12
Schleswig-Holstein	1,3	2,0	15 804,30
Thüringen	1,8	2,2	16 202,39

- ▶ Grundlage für Zuweisung der Flächenbeitragswerte bildet eine Potenzialstudie im Auftrag des BMWK (abrufbar [hier](#))

- ▶ Zuweisung auf Grundlage

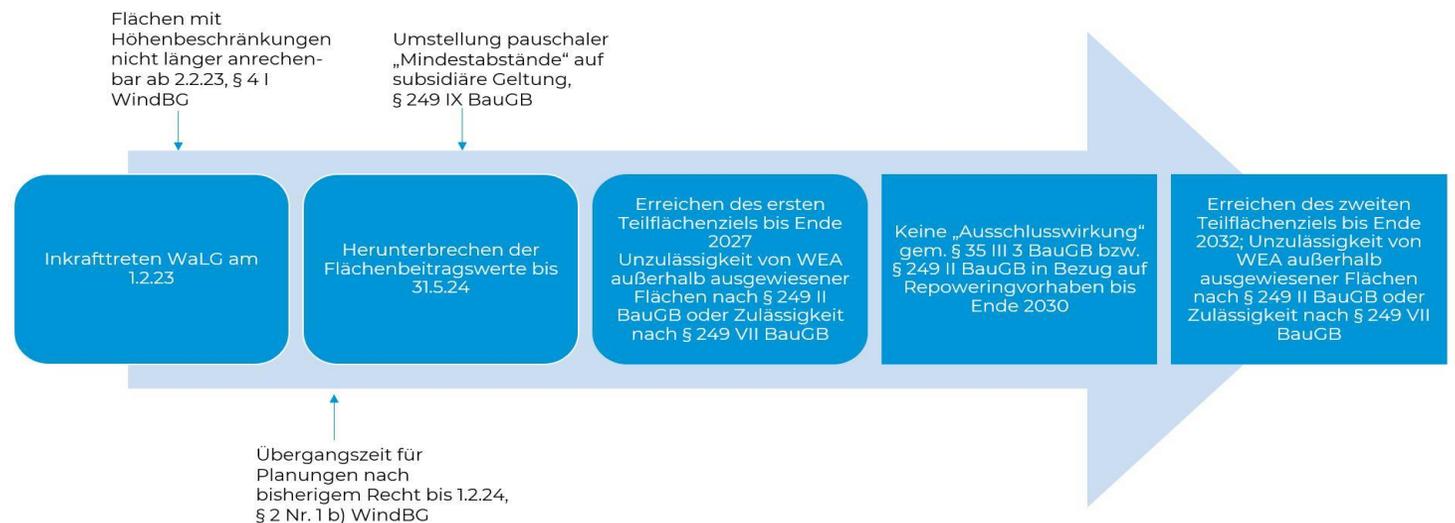
über
te

Verteilung

- ▶ Korridore für Spalte 1 zwischen 1,1 % und 1,8 % und Spalte 2 zwischen 1,8 % und 2,2 %
- ▶ Ausnahme: Stadtstaaten

Verpflichtung der Länder zur Ausweisung bestimmter (Mindest-) Flächenbeitragswerte

- ▶ **Nachweispflicht** bis Ende Mai 2024 (Sanktion bei Nicht-Erfüllung Ende November 2024)
Nachweis von Planaufstellungsbeschlüssen der Länder oder alternativ durch das Inkrafttreten von Landesgesetzen oder Raumordnungsplänen, die regionale oder kommunale Teilflächenziele festsetzen
- ▶ **Flächenzwischenziel** bis Ende 2027: Länder müssen Windenergiegebiete im Umfang von durchschnittlich 1,4 Prozent der Landesfläche ausweisen
- ▶ **Finales Flächenziel** bis Ende 2032: Länder müssen Windenergiegebiete im Umfang von durchschnittlich 2 Prozent der Landesfläche ausweisen
- ▶ Flächenbeiträge für einzelne Länder ergeben sich aus Anlage 1 zum WindBG



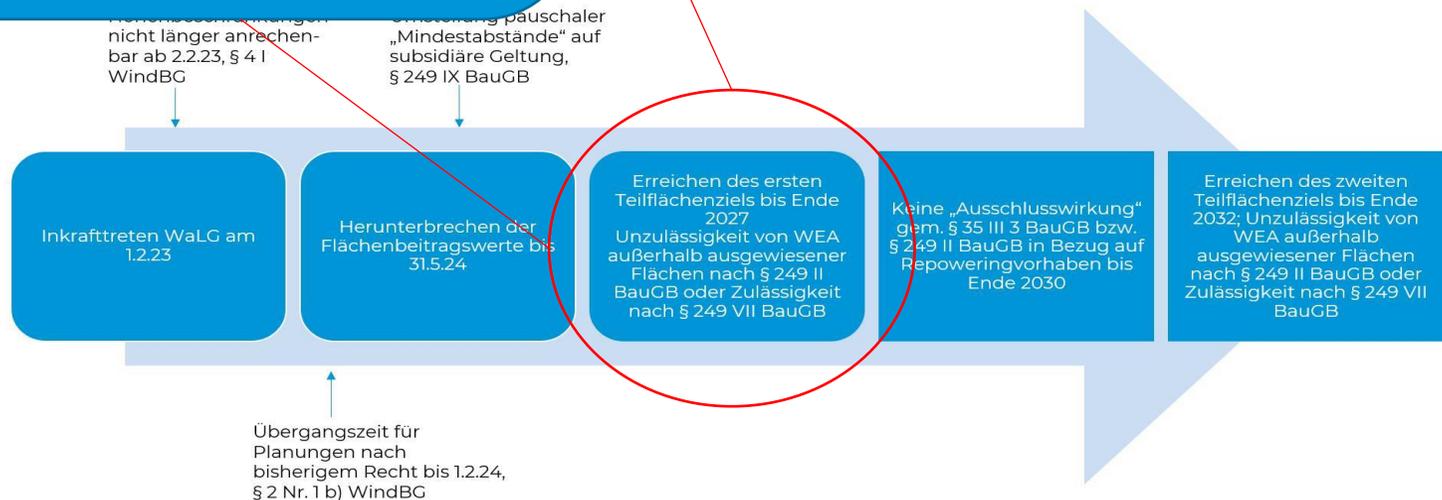
Verpflichtung der Länder zur Ausweisung bestimmter (Mindest-) Flächenbeitragswerte

- ▶ **Nachweispflicht** bis Ende März 2024 (bisherige Landesgesetze, Raumordnungspläne, etc.)
Nachweis von Planaufstellungen, die die Ausweisung von Windenergieflächen in Landesgesetzen oder Raumordnungsplänen, etc. enthalten
- ▶ **Flächenzwischenziel** bis Ende März 2027
Ausweisung von Windenergieflächen im Umfang von durchschnittlich 1,4 Prozent der Landesfläche
- ▶ **Finales Flächenziel** bis Ende März 2032
Ausweisung von Windenergieflächen im Umfang von durchschnittlich 2 Prozent der Landesfläche
- ▶ Flächenbeiträge für einzelne Länder ergeben sich aus Anlage 1 zum WindBG

Erreichen des ersten Teilflächenziels bis Ende 2027

- Unzulässigkeit von WEA außerhalb ausgewiesener Flächen nach § 249 II BauGB oder
- Zulässigkeit nach § 249 VII BauGB

(bisherige Landesgesetze, Raumordnungspläne, etc.) bis Ende November 2024)
 Alternativ durch das Inkrafttreten von Landesgesetzen, die kommunale Teilflächenziele festsetzen
 in den Landesgesetzen, die die Ausweisung von Windenergieflächen im Umfang von
 durchschnittlich 1,4 Prozent der Landesfläche festsetzen
 in den Landesgesetzen, die die Ausweisung von Windenergieflächen im Umfang von
 durchschnittlich 2 Prozent der Landesfläche festsetzen





Veränderungen im rechtlichen Rahmen der Flächenbereitstellung

Wie verändert das WaLG die Flächenbereitstellung? (I)

- ▶ Bisherige Konzentrationszonenplanungen bleiben nur übergangsweise bis 1.2.2024 möglich (Abschluss laufender Verfahren auch mittels Vorbehaltsgebieten, aber ohne Höhenbeschränkungen)
- ▶ Neue Planungsverfahren zur Ausweisung von Windenergiegebieten
 - Ausrichtung der Verfahren auf Flächenbeitragswerte/Teilflächenziele nach WindBG; Abschied vom „Substanzgebot“
 - Umstellung von Ausschlussplanungen auf Positivplanungen
 - Abschied von strenger Unterscheidung „harter und weicher Tabuzonen“
 - Fokussierung der Verfahren auf Windenergiegebiete
 - Aber: Verfahren bleiben (zeit-)aufwändig (bspw. Öffentlichkeitsbeteiligung); Einzelfragen bleiben ungeklärt (bspw. Untersuchungstiefe Artenschutz; vgl. § 9a II BauGB, § 8 V ROG) oder in einem Spannungsverhältnis (Flächeneignung)

Wie verändert das WaLG die Flächenbereitstellung? (II)

- ▶ Außenbereichsprivilegierung von WEA bleibt für planerische Zulassung erhalten
 - Modifikation von § 35 I Nr. 5 BauGB als Voraussetzung zur Umstellung auf Positivplanungen
 - Privilegierung bleibt Ausgangspunkt und Rückfalloption für Windenergieausbau; räumliche Begrenzung der Privilegierungswirkung nur, wenn Flächenbeitragswerte erfüllt
 - Durch Anerkennung positiver Vorwirkungen der Planentwürfe im EnSiG (§ 245e IV BauGB) greift Privilegierung auch dort früher ein, wo noch Ausschlussplanung besteht
- ▶ Außenbereichsprivilegierung wird für Fall der Verfehlung der Flächenbeitragswerte in Durchsetzungsfähigkeit gestärkt, § 249 VII BauGB
 - Zulassung von WEA entgegen Zielen der Raumordnung und Darstellungen im F-Plan
 - Sog. Landesmoratorien werden ausgeschlossen
- ▶ Aber: Privilegierung wird erst Ende 2027 und nur dort „scharf gestellt“ wo Ziele verfehlt; bauleitplanerische Plansicherungsinstrumente bleiben möglich; allein begrenzte Wirkung des § 2 EEG 2023



Die kurzfristige Flächenbereitstellung – Stand und Handlungsbedarfe

Gebot der Anpassung der bayerischen 10 H-Regelung

- ▶ § 249 IX 4 BauGB lässt **Fortgeltung der 10 H-Regelung** im Ausgangspunkt zu
- ▶ § 249 IX 5 und 6 BauGB verlangen jedoch, dass **Mindestabstände als subsidiär gegenüber Flächenausweisungen** ausgestaltet werden
- ▶ Umsetzung muss bis **31. Mai 2023** erfolgen
- ▶ Mit Umstellung wären auf vorhandenen Flächenausweisungen Windenergievorhaben wieder als privilegierte Vorhaben zulässig

(Re-)Aktivierung von Repoweringmöglichkeiten nach § 245e III BauGB

- ▶ § 245e III BauGB ermöglicht **planungsrechtliche Zulassung von Repowering** auch an solchen Standorten, die im Ausschlussgebiet von Konzentrationszonenplänen liegen
- ▶ Ein zunächst noch vorhandenes „Veto-Recht“ von Standortkommunen wurde im parlamentarischen Verfahren gestrichen
- ▶ Aber: Läuft Regelung in Ländern mit „**Entprivilegierungsregelungen**“ nach § 249 III BauGB ein Stück weit leer? Inwieweit hilft hier die 2 H-Regelung gem. § 16b II Nr. 2 BImSchG?
- ▶ Zudem: Grenze der „**Grundzüge der Planung**“ äußerst unbestimmt; bietet Potenzial für unwillige Behörden entsprechende Vorhaben abzulehnen; Konkretisierungsbedarf

Möglichkeit der Kommunen kurzfristig Flächen auszuweisen

- ▶ **§ 249 Abs. 4 BauGB** steht dem nicht entgegen, verpflichtet die Länder aber auch nicht zu entsprechenden Spielräumen
- ▶ **Entscheidung liegt bei Ländern/Landesplanung**, ob sie die Flächenbeitragswerte als Mindestvorgaben umsetzen oder als Höchstmengen (abschließende raumordnerische Steuerung)
- ▶ Überlegenswert wäre zudem ein zusätzlicher bundesrechtlicher **Anreiz, bspw. im Rahmen von § 6 EEG 2023, für eine beschleunigte Flächenausweisung** auf kommunaler Ebene

Möglichkeit der Raumordnung zu kurzfristiger zusätzlicher Flächenausweisung: Isolierte Positivplanung

- ▶ **Keine Aussage des WaLG** zur Zulässigkeit sog. Isolierter Positivplanungen
 - Klarstellung wurde für unnötig befunden, weil Flächenausweisung in Zukunft ohnehin mittels Positivplanungen
 - Aber: Rechtsunsicherheit für kurzfristige Ausweisungen bis Ende 2027 in Gebieten, in denen noch eine Ausschlussplanung besteht
- ▶ **EnSiG ergänzt hierfür nun § 245e I 4 BauGB**: Anerkennung isolierter Positivplanungen in Fällen, in denen zwar zusätzliche Flächen ausgewiesen werden, Flächenbeitragswert/Teilflächenziel aber noch nicht erreicht wird
- ▶ Anerkennung bietet auch **Raumordnung** die Option, auch vor Abschluss der mittelfristigen Planung bereits kurzfristig zusätzliche Flächen auszuweisen oder aus der Ausschlusswirkung zu entlassen

Kurzfristige Flächenbereitstellung durch Wechsel zu Rotor-out-Planung?

- ▶ **Wohl keine Zulässigkeit einer vereinfachten Umstellung** von sog. Rotor-in-Planungen auf Rotor-out-Planungen
- ▶ Regelung in § **5 IV WindBG** dürfte **allein Klarstellung** durch Beschluss des Planungsträgers gestatten, nicht aber konstitutive Änderung; Gesetzeswortlaut unklar; Gesetzesbegründung spricht für **rein deklaratorische Wirkung**; weiterreichendes Verständnis wohl auch europa- und völkerrechtswidrig
- ▶ D.h. das Wechsel zu Rotor-out-Planung nicht über § 5 IV WindBG, sondern **§ 1 VIII BauGB bzw. § 7 VII ROG**: Voraussetzung von Beteiligungsverfahren und Umweltprüfungen statt einfachem Beschluss
- ▶ Zudem ist bei Änderungen das **Vollziehbarkeitsgebot** zu beachten, § 1 III BauGB



Blick nach vorne

Blick nach vorne: Handlungsbedarf und Lösungsmöglichkeiten

- ▶ Mit WaLG hat Gesetzgeber **Entscheidung für planerische Ausweisung** getroffen und klare Eckpunkte gesetzt; in Bayern sollte bereits Regelung zu Mindestabständen iSv. § 249 IX BauGB zur **Reaktivierung raumordnerischer Flächenausweisungen** führen.
- ▶ Auch im Übrigen hat es Bayern in der Hand, dass zusätzliche Flächen bereits vor Ende 2027 bereitgestellt werden,
 - indem **Kommunen die Möglichkeit zu Flächenausweisungen belassen wird** und,
 - soweit nötig, von **Möglichkeit der isolierten Positivplanung** Gebrauch gemacht wird
- ▶ Weitere Ergänzungen des bundrechtlichen Rahmens sinnvoll
 - Klärung der **Untersuchungstiefe beim Artenschutz**
 - Klärung des Begriffs der „**Grundzüge der Planung**“ in § 245e III BauGB
 - **Digitalisierung der Öffentlichkeitsbeteiligungen**

Investieren Sie jetzt in
die **Zukunft** des
Klimaschutzrechts!



Kontakt:

Hannah Lallathin
Referentin für Fundraising
lallathin@stiftung-
umweltenergierecht.de

Spendenkonto zum ENERGIEVORRAT

Fürstlich Castell'sche Bank
IBAN: DE88 7903 0001 1000 9938 00
BIC: FUCEDE77

**ENERGIE
VORRAT**

Stiftungsfonds für gutes Klimaschutzrecht

Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

wegner@stiftung-umweltenergierecht.de

Tel: +49-931-79 40 77-20

Fax: +49-931-79 40 77-29

Twitter:

Friedrich-Ebert-Ring 9 | 97072 Würzburg

www.stiftung-umweltenergierecht.de

Unterstützen Sie unsere Arbeit durch Zustiftungen und Spenden für laufende Forschungsaufgaben.

Spenden: BIC BYLADEM1SWU (Sparkasse Mainfranken Würzburg)
IBAN DE16790500000046743183

Zustiftungen: BIC BYLADEM1SWU (Sparkasse Mainfranken Würzburg)
IBAN DE83790500000046745469