

20. Wahlperiode



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Klimaschutz und
Energie

Ausschussdrucksache **20(25)779**

14.01.2025

Stellungnahme

Prof. Dr. Thorsten Müller
Stiftung Umweltenergierecht

Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU
**Entwurf eines Gesetzes für mehr Steuerung und Akzeptanz beim
Windenergieausbau und zur Beschleunigung des Wohnungsbaus
(Windenergieakzeptanzgesetz)**
BT-Drucksache 20/14234

Dem Ausschuss ist das vorliegende Dokument in nicht barrierefreier Form zugeleitet worden.

Siehe Anlage

Rechtliche Stellungnahme zur Anhörung des Bundestags- Ausschusses für Klimaschutz und Energie

Entwurf eines Gesetzes für mehr Steuerung und
Akzeptanz beim Windenergieausbau und zur Be-
schleunigung des Wohnungsbaus
(BT-Drs. 20/14234)

14.01.2025

erstellt von
Prof. Dr. Thorsten Müller
Dr. Stephan Wagner
Dr. Nils Wegner

II Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Klimaschutz und Energie am 15.01.25

Zitiervorschlag:

**Müller/Wagner/Wegner, Rechtliche Stellungnahme zur Anhörung des Bundestags-Ausschusses für Klimaschutz und Energie zum Entwurf eines Gesetzes für mehr Steuerung und Akzeptanz beim Windenergieausbau und zur Beschleunigung des Wohnungsbaus (BT-Drs. 20/14234)
14.01.2025**

Gefördert durch:



Die Stiftung Umweltenergierecht erhält eine institutionelle Förderung des Bundes

aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages

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

Telefon
+49 931 79 40 77-0

Telefax
+49 931 79 40 77-29

E-Mail
mueller@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

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

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

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

Inhaltsverzeichnis

A. Auf einen Blick	1
B. Hintergrund	3
I. Außenbereichsprivilegierung als Folge fehlender Planung kein neues Phänomen	3
II. Versehentliches Unterlassen oder bewusste Entscheidung gegen ein bundesrechtliches Sicherungsinstrument?	4
III. Die aktuelle Diskussion: Entscheidungen des OVG Münster	4
1. Entscheidungen des OVG Münster	4
a) Beschluss des 22. Senats des OVG Münster vom 26. September 2024 – 22 B 727/24.AK	4
b) Beschluss des 8. Senats des OVG Münster vom 20. Dezember 2024 – 8 B 906/24.AK	5
2. Notwendigkeit einer bundesgesetzlichen Regelung?	6
C. Einordnung des Gesetzentwurfs	7
I. Regelungsvorschläge zur Begrenzung des Ausbaus außerhalb der künftigen Windenergiegebiete	7
1. Plansicherungsinstrument	7
2. Vollständige Anrechnung älterer Rotor-innerhalb-Planungen	9
3. Weitergehende Ermächtigung der Landesregierungen zur Feststellung der Zielerreichung	10
4. Fehlerfolgenregelung bei Aufhebung der Feststellung von Zielerreichungen	10
II. Vertrauensschutzregelung nach § 249 Abs. 2 BauGB-E und Begrenzung des Amtshaftungsanspruchs nach § 5 Abs. 5 WindBG	11
III. Klärung des Verhältnisses von WindBG und § 2 EEG 2023	12

A. Auf einen Blick

- ▶ Die mit dem Gesetzentwurf angestrebte Reaktion des Bundesgesetzgebers auf die Wirkung der Außenbereichsprivilegierung in Regionen ohne wirksame Windflächenplanung ist kein neues Phänomen des Wind-an-Land-Gesetzes.
- ▶ Der Gesetzentwurf steht im Zusammenhang mit der unklaren Rechtslage, ob Bundesländer die Kompetenz haben, eigene landesgesetzliche Plansicherungsinstrumente zu schaffen. Es obliegt dem Bundesgesetzgeber, diese Situation zu bewerten und zu entscheiden, ob er die Unsicherheit durch eine bundesrechtliche Klarstellung auflösen möchte.
- ▶ Der Gesetzentwurf enthält neben möglichen Antworten auf Fragen, die unmittelbar durch den diesbezüglichen Beschluss des 22. Senats des OVG Münster aufgeworfen wurden und insoweit – bei entsprechender politischer Bewertung – Handlungsbedarf begründen können, auch weiterreichende Regelungsänderungen, deren Notwendigkeit eigens zu hinterfragen ist.
 - ▶ Diese Regelungen gehen jedenfalls in einzelnen Voraussetzungen und Folgen darüber hinaus, die – tatsächliche oder vermeintliche – Lücke eins zu eins zu schließen, die infolge des Wegfalls bisheriger landesgesetzlicher Regelungen entstanden sein kann.
 - ▶ Zudem enthält der Gesetzentwurf zwei eigenständige Ansätze, die dem Ziel einer räumlichen Beschränkung des Windenergieausbaus dienen. Daher drängt sich die Frage auf, ob dies sachgerecht ist oder der Bundesgesetzgeber sich zwischen den beiden Optionen entscheiden kann oder sogar sollte:
 - Ein Plansicherungsinstrument, das funktional ähnlich – wenn auch im Detail durchaus sehr unterschiedlich – zu dem des § 36 Abs. 3 LPIG NRW konstruiert ist.
 - Ein neuartiger Ansatz zur Ermöglichung einer zeitlich vorgezogenen Feststellung der Zielerreichung, die die Folge früher auslösen würde, dass außerhalb ausgewiesener Flächen die Außenbereichsprivilegierung von Windenergieanlagen entfiel.
- ▶ Beide Ansätze können grundsätzlich so ausgestaltet werden, dass sie den Windenergieausbau nicht unterbinden, sondern lediglich früher auf die angestrebten Flächen begrenzen könnten. Dabei haben die Ansätze unterschiedliche Vor- und Nachteile. Die konkrete Ausgestaltung der Ansätze im Gesetzentwurf wirft zudem eine Reihe von Problemen auf, die diese grundsätzliche Bewertung in Frage stellen und ungewollte strukturelle und dauerhafte Einschränkungen des Windenergieausbaus bewirken können, die nicht als Reaktion auf das OVG Münster angezeigt sind.
- ▶ Der konkrete Regelungsvorschlag für ein bundesrechtliches Plansicherungsinstrument in § 245e Abs. 2 BauGB-E ist sehr restriktiv geraten und geht weit über die bislang bestehenden Sicherungsinstrumente zur Sicherung von WindBG-Planungen (z. B. § 245e Abs. 2 i. V. m. § 15 Abs. 3 BauGB) und auch über die zu ersetzende landesgesetzliche Regelung in Nordrhein-Westfalen (§ 36 Abs. 3 LPIG NRW) hinaus.
- ▶ Die veränderte Anrechnung von Rotorinnerhalb-Flächen nach § 4 Abs. 3 S. 2 WindBG-E zielt dagegen nicht darauf ab, die Planungsverfahren abzusichern, sondern darauf, möglichst zeitnah das Zwischenziel zu erreichen und mit dessen Feststellung die Entprivilegierung von Windenergievorhaben außerhalb von Windenergiegebieten nach § 249 Abs. 2 BauGB herbeizuführen.
- ▶ Im unmittelbaren inhaltlichen Zusammenhang dazu stehen die vorgeschlagenen Regelungen zur Feststellung des Erreichens der Flächenbeitragswerte bzw. der Teilflächenziele durch die jeweilige Landesregierung, § 5 Abs. 2 WindBG-E. Dadurch soll wohl ermöglicht werden, dass ein Überschuss an vorhandenen Bestandsflächen auch anderen Regionen in demselben Bundesland zugutekommen kann, in denen die anrechenbaren

Flächen nicht zur Zielerreichung ausreichen. Ob dieses Ziel mit der Ermächtigung der Landesregierung erreicht wird, ist nicht klar formuliert und sollte geändert werden, wenn dieses Ziel angestrebt wird.

- ▶ Der vorgeschlagene neue § 5 Abs. 3 WindBG-E, wonach die Entprivilegierung von Windenergievorhaben außerhalb von Windenergiegebieten auch dann für ein Jahr bestehen bleibt, wenn eine Feststellung durch eine Gerichtsentscheidung für unwirksam erklärt worden ist, seine Unwirksamkeit angenommen oder sie außer Vollzug gesetzt wird, ist als Fehlerfolgenregelung nicht sachgerecht ausgestaltet. Zum einen besteht bereits ein im Vergleich zur früheren Rechtslage weitgehender Schutz von fehlerhaften Plänen nach § 4 Abs. 2 S. 2 WindBG. Zum anderen dürfte die Regelung ein erhebliches Missbrauchspotenzial eröffnen.
- ▶ Die Vertrauensschutzregelung nach § 249 Abs. 2 S. 4 bis 6 BauGB-E für Altanträge, die vor den Folgen einer Entprivilegierung nach § 249 Abs. 2 BauGB auch dann geschützt werden sollen, wenn das Erreichen der Flächenziele des WindBG vor Genehmigungserteilung festgestellt wird, ist grundsätzlich sinnvoll, um fortgeschrittene Verfahren zu Ende führen zu können und nicht zu entwerten. Damit entfällt zudem die Möglichkeit eines Amtshaftungsanspruchs. Die vorgeschlagene Ausgestaltung ist allerdings sehr restriktiv gefasst und dürfte nur einen kleinen Teil der relevanten Fälle erfassen. Zudem wird missverständlich nicht auf Anträge auf Vorbescheid abgestellt; wirksam erteilte Vorbescheide werden von den Rechtsfolgen nach § 249 Abs. 2 S. 1 und S. 2 BauGB ohnehin nicht erfasst.
- ▶ Die vorgeschlagene Begrenzung des Amtshaftungsanspruchs auf den Vertrauensschaden durch § 5 Abs. 5 WindBG-E wäre ein vergleichsweise tiefer Eingriff in das amtshaftungsrechtliche Regelungsgefüge und müsste verfassungsrechtlich noch näher geprüft werden. Die Relevanz der Amtshaftung verringert sich zudem, wenn die Vertrauensschutzregelung großzügiger ausfällt.
- ▶ Für die vorgesehene Regelung in § 1 Abs. 2 WindBG zur Harmonisierung von erfolgter Flächenausweisung und dem

überragenden öffentlichen Interesse nach § 2 EEG 2023 erscheint der Handlungsbedarf für ein sofortiges Handeln infolge einer vereinzelt Entscheidung eines Gerichts im vorläufigen Rechtsschutz fraglich. Jedenfalls sollte die Regelung präziser auf den aufgeworfenen Anwendungsfall des § 35 Abs. 2 BauGB hin gefasst werden. Der vorgeschlagene, sämtliche Abwägungsentscheidungen i. S. v. § 2 S. 2 EEG 2023 erfassende, Wortlaut könnte zu Missverständnissen führen und würde zudem Planungsträger und Kommunen nachteilig treffen.

B. Hintergrund

Den Hintergrund des vorliegenden „Entwurf[s] eines Gesetzes für mehr Steuerung und Akzeptanz beim Windenergieausbau und zur Beschleunigung des Wohnungsbaus“ (im Weiteren: Gesetzentwurf) bilden zum einen die Umsetzung der Vorgaben des sog. Wind-an-Land-Gesetzes¹ in den Ländern und zum anderen mittlerweile zwei Entscheidungen des OVG Münster. Diese beziehen sich auf verschiedene Aspekte der Sicherung laufender Planungsverfahren zur Ausweisung von Windenergiegebieten im reformierten Planungsrecht sowie des ebenfalls reformierten Mechanismus zur räumlichen Steuerung des Windenergieausbaus.

Mit dem Windenergieflächenbedarfsgesetz² (WindBG) als Teil des sog. Wind-an-Land-Gesetzes wurde die Verpflichtung der Länder geschaffen, bis spätestens Ende 2032 insgesamt mindestens 2 Prozent der Landesflächen für die Windenergie planerisch auszuweisen. Bis spätestens Ende 2027 ist ein Zwischenziel von durchschnittlich 1,1 Prozent in den Ländern zu erreichen. Einzelne Länder haben das Zwischenziel landesrechtlich zeitlich vorgezogen, einige Länder verzichten zudem auf die Zweistufigkeit des Vorgehens und wollen den bundesrechtlich spätestens für Ende 2032 vorgesehenen Flächenbeitragswert bereits gemeinsam mit dem Zwischenziel erfüllen³.

Mit Erreichen des jeweiligen Flächenbeitragswerts durch Ausweisung entsprechender Windenergiegebiete soll sich der Windenergieausbau nach der Konzeption des Regelungsrahmens in WindBG und Baugesetzbuch (BauGB)⁴ grundsätzlich nur noch in planerisch ausgewiesenen Windenergiegebieten vollziehen. Außerhalb dieser Gebiete sollen Windenergievorhaben dagegen regelmäßig unzulässig sein, § 249 Abs. 2 i. V. m. § 35 Abs. 2 BauGB. Hiervon

vorübergehend ausgenommen wurden jedoch Repoweringvorhaben an Altstandorten, die nach Maßgabe von § 249 Abs. 3 BauGB auch nach Erreichen des jeweiligen Flächenbeitragswerts außerhalb von Windenergiegebieten noch bis Ende 2030 grundsätzlich planungsrechtlich zulässig sind.

I. Außenbereichsprivilegierung als Folge fehlender Planung kein neues Phänomen

Auch im reformierten Planungsrecht gilt im Ausgangspunkt, dass Windenergievorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB grundsätzlich im gesamten Außenbereich privilegiert planungsrechtlich zulässig sind. Um ihren Ausbau räumlich zu lenken, hat der Gesetzgeber dieser Regelung jedoch stets eine Steuerungsmöglichkeit an die Seite gestellt. Die Privilegierung sollte und soll sowohl im alten System der sog. Konzentrationszonenplanungen als auch im neuen Planungssystem des Wind-an-Land-Gesetzes in erster Linie eine Rückfalloption sein und den weiteren Ausbau in den Fällen ermöglichen, dass die zuständigen Planungsträger keine oder keine ausreichenden Flächen für Windenergieanlagen planerisch öffneten. Diese Funktion hat die Privilegierung in der Vergangenheit immer wieder entfaltet, etwa wenn die zu ihrer planerischen Steuerung vorgesehenen Raumplanungen sich als rechtswidrig erwiesen und deshalb durch Gerichte aufgehoben wurden. Ein Zubau auf Grundlage der Außenbereichsprivilegierung ist damit kein neues Phänomen, sondern fand in der Vergangenheit immer wieder ohne anderweitige planerische Steuerung lokal oder regional statt. Dieses Phänomen ist auch derzeit in

¹ Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20.07.2022, BGBl. I S. 1353 (Nr. 28).

² Windenergieflächenbedarfsgesetz vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 8. Mai 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 151) geändert worden ist.

³ Vgl. die Übersicht der FA Wind und Solar mit Stand vom 18.10.2024 unter <https://www.fachagentur->

[windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/Planung/FA_Wind_Umsetzung_WindBG_Laender_2023.pdf](https://www.windenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/Planung/FA_Wind_Umsetzung_WindBG_Laender_2023.pdf).

⁴ Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. November 2017 (BGBl. I S. 3634), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 20. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 394) geändert worden ist.

einzelnen Regionen einzelner Länder vermehrt zu beobachten und ist Grundlage der Diskussionen und des vorliegenden Gesetzentwurfs.

II. Versehentliches Unterlassen oder bewusste Entscheidung gegen ein bundesrechtliches Sicherungsinstrument?

Da die planerische Steuerung des Windenergieausbaus nach dem WindBG erst ab Ende 2027 zwingend vorgesehen ist, hatte der Gesetzgeber zu klären, wie sich der Zubau bis dahin gestalten sollte. Hierzu wurden zum einen Übergangsregelungen geschaffen, um die bislang gültigen Konzentrationszonenplanungen befristet fortgelten zu lassen (§ 245e Abs. 1 BauGB), sowie zum anderen Regelungen, die einen Zubau trotz solch fortbestehender Planungen oder in deren Abänderung ermöglichen sollten, namentlich die bereits genannten Regelungen zur Privilegierung von Repoweringvorhaben (§§ 245e Abs. 3, 249 Abs. 3 BauGB), zudem Regelungen zur erleichterten Abänderung fortbestehender Konzentrationszonenplanungen (sog. isolierte Positivplanung, § 245e Abs. 1 S. 4-7 BauGB) sowie Regelungen zur Erleichterung kommunaler Windenergieplanungen (sog. Gemeindeöffnungsklausel, § 245e Abs. 5 BauGB). Dies macht deutlich, dass der Gesetzgeber erhebliche Anstrengungen unternommen hat, den Zubau der Windenergie auch bis zum Inkrafttreten der künftigen Raumpläne und auch dort kontinuierlich zu ermöglichen, wo alte Konzentrationszonenplanungen noch in Kraft waren.

Weniger detailreich wurde dagegen die Frage der planerischen Steuerung in solchen Plangebietten adressiert, in denen – aus welchen Gründen auch immer – keinerlei Konzentrationszonenplanungen nach altem Muster mehr bestanden. Um auch hier laufende Planungsverfahren absichern zu können und damit die Wirkungen der hier grundsätzlich voll wirksamen Außenbereichsprivilegierung von Windenergievorhaben zu begrenzen, hat der Gesetzgeber explizit nur mit Blick auf

Planungsverfahren auf kommunaler Ebene in § 245e Abs. 2 BauGB die entsprechende Anwendbarkeit der sog. Zurückstellung von Baugesuchen geregelt. Eine vergleichbare Regelung für ein Plansicherungsinstrument für Raumordnungsplanungen wurde dagegen nicht getroffen.

Aus den Gesetzesmaterialien ist nicht ersichtlich, ob das Unterlassen einer entsprechenden Regelung auch für Raumordnungsplanungen eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers darstellt, um den kontinuierlichen Windenergieausbau jedenfalls bundesrechtlich nicht zu weitgehend zu beschränken⁵. Insoweit könnte die Annahme bestanden haben, dass die Länder im Bedarfsfall selbst regelnd tätig werden und ein entsprechendes Plansicherungsinstrument landesgesetzlich schaffen könnten. Hiermit konkurriert die Interpretation, dass der Bundesgesetzgeber letztlich versehentlich die Regelung eines bundesrechtlichen Plansicherungsinstruments für die Raumordnungsebene unterlassen hat.

Auf Grundlage des bestehenden Bundesrechts wurde in einzelnen Ländern (Nordrhein-Westfalen, Thüringen) eine landesgesetzliche Grundlage für ein Plansicherungsinstrument auch auf Raumordnungsebene geschaffen. Andere Länder sahen hiervon ab, obwohl auch hier jedenfalls in einzelnen Regionen keine Konzentrationszonenplanung vorhanden war, mit deren Hilfe eine Steuerung des Ausbaus ansonsten bis zum Erreichen des jeweiligen Flächenbeitragswerts stattfindet.

III. Die aktuelle Diskussion: Entscheidungen des OVG Münster

1. Entscheidungen des OVG Münster

a) Beschluss des 22. Senats des OVG Münster vom 26. September 2024 – 22 B 727/24.AK

In einem Beschluss vom 26. September 2024 hat der 22. Senat des OVG Münster – in einem Obiter dictum, also einer für die Entscheidung nicht relevanten

⁵ Vgl. BT-Drs. 20/2355, S. 31.

Rechtsansicht – verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit des in Nordrhein-Westfalen geschaffenen Plancherungsinstrumente für windspezifische Raumordnungsplanungen (§ 36 Abs. 3 LPlG NRW) geäußert⁶. Nach Auffassung des Senats spricht Überwiegendes dafür, dass § 36 Abs. 3 LPlG NRW gegen § 73 BImSchG verstoße und daher nach der Kollisionsregel des Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht“) nichtig sein dürfte⁷. Auf eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG hat er mangels Entscheidungserheblichkeit verzichtet. Der Senat hat sich in dieser Entscheidung ferner zurückhaltend zur generellen Anwendbarkeit sowie zu Einzelfragen der Anwendung des § 36 Abs. 3 S. 1 LPlG NRW geäußert⁸. Zudem hat er eine Anwendung der Vorrangregelung des § 2 S. 2 EEG 2023 auch außerhalb von Windenergiegebieten im Rahmen von Zulassungsprüfungen gemäß § 249 Abs. 2 i. V. m. § 35 Abs. 2 BauGB selbst für den Fall erwogen, dass die Flächenziele des WindBG erreicht sind⁹.

Die Entscheidung des 22. Senats erging im einstweiligen Rechtsschutz, beruht folglich auf einer grundsätzlich lediglich summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Hinsichtlich der hier interessierenden Rechtsfragen, namentlich in Bezug auf Wirksamkeit und Anwendung des § 36 Abs. 3 LPlG NRW, ist zwar von einer vergleichsweise verfestigten Rechtsauffassung des 22. Senats des OVG Münster auszugehen¹⁰. Entscheidungsbefugt zur Feststellung der Nichtigkeit des § 36 Abs. 3 LPlG NRW wäre allerdings ausschließlich das Bundesverfassungsgericht.

Legt man die genannte Entscheidung zu Grunde, dürften raumordnungsrechtliche Sicherungsinstrumente nach Vorbild von § 36 Abs. 3 LPlG NRW, jedenfalls aber die nordrhein-westfälische Regelung selbst, nicht mehr effektiv zur Anwendung gelangen können. Auch wenn hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Fragen letztlich das Bundesverfassungsgericht entscheiden müsste, wäre auf Grundlage der

Rechtsprechung des 22. Senats des OVG Münster zu erwarten, dass entsprechende Aussetzungsverfügungen jedenfalls im einstweiligen Rechtsschutz erfolgreich angegriffen werden können. Hinzu kommt, dass aufgrund der vom 22. Senat aufgezeigten Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten entsprechende Sicherungsinstrumente ohnehin nur in engen Grenzen zur Sicherung der gesetzlichen Steuerungswirkungen von Windenergieplanungen eingesetzt werden können.

In Ermangelung (fort)geltender Konzentrationszonenplanungen nach § 245e Abs. 1 BauGB wären Windenergievorhaben in diesem Fall überall im Plangebiet außenbereichsprivilegiert und in ihrem Zulassungsanspruch durch § 2 S. 2 EEG 2023 zusätzlich verstärkt zulässig. Diese könnten folglich in grundsätzlich hohem Maße auch außerhalb der in den WindBG-Planungen vorgesehenen Flächenkulisse verwirklicht werden. Die mit dem Regelungsmechanismus des WindBG i. V. m. § 249 BauGB angestrebte räumliche Steuerung der Windenergie auf die planerisch ausgewiesenen Windenergiegebiete würde insofern ausfallen.

b) Beschluss des 8. Senats des OVG Münster vom 20. Dezember 2024 – 8 B 906/24.AK

In einem Beschluss vom 20. Dezember 2024 gelangte der 8. Senat des OVG Münster zu einer teils relativierenden Einschätzung hinsichtlich des in § 36 Abs. 3 LPlG NRW enthaltenen Sicherungsinstrumente¹¹. Die vom 22. Senat geäußerten gesetzgebungskompetenzrechtlichen Bedenken griff der 8. Senat in der ebenfalls im einstweiligen Rechtsschutz ergangenen Entscheidung mangels Entscheidungsbedürftigkeit nicht weiter auf. Er betonte zudem unter Verweis auf die hierfür geltenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe und die gegen diese Bedenken anführbaren Argumente, dass die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht in einem ausreichenden Maße klärungsfähig

⁶ OVG Münster, Beschl. v. 26.09.2024 – 22 B 727/24.AK, BeckRS 2024, 25586.

⁷ OVG Münster, Beschl. v. 26.09.2024 – 22 B 727/24.AK, BeckRS 2024, 25586 Rn. 7 ff.

⁸ OVG Münster, Beschl. v. 26.09.2024 – 22 B 727/24.AK, BeckRS 2024, 25586 Rn. 21 ff.

⁹ OVG Münster, Beschl. v. 26.09.2024 – 22 B 727/24.AK, BeckRS 2024, 25586 Rn. 29.

¹⁰ Siehe hierzu auch OVG Münster, Beschl. v. 26.09.2024 – 22 B 727/24.AK, BeckRS 2024, 25586 Rn. 5.

¹¹ OVG Münster, Beschl. v. 20.12.2024 – 8 B 906/24.AK, BeckRS 2024, 36586.

seien¹². Nimmt man die Rechtsprechung des 8. Senats des OVG Münster zum Maßstab, ist folglich nicht davon auszugehen, dass Verfahrensaussetzungen auf Grundlage des § 36 Abs. 3 LPiG NRW jedenfalls im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes unter Verweis auf eine gesetzgebungskompetenzrechtliche Unwirksamkeit der Norm zu Fall gebracht werden können. Auch hinsichtlich einer möglichen Anwendung der Vorrangregelung des § 2 S. 2 EEG 2023 auf Zulassungsentscheidungen nach § 35 Abs. 2 BauGB äußerte sich der 8. Senat zurückhaltend¹³.

2. Notwendigkeit einer bundesgesetzlichen Regelung?

Wenn man die Rechtsauffassung des 8. Senats in Richtung einer Zulässigkeit landesgesetzlicher Regelungen zur Zurückstellung von Genehmigungsanträgen einordnet, entsteht die Frage, ob überhaupt die Notwendigkeit besteht, dass der Bundesgesetzgeber eine Regelung erlässt. Es ist aber zu konstatieren, dass eine entsprechende Einordnung aufgrund der Aussagen des 22. Senats nicht rechtssicher erfolgen kann. In der Kürze der Zeit kann keine umfassende verfassungsrechtliche Bewertung erfolgen, zudem erscheint zweifelhaft, ob die Frage überhaupt gutachterlich mit ausreichender Gewissheit beantwortet werden kann. Daher muss festgestellt werden, dass hinsichtlich der gesetzgebungskompetenzrechtlichen Zulässigkeit von raumordnungsrechtlichen Sicherungsinstrumenten der Länder zur Sicherung von Windenergieplanungen aufgrund der genannten Entscheidungen des OVG Münster eine Rechtsunsicherheit vorliegt. Es obliegt daher dem Bundesgesetzgeber, die Relevanz dieser Situation zu bewerten und zu entscheiden, ob er im Sinne der üblichen Arbeitsteilung zwischen Legislative und Judikatur die Herausbildung einer gefestigten Rechtsprechung abwartet oder bereits zum jetzigen Zeitpunkt handelt. Darüber hinaus obliegt es der politischen Bewertung des Gesetzgebers, ob er die aktuelle Zubau- und Genehmigungssituation als gewünschte Beschleunigung des Ausbaus bis zum Erreichen der Flächenziele oder als

Ergebnis eines Mangels an planerischer Steuerung bewertet. (K)ein Handlungsbedarf für eine eigene bundesrechtliche Regelung oder auch eine etwaige Öffnung des Bundesrechts für entsprechende Landesregelungen besteht je nach dem Ergebnis dieser politischen Bewertung.

¹² OVG Münster, Beschl. v. 20.12.2024 – 8 B 906/24.AK, BeckRS 2024, 36586 Rn. 50.

¹³ OVG Münster, Beschl. v. 20.12.2024 – 8 B 906/24.AK, BeckRS 2024, 36586 Rn. 32.

C. Einordnung des Gesetzentwurfs

Der vorliegende Gesetzentwurf enthält nur in Teilen Antworten auf Fragen, die unmittelbar durch den Beschluss des 22. Senats des OVG Münster aufgeworfen wurden und insoweit – bei entsprechender politischer Bewertung – Handlungsbedarf begründen. Daneben sieht der Gesetzentwurf weiterreichende Regelungsänderungen vor, deren Notwendigkeit eigens zu hinterfragen ist. Diese Regelungen gehen jedenfalls in einzelnen Voraussetzungen und Folgen darüber hinaus, die – tatsächliche oder vermeintliche – Lücke eins zu eins zu schließen, die infolge des Wegfalls bisheriger landesgesetzlicher Regelungen entstanden sein kann. Zudem enthält der Gesetzentwurf zwei eigenständige Ansätze, die dem Ziel einer räumlichen Beschränkung des Windenergieausbaus dienen. Daher drängt sich die Frage auf, ob dies sachgerecht ist oder der Bundesgesetzgeber sich zwischen den beiden Optionen entscheiden kann oder sogar sollte.

I. Regelungsvorschläge zur Begrenzung des Ausbaus außerhalb der künftigen Windenergiegebiete

Der Gesetzentwurf enthält zwei Regelungsansätze, die dem Anliegen dienen, den Windenergieausbau räumlich zu begrenzen und damit auf die Entscheidung des OVG Münster aus September 2024 zu reagieren:

1. Ein Plansicherungsinstrument, das funktional ähnlich – wenn auch im Detail durchaus sehr unterschiedlich – zu dem des § 36 Abs. 3 LPIG NRW konstruiert ist.
2. Ein neuartiger Ansatz zur Ermöglichung einer zeitlich vorgezogenen Feststellung der Zielerreichung, die die Folge früher auslösen würde, dass außerhalb ausgewiesener Flächen die Außenbereichsprivilegierung von Windenergieanlagen entfiel.

Beiden Ansätzen ist – bei einer entsprechenden Ausgestaltung – gemein, dass sie

den Windenergieausbau grundsätzlich nicht unterbinden müssen, sondern lediglich früher auf ein nach dem WindBG angestrebtes Flächenkontingent begrenzen könnten. Dabei haben die Ansätze unterschiedliche Vor- und Nachteile. Die konkrete Ausgestaltung der Ansätze im Gesetzentwurf wirft zudem eine Reihe von Problemen auf, die diese grundsätzliche Bewertung in Frage stellen und ungewollte strukturelle und dauerhafte Einschränkungen des Windenergieausbaus bewirken können, die nicht als Reaktion auf das OVG Münster angezeigt sind.

1. Plansicherungsinstrument

§ 245e Abs. 2 BauGB-E würde ein Sicherungsinstrument etablieren. Ein solches würde es Planungsträgern ermöglichen, den ungesteuerten Zubau von Windenergieanlagen während laufender Planverfahren zu unterbinden.

Instrumente zur Sicherung von laufenden Planverfahren sind grundsätzlich üblich und sinnvoll (vgl. §§ 14 ff. BauGB, § 12 Abs. 2 ROG). Gerade der Windenergiezubau ist auf Akzeptanz angewiesen, was nach der bisherigen gesetzgeberischen Konzeption auch durch dessen räumliche Steuerung erreicht werden soll. Konsequenterweise ist dann auch deren vorläufige Sicherung als legitimes Anliegen zu qualifizieren. Auch wenn der Gesetzgeber ein Sicherungsinstrument für WindBG-Planungen für die Raumordnungsebene bislang nicht vorgesehen hat, ist dessen nachträgliche Einfügung in das Bundesrecht weder system- noch zweckwidrig.

Ein solches Sicherungsinstrument kann dabei so ausgestaltet werden, dass es zwar den Windenergieausbau bereits vor Wirksamkeit der Planung räumlich begrenzt, aber diesen nicht zum Erliegen bringt, sondern nur auf das Flächenmaß reduziert, das nach dem WindBG planerisch zur Verfügung gestellt werden muss. Ob beide Anliegen verwirklicht werden oder die Sicherung einseitig nur zu Lasten des Windenergieausbaus erfolgt, gehört zu den

wichtigsten Ausgestaltungsentscheidungen des Gesetzgebers.

§ 245e Abs. 2 BauGB-E knüpft an die förmliche Einleitung des Planaufstellungsverfahrens¹⁴ an und ermöglicht den Planungsträgern, die Verwirklichung von Windenergievorhaben schon frühzeitig zu sperren. Ein konkretes Planungskonzept mit in Planung befindlichen Windenergiegebieten muss zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorliegen. Je nachdem, in welchem Ausmaß von der Untersagungsmöglichkeit Gebrauch gemacht werden würde, könnte der Windenergiezubaue mit Ausnahme von Repowering-Vorhaben nach § 245e Abs. 3 BauGB während dieser Zeit vollständig zum Erliegen kommen. Faktisch sind die WindBG-Planungen in den Ländern allerdings über dieses Stadium ohnehin schon hinaus.

Der konkrete Regelungsvorschlag des § 245e Abs. 2 BauGB-E ist damit tatbestandlich sehr restriktiv geraten und geht weit über die bislang bestehenden Sicherungsinstrumente zur Sicherung von WindBG-Planungen (z. B. § 245e Abs. 2 i. V. m. § 15 Abs. 3 BauGB) und auch über die zu ersetzende landesgesetzliche Regelung in Nordrhein-Westfalen (§ 36 Abs. 3 LPIG NRW) hinaus. Die Anknüpfung an die förmliche Einleitung des Planaufstellungsverfahrens – also allein an den initialen Einleitungsbeschluss – ist denkbar weit vorgelagert. Konkrete Flächen, die dem Zielszenario der Planung entsprechen und von einem solchen Sicherungsinstrument unberührt blieben, bestünden dann noch nicht. Daher besteht die konkrete Gefahr, dass der Windenergieausbau zum Erliegen kommt. Zudem entfällt der Anreiz für Planungsträger, zügig ihrer Aufgabe nachzukommen.

Die konkrete Fassung des § 245e Abs. 2 BauGB-E unterliegt zudem Bedenken hinsichtlich ihrer Erforderlichkeit, da eine schärfere Rechtsfolge für die Übergangszeit verhängt wird (vorübergehende Unzulässigkeit von Windenergievorhaben), als

sie nach Inkrafttreten des zu sichernden Plans eingreift (lediglich Entprivilegierung gemäß § 249 Abs. 2 i. V. m. § 35 Abs. 2 BauGB, die noch einen gewissen, wenn auch sehr engen Spielraum für die Zulassung von Windenergieanlagen auch außerhalb von Windenergiegebieten lässt)¹⁵.

Für den Windenergieausbau zuträglich wäre ein Anknüpfen des Sicherungsinstruments an ein späteres Stadium des Planaufstellungsverfahrens, etwa die Eröffnung des Beteiligungsverfahrens nach § 3 Abs. 2 BauGB oder § 9 Abs. 2 ROG. Dann wäre gewährleistet, dass bereits Flächen benannt sind, die der Windenergie auch während der Anwendbarkeit des Plansicherungsinstruments zur Verfügung stehen. Ferner sollte die Formulierung sicherstellen, dass das Plansicherungsinstrument außerhalb der auszuweisenden Flächen keine weitergehenden Rechtsfolgen zu Lasten der Windenergie als die endgültige Planung hat. So sollten Vorhaben von der Untersagung nicht erfasst werden können, wenn diese öffentliche Belange nicht beeinträchtigen.

Ein solches Plansicherungsinstrument könnte überall dort zum Einsatz kommen, wo keine nach alter Rechtslage fortgeltende oder bereits nach dem neuen Regime aufgestellte Windenergieplanung besteht. Eine Pflicht der Länder oder Planungsträger, das Instrument anzuwenden, würde im Übrigen nicht bestehen. Die für die Anwendung des Plansicherungsinstruments erforderliche Einzelfallentscheidung würde einen gewissen Verfahrensaufwand bedingen, der im Übrigen vom zuständigen Planungsträger gegebenenfalls nicht adäquat bewältigt werden kann und unter Umständen besser bei der Raumordnungsbehörde aufgehoben ist.

¹⁴ Das Raumordnungsrecht kennt, auch in Abhängigkeit von der jeweiligen Verwaltungspraxis in den Ländern und mit durchaus uneinheitlicher Terminologie, mehrere verfahrens(abschnitts)eröffnende Beschlussformen und namentlich einen Einleitungsbeschluss, durch dessen Vornahme der Raumordnungsträger das Planaufstellungsverfahren eröffnet und die Raumordnungsbehörde förmlich mit der Erarbeitung eines Planaufstellungsentwurfs beauftragt, und einen

Planaufstellungsbeschluss, der üblicherweise dem Beteiligungsverfahren vorangeht. Aufgrund der Formulierung des Gesetzentwurfs wird hier davon ausgegangen, dass dieser den erstgenannten Einleitungsbeschluss meint und damit denkbar früh im Planverfahren ansetzt.

¹⁵ Siehe hierzu auch OVG Münster, Beschl. v. 20.12.2024 – 8 B 906/24.AK, BeckRS 2024, 36586 Rn. 32.

2. Vollständige Anrechnung älterer Rotor-innerhalb-Planungen

Zusätzlich zu der Regelung eines Plansicherungsinstruments in § 245e Abs. 2 BauGB-E sieht der Gesetzentwurf mit § 4 Abs. 3 S. 2 WindBG-E und der Folgeänderung in § 2 Nr. 2 WindBG-E einen zweiten Regelungsansatz vor, um den Zubau von Windenergieanlagen außerhalb der künftigen Windenergiegebiete zu beschränken. Dieser Ansatz ist funktional als Alternative zur Plansicherung anzusehen, wobei beide Ansätze letztlich zwei unterschiedliche Konstellationen adressieren. Der Ansatz eines Plansicherungsinstruments wäre unspezifischer und würde nach der geltenden Rechtslage des Wind-an-Land-Gesetzes grundsätzlich allen Planungsträgern helfen, die bisher keine rechtmäßige Planung mit Ausschlusswirkung aufweisen können. Die Änderung der Rotor-innerhalb-Regelung würde dagegen nur diejenigen Planungsträgern helfen, die eine Planung aufweisen, die bei einer vollen Anrechnung von Rotor-innerhalb-Flächen quantitativ ausreicht, um die mengenmäßigen Vorgaben des WindBG zu erreichen.

Anders als das vorgesehene Sicherungsinstrument zielt § 4 Abs. 3 S. 2 WindBG-E mit einer veränderten Anrechnung von Rotor-innerhalb-Flächen aber nicht darauf ab, die mit Abschluss der Planung angestrebte Konzentration der Zulässigkeit von Windenergievorhaben auf Windenergiegebiete während der Planungsverfahren abzusichern, sondern darauf, in bestimmten Konstellationen möglichst zeitnah das Zwischenziel zu erreichen und mit der Feststellung dessen die Entprivilegierung von Windenergievorhaben außerhalb von Windenergiegebieten (vgl. § 249 Abs. 2 BauGB) zeitnah herbeizuführen. Auf diese Weise soll in den Regionen, in denen die vollständige Anrechnung vorhandener Rotor-innerhalb-Planungen zur Zielerreichung ausreichen würde, das Zeitfenster, in dem ein Zubau von Anlagen außerhalb der künftigen Flächenkulisse geschehen kann, möglichst klein gehalten werden und nicht bis zum Abschluss der aktuell und teils noch bis Ende 2027 laufenden Planungsverfahren offengelassen werden.

§ 4 Abs. 3 S. 2 WindBG-E sieht hierfür vor, dass

Rotor-innerhalb-Flächen in Plänen, die nach dem 01.02.2024 wirksam geworden sind, [...] nur anteilig auf die Flächenbeitragswerte anzurechnen“

sind. Damit würde von der bisherigen Regelung nach § 4 Abs. 3 S. 2 WindBG abgewichen, wonach Rotor-innerhalb-Flächen stets nur anteilig anzurechnen sind. Dies soll nach dem Entwurf nur noch für Rotor-innerhalb Flächen in Plänen gelten, die nach dem 01. Februar 2024 wirksam geworden sind. Da die vollständige Anrechenbarkeit durch den Regelungsentwurf nicht befristet wird, wären Rotor-innerhalb Flächen in älteren Plänen dauerhaft vollständig anrechenbar, so dass diese auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt durch Rotor-außerhalb Planungen ersetzt werden müssten. Die für Windenergie in diesem Planungsraum zur Verfügung stehende Fläche dürfte sich damit gegenüber dem Zielszenario des WindBG verkleinern.

Durch die Änderung der Anrechnung von Rotor-innerhalb-Flächen nach § 4 Abs. 3 S. 2 WindBG-E könnten überall dort die Zwischenziele frühzeitiger als bislang erreicht werden, wo eine vollständige Anrechnung von Bestandsplänen unabhängig von ihrer Eigenschaft als Rotor-innerhalb-Planungen und gegebenenfalls bereits vorhandenen ersten neuen Plänen mengenmäßig ausreichen, um das jeweilige Zwischenziel zu erreichen. In Plangebieten, in denen dagegen keine Bestandspläne mit Windenergieflächen in ausreichendem Umfang vorliegen, hat die Regelungsänderung dagegen keinerlei Wirkungen. Grund hierfür ist, dass das vorgeschlagene Instrument seine Effekte nicht aus sich heraus entfaltet, sondern erst im Zusammenhang mit bestimmten Planungssituationen in einzelnen Plangebieten, die kein größeres oder geringeres Sicherheitsbedürfnis begründen, als es auch in anderen Plangebieten vorhanden ist.

Positiv gewendet bedeutet dies aus Sicht des Windenergieausbaus allerdings auch, dass die Effekte der Änderung relativ begrenzt sind. Dies folgt zudem auch aus den vom Gesetzentwurf angeführten neueren Analysen des Umweltbundesamts, wonach sich gezeigt hat, dass nach der bisherigen Zulassungspraxis Rotor-innerhalb-Flächen auch im Randbereich der Gebiete für

Windenergievorhaben genutzt wurden. Da sich diese Analysen allerdings überwiegend auf einen Zeitraum beziehen, in dem die Unterscheidung von Rotor-innerhalb- und Rotor-außerhalb-Planungen kaum im Bewusstsein von Planungs- und Genehmigungsbehörden gewesen sein dürfte, kann hieraus nicht geschlussfolgert werden, dass dies auch für die Zukunft gilt. Um durch die Regeländerung keine Gebietsverluste für den Windenergieausbau zu riskieren, sollte die vollständige Anrechenbarkeit von Rotor-innerhalb-Planungen deshalb auf Ende 2027 befristet werden, so dass ab dem 01. Januar 2028 auch insoweit Rotor-außerhalb-Planungen vorliegen müssen. In diesem Fall sollte auch die nach dem Gesetzentwurf zu streichende Regelung des § 5 Abs. 4 WindBG beibehalten werden, da hiernach eine dauerhafte Änderung einer Rotor-innerhalb-Planung in eine Rotor-außerhalb-Planung ermöglicht wird.

3. Weitergehende Ermächtigung der Landesregierungen zur Feststellung der Zielerreichung

Mit § 4 Abs. 3 S. 2 WindBG-E steht das Einfügen weiterer Sätze nach § 5 Abs. 2 S. 1 WindBG durch den Gesetzentwurf im Zusammenhang. Hiernach soll die Feststellung des Erreichens der Flächenbeitragswerte bzw. der Teilflächenziele immer auch durch die jeweilige Landesregierung getroffen werden können. Dies soll auch dann gelten, wenn diese nicht der zuständige Planungsträger ist, weil die Flächenbeitragswerte zuvor als Teilflächenziele nach § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WindBG auf regionale oder kommunale Teilflächenziele heruntergebrochen wurden. Hiermit soll es wohl ermöglicht werden, dass ein Überschuss an vorhandenen Bestandsflächen, die insbesondere auch als Rotor-innerhalb-Flächen nach § 4 Abs. 3 S. 2 WindBG-E voll angerechnet würden, auch anderen Regionen zugutekommen kann, in denen die Bestandsflächen auch bei vollständiger Anrechnung nicht zur Zielerreichung ausreichen. Durch die Ermächtigung der Landesregierung könnte diese die Zielerreichung für das jeweilige Land feststellen, auch wenn der Flächenbeitragswert in den Regionen nur im Mittel erreicht wird und dies durch die Übererfüllung einzelner und die

Untererfüllung anderer Regionen zustande kommt.

Mit dieser Regelung soll davon abgewichen werden, dass mit dem Herunterbrechen der Flächenbeitragswerte die Verantwortlichkeit zur Flächenausweisung auf die einzelnen Regionen oder Kommunen übergeht, und zudem davon, dass es auch nur in der verantwortlichen Region bzw. Kommune mit Erreichen des Teilflächenziels zur Entprivilegierung kommt. Die Landesebene erhielte so eine größere Gestaltungsfreiheit. Zwar müsste landesweit auch weiterhin jeweils der nach WindBG zugewiesene Flächenbeitragswert erfüllt werden. Die durch das Herunterbrechen der Flächenbeitragswerte nach § 3 Abs. 2 WindBG vermittelte Planungssicherheit über den Umfang an ausgewiesenen Flächen je Region würde jedoch beeinträchtigt. Regionen, die hinter ihren Teilflächenzielen bislang zurückbleiben, verlören zudem den Anreiz dieses Zurückbleiben aufzuholen, da sie von der Übererfüllung anderer Regionen profitierten.

Fraglich ist allerdings, ob der gewählte Wortlaut tatsächlich neben der zusätzlichen Zuständigkeit für die Feststellung auch die in der Gesetzesbegründung angesprochene „Rückholung“ der Teilflächenziele beinhaltet. Der Wortlaut bezieht sich lediglich auf „die Feststellung nach Satz 1“, ohne dass damit ausdrücklich geklärt wird, ob dies das landesweite Ziel oder lediglich die Teilflächenziele meint. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, sollte hier eine ausdrückliche Klarstellung erfolgen.

4. Fehlerfolgenregelung bei Aufhebung der Feststellung von Zielerreichungen

Ebenfalls mit der Änderung zugunsten einer vollständigen Anrechnung von Rotor-innerhalb-Planungen sowie der weitergehenden Ermächtigung der Landesregierung im Zusammenhang steht auch der neue § 5 Abs. 3 WindBG-E. Die Regelung zielt darauf ab, dass insbesondere die Entprivilegierung von Windenergievorhaben außerhalb von Windenergiegebieten auch dann für ein Jahr bestehen bleibt, wenn eine Feststellung nach § 5 Abs. 1 oder 2 WindBG durch eine Gerichtsentscheidung für unwirksam erklärt, seine Unwirksamkeit angenommen oder sie außer Vollzug

gesetzt wird. Es handelt sich mithin um eine Fehlerfolgenregelung für Feststellungen nach § 5 Abs. 1 und 2 WindBG. Sie ergänzt die schon bislang im WindBG vorhandene Fehlerfolgenregelung in § 4 Abs. 2 S. 2 WindBG zur vorübergehend fortgesetzten Anrechenbarkeit von Windenergieflächen in unwirksamen Plänen.

Die Regelung dürfte eine Reaktion auf die erhöhte Komplexität von Feststellungen darstellen, die entsteht, wenn hierbei nicht lediglich Flächen einiger weniger Regionalpläne addiert werden, sondern Bestandsflächen aus einer großen Zahl an kommunalen Plänen sowie die im Umgriff von Bestandsanlagen außerhalb der Planungskulisse liegenden Flächen (§ 4 Abs. 1 S. 3 WindBG) zwecks Zielerreichung zusammengerechnet werden müssen. Dies sind jedoch Konstellationen, die erst durch die vorangehend geschilderten Gesetzesänderungen überhaupt relevant werden.

Ist das Ansinnen der Stabilisierung der Feststellungen auch verständlich, dürfte die Regelung ein erhebliches Missbrauchspotenzial eröffnen. Die einjährige Aufrechterhaltung der Entprivilegierung trotz fehlerhafter Feststellung könnte grundsätzlich immer wieder durch die Planungsträger bzw. die Landesregierung erneuert werden. Rechtsschutz hiergegen liefe Gefahr ins Leere zu gehen. In den bislang durch das Gesetz geregelten Fällen dürfte es einer solchen Regelung nicht bedürfen, da die Addition der Flächen für die Feststellung im Normalfall kaum fehleranfällig ist und sich im Falle gleichwohl vorkommender Fehler schnell korrigieren ließe. Ein Übergangszeitraum erscheint daher nicht notwendig, jedenfalls die Zeitspanne von einem Jahr als zu weitgehend.

II. Vertrauensschutzregelung nach § 249 Abs. 2 BauGB-E und Begrenzung des Amtshaftungsanspruchs nach § 5 Abs. 5 WindBG

Mit § 249 Abs. 2 S. 4 bis 6 BauGB-E schafft der Gesetzentwurf eine

Vertrauensschutzregelung für Altanträge, die vor den Folgen einer Entprivilegierung nach § 249 Abs. 2 BauGB auch dann geschützt werden sollen, wenn das Erreichen der Flächenziele des WindBG festgestellt wird. Eine im Regelungsanliegen vergleichbare, regelungstechnisch allerdings noch nicht vollständig konsolidierte Regelung war auch bereits im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der integrierten Stadtentwicklung enthalten¹⁶.

Der wertungsmäßig durchaus überzeugende Grund hinter einer solchen Vertrauensschutzregelung ist, dass die von ihr erfassten Anträge angesichts der langen Verfahrensdauer von der Genehmigungsbehörde pflichtwidrig nicht beschieden wurden, obwohl das Vorhaben bei vollständiger Einreichung der Antragsunterlagen zulassungsfähig gewesen ist. Nach Eintritt der Entprivilegierung gemäß § 249 Abs. 2 BauGB ist eine Genehmigung dieser Vorhaben aber in der Regel nicht mehr möglich. Etwaige Amtshaftungsklagen gegen die Träger der Genehmigungsbehörden würden sich ebenfalls nicht mehr durch nachträgliche Erteilung einer Genehmigung erledigen. Die Träger der Genehmigungsbehörden sähen sich so unter Umständen hohen Regressforderungen der Vorhabenträger ausgesetzt.

Die Regelung des § 249 Abs. 2 S. 4 bis 6 BauGB-E ist allerdings sehr restriktiv gefasst und erfasst mit Anträgen, für die die jeweilige Frist für die Entscheidung über den vollständigen Antrag vor dem 2. Februar 2023 verstrichen ist, nur einen kleinen Teil der relevanten Fälle. Zudem gibt die Formulierung des § 249 Abs. 2 S. 5 BauGB-E Anlass zu Missverständnissen, da statt „Vorbescheide[n]“ Anträge auf Vorbescheid gemeint sein dürften. Wirksam erteilte Vorbescheide sollen gerade die planungsrechtlichen Rechtswirkungen sichern und werden demnach von den Rechtsfolgen nach § 249 Abs. 2 S. 1 und S. 2 BauGB ohnehin nicht erfasst.

Als Komplement zur Vertrauensschutzregelung dient die Begrenzung des Amtshaftungsanspruchs auf den Vertrauensschaden durch § 5 Abs. 5 WindBG-E. Da vergleichsweise viele Fälle positiv bescheidungsfähiger Genehmigungsanträge nicht

¹⁶ BT-Drs. 20/13091.

unter die Vertrauensschutzregelung fallen, bestehen mögliche Amtshaftungsansprüche dem Grunde nach fort. Diese soll § 5 Abs. 5 WindBG-E auf den Ersatz vergeblich gewordener Aufwendungen unter explizitem Ausschluss einer Haftung für entgangenen Gewinn begrenzen. Hierdurch wird ein vergleichsweise tiefer Eingriff in das amtshaftungsrechtliche Regelungsgefüge vorgenommen, dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit zudem noch näher zu klären wäre. Vertrauensschutz- und Haftungsbegrenzungsregelung stehen indes in einem gegenseitigen Ergänzungsverhältnis: Je weiter die Vertrauensschutzregelung gefasst wird, desto geringer wird das Regelungsbedürfnis für eine Haftungsbegrenzungsregelung. Der Bedarf für Letztere würde komplett entfallen, wenn eine Vertrauensschutzregelung und ein etwaiges Sicherungsinstrument derart tatbestandlich aufeinander abgestimmt würden, dass sie zeitlich unmittelbar aneinander anschließen.

(beispielsweise hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 2 S. 2 EEG 2023 auf Zulassungsentscheidungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB innerhalb von Windenergiegebieten) zu Missverständnissen führen. Es sollte daher eine Anpassung des Regelungsvorschlages erfolgen, soweit es politisch geboten erscheint, eine Regelung zu erlassen.

III. Klärung des Verhältnisses von WindBG und § 2 EEG 2023

Die – nicht entscheidungstragenden – Ausführungen des 22. Senats des OVG Münster zur möglichen Anwendung der Vorrangregelung des § 2 S. 2 EEG 2023 auch auf Zulassungsentscheidungen gemäß § 249 Abs. 2 i. V. m. § 35 Abs. 2 BauGB haben für Rechtsunsicherheit gesorgt, ob und inwieweit die Konzentration des Windenergieausbaus auf ausgewiesene Windenergiegebiete durch das reformierte Planungsrecht noch im Regelfall gewährleistet wird. Das gleiche Gericht hat sie in Gestalt seines 8. Senats allerdings bereits wieder deutlich relativiert.

Es erscheint per se dennoch jedenfalls unschädlich, dass der Gesetzgeber die aufgeworfene Rechtsunsicherheit zum Anlass für eine klarstellende Regelung nimmt. Die konkrete Fassung des Gesetzentwurfs geht über den hierdurch verursachten Klarstellungsbedarf allerdings insoweit hinaus, als sie nicht lediglich die außerhalb von Windenergiegebieten relevanten Zulassungsentscheidungen nach § 35 Abs 2 BauGB adressiert, sondern von ihrem Wortlaut her sämtliche Abwägungsentscheidungen i. S. v. § 2 S. 2 EEG 2023 erfasst. Dies könnte

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**