

### Fazit zum Wind-an-Land-Gesetz aus der Sicht der Behördenpraxis

- Das Gesetz basiert auf einem guten und den bestehenden Problemen gerecht werdenden Konzept.
- Das Konzept ist gut durchdacht, stringent und schlüssig sowie handwerklich gut ausgearbeitet.
- Einige für die Praxis hilfreich Klarstellungen und Ergänzungen würden den gelungenen Gesetzentwurf abrunden.
- Lediglich zwei wichtige Punkte bedürfen der zwingenden Nachbesserung: Der genehmigungsrechtliche Umgang mit vorzeitig angerechneten Flächenausweisungen nach § 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG sowie die zu weitgehende Unbeachtlichkeit anderer planerischer Darstellungen in § 249 Abs. 7 Nr. 2 BauGB.

## Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (Wind-an-Land-Gesetz – WaLG)

### Artikel 1

#### Gesetz zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land (Windflächenbedarfsgesetz – WindBG)

#### § 1 Ziel des Gesetzes

(1) Ziel dieses Gesetzes ist es, im Interesse des Klima- und Umweltschutzes die Transformation zu einer nachhaltigen und treibhausgasneutralen Stromversorgung, die vollständig auf erneuerbaren Energien beruht, durch den beschleunigten Ausbau der Windenergie an Land zu fördern.

(2) Hierfür gibt dieses Gesetz den Ländern verbindliche Flächenziele (Flächenbeitragswerte) vor, die für den Ausbau der Windenergie an Land benötigt werden, um die Ausbauziele und Ausbaupfade des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes zu erreichen.

#### § 2 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes sind

##### 1. Windenergiegebiete:

Folgende Ausweisungen von Flächen für die Windenergie an Land in Raumordnungs- oder Bauleitplänen:

a) Vorranggebiete und mit diesen vergleichbare Gebiete in Raumordnungsplänen sowie **Baugebiete** in Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen;

b) für die Flächenbeitragswerte nach Anlage 1 Spalte 1 zusätzlich Eignungs- und Vorbehaltsgebiete in Raumordnungsplänen, wenn der Raumordnungsplan spätestens am [Datum 1 Jahr nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes] wirksam geworden ist.

##### 2. Rotor-innerhalb-Flächen:

Flächen im Sinne der Nummer 1, die in einem Raumordnungsplan oder **Bauleitplan ausgewiesen wurden, der bestimmt, dass die Rotorblätter von Windenergieanlagen innerhalb der ausgewiesenen Fläche liegen müssen, oder der keine Bestimmung im Hinblick auf die Platzierung der Rotorblätter außerhalb einer ausgewiesenen Fläche trifft.**

#### § 3 Verpflichtungen der Länder

(1) In jedem Bundesland ist ein prozentualer Anteil der Landesfläche nach Maßgabe der Anlage 1 zu diesem Gesetz (Flächenbeitragswert) für die Windenergie an Land auszuweisen. Dabei sind die Flächenbeitragswerte nach Anlage 1, Spalte 1 vor dem 1. Januar 2027, die Flächenbeitragswerte nach Anlage 1, Spalte 2 vor dem 1. Januar 2033 zu erreichen. Die Größe der Landesflächen der Bundesländer ist der Anlage 1, Spalte 3 zu entnehmen.

Das BauGB und die BauNVO kennt für Flächennutzungspläne sowohl die Darstellung als Baugebiet als auch als Baufläche. Beide Formen wurden und werden in der Planungspraxis für die Ausweisung von Flächen für die Windenergie genutzt. Um ein Missverständnis zu vermeiden, dass nur „Baugebiete“ anerkannt werden können, sollte hier der Begriff „Bauflächen“ ergänzt werden.

Hiermit stellt der Gesetzgeber zur diesbezüglichen Streitfrage klar, dass Plangeber bereits nach bestehender Rechtslage die Möglichkeit hatten und haben, in ihrem Plan selbst zu bestimmen, ob der Rotorkreis über den Rand des ausgewiesenen Gebiets hinausragen darf oder nicht. Plangeber, die sich derzeit in einem Aufstellungsverfahren für einen Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan mit der Wirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB befinden und die Übergangsregelung nach § 245e Abs. 1 BauGB-E in Anspruch nehmen möchten, sollten daher unbedingt eine explizite Regelung aufnehmen, dass es sich um „Rotor-außerhalb-Flächen“ handelt.

Zu Beginn der räumlichen Steuerung von WEA wurde ohne Weiteres davon ausgegangen, dass der Rotor über die Zonengrenze hinausragen darf. Die planerischen Ausweisungen dieser Generation enthielten daher keine Aussagen dazu; tatsächlich sind in diesen Zonen viele WEA errichtet, deren Rotor über die Grenzen hinausragt. Erst ab dem Jahr 2011 stellte die Rechtsprechung diese vorherige Rechtsauffassung streitig ohne sie abschließend zu klären (siehe Windenergie-Handbuch S. 179). Auch danach wurden aber in der Praxis (wenn auch weniger häufig) WEA, deren Rotorkreis über die Zonengrenze hinausragt, genehmigt ohne dass es dazu explizite Regelungen im jeweiligen FNP gab. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht angemessen, die Pläne ohne explizite Aussage als „Rotor-innerhalb-Flächen“ einzustufen. Stattdessen sollten derartige Pläne durch das Wind-an-Land-Gesetz als gesetzgeberische Setzung als „Rotor-außerhalb-Flächen“ eingestuft werden. Dies erlässt den betroffenen Plangeber eine Ergänzung oder gar Neuaufstellung ihrer Pläne und stellt zugleich für die Genehmigungsebene die Zulässigkeit des Überschreitens der Zonengrenzen durch den Rotor klar, so dass der sich daraus ergebende Flächengewinn sofort nutzbar ist.

(2) Die Länder erfüllen die Pflicht nach Absatz 1, indem sie  
1. die zur Erreichung der Flächenbeitragswerte notwendigen Flächen selbst in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen ausweisen oder

2. eine Ausweisung der zur Erreichung der Flächenbeitragswerte notwendigen Flächen durch von ihnen abweichende regionale oder kommunale Planungsträger sicherstellen; hierzu legt das jeweilige Land regionale oder kommunale Teilflächenziele fest, die in Summe den Flächenbeitragswert erreichen, und macht diese durch ein Landesgesetz oder als Ziele der Raumordnung verbindlich.

(3) Die Länder sind außerdem verpflichtet, vor dem 1. Juni 2024 im Rahmen ihrer Berichterstattung nach § 98 Absatz 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes Folgendes nachzuweisen:

1. im Fall des Absatzes 2 Nummer 1 Planaufstellungsbeschlüsse zur Ausweisung der zur Erreichung der Flächenbeitragswerte nach Anhang 1, Spalte 1 notwendigen Flächen,

2. im Fall des Absatzes 2 Nummer 2 das Inkrafttreten von Landesgesetzen oder Raumordnungsplänen, die Teilflächenziele für regionale oder kommunale Planungsträger festsetzen; die Teilflächenziele müssen in der Summe den Flächenbeitragswert nach Anhang 1, Spalte 1 für das Land erreichen.

#### § 4 Anrechenbare Fläche

(1) Für die Windenergie an Land im Sinne des § 3 Absatz 1 Satz 1 ausgewiesen sind alle Flächen, die in Windenergiegebieten liegen. Soweit sich Ausweisungen in Plänen verschiedener Planungsebenen auf dieselbe Fläche beziehen, ist die ausgewiesene Fläche nur einmalig auf den Flächenbeitragswert anzurechnen.

(2) Ausgewiesene Flächen sind anrechenbar, sobald und solange der jeweilige Plan wirksam ist. Soweit ein Plan durch Entscheidung eines Gerichtes für unwirksam erklärt oder dessen Unwirksamkeit in den Entscheidungsgründen angenommen worden ist, bleiben die ausgewiesenen Flächen für ein Jahr ab Rechtskraft der Entscheidung weiter anrechenbar. Ein Plan, der vor Ablauf der in § 3 Absatz 1 Satz 2 genannten Stichtage beschlossen, aber noch nicht wirksam geworden ist, wird für 7 Monate ab Beschluss des Plans angerechnet.

(3) Ausgewiesene Flächen nach Absatz 1 sind grundsätzlich in vollem Umfang auf die Flächenbeitragswerte anzurechnen. Rotor-innerhalb-Flächen sind nur anteilig auf die Flächenbeitragswerte anzurechnen. Hierfür ist mittels Analyse der GIS-Daten flächenscharf der einfache Rotorradius abzüglich des Turmfußradius einer Standardwindenergieanlage an Land von den Grenzen der ausgewiesenen Fläche abzuziehen (Pufferung nach innen). Der Rotorradius einer Standardwindenergieanlage an Land abzüglich des Turmfußradius wird zu diesem Zweck mit einem Wert von 75 Metern festgesetzt. Rotor-innerhalb-Flächen, für die keine GIS-Daten vorliegen, werden abhängig von ihrer Gesamtgröße mit den Anrechnungsfaktoren nach Anlage 2 angerechnet.

Die Anrechnungsfaktoren werden der tatsächlichen Situation nur grob gerecht, da die verfügbare Fläche stark von Form und Zuschnitt des konkreten Gebiets abhängt. Die überwiegende Zahl der Alt-Pläne ist zwischenzeitlich sowieso für die Darstellung und Verarbeitung in GIS-Systemen digitalisiert worden. Für die Bestimmung der Gesamtgröße nach Anlage 2 müsste sowieso eine Digitalisierung erfolgen, da nicht alle Alt-Pläne (ausreichend genaue) Angaben zur Größe der ausgewiesenen Flächen enthalten. Es sollte daher vorgesehen werden, dass auch Alt-Pläne mittels GIS-Analyse zu bewerten sind, so dass Anlage 2 entfällt.

Durch den Entscheidungsprozess der Bundesländer, auf welchem Weg sie die Flächenbereitstellung umsetzen werden bzw. durch die Ermittlung der Teilflächenziele entsteht ein - unvermeidbarer - Zeitraum, in dem offen ist, ob der Status „Flächenziel erfüllt“ oder „Flächenziel nicht erfüllt“ gegeben ist. Es liegt bei den Ländern - und in ihrem sowie dem Interesse der Regionen und Gemeinden - diesen Zeitraum möglichst klein zu halten, also ggf. schon vor dem 1.6.24 Klarheit zu schaffen. Da im Wind-an-Land-Gesetz sowie in anderen Gesetzesvorhaben (siehe BNatSchG-E) Rechtsfolgen an die (nicht-)Erfüllung der Flächenziele gebunden werden, muss bei allen diesen Regelungen klargestellt sein, was für die Phase der Unbestimmtheit (d.h. bis längstens zum 1.6.24) gelten soll und was gelten soll, wenn ein Land bis zum 1.6.24 entgegen seiner Verpflichtung noch keine Entscheidungen nach § 3 Abs. 3 WindBG getroffen hat, also die Phase der Unbestimmtheit fort dauert.

Nach § 47 Abs. 5 VwGO ist der Plangeber nur im Falle einer Unwirksamkeitserklärung durch Normenkontrollklage zur Bekanntmachung der Unwirksamkeitserklärung verpflichtet. Da nun auch an die Inzident-Entscheidung über die Unwirksamkeit allgemeingültige Rechtsfolgen geknüpft werden, sollte hier (oder im BauGB oder in der VwGO) eine Verpflichtung des Plangebers verankert werden, bei planerischen Ausweisungen nach § 249 BauGB gerichtliche Unwirksamkeitsentscheidungen sowohl in Normenkontroll- als auch in Inzident-Verfahren sowohl mit der Entscheidungsformel als auch mit Nennung des fristauslösenden Datums der Rechtskraft der Entscheidung bekanntzumachen.

Für diese Fallkonstellation sind die Rechtsfolgen für die Entscheidung über Genehmigungsanträge nicht klar geregelt. In der Gesetzesbegründung wird diese Sonderregelung mit der Gewährleistung von Rechtskontinuität begründet, es solle vermieden werden, dass die Konzentrationswirkung zunächst entfällt und später wieder gilt. Dies trifft jedoch so nur auf den Stichtag 1.1.33 zu und dies nur, wenn zuvor das Flächenziel des Stichtages 1.1.27 erfüllt war. Zum Stichtag 1.1.2027 wird weitaus häufiger hingegen eine bestehende Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB mit anderer, geringerer Flächenausweisung (deren Ausschlusswirkung nach § 245e BauGB-E zum 1.1.27 entfällt) oder eine sowieso schon zuvor bestehende vollumfängliche Privilegierung auf Grund einer fehlenden wirksamen Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einem beschlossenen, aber noch nicht wirksamen Plan nach neuem Recht gegenüberstehen. Ein entscheidungsreifer BImSchG-Genehmigungsantrag müsste also nach regulärem Recht im Zeitraum zwischen dem 1.1.27 und dem Wirksamwerden des neuen Plans genehmigt werden, auch wenn er im Ausschlussbereich des neuen Plans liegt. Das reguläre Recht sieht nicht vor, dass ein noch in Aufstellung befindlicher Plan, selbst wenn er „Planreife“ erreicht hat, einem Vorhaben entgegengehalten werden kann - hierfür sind die Instrumente der Zurückstellung vorgesehen. Die Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 2 WindBG legt hingegen eine umfassende Vorwirkung des noch nicht wirksamen Plans nahe. (vgl. hierzu unten Anmerkung zu § 249 Abs. 2) Eine Ablehnung des Vorhabens innerhalb der 7-Monatsfrist bei späterem Nicht-Wirksamwerden des Plans oder aber eine Aussetzung der Entscheidung bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens ohne Rechtsgrundlage hierfür kann erhebliche Schadensersatzforderungen an die Genehmigungsbehörde zur Folge haben. Daher muss der genehmigungsrechtliche Umgang mit der Fallkonstellation des § 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG unzweifelhaft geregelt werden. Dazu kann der markierte § 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG gestrichen werden, mit der Folge, dass bis zur Wirksamkeit des Plans eine vollumfängliche Privilegierung gilt und ein Genehmigungsanspruch für entsprechende BImSchG-Anträge besteht. Ist dies nicht gewünscht, muss stattdessen eine Rechtsgrundlage für eine Aussetzung des BImSchG-Genehmigungsverfahrens während der 7-Monatsfrist etabliert werden, was rechtssystematisch im BauGB anzusiedeln ist (siehe dort zu § 249 Abs. 7 BauGB).

## § 5 Feststellung und Bekanntmachung des Erreichens der Flächenbeitragswerte

(1) Der Planungsträger stellt im Rahmen des Beschlusses über den Plan fest, dass der Plan mit den Flächenbeitragswerten oder mit den Teilflächenzielen nach § 3 Absatz 2 Nummer 2 im Einklang steht. Bedarf der Plan der Genehmigung, trifft die nach Landesrecht zuständige Stelle die Feststellung nach Satz 1 im Rahmen ihrer Genehmigungsscheidung. Die Feststellung ist mit dem Plan, der Genehmigung oder dem Beschluss über ihn bekannt zu machen oder zu verkünden. Der Flächenbeitragswert oder das Teilflächenziel ist dabei unter Angabe des jeweiligen Stichtages nach Anlage 1 zu beziffern. [Die Länder können abweichende Regelungen zum Verfahren treffen.]

(2) Werden die Flächenbeitragswerte oder die daraus abgeleiteten regionalen oder kommunalen Teilflächenziele nach § 3 Absatz 2 Nummer 2 ohne eine Ausweisung von neuen Windenergiegebieten erreicht, stellt ein Planungsträger dies bis zu den in § 3 Absatz 1 Satz 2 genannten Zeitpunkten fest. Die Feststellung ist ortsüblich bekannt zu machen oder zu verkünden.

## § 6 „Go-to“-Gebiete

Windenergiegebiete nach § 2 Nummer 1 gelten als „go-to“ Gebiete, die für die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Windenergie als besonders geeignet ausgewiesen wurden. Für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen in diesen „go-to“ Gebieten wird ohne gesonderte artenschutzrechtliche Prüfung davon ausgegangen, dass sie nicht gegen die Verbote nach § 44 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Bundesnaturschutzgesetzes verstoßen. Die Betreiber der Anlagen nach Satz 2 sind verpflichtet, einen finanziellen Beitrag an Artenhilfsprogramme zu leisten. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates, Art und Umfang des finanziellen Beitrags zu bestimmen. Satz 2 gilt unter dem Vorbehalt des Inkrafttretens eines verbindlichen Rechtsakts der Europäischen Union, der eine Fiktion über die Einhaltung der Vorgaben nach Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 5 der Richtlinie 2009/147/EWG in den in Satz 1 genannten Gebieten ermöglicht.

## § 7 Evaluierung und Verordnungsermächtigung

(1) Die Bundesregierung berichtet zum Stand der Umsetzung dieses Gesetzes. Insoweit findet § 98 Absatz 4 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes Anwendung.

(2) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz veröffentlicht den Bericht sowie eine vereinfachte graphische Darstellung der Umsetzung der Flächenbeitragswerte in den einzelnen Ländern ("Flächenampel") auf seiner Internetseite.

(3) Kommt die Bundesregierung in ihrem Bericht nach § 98 Absatz 4 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes zu dem Ergebnis, dass es weiterer gesetzgeberischer Maßnahmen bedarf, um die Erreichung der Flächenbeitragswerte oder die Anpassung der Flächenbeitragswerte an die Ausbauziele nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz in der jeweils geltenden Fassung zu ermöglichen, legt die Bundesregierung spätestens zum 1. Juli 2025 und danach alle vier Jahre ei-

Auf Grund der allgemeingültigen, unmittelbaren Rechtsfolge des erneuten Unterschreitens von Flächenbeitragswerten durch gerichtliche Unwirksamkeitserklärungen und Ablauf der Jahresfrist nach § 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG sollte in Erwägung gezogen werden in § 5 einen Abs. 3 anzufügen, der den Plangeber verpflichtet, die neuerliche Unterschreitung des Flächenbeitragswertes und den damit verbundenen Eintritt der vollumfänglichen Privilegierung im gesamten Planungsraum ebenfalls bekannt zu machen (vgl. auch oben Anmerkung zu § 4 Abs. 2 Satz 2 WindBG)

Um die hiermit beabsichtigte Verkürzung von Projektplanungszeiten und Entlastung von Genehmigungsverfahren zu bewirken, muss die Regelung auch das Beschädigungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG erfassen. Nach herrschender Meinung kann dieses Verbot nur durch unmittelbare physische Einwirkung (also z.B. Abräumen von besetzten Brutplätzen durch Baufeldräumung oder Gehölzentfernung) verletzt werden und nicht durch Störwirkungen durch Optik oder Geräusche beim Betrieb der WEA (welche unter das Störungsverbot fallen). Somit kann der Verbotseintritt regelmäßig durch eine ökologische Baubegleitung verhindert werden. Einige Bundesländer interpretieren jedoch Störungen durch den Betrieb von WEA nicht nur als Verletzung des Störungsverbots (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG), sondern auch als Verletzung des Beschädigungsverbots (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG), so dass in diesen Ländern auch bei Wirksamwerden des § 6 WindBG eine einjährige Artenschutzkartierung mit anschließende Artenschutzprüfung erforderlich bliebe und somit die Zielsetzung des § 6 WindBG konterkariert würde. Es sollte daher in § 6 WindBG folgender Satz 3 eingefügt werden:  
„Sofern eine ökologische Baubegleitung erfolgt, ist ohne gesonderte artenschutzrechtliche Prüfung davon auszugehen, dass nicht gegen das Verbot des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verstoßen wird.“

Hierzu könnte es bei der Beurteilung durch verschiedene Bundesländer oder Behörden zu divergierenden Einschätzungen kommen. Um ein einheitliches Vorgehen sicherzustellen, sollte folgender Satz angefügt werden:  
„Mit Erlass der Verordnung über den finanziellen Beitrag zu Artenhilfsprogrammen stellt das BMWK zugleich fest, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des Satzes 2 erfüllt sind.“

nen umfassenden Vorschlag zur Anpassung dieses Gesetzes vor.

(4) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz passt durch Rechtsverordnung die Flächenbeitragswerte in Anlage 1 entsprechend an, wenn sich ein Land durch Staatsvertrag gegenüber einem anderen Land verpflichtet, mehr Fläche als gemäß § 3 Absatz 1 gefordert (Flächenüberhang) für die Windenergie an Land bereitzustellen und diesen Staatsvertrag dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz vor dem 1. Juni 2024 übermittelt, es sei denn, die Vereinbarung ist zum Erreichen der Flächenbeitragswerte der vertragsschließenden Länder offensichtlich ungeeignet. In dem Staatsvertrag ist der Flächenüberhang in Quadratkilometern zu beziffern. Durch die Rechtsverordnung nach Satz 1 darf sich der Flächenbeitragswert von Berlin, Bremen und Hamburg jeweils um höchstens 50 Prozent und von den übrigen Ländern jeweils um höchstens 25 Prozent mindern oder erhöhen.

(5) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz wird ermächtigt und verpflichtet, unter den in Absatz 4 genannten Voraussetzungen und in dem in Absatz 4 genannten Umfang durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Flächenbeitragswerte nach Anlage 1 zu ändern.

#### **Anlage 1**

Zu § 3 Absatz 1  
Flächenbeitragswerte  
[...]

#### **Anlage 2**

Zu § 4 Absatz 3 Satz 5  
Anrechnungsfaktoren für Rotor-innerhalb-Flächen, für die keine GIS-Daten vorliegen Gesamtgröße der Rotor-innerhalb-Fläche, für die keine GIS Daten vorliegen  
[...]

#### **Artikel 2**

##### **Änderung des Baugesetzbuchs**

Das Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. November 2017 (BGBl. I S. 3634), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. April 2022 (BGBl. I S. 674) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In die Inhaltsübersicht wird nach der Angabe zu § 245d folgende Angabe eingefügt:

„§ 245e Überleitungsvorschriften aus Anlass des [Bezeichnung dieses Änderungsgesetzes]“.

2. In § 5 Absatz 2b werden nach der Angabe „§ 35 Absatz 3 Satz 3“ die Wörter „oder des § 249 Absatz 2“ eingefügt.

3. § 35 Absatz 1 Nummer 5 wird wie folgt gefasst:

5. „der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dient nach Maßgabe des § 249, oder der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wasserenergie dient,“.

Bis zum 1.6.24 werden sich die Bundesländer voraussichtlich zunächst einen Überblick über ihre Erfüllungsmöglichkeiten in Bezug auf das Flächenziel zum 1.1.2027 verschaffen können. Auch bzw. gerade bei der Erfüllung des zweiten Flächenziels zum 1.1.33 kann sich das Erfordernis eines Flächenübertrags ergeben. Umgekehrt werden die Bundesländer ggf. erst in der Phase des zweiten Flächenziels sicher einschätzen können, ob ihnen die Übernahme weiterer Flächenmengen anderer Bundesländer möglich ist. Auch für das BMWK wird sich eher in der zweiten Phase eine gesicherte Beurteilungsmöglichkeit für die Geeignetheit entsprechender Verträge ergeben. Es sollte daher eine zweite Frist für die Vorlage entsprechender Verträge eröffnet werden, die in der zweiten Ausweisungsphase (also z.B. auf den 31.12.29) gesetzt wird.

4. Nach § 245d wird folgender § 245e eingefügt:

**§ 245e Überleitungsvorschriften aus Anlass des [Bezeichnung dieses Änderungsgesetzes]**

(1) Die Wirkungen eines Raumordnungs- oder Flächennutzungsplans gemäß § 35 Absatz 3 Satz 3 in der bis zum ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] geltenden Fassung für Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 5, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, gelten vorbehaltlich des § 249 Absatz 5 Satz 2 fort, wenn der Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan bis zum ... [einsetzen: Datum 1 Jahr nach Inkrafttreten] wirksam geworden ist. Sie entfallen, soweit für den Geltungsbereich des Plans das Erreichen der Flächenbeitragswerte gemäß § 5 des Windflächenbedarfsgesetzes festgestellt wird, spätestens aber mit Ablauf des 31. Dezember 2026. Der Plan gilt im Übrigen fort, wenn nicht im Einzelfall die Grundzüge der Planung berührt werden. Die Möglichkeit des Planungsträgers, den Plan zu ändern, zu ergänzen oder aufzuheben, bleibt unberührt.

(2) § 15 Absatz 3 gilt entsprechend, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen, um die Flächenbeitragswerte oder Teilflächenziele des Windflächenbedarfsgesetzes zu erreichen. Die Entscheidung kann längstens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2026 ausgesetzt werden.

(3) Die in Absatz 1 Satz 1 genannten Wirkungen gemäß § 35 Absatz 3 Satz 3 können Vorhaben im Sinne des § 16b des Bundesimmissionsschutzgesetzes in der Regel nicht entgegengehalten werden, es sei denn, die Grundzüge der Planung werden berührt. Auf Antrag der Gemeinde hat die Baugenehmigungsbehörde die Entscheidung über das Baugesuch bis zum Ablauf des 31. Dezember 2024 auszusetzen. Die Baugenehmigungsbehörde kann die Entscheidung auf Antrag der Gemeinde längstens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2026 aussetzen, wenn der Erhaltung des Standortes planerische Erwägungen entgegenstehen, die über ein bloßes Freihaltungsinteresse hinausgehen, und wenn anzunehmen ist, dass der Vorhabenstandort für das Erreichen des einschlägigen Flächenbeitragswertes oder Teilflächenziele des Windflächenbedarfsgesetzes nicht benötigt wird. § 15 Absatz 3 Satz 3 gilt entsprechend.“

5. § 249 wird wie folgt gefasst:

**§ 249 Sonderregelungen für Windenergieanlagen an Land**

(1) § 35 Absatz 3 Satz 3 findet auf Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 5, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, keine Anwendung.

(2) Außerhalb der Windenergiegebiete gemäß § 2 Nummer 1 des Windflächenbedarfsgesetzes richtet sich die Zulässigkeit der in Absatz 1 genannten Vorhaben in einem Land nach § 35 Absatz 2, wenn das Erreichen eines in Anlage 1 des Windflächenbedarfsgesetzes bezeichneten Flächenbeitragswertes des Landes gemäß § 5 des Windflächenbedarfsgesetzes festgestellt wurde. Hat ein Land gemäß § 3 Absatz 2 Nummer 2 Windflächenbedarfsgesetz regionale oder kommunale Teilflächenziele bestimmt und wird deren Erreichen gemäß § 5 des Windflächenbedarfsgesetzes festgestellt, gilt die Rechtsfolge des Satzes 1 für das Gebiet der jeweiligen Region oder Gemeinde. Der Eintritt der Rechtsfolge der Sätze 1 und 2 ist gesetzliche Folge der Feststellung.

Hier bleibt unklar, nach welchen Regelungen sich die Änderung bestehender Pläne im Übergangszeitraum richten soll und welche Auswirkungen dies ggf. auf die übergangsweise Fortgeltung der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hat. Nach Satz 1 können Pläne noch bis zu einem Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erstellt und damit auch modifiziert werden. § 249 Abs. 1 BauGB a.F. ist hiervon jedoch nicht erfasst, hierzu gelten also die allgemeinen Übergangsvorschriften des § 233 BauGB, nach der nur bereits begonnene Planverfahren nach altem Recht zu Ende geführt werden können. Derzeit sind zahlreiche Projekte auf Basis einer isolierten Positivausweisung in Planung, deren planerische Ausweisung aber voraussichtlich nicht bis zum Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen bzw. ggf. noch nicht einmal eingeleitet sein wird. Es entspricht den Zielsetzungen dieses Gesetzes, auch für den Übergangszeitraum bis zum 31.12.26 die Ausweisung zusätzlicher Flächen zu unterstützen. Gemeinden werden dies jedoch nicht tun, wenn sie damit die Fortgeltung der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gefährden (bzw. eine solche Gefährdung befürchten) und sie noch nicht die Möglichkeit haben, die Ausschlusswirkung nach § 249 Abs. 2 BauGB n.F. festzustellen (weil z.B. noch keine Teilflächenziele durch das Land festgelegt wurden oder sie zukünftig nicht verantwortlicher Planungsträger zur Erfüllung der Mengenziele sein werden). Diese Sorge war ein wesentliches Hemmnis bei der Ausweisung zusätzlicher Flächen nach § 249 Abs. 1 a.F. Deshalb sollte folgender Satz angefügt werden:

„Die Ausweisung zusätzlicher Flächen, die Aufhebung von Höhenbegrenzungen, die Änderung des Plans in Bezug auf die Überschreitung der Gebietsgrenzen durch den Rotor oder die Aufhebung anderer, die Windenergienutzung einschränkender Regelungen ist nach § 249 n.F. möglich; die übergangsweise Fortgeltung der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bleibt davon unberührt.“

Hier ist unklar, wie in Bezug auf Regionalpläne verfahren werden soll: Hat auch hier die Gemeinde (die nicht Regionalplanungsträger ist), eine entsprechende Antragsbefugnis? Oder soll dem Regionalplanungsträger eine solche Antragsbefugnis zukommen? Oder soll in Bezug auf Regionalpläne generell keine Aussetzungsmöglichkeit gewährt werden? Das Gewollte sollte klar geregelt werden.

Der Zeitpunkt des Eintritts der Ausschlusswirkung muss zweifelsfrei datumsscharf definiert sein, da davon die Genehmigungsfähigkeit laufender BImSchG-Anträge abhängt. Nach § 5 WindBG erfolgt die „Feststellung“ durch die Genehmigungsbehörde des Plans. Der Plan als solcher wird jedoch erst mit seiner Bekanntmachung wirksam; die Feststellung ist mit dem Plan bekannt zu machen. Zwischen beiden Ereignissen liegen i.d.R. einige Wochen; da keine Pflicht zur Inkraftsetzung des Plans besteht, kann der Planungsträger auch dauerhaft auf die Bekanntmachung verzichten. Ein Plan kann aber nur einem Vorhaben entgegengehalten werden, wenn er wirksam ist (vgl. auch oben Anmerkungen zum Spezialfall des § 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG sowie unten Ergänzung zu § 249 Abs. 7). Auch § 4 WindBG setzt die Wirksamkeit des Plans voraus. Daher ist die Grundregelung dahingehend zu präzisieren, dass die Rechtsfolge mit Wirksamkeit des Plans eintritt bzw. im Fall des § 5 Abs. 2 WindBG bei Bekanntmachung der Feststellung. § 249 Abs. 2 Satz 3 sollte daher um einen präzisierenden Halbsatz erweitert werden:

„...ist gesetzliche Folge der Feststellung; die Rechtsfolge greift ab dem Zeitpunkt der Bekanntmachung nach § 5 Abs. 1 oder 2 WindBG.“

(3) Die Länder können durch Landesgesetze bestimmen, dass § 35 Absatz 1 Nummer 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie bestimmte Mindestabstände zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken einhalten. Ein Mindestabstand nach Satz 1 darf höchstens 1000 Meter von der Mitte des Mastfußes der Windenergieanlage bis zur nächstgelegenen im Landesgesetz bezeichneten baulichen Nutzung zu Wohnzwecken betragen. Die weiteren Einzelheiten, insbesondere zur Abstandsfestlegung, sind in den Landesgesetzen nach Satz 1 zu regeln. Auf der Grundlage von § 249 Absatz 3 in der bis zum 14. August 2020 oder bis zum ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] geltenden Fassung erlassene Landesgesetze gelten fort; sie können geändert werden, sofern die wesentlichen Elemente der in dem fortgeltenden Landesgesetz enthaltenen Regelung beibehalten werden. In den Landesgesetzen nach Satz 1 und Satz 4 ist zu regeln, dass die Mindestabstände nicht für Flächen in Windenergiegebieten gemäß § 2 Nummer 1 des Windflächenbedarfsgesetzes gelten. Für Landesgesetze nach Satz 4 ist dies vor dem 1. Juni 2023 zu regeln.

(4) Die Feststellung des Erreichens eines Flächenbeitragswertes oder Teilflächenziels steht der Ausweisung zusätzlicher Flächen für Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 5, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nicht entgegen.

(5) Der nach § 3 Absatz 2 Nummer 1 oder 2 des Windflächenbedarfsgesetzes jeweils zuständige Planungsträger ist bei der Ausweisung von Windenergiegebieten gemäß § 2 Nummer 1 des Windflächenbedarfsgesetzes, um die Flächenbeitragswerte oder Teilflächenziele des Windflächenbedarfsgesetzes zu erreichen, an entgegenstehende Ziele der Raumordnung oder entgegenstehende Darstellungen in Flächennutzungsplänen nicht gebunden. Wurden Windenergiegebiete nach Satz 1 ausgewiesen, entfallen die genannten Bindungen auch im bauaufsichtlichen Zulassungsverfahren.

(6) Die Ausweisung von Windenergiegebieten gemäß § 2 Nummer 1 des Windflächenbedarfsgesetzes erfolgt nach den für die jeweiligen Planungsebenen geltenden Vorschriften für Gebietsausweisungen. Für die Rechtswirksamkeit des Plans ist hingegen unbeachtlich, ob und welche sonstigen Flächen im Planungsraum für die Ausweisung von Windenergiegebieten geeignet sind.

Hier sollte ergänzend klargestellt werden, dass die Ausweisung zusätzlicher Flächen auch auf der Planungsebene zulässig ist, die nicht die Verantwortung für die Erfüllung der Flächenziele. D.h. Gemeinden oder Regionalplanung können auch dann zusätzliche Flächen für die Windenergie ausweisen, wenn über die Regional- oder Landesplanung bereits die Flächenziele erfüllt wurden und die Wirkung des § 249 Abs. 2 BauGB gegeben ist.

Ebenso sollte klargestellt werden, dass die Erfüllung der Flächenziele und die Rechtsfolge des § 249 Abs. 2 BauGB nicht die Zulässigkeit von WEA als mitgezogene Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1-4 und 6 BauGB hindert. Dies ist vor dem Hintergrund der aktuell hohen Nachfrage nach Eigenverbrauchs-WEA von besonderer Wichtigkeit.

§ 249 Abs. 4 BauGB oder die zugehörigen Begründung sollte daher wie folgt ergänzt werden:

„Dies gilt auch für Ausweisungen der Planungsträger, die nach § 3 Abs. 2 nicht für die Erfüllung der Flächenziele zuständig sind. Die Feststellung des Erreichens des Flächenbeitragswertes oder eines Teilflächenziels lässt die Privilegierung von WEA als mitgezogene Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1-4 und 6 BauGB unberührt.“

Eine derartige Regelung ist auf Grund der verschiedenen Versuche erforderlich, den Windenergieausbau durch sog. „Negativziele“ in Raumordnungsplänen (z.B. Ausschluss von Windenergie im Wald, in Bereichen zum Schutz der Natur, in bestimmten Abstandsbereichen um Wohnnutzungen) oder durch großflächige Freiraum-Bebauungspläne stark zu beschränken. Großflächige Freiraum-Bebauungspläne sind jedoch von der vorgesehenen Regelung nicht erfasst. Darstellung des Flächennutzungsplans nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB werden hingegen der Windenergie nur sehr selten (missbräuchlich) entgegengehalten. Die Rechtsprechung hat bisher „Negativziele“ der Raumordnungsplanung als Umgehung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und somit als rechtswidrig und unwirksam angesehen (siehe Windenergie-Handbuch S. 326) und großflächigen Freiraum-Bebauungsplänen das positive Planungsziel abgesprochen (siehe Windenergie-Handbuch S. 364 unten sowie Rechtsprechungsübersicht zu Veränderungssperren). Durch das Entfallen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB könnten es nun offen, wie die Rechtsprechung zukünftig Negativziele bewerten wird. Großflächigen Freiraum-Bebauungsplänen fehlt auch zukünftig ein positives Planungsziel.

Auch wenn die Notwendigkeit der Unterbindung von Missbrauch besteht, ist die hier gewählte Formulierung allerdings sehr weitgehend, da sie sämtliche - und nicht nur den Windenergieausbau gezielt konterkarierende - planerische Festsetzungen erfasst. Damit könnten z.B. Windenergiegebiete in für Siedlung- und Infrastruktur vorgesehenen Bereichen oder in Bereichen, die für die Rohstoffversorgung gesichert wurden, ausgewiesen werden und diese Nutzung verunmöglichen. Gemeinden könnten versuchen, unerwünschte, aber im überörtlichen Interesse liegende und durch die Raumordnung zugewiesene Nutzungen durch die Ausweisung von Windenergie-Gebieten zu verhindern. Durch das planerische Abwägungsgebot, das auch bei Entfallen einer strikten Bindungswirkung greift, ist zwar eine gewisse Grenze gezogen, die jedoch nur absolute planerische Missgriffe oder vollständigen Abwägungsausfall ausschließt. Es sollte daher überlegt werden, das Entfallen der Bindungswirkung gezielter auf die o.g. problematischen Ausweisungen zu beschränken. Dies sind bei Bauleitplänen eventuell übergangsweise noch bestehende Darstellungen mit Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und großflächige Bebauungspläne für die Freiraumgestaltung sowie auf Raumordnungsebene reine Negativziele, die Windenergieanlagen in bestimmten Raumkategorien ausschließen, einschließlich Formulierungsvarianten mit Ausnahmen, sowie Vorranggebiete des Freiraums.

Alternativ könnte eine Regelung getroffen werden, die in Anlehnung an die o.g. Rechtsprechung die Festsetzung von reinen Negativzielen in Raumordnungsplänen sowie großflächige Freiraum-Bebauungspläne zum Ausschluss von Windenergieanlagen gesetzlich untersagt. Eine solche Regelung wäre mit Blick auf § 249 Abs. 7 Nr. 2 vorzugswürdig (siehe Anmerkungen dort). Eine solche Regelung könnte darüber hinaus mit einem Verbot der Aufstellung von Bebauungsplänen in Windenergiegebieten oder zumindest von Festsetzungen in Bebauungsplänen, die Nutzung der Fläche wesentlich einschränken, verbunden werden. Denn die Aufstellung von Bebauungsplänen bringt nicht nur zeitliche Verzögerungen einschließlich der Möglichkeit von Veränderungssperren nach § 15 Abs. 1 BauGB mit sich, sondern birgt auch das Risiko einer Verhinderungsplanung. Nach bisheriger Rechtslage war eine solche auf Grund des Substanzgebots untersagt; ob dies auch ohne Weiteres von der Rechtsprechung für das neue Planungsregime so beurteilt wird, ist hingegen offen.

(7) Wird nach Ablauf des jeweiligen Stichtages gemäß § 3 Absatz 1 Satz 2 des Windflächenbedarfsgesetzes weder der Flächenbeitragswert nach Anlage 1 Spalte 1 oder 2 noch ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel nach § 3 Absatz 2 Nummer 2 des Windflächenbedarfsgesetzes erreicht, gelten die Nummern 1 und 2:

1. Die Rechtsfolge des Absatzes 2 entfällt in der jeweiligen Region oder Gemeinde, wenn das Land Teilflächenziele festgelegt hat. Ist dies nicht der Fall, entfällt die Rechtsfolge des Absatzes 2 im Landesgebiet.

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

Landesgesetze nach Absatz 3 Satz 1 und Satz 4 sind nicht mehr anzuwenden, wenn ein Land gegen die Nachweispflicht gemäß § 3 Absatz 3 des Windflächenbedarfsgesetzes verstößt oder wenn der Flächenbeitragswert nach Anlage 1 Spalte 1 oder 2 des Windflächenbedarfsgesetzes zum jeweiligen Stichtag nicht erreicht wird.

(8) Nach § 9 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 kann auch festgesetzt werden, dass die im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen nur zulässig sind, wenn sichergestellt ist, dass nach der Errichtung der im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen andere im Bebauungsplan bezeichnete Windenergieanlagen innerhalb einer im Bebauungsplan zu bestimmenden angemessenen Frist zurückgebaut werden. Die Standorte der zurückzubauenden Windenergieanlagen können auch außerhalb des Bebauungsplangebiets oder außerhalb des Gemeindegebiets liegen. Darstellungen im Flächennutzungsplan können mit Bestimmungen entsprechend den Sätzen 1 und 2 mit Wirkung für die Zulässigkeit der Windenergieanlagen nach § 35 Absatz 1 Nummer 5 verbunden sein.“

Die Formulierung „weder...noch“ ermöglicht eine Kompensation im Falle der Festlegung von Teilflächenzielen. Wird zwar ein Teilflächenziel in einer Gemeinde nicht eingehalten, aber der landesweite Flächenbeitragswert (weil andere Gemeinden entsprechend mehr Fläche ausgewiesen haben), entfällt dem Wortlaut nach nicht die Rechtsfolge des Abs. 2. Auch das WindBG schließt eine solche Kompensation nicht aus, regelt sie aber nicht explizit. Es fehlt für diesen Fall die tatsächliche und formale Feststellung, dass der landesweite Flächenbeitragswert eingehalten ist. Soll die Möglichkeit der Kompensation eröffnet werden, so muss eine entsprechende Feststellungsregelung in § 5 WindBG aufgenommen werden. Ist eine solche Kompensation nicht gewünscht, muss die Formulierung im hier markierten § 249 Abs. 7 Satz 1 angepasst werden:  
„Wird nach Ablauf des jeweiligen Stichtages gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 WindBG bei landesweiter Planung nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 WindBG der jeweilige Flächenbeitragswert bzw. bei Planung nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 WindBG ein spezifisches Teilflächenziel nicht erreicht...“

Wie oben in den Anmerkungen zu § 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG und § 249 Abs. 2 BauGB dargestellt, muss für den Fall des § 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG auf Grund der Unbestimmtheit der Zulässigkeit von Vorhaben durch die fehlende Wirksamkeit des Plans eine Aussetzung von laufenden Genehmigungsanträgen geregelt werden (oder aber auf die fingierte Anrechnung noch nicht wirksamer Pläne verzichtet werden). § 249 Abs. 7 ist daher (sofern § 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG beibehalten wird) um folgenden Passus zu ergänzen:  
„In Fällen des § 4 Abs. 2 Satz 3 WindBG ist die Entscheidung über beantragte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, die außerhalb der Windenergiegebiete des betroffenen Plans liegen, bis zur Wirksamkeit des Plans, längstens jedoch für 7 Monate ab Beschluss des Plans auszusetzen.“

Siehe hierzu oben Anmerkungen zu § 249 Abs. 5 BauGB. Im Gegensatz zur in Abs. 5 adressierten Planungsebene, auf der die anderen planerischen Darstellungen auch bei fehlender strikter Bindungswirkung im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sind und somit zumindest gravierende Fehlenkungen unterbunden werden können, besteht im Rahmen eines BImSchG-Genehmigungsverfahrens als gebundener Entscheidung keinerlei Abwägungs- oder Ermessensspielraum. Ist also die Anwendung von § 35 Abs. 3 Nr. 1 und § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB ausgeschlossen, muss die Genehmigungsbehörde auch WEA in noch nicht realisierten, aber im Flächennutzungsplan dargestellten Siedlungs-, Industrie-, Infrastruktur und Rohstoffabbaufächen (sowie sämtlichen anderen Flächen) genehmigen. Gleiches gilt für entsprechende Flächensicherungen als Ziele der Raumordnung. Die hierdurch entstehenden rechtlichen und tatsächlichen Konflikte können vorab kaum eingeschätzt werden. Hier ist es also unerlässlich, die Regelung auf die Darstellungen und Ziele, die bekanntermaßen gezielt zur Verhinderung von WEA eingesetzt werden, zu begrenzen oder die Etablierung derartiger planerischer Regelungen gesetzlich auszuschließen (siehe hierzu die Auflistung in der Anmerkung zu § 249 Abs. 5 BauGB).

Diese aus § 249 BauGB a.F. übernommene Regelung hat bisher kaum Anwendung gefunden, so dass sie bereits deshalb entbehrlich erscheint. Die Regelung bildet die Idee des Aufräumens der Landschaft, also der Aufgabe von bestehenden Altstandorten und Überführung in neue Konzentrationszonen ab. Diese Zielsetzung widerspricht dem in § 245e BauGB (sowie in §16b BImSchG und § 45c BNatSchG-E) deutlich geäußerten gesetzgeberischen Willen, dass Alt-Standorte erhalten und gerade nicht aufgegeben werden sollen. Da die Möglichkeit der Bindung der Errichtung der neuen WEA an den Rückbau von alten WEA keinerlei Voraussetzungen unterliegt, kann durch eine Bindung an den Rückbau von WEA, die noch jung und/oder nicht im Zugriff sind, die Nutzung der ausgewiesenen Fläche deutlich verzögert oder sogar komplett verhindert werden. § 249 Abs. 8 BauGB konterkariert die Zielsetzungen des Windanland-Gesetzes und sollte daher gestrichen werden.