

**Arbeitshilfe zum Vollzug des  
Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen  
an Land (sog. Wind-an-Land-Gesetz)  
(Arbeitshilfe Wind-an-Land)**

beschlossen durch die Fachkommission Städtebau und den Ausschuss für Recht und  
Verfahren der Ministerkonferenz für Raumordnung am **3. Juli 2023**

**Inhaltsübersicht**

1.	Allgemeines .....	2
1.1	Einführung .....	2
1.2	Überblick über die Neuregelungen .....	3
1.2.1	Wesentliche Inhalte des Windenergieflächenbedarfsgesetzes .....	3
1.2.2	Wesentliche Änderungen im Baugesetzbuch.....	4
2	Verpflichtungen der Länder (§ 3 Abs. 1 und 2 WindBG) .....	5
2.1	Verfahren zur Festlegung der Teilflächenziele .....	6
2.2	Nachweispflichten gemäß § 3 Abs. 3 WindBG .....	7
3	Ausweisung von Windenergiegebieten.....	7
3.1	Definition von Windenergiegebieten (§ 2 Nr. 1 WindBG).....	7
3.2	Folgen des Wind-an-Land-Gesetzes für die Ausweisung von Windenergiegebieten.....	9
3.2.1	Verpflichtung zur Erreichung der Flächenbeitragswerte nach WindBG in der Regel durch Planung.....	9
3.2.2	Lockerung der Bindung an entgegenstehende Planungen (§ 249 Abs. 5 S. 1 BauGB) .....	10
3.2.3	Planerhaltungsvorschrift in § 249 Abs. 6 BauGB .....	11
3.2.4	Auswirkung von § 2 EEG auf die Flächenausweisung.....	12
3.2.5	Umgang mit bestehenden Flächenausweisungen für die Windenergie .....	13
3.2.6	Möglichkeiten der Gemeinden zur Ausweisungen von Windenergiegebieten in Flächennutzungsplänen (§ 5 BauGB).....	13
3.2.7	Übertragung auf die Raumordnungsplanung (§ 27 Abs. 4 ROG).....	14
4	Anrechenbarkeit v. Flächen und Feststellung der Zielerreichung (§§ 4, 5 Abs. 1 u. 2 WindBG)...	15
4.1	Zuständigkeit für die Feststellung .....	15
4.2	Rechtsnatur und Wirkungen der Feststellung.....	15
4.3	Anrechenbarkeit von Flächen.....	16
4.3.1	Grundsätze .....	16
4.3.2	Bestimmungen zur Höhe baulicher Anlagen.....	17
4.4	Anrechnung von Flächen nach § 4 Abs. 1 S. 3 u. 4 und Abs. 2 und 4 WindBG.....	17
4.5	Inhalt und Umfang der Feststellung .....	18

4.6	Beschluss Rotor-out gemäß § 5 Abs. 4 WindBG .....	18
4.7	Besonderheiten der Feststellung nach § 5 Abs. 2 WindBG .....	19
5	Folgen der Feststellung der Zielerreichung für die Zulässigkeit von Windenergievorhaben.....	19
5.1	Vorhabenzulässigkeit innerhalb von Windenergiegebieten .....	19
5.2	Entprivilegierung außerhalb von Windenergiegebieten (§ 249 Abs. 2 BauGB) .....	20
5.3	Sonderregelung für das Repowering (§ 249 Abs. 3 BauGB) .....	20
5.4	Freiwillige Mehrausweisung von Windenergiegebieten über die Anforderungen des WindBG hinaus (§ 249 Abs. 4 BauGB).....	21
6	Umgang mit landesgesetzlichen Mindestabständen (§ 249 Abs. 9 BauGB) .....	22
7	Belang der optisch bedrängenden Wirkung (§ 249 Abs. 10 BauGB).....	23
8	Überleitungsrecht, § 245e BauGB .....	23
8.1	Fortgeltung von Bestandsplanungen bis Zielerreichung bzw. Stichtag Flächenziel (§ 245e Abs. 1 S. 1-4 BauGB) .....	23
8.2	Ausnahme: Repowering (§ 245e Abs. 3 BauGB).....	24
8.3	Zurückstellung von Baugesuchen (§ 245e Abs. 2 BauGB) .....	25
8.4	Sicherung in Aufstellung befindlicher Raumordnungspläne .....	26
8.5	Planänderungen nach § 245e Abs. 1 S. 5-8 BauGB.....	26
8.6	Frühzeitige Zulassung nach § 245e Abs. 4 BauGB .....	27
9	Rechtsfolgen der Zielverfehlung, § 249 Abs. 7 S. 1 u. 2 BauGB.....	28
9.1	Rechtsfolgen der Zielverfehlung nach § 249 Abs. 7 S. 1 BauGB.....	28
9.2	Rechtsfolgen der Zielverfehlung nach § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB.....	28
9.3	Erhöhung des Flächenbeitragswertes und Vorziehen der maßgeblichen Stichtage des WindBG durch die Länder.....	29
9.4	Erhöhung der Teilflächenziele durch die Länder.....	29

## **1. Allgemeines**

Die Arbeitshilfe wurde von der Fachkommission Städtebau und dem Ausschuss für Recht und Verfahren (ARV) der Ministerkonferenz für Raumordnung unter Beteiligung von Vertretern des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB), des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK), der Energieministerkonferenz der Länder und des Deutschen Städte- und Gemeindebundes erstellt.

### **1.1 Einführung**

Das Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (sog. Wind-an-Land-Gesetz) vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353) ist am 1. Februar 2023 in Kraft getreten. Mit seinem Art. 1 wurde das Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG) eingeführt. Durch Art. 2 wurde das Baugesetzbuch (BauGB) geändert. Die

Planungssystematik wurde umgestellt; die neuen Regelungen im WindBG wurden durch Anpassungen im Planungsrecht flankiert. Art. 3 des Gesetzes enthält eine Änderung des Raumordnungsgesetzes (ROG), die die §§ 245e und 249 BauGB für Raumordnungspläne für vorrangig anwendbar erklärt. Durch Art. 4 des Gesetzes wurden zudem die gesetzlichen Bestimmungen im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) zu den Berichtspflichten der Länder an den EEG-Bund-Länder Kooperationsausschuss angepasst.

Die mit diesem Gesetz eingeführten Regelungen im BauGB bzw. das neu eingeführte WindBG wurden durch Art. 11 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 8. Oktober 2022 (BGBl. I S. 1726) sowie durch die Art. 2 und 5 des Gesetzes zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht vom 4. Januar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 6) vor dem Inkrafttreten des Wind-an-Land-Gesetzes nochmals modifiziert. Die Änderungen in §§ 245e und 249 BauGB sind wie das Wind-an-Land-Gesetz selbst ebenfalls am 1. Februar 2023 in Kraft getreten. Diese Arbeitshilfe berücksichtigt die aktuellste Fassung der einschlägigen Vorschriften.

Soweit mit den genannten oder anderen Gesetzen weitere Vorgaben eingeführt wurden, die für das Verständnis oder die Auslegung der planungsrechtlichen Vorschriften des Wind-an-Land-Gesetzes erforderlich sind, werden diese in den Erläuterungen berücksichtigt.

## **1.2 Überblick über die Neuregelungen**

### **1.2.1 Wesentliche Inhalte des Windenergieflächenbedarfsgesetzes**

- **§ 1 WindBG Ziel des Gesetzes:**
  - Beschleunigten Ausbau der Windenergie an Land fördern
  - Vorgabe verbindlicher Flächenziele (Flächenbeitragswerte)
  
- **§ 2 Begriffsbestimmungen**

Legaldefiniert werden die folgenden Begriffe:

  - Windenergiegebiete
  - Rotor-innerhalb-Flächen
  - Windenergieanlage an Land
  
- **§ 3 Verpflichtungen der Länder**
  - Abs. 1: Ausweisungspflichten der Bundesländer entsprechend der Anlage 1 für Windenergie an Land (Erreichung von Flächenbeitragswerten)
  - Abs. 2: Konkretisierung der Pflichten aus Abs. 1 mit Möglichkeit für Länder, Flächen selbst auszuweisen oder verbindlich an nachfolgende Planungsebenen zu übertragen
  - Abs. 3: Nachweispflichten
  
- **§ 4 Anrechenbare Fläche**
  - Abs. 1: Definition der (nicht) anrechenbaren Flächen und Regelung, dass Höhenbegrenzungen in den Ausweisungen zur Nichtanrechenbarkeit der ausgewiesenen Flächen für Windenergie an Land führen
  - Abs. 2: Verknüpfung der Anrechenbarkeit mit der Planwirksamkeit

- Abs. 3: Bestimmungen zur Teilanrechenbarkeit
  - Abs. 4: Anteilige Anrechnung von Flächen innerhalb des Abbaubereichs eines Braunkohlen- oder Sanierungsplans, für die durch Landesverordnung Bestimmungen nach § 249b Abs. 1 BauGB getroffen wurden
- **§ 5 Feststellung und Bekanntmachung des Erreichens der Flächenbeitragswerte**
- Abs. 1: Feststellung des Übereinstimmens der Planung mit Flächenbeitragswert durch Planungsträger bzw. Genehmigungsbehörde (soweit vorgesehen)
  - Abs. 2: Feststellung der Zielerreichung bei Erreichung der Flächenbeitragswerte ohne neue Flächenausweisungen
  - Abs. 3: Feststellung des BMWK bezüglich der Erfüllung der Nachweispflichten am 30. Juni 2024
  - Abs. 4: Nachträgliche Anordnungsmöglichkeit für Rotor-Out durch Beschluss
- **§ 6 Verfahrenserleichterungen in Windenergiegebieten - Verordnungsermächtigung**
- Abs. 1: Einschränkung der artenschutzrechtlichen Prüfung
  - Abs. 2: Anwendungszeitraum
- **§ 7 Evaluierung, Verordnungsermächtigung**
- Abs. 1: Bericht der Bundesregierung
  - Abs. 2: Veröffentlichungen des BMWK
  - Abs. 3: Anpassung des Gesetzes bzw. der Flächenbeitragswerte bei sich anbahnender Zielverfehlung.
  - Abs. 4: Möglichkeit der Länder, Überhangflächen durch Staatsvertrag für andere Länder anrechnen zu lassen.
  - Abs. 5: Verordnungsermächtigung des BMWK zur Anpassung der Flächenbeitragswerte nach Anlage 1
  - Abs. 6: Evaluation der Anrechnungsregel des § 4 Abs. 4
- **Anlage 1 (zu § 3 Abs. 1)**  
Festlegung der jeweiligen Flächenbeitragswerte für die Bundesländer
- **Anlage 2 (zu § 4 Abs. 3 S. 5)**  
Anrechnungsfaktoren für Rotor-innerhalb-Flächen, für die keine GIS-Daten vorliegen

### 1.2.2 Wesentliche Änderungen im Baugesetzbuch

- **§ 35 Abs. 1 Nr. 5 Neuformulierung des Privilegierungstatbestands für Windenergie**  
Privilegierung nur noch nach Maßgabe der Sonderregelungen in § 249
- **§ 249 Sonderregelungen für Windenergieanlagen an Land**
  - Abs. 1: Unanwendbarkeit des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für Windenergievorhaben
  - Abs. 2: Entprivilegierung von Windenergievorhaben außerhalb von Windenergiegebieten i. S. v. § 2 Nr. 1 WindBG bei Feststellung der Erreichung der Flächenbeitragswerte bzw. Teilflächenziele nach dem WindBG
  - Abs. 3: Ausnahme von der Rechtsfolge des Abs. 2 für bestimmte Repowering-Vorhaben

- Abs. 4: Hervorhebung der Möglichkeit einer Ausweisung zusätzlicher Flächen für Windenergievorhaben über die Flächenziele des WindBG hinaus
  - Abs. 5: Lockerung der Bindung an entgegenstehende Ziele der Raumordnung oder entgegenstehende Darstellungen von Flächennutzungsplänen
  - Abs. 6: Planerhaltungsvorschrift
  - Abs. 7: Rechtsfolgen der Zielverfehlung
  - Abs. 8: Zulässigkeit von Windenergievorhaben nur unter der Bedingung des Rückbaus bestimmter anderer Anlagen
  - Abs. 9: Länderöffnungsklausel Mindestabstände bis 1000 Meter
  - Abs. 10: Optisch bedrängende Wirkung
- **§ 245e Überleitungsvorschriften aus Anlass des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land**
- Abs. 1: Übergangsweise Fortgeltung der Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB; Zusätzliche Flächenausweisungen bei Aufrechterhaltung der Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB (S. 5-8)
  - Abs. 2: Übergangsweise Ermöglichung der Zurückstellung von Baugesuchen
  - Abs. 3: Ausnahme von den nach Abs. 1 fortgeltenden Wirkungen für Repowering-Vorhaben
  - Abs. 4: Zulassung von Windenergieanlagen trotz planerischer Ausschlusswirkung während der Planaufstellung, wenn Flächen als Windenergiegebiete ausgewiesen werden sollen.
- **§ 5 Abs. 2b BauGB**  
Sachliche und örtliche Teilflächennutzungspläne können nunmehr auch aufgestellt werden, um die Flächenziele des WindBG zu erreichen.

## **2 Verpflichtungen der Länder (§ 3 Abs. 1 und 2 WindBG)**

Das Wind-an-Land-Gesetz verpflichtet die Länder zur Ausweisung von Flächen für die Windenergienutzung an Land und gibt dafür Flächenziele, sogenannte Flächenbeitragswerte vor, die zu bestimmten Stichtagen - Ende 2027 und Ende 2032 - zu erreichen sind, vgl. § 3 Abs. 1 WindBG. Die länderspezifischen Flächenbeitragswerte sind in WindBG Anlage 1 benannt. Nach § 3 Absatz 1 Satz 2 WindBG ist die Größe der auszuweisenden Flächen auf Grundlage der in Anlage 1 Spalte 3 angegebenen Landesflächen der Bundesländer (in km<sup>2</sup>) zu bestimmen. Dort sind die Landesflächen mit zwei Nachkommastellen angegeben. Die auszuweisende Fläche (in km<sup>2</sup>) ist somit auch auf zwei Nachkommastellen zu beziffern. Werden die Flächenbeitragswerte zu den Stichtagen nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr („sobald und solange“) erreicht, ergeben sich die Rechtsfolgen aus § 249 Abs. 7 BauGB und Windenergieanlagen sind im gesamten, von der Zielverfehlung betroffenen Planungsraum privilegiert zulässig und landesgesetzliche Mindestabstandsregeln im Sinne des § 249 Abs. 9 BauGB sind nicht mehr anwendbar. Es handelt sich um eine erfolgsbezogene Verpflichtung.

§ 3 Abs. 2 WindBG konkretisiert die Optionen der Länder zur Erfüllung dieser Verpflichtung. Dabei verbleibt den Ländern Erfüllungsspielraum, der ihnen ermöglicht, die Flächenziele im Rahmen ihrer bestehenden, unterschiedlichen Planungsstrukturen zu erfüllen (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/2355, S. 26). Dabei wird die Planungsebene, auf der Windenergiegebiete ausgewiesen werden, offengelassen und es werden die folgenden Handlungsmöglichkeiten genannt:

Nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WindBG können Länder die Flächen in landesweiten oder – in den Fällen, in denen die Länder Träger der Regionalplanung sind - regionalen Raumordnungsplänen selbst ausweisen und hierdurch ihre Pflicht aus § 3 Abs. 1 WindBG erfüllen.

§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 HS 2 WindBG sieht die Möglichkeit der verbindlichen Festlegung von Teilflächenzielen für die nachfolgenden (kommunalen oder regionalen) Planungsebenen vor.

## 2.1 Verfahren zur Festlegung der Teilflächenziele

### *Grundsätzliches*

Adressaten der Pflicht aus § 3 Abs. 1 WindBG sind die Länder. Diese müssen – sofern sie die entsprechenden Flächen nicht gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WindBG selbst ausweisen – die Flächenausweisung durch die nachfolgenden (kommunalen oder regionalen) Planungsträger sicherstellen, indem sie diesen **verbindliche** Teilflächenziele setzen. Hierzu sind die Teilflächenziele in Form eines Landesgesetzes oder in Form von Zielen der Raumordnung in Raumordnungsplänen festzulegen. Da es sich bei den Flächenbeitragswerten nach § 3 Abs. 1 WindBG um **Mindestvorgaben** handelt, die auch überschritten werden dürfen (BT-Drs. 20/2355, S. 26), können die Länder auch Teilflächenziele festlegen, die insgesamt einen höheren Flächenbeitrag als den gesetzlich vorgesehenen, ergeben. In diesem Fall kann eine Entprivilegierung außerhalb von Windenergiegebieten nur erfolgen, wenn die durch die Länder festgelegten erhöhten Ziele erreicht werden.

§ 3 Abs. 2 S. 2 WindBG stellt klar, dass die Länder auch in den Fällen, in denen sie selbst Träger der Regionalplanung sind, regionale Teilflächenziele festlegen können. Dies ist insbesondere von Bedeutung, um die Rechtsfolge des § 249 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BauGB im Falle der Zielverfehlung auf einzelne betroffene Regionen zu begrenzen.

Das WindBG erlaubt auch Kombinationen zwischen den Alternativen des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 und S. 2. So kann ein Land für eine Planungsregion verbindliche Teilflächenziele festlegen und in einer anderen Planungsregion selbst Flächen ausweisen. Auch können im Rahmen der Festlegung von Teilflächenzielen Planungsträger unterschiedlicher Planungsebenen für zuständig erklärt werden; für denselben Planungsraum kann aber nur ein Teilflächenziel auf regionaler oder kommunaler Ebene bestimmt werden (so klargestellt in Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/2355, S. 26).

Weisen die Länder die Flächen nicht selbst aus und legen sie auch keine Teilflächenziele fest oder machen diese nicht verbindlich, verletzen sie ihre Pflicht nach § 3 Abs. 1 WindBG. Dies gilt auch dann, wenn die nachfolgenden Planungsebenen gleichwohl Windenergiegebiete im erforderlichen Umfang ausweisen. In diesen Fällen treten zu den jeweiligen Stichtagen auch die Rechtsfolgen des § 249 Abs. 7 BauGB ein, da jener an die Regelung des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WindBG anknüpft (s. u. GP 9).

Die Teilflächenziele sind nicht zwingend entsprechend der Flächenpotenziale der Teilräume festzulegen. Die Festlegung der Teilflächenziele fällt vielmehr in den Entscheidungsspielraum der Länder. Die Berücksichtigung der Flächenpotenziale der Teilräume bei der Festlegung der Teilflächenziele kann als sinnvoll erachtet werden.

## **2.2 Nachweispflichten gemäß § 3 Abs. 3 WindBG**

### *Nachweispflichten der Länder bis zum 31. Mai 2024*

§ 3 Abs. 3 WindBG verpflichtet die Länder, entsprechend der jeweiligen Erfüllungsoption die ersten Schritte der Pflichterfüllung bis zum 31. Mai 2024 nachzuweisen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Länder frühzeitig und fristgerecht die notwendigen Maßnahmen zur Zielerreichung einleiten. Die zu erbringenden Nachweise hängen von dem gewählten Planungssystem ab und erfolgen im Rahmen des EEG-Bund-Länder-Kooperationsausschusses (BT-Drs. 20/2355, S. 26).

### *Form und Frist der Nachweiserbringung*

Die Länder haben die Nachweise nach § 3 Abs. 3 WindBG bis zum 31. Mai 2024 im Rahmen ihrer Berichterstattung im Bund-Länder-Kooperationsausschuss zu erfüllen. Die Pflicht aus § 3 Abs. 3 WindBG bezieht sich auf den Flächenbeitragswert aus Anlage 1 Spalte 1, der bereits Ende 2027 zu erreichen ist. Ziel ist eine vorgelagerte Überprüfung der notwendigen ersten Schritte für die Umsetzung des Gesetzes und des Erreichens des für 2027 geltenden Flächenziels.

Sofern die Länder die Flächen selbst ausweisen, sieht § 3 Abs. 3 Nr. 1 WindBG den Nachweis der Planaufstellungsbeschlüsse für die Ausweisung der zum Erreichen des Ende 2027 nach Anlage 1 Spalte 1 maßgeblichen Flächenbeitragswertes vor.

Soll die Ausweisung durch regionale oder kommunale Planungsträger erfolgen, erfüllen die Länder ihre Nachweispflicht nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 WindBG, indem sie das Landesgesetz- oder den Plan vorlegen, mit welchem die Ziele auf (regionale oder kommunale) Teilflächenziele verbindlich heruntergebrochen werden (zu beiden Alternativen auch Gesetzesbegründung: BT-Drs. 20/2355, S. 26).

Bis zum 30. Juni 2024 stellt das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) fest, welche Länder ihre Nachweispflicht erfüllt haben, vgl. § 5 Abs. 2 S.1 WindBG. Im Fall des Pflichtverstoßes stellt das BMWK bis zum 31. Dezember 2024 fest, ob eine nachträgliche Pflichterfüllung erfolgt ist. Aus dem Verstoß gegen die Nachweispflicht nach § 3 Abs. 3 WindBG folgt nach § 249 Abs. 7 S. 2 HS 2 BauGB die Unanwendbarkeit landesgesetzlicher Regelungen zu Mindestabständen, es sei denn der Nachweis wird nachträglich bis zum 30. November 2024 erbracht.

Im Rahmen der Berichterstattung nach § 98 Abs. 1 EEG ist ein kontinuierliches Monitoring zum Stand der Umsetzung der Flächenziele mit einer jährlichen Berichterstattung der Bundesregierung zur Bewertung des Umsetzungsstandes des WindBG vorgesehen.

## **3 Ausweisung von Windenergiegebieten**

### **3.1 Definition von Windenergiegebieten (§ 2 Nr. 1 WindBG)**

#### *Grundsätzliches*

Die Windenergiegebiete im Sinne des WindBG, werden in § 2 Nr. 1 WindBG legaldefiniert. Danach sind Windenergiegebiete grundsätzlich solche Flächen, die als Vorrang- bzw. mit diesen vergleichbare Gebiete in Raumordnungsplänen sowie als Sonderbauflächen,

Sondergebiete und mit diesen vergleichbare Ausweisungen in Flächennutzungs- und Bebauungsplänen ausgewiesen sind (§ 2 Nr. 1 a) WindBG).

Für die Flächenbeitragswerte gemäß Anlage 1 Spalte 1 (Zwischenziel Ende 2027) fallen zusätzlich auch Eignungs- und Vorbehaltsgebiete in Raumordnungsplänen unter die zuvor genannte Definition, wenn der Raumordnungsplan spätestens am 01. Februar 2024 wirksam geworden ist (§ 2 Nr. 1 b) WindBG).

### *Im Einzelnen*

#### *Windenergiegebiete nach § 2 Nr. 1a) WindBG*

Unter die Definition der Windenergiegebiete im Sinne des § 2 Nr. 1 a) WindBG fallen - von den im ROG benannten Gebietstypen - nur als Vorranggebiete ausgewiesene Flächen. Die darüberhinausgehende Erfassung von mit Vorranggebieten „vergleichbaren Gebiete“ in Raumordnungsplänen“ dient der Einbeziehung von vergleichbaren landesrechtlichen Gebietstypen. Die Vergleichbarkeit ist im Hinblick auf den Grad der Flächensicherung für die Windenergie an Land zu beurteilen. Die Fläche muss also vorrangig für die Windenergie an Land ausgewiesen sein und muss andere Funktionen und Nutzungen ausschließen, soweit diese mit der vorrangigen Windenergienutzung nicht vereinbar sind, vgl. § 7 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ROG. Diese Voraussetzung erfüllen auch Gebietsausweisungen, die neben der vorrangigen Nutzung der Windenergie auch Freiflächen-Photovoltaikanlagen ermöglichen, sofern diese mit der Nutzung der Windenergie kompatibel sind und planerisch neben der erstmaligen Errichtung von Windenergieanlagen auch ggf. das Repowering sichergestellt ist.

Auf Ebene der Bauleitplanung geht es insbesondere um Sonderbauflächen und Sondergebiete zur Nutzung der Windenergie, sowie andere vergleichbare Flächen. Soweit in Bauleitplänen z.B. „Versorgungsflächen für Windenergie“ ausgewiesen werden, sind diese erfasst, wenn sie – was bei dieser Zweckbestimmung grundsätzlich anzunehmen ist - dieselbe Wirkung im Hinblick auf die Flächensicherung haben wie die in § 2 Nr. 1 a) WindBG benannten Gebiete. Dies muss im Einzelfall beurteilt werden. Eine pauschale Ausweisung als Versorgungsgebiet für Energie, in der auch andere Energieerzeugungsmethoden privilegiert behandelt werden, wird in aller Regel jedoch nicht dieselbe flächensichernde Wirkung haben. Auch Konzentrationszonen nach § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB sind Windenergiegebiete im Sinne des § 2 Nr. 1 WindBG. Auch nach Wegfall der außergebietlichen Ausschlusswirkung bleiben die Positivflächen Windenergiegebiete im Sinne des § 2 Nr. 1 WindBG.

#### *Windenergiegebiete nach § 2 Nr. 1 b) WindBG*

Eignungsgebiete und Vorbehaltsgebiete in Raumordnungsplänen sind den Windenergiegebieten nur nach § 2 Nr. 1b) WindBG zuzurechnen, d.h. nur für die Zwecke der Anrechnung der Flächen auf das Zwischenziel nach Anlage 1, Spalte 1 des WindBG.

Hiervon unberührt bleibt die rechtliche Zulässigkeit entsprechender Ausweisungen. Diese wird durch das WindBG nicht geregelt. Lediglich im Zusammenhang mit § 4 WindBG handelt es sich um energiewirtschaftliche Regelungen zur Anrechenbarkeit von Flächen. Die Frage, ob eine entsprechende Ausweisung vor dem Hintergrund der zeitlich begrenzten Anrechenbarkeit weiterhin sinnvoll ist, obliegt jeweils der Einzelfallentscheidung der Träger der Regionalplanung.



Der Begriff der Windenergiegebiete dient als Anknüpfungspunkt für verschiedene gesetzliche Regelungen, insbesondere:

- die Anrechnungsregelung im § 4 WindBG,
- die Zulässigkeitsprüfung nach § 249 BauGB,
- die Erleichterung im § 26 Absatz 3 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) betreffend Landschaftsschutzgebiete,
- die Erleichterung im § 6 WindBG betreffend Umweltverträglichkeitsprüfung und Artenschutz als Durchführungsregelung zu Artikel 6 der Verordnung (EU) 2022/2577 (sogenannte „EU-Notfall-Verordnung“).

Hiervon zu unterscheiden ist der Begriff der „Renewables Acceleration Areas“ (zuvor: „Go-to-areas“), der Anknüpfungspunkt für Genehmigungserleichterungen im Rahmen des Entwurfes der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie ist (*Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directive (EU) 2018/2001 on the promotion of the use of energy from renewable sources, Directive 2010/31/EU on the energy performance of buildings and Directive 2012/27/EU on energy efficiency; provisional agreement reached on 30 March 2023*). Zu dieser Richtlinie konnte am 30. März 2023 auf europäischer Ebene eine vorläufige Einigung erzielt werden; Die formale Annahme steht aber noch aus und ist in § 6 WindBG daher nicht umgesetzt.

### **3.2 Folgen des Wind-an-Land-Gesetzes für die Ausweisung von Windenergiegebieten**

#### **3.2.1 Verpflichtung zur Erreichung der Flächenbeitragswerte nach WindBG in der Regel durch Planung**

##### *Verpflichtung der Länder zum Erreichen der Flächenbeitragswerte nach WindBG*

Sofern der Flächenbeitragswert/das einschlägige Teilflächenziel nicht ausnahmsweise schon erfüllt oder aufgrund der besonderen Anrechnungsvorschriften etwa in § 4 Abs. 1 S. 3 u. 4 oder Abs. 4 WindBG das Ziel ohne Planung erreicht werden soll, sind zum Erreichen der Flächenziele in der Regel neue Planungen notwendig. In Raumordnungs- und/oder Bauleitplänen sind zusätzliche Windenergiegebiete auszuweisen (vgl. BT-Drs. 20/2355 S. 20 f.). Bei diesen Planungen sind die Sonderregelungen in § 249 BauGB (sowie das Überleitungsrecht in § 245e BauGB, dazu s. unten GP 8) zu berücksichtigen.

##### *Planungssystematik: Umstellung auf Positivplanung, § 249 Abs. 1 u. 2 BauGB*

Infolge von §§ 249 Abs. 1 u. 2, 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB greift die Privilegierung für Windenergievorhaben im Außenbereich – vorausgesetzt der einschlägige Flächenbeitragswert bzw. ein einschlägiges Teilflächenziel nach WindBG werden erreicht – regelmäßig innerhalb von ausgewiesenen Windenergiegebieten in Raumordnungs- oder Flächennutzungsplänen (BT-Drs. 20/2355, S. 32 f.). Außerhalb der ausgewiesenen Windenergiegebiete sind Windenergieanlagen dann nicht mehr privilegiert.

Für die Planrechtfertigung bedeutet dies, dass nicht mehr die Ausschlusswirkung konstitutiv durch Planung herbeigeführt werden muss, sondern die Planung nur positiv definiert, auf welchen Flächen Windenergievorhaben privilegiert verwirklicht werden können. Der Geltungsbereich der Planungen kann sich allein auf die für Windenergievorhaben ausgewiesenen Flächen beschränken und muss nicht mehr den Ausschlussbereich einbeziehen, wodurch auch die Planrechtfertigung sich mit einer deutlich kleineren Fläche

auseinandersetzen muss. Für die Planaufstellung gelten die allgemeinen Vorgaben des BauGB bzw. des ROG. Die Rechtsprechung zu § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB (sogenannte „Substanzrechtsprechung“) ist dagegen für die Ausweisung von Windenergiegebieten nicht mehr relevant.

*Hinweis: Der neue Rechtszustand tritt nicht sofort ein, sondern erst, wenn im jeweiligen Land/Landesteil ein Flächenbeitragswert/Teilflächenziel erstmals erreicht wird; hierfür besteht grds. eine Umsetzungsfrist bis zum 31. Dezember 2027. Zuvor bleibt es bei der bereits nach alter Rechtslage bestehenden Außenbereichsprivilegierung gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Die Wirkungen von Bestandsplänen wird übergangsweise aufrechterhalten, s. dazu die Überleitungsregelungen des § 245e Abs. 1 BauGB (dazu u. GP 8). Pläne, die bis zum 1. Februar 2024 wirksam werden, werden Bestandsplänen gleichgestellt. Neue Planungen, die zum Erreichen der Flächenbeitragswerte angestoßen werden, sind jedoch bereits nach dem neuen Rechtsregime (Positivplanung) zu führen und gerichtlich zu beurteilen.*

*Sobald und solange die Flächenbeitragswerte nach den zugehörigen Stichtagen dagegen verfehlt werden, tritt eine verstärkte Außenbereichsprivilegierung gemäß § 249 Abs. 7 BauGB ein (dazu u. GP 9).*

### **3.2.2 Lockerung der Bindung an entgegenstehende Planungen (§ 249 Abs. 5 S. 1 BauGB)**

Bei der Ausweisung von Windenergiegebieten gemäß § 2 Nr. 1 WindBG ist der nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 WindBG jeweils zuständige Planungsträger an entgegenstehende Ziele der Raumordnung oder entgegenstehende Darstellungen in Flächennutzungsplänen nicht gebunden, soweit dies erforderlich ist, um den Flächenbeitragswert im Sinne des § 3 Abs. 1 WindBG oder ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel zu erreichen.

Diese Norm soll nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 20/2355, S. 34) „sicherstellen, dass der nach § 3 Abs. 2 WindBG zuständige Planungsträger unverzüglich mit der Planung beginnen kann, ohne an etwaige entgegenstehende Planinhalte in Plänen auf anderen Planungsebenen gebunden zu sein.“

#### *Zuständiger Planungsträger*

Der zuständige Planungsträger im Sinne des § 249 Abs. 5 BauGB richtet sich danach, welche Planungsebene die Länder für die Flächenausweisung gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 WindBG bestimmen. Legen sie Teilflächenziele fest, ist der Planungsträger zuständig, dessen Planungsraum dem Landesteil entspricht, für den das Teilflächenziel definiert wurde. Werden also für die Regionen in einem Land Teilflächenziele festgelegt, sind die Träger der Regionalplanung zuständig. Wird dagegen für jede Gemeinde ein Teilflächenziel festgelegt, sind die Gemeinden zuständige Planungsträger im Sinne des § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB. Wird hingegen bis zum 31. Mai 2024 durch das Land kein Teilflächenziel festgelegt, bleiben die Länder gemäß Nr. 1 selbst zuständige Planungsträger.

Bevor der zuständige Planungsträger in einem Land feststeht, kann von der Planungserleichterung des § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB nicht Gebrauch gemacht werden (BT-Drs. 20/2355, S. 34).

Eine gleichzeitige Festlegung kommunaler und regionaler Teilflächenziele für sich überschneidende Landesteile ist nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des WindBG („oder“)

nicht möglich (so auch BT-Drs. 20/2355, S. 25), sodass für einen Bereich auch nur ein Planungsträger von der Erleichterung im Sinne des § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB Gebrauch machen kann. Die oben (GP 2.1.) genannten Kombinationsmöglichkeiten bei der Festlegung des zuständigen Planungsträgers müssen sich auf unterschiedliche Landesteile beziehen.

#### *Nichtbindung an entgegenstehende Ziele der Raumordnung/Darstellung in Flächennutzungsplänen*

Der in o.g. Sinne zuständige Planungsträger ist bei der Ausweisung von Windenergiegebieten an entgegenstehende Ziele der Raumordnung bzw. Darstellungen in Flächennutzungsplänen nicht gebunden.

Dies kann etwa nützlich sein, wenn zum Zeitpunkt der Planaufstellung noch eine planerische Ausschlusswirkung in einem anderen Plan gemäß § 245e Abs. 1 BauGB fortgilt. Der Planungsträger ist an diese Ausschlusswirkung selbst dann nicht gebunden, wenn seine Planung allein noch nicht zum Erreichen des gültigen Flächenbeitragswertes/Teilflächenzieles (und damit gemäß § 245e Abs. 1 S. 2 BauGB zum Wegfall der Ausschlusswirkung) führt.

Weiterhin kann der zuständige Planungsträger auch dann, wenn die für die Windenergie auszuweisenden Flächen in anderen Plänen anderen Nutzungen vorbehalten sind, über diese Planinhalte hinweggehen.

#### *Erforderlichkeit, um den Flächenbeitragswert oder ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel zu erreichen*

Von § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB darf der zuständige Planungsträger nur Gebrauch machen, soweit dies zur Zielerreichung erforderlich ist. Die Erforderlichkeit ist im Einzelfall für die konkreten Flächen darzulegen, die entgegen anderer Planungen für die Windenergie ausgewiesen werden sollen. Bei der Prüfung der Erforderlichkeit sind sowohl die Ziele der entgegenstehenden Planung zu berücksichtigen, andererseits aber auch das planerische Bedürfnis dafür, die Flächen für die Windenergie in Anspruch zu nehmen. Die Prüfung der Erforderlichkeit beinhaltet Abwägungselemente. Dabei sind mögliche landesspezifische Vorgaben, aber auch das überragende öffentliche Interesse am Ausbau der erneuerbaren Energien zu berücksichtigen.

### **3.2.3 Planerhaltungsvorschrift in § 249 Abs. 6 BauGB**

§ 249 Abs. 6 BauGB stellt klar, dass weitergehende als die gesetzlichen Anforderungen an die Planaufstellung und -rechtfertigung im ROG bzw. BauGB an die Planungen von Windenergiegebieten nicht gestellt werden können. Nach Abs. 6 ist für die Beurteilung eines konkreten Windenergiegebietes unerheblich, ob anderswo innerhalb oder außerhalb des Plangebietes andere vergleichbar geeignete Flächen für die Windenergie zur Verfügung stehen. Nach Auffassung des Gesetzgebers soll dies sicherstellen, dass im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung nach Umstellung auf eine Positivplanung keine unangemessen hohen Anforderungen bei Windenergiegebieten gestellt werden (vgl. BT-Drs. 20/2355, S. 34). Damit entfällt insbesondere die sogenannte „Tabuzonenrechtsprechung“ mit einer Tabuzonenbetrachtung für die Ausweisung von Windenergiegebieten.

Die Regelung gilt für alle Planverfahren, die nach dem neuen Recht aufgestellt werden. Wird gemäß dem Überleitungsrecht in § 245e Abs. 1 BauGB von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, bis zum 1. Februar 2024 noch eine planerische Ausschlusswirkung im Sinne des

§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu bewirken, gelten hierfür auch die hergebrachten bzw. zu diesem Zeitpunkt geltenden allgemeinen Anforderungen an die Aufstellung; § 249 Abs. 6 BauGB ist auf solche Planungen nicht anwendbar.

### **3.2.4 Auswirkung von § 2 EEG auf die Flächenausweisung**

§ 2 EEG, der letztlich auf Art. 20a GG fußt, schreibt das überragende öffentliche Interesse an der Nutzung der erneuerbaren Energien fest und regelt zudem in Satz 2 einen befristeten „vorrangigen Belang“ der erneuerbaren Energien in Schutzgüterabwägungen. Zudem bestimmt er, dass diese Anlagen der öffentlichen Sicherheit dienen. Im Planverfahren wirkt § 2 EEG insbesondere, indem er zu einer größeren Potenzialfläche führt und somit die Planungsspielräume der Planungsträger erweitert.

§ 2 EEG ändert nichts daran, dass eine im Grundsatz ergebnisoffene Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB oder § 7 Abs. 2 S. 1 ROG stattfinden muss, in der alle öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander abzuwägen sind. Im Rahmen dieser Abwägung ist das Gewicht jedes Belangs angemessen zu berücksichtigen. Die planerische Abwägung umfasst zum einen die Freiheit des Planungsträgers zu entscheiden, ob bzw. in welchem Maße er eine bestimmte Nutzung in seinem Planungsraum ermöglichen möchte und zum anderen die Freiheit zu entscheiden, wo er hierfür Flächen ausweisen möchte. Für das „Ob“ und „in welchem Mindestmaße“ der Planungsträger Windenergiebereiche ausweist, ist der Abwägungsspielraum bereits durch die verbindlichen Vorgaben von Flächenbeitragswerten bzw. Teilflächenzielen stark vorbestimmt.

§ 2 EEG entfaltet seine mittelbare Wirkung im Rahmen der Planung in erster Linie bei der Flächenauswahl, indem er die Genehmigungsfähigkeit von Windenergieanlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz beeinflussen kann. Die voraussichtliche Eignung von Flächenausweisungen ist bereits auf Planungsebene von entscheidender Bedeutung: Flächen, auf denen Windenergieanlagen voraussichtlich nicht realisierbar sind, dürfen nicht planerisch ausgewiesen werden. Stehen Belange einer BImSchG- Genehmigung entgegen, müssen sie - soweit sie auf der Planungsebene erkennbar sind - im Rahmen der planerischen Abwägung über die Flächenauswahl berücksichtigt werden. So sind insbesondere die Auswirkungen auf die Umwelt und auf Nachbarn einschließlich schädlicher Umwelteinwirkungen zu prüfen. § 2 EEG kann nunmehr bewirken, dass Hemmnisse im Zulassungsverfahren – beispielsweise über fachrechtliche Ausnahmen oder Befreiungen – künftig leichter überwunden werden können. Wenn die zuständige Fachbehörde im Planaufstellungsverfahren eine künftige fachrechtliche Ausnahme oder Befreiung in Aussicht stellt, ist es dem Planungsträger möglich, Windenergieflächen in Bereichen zu planen, die grundsätzlich fachrechtlich gesperrt wären (z. B. nach § 67 Abs. 1 S. 1 BNatSchG). Für das Verhältnis zwischen Artenschutz und Planung wird auf Ziffer 3.2.8 verwiesen.

Bewirkt § 2 EEG, dass Hemmnisse im Zulassungsverfahren überwunden werden können, darf diese Überwindbarkeit von entgegenstehenden Belangen auch bei der Flächenauswahl angenommen werden. § 2 EEG führt insofern mittelbar zu einer größeren Potenzialfläche, erweitert die Planungsspielräume der Planungsträger und trägt damit letztlich auch zur höheren Rechtssicherheit von Plänen bei.

### **3.2.5 Umgang mit bestehenden Flächenausweisungen für die Windenergie**

Das System des Wind-an-Land-Gesetzes lässt den Ländern verschiedene Möglichkeiten, die Flächenziele zu erfüllen.

Beispielsweise können die Länder auf den bestehenden Planungen von Windenergiegebieten aufbauen – unabhängig davon, auf welcher Ebene (Bauleitplanung oder Raumordnung) diese ausgewiesen sind. Diese bestehenden Pläne können sie durch zusätzliche Flächenausweisungen ergänzen. Wie im Überleitungsrecht (§ 245e Abs. 1 BauGB, dazu u. GP 8) geregelt, gelten die Wirkungen bestehender Konzentrationszonenplanungen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auch nach dem Wind-an-Land-Gesetz fort. Mit der Feststellung nach § 5 WindBG (dem Erreichen eines einschlägigen Flächenziels) spätestens aber zum 31. Dezember 2027 entfällt die außergebietliche (Ausschluss-) Wirkung gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB; die (positiven) Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie bleiben demgegenüber weiter wirksam. Sie können unter den dort geregelten Voraussetzungen auf die Flächenziele nach dem WindBG angerechnet werden (dazu u. GP 4.3)

Die Planungsträger können sich aber auch dazu entscheiden, sämtliche für den Flächenbeitragswert benötigte Windenergiegebiete neu auszuweisen. Dies hat den Vorteil, dass ein Planungsträger (der zuständige, s.o. GP 3.2.2) es allein in seiner Hand hat, sicherzustellen, dass die Planungen rechtzeitig abgeschlossen werden und dass ausreichend Flächen ausgewiesen werden. Der Planungsträger kann bei der Planaufstellung ggf. die Sonderregelung des § 249 Abs. 5 BauGB nutzen.

### **3.2.6 Möglichkeiten der Gemeinden zur Ausweisungen von Windenergiegebieten in Flächennutzungsplänen (§ 5 BauGB)**

Werden in einem Flächennutzungsplan Windenergiegebiete ausgewiesen, sind diese unter den Voraussetzungen des § 4 WindBG auf die in diesem Gesetz geregelten Flächenziele anrechenbar. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob die Länder gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 WindBG kommunale oder regionale Teilflächenziele festgelegt haben.

Sind die Gemeinden nicht die zuständigen Planungsträger i. S. d § 249 Abs. 5 S. 1 BauGB i. V. m § 3 Abs. 2 WindBG (s.o. GP 3.2.2), können sie ergänzend tätig werden. Die Feststellung über das Erreichen des Teilflächenziels treffen in diesem Fall nur die regionalen Planungsträger. Die Bindung der Träger der Bauleitplanung an die Ziele der Raumordnung (§ 1 Abs. 4 BauGB) bleibt in einem solchen Fall dabei unberührt. Dies bedeutet für die planende Gemeinde, dass sie keine Planungen in Vorranggebieten vornehmen dürfen, die durch die Regionalplanung für andere Nutzungen, beispielsweise Rohstoffsicherung, vorgesehen sind.

§ 5 Abs. 2b BauGB sieht die Möglichkeit vor, Teilflächennutzungspläne auch für die Zwecke des § 249 Abs. 2 BauGB aufzustellen. In § 249 Abs. 2 BauGB ist das Szenario geregelt, dass ein einschlägiges Flächenziel (Flächenbeitragswert/Teilflächenziel) nach dem WindBG erreicht und dies festgestellt wird. Die Planung muss dazu beitragen, dass dieses Szenario erreicht wird. Der Teilflächennutzungsplan kann sich folglich darauf beschränken, Windenergiegebiete auszuweisen.

### **3.2.7 Übertragung auf die Raumordnungsplanung (§ 27 Abs. 4 ROG)**

Die Aufstellung von Raumordnungsplänen – auch mit Festlegungen für die Windenergie - richtet sich weiterhin nach dem ROG. Dieses erklärt jedoch in § 27 Abs. 4 ROG für Raumordnungspläne, die Windenergiegebiete i. S. v. § 2 Nr. 1 WindBG enthalten, die Überleitungsvorschriften des § 245e BauGB und die Sonderregelungen des § 249 BauGB für vorrangig anwendbar.

Für die Aufstellung von Raumordnungsplänen hat dies zur Folge, dass gemäß § 249 Abs. 1 BauGB i. V. m. § 27 Abs. 4 ROG in Raumordnungsplänen eine Ausschlusswirkung i. S. d. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB mit Bindungswirkung für die Zulassungsebene zulasten von Windenergievorhaben grds. nicht mehr begründet werden kann (zum Überleitungsrecht s. jedoch u. GP 8). Vielmehr sind zukünftig für die Vorhabenzulassung nur die positiven Flächenausweisungen (in Gestalt von Vorrang- und mit diesen vergleichbaren Gebieten und für das Flächenziel 2027 zusätzlich auch Vorbehalts- und Eignungsgebieten) relevant, da innerhalb dieser Gebietsausweisungen gemäß § 249 Abs. 2 BauGB die bauplanungsrechtliche Privilegierung aufrechterhalten bleibt.

Auf die Festlegung einer Ausschlusswirkung kann daher im Rahmen der Planung verzichtet werden. Hierin besteht auch die durch das Wind-an-Land-Gesetz bezweckte Vereinfachung der Planung: Die Ausschlusswirkung muss nicht mehr planerisch gerechtfertigt werden. Stattdessen folgt aus dem Gesetz eine Entprivilegierung von Windenergieanlagen außerhalb ausgewiesener Flächen (Umstellung auf eine Positivplanung).

Bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen ist die Sonderregelung des § 249 Abs. 5 BauGB anwendbar, wonach der jeweils zuständige Planungsträger bei der Ausweisung von Windenergiegebieten unter den o.g. Voraussetzungen (GP 3.2.2) an entgegenstehende Ziele der Raumordnung oder entgegenstehende Darstellungen in Flächennutzungsplänen nicht gebunden ist. Auch die Ausführungen zu § 249 Abs. 6 BauGB, zu § 2 EEG sowie zum Umgang mit bestehenden Flächenausweisungen (GP 3.2.5) gelten für die Raumordnung entsprechend.

### **3.2.8 Auswirkungen von § 6 WindBG auf Flächenausweisungen in der Bauleit- und Regionalplanung**

§ 6 WindBG, der eine Durchführungsregelung zu Art. 6 der EU-Notfall-Verordnung enthält, dient der Beschleunigung von Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen an Land. Hierzu beabsichtigt der Bund einen gesonderten Leitfaden zu erstellen, der den Anwendungsbereich und die Rechtsfolgen des § 6 WindBG erläutert. Nachfolgend wird daher lediglich auf die für die kommunale Bauleitplanung und die Regionalplanung besonders wichtige Frage eingegangen, wie sich § 6 WindBG auf die Umweltprüfung nach § 8 ROG (bzw. Landesplanungsrecht) oder § 2 Abs. 4 BauGB sowie auf die planerische Abwägung auswirkt.

Aus § 6 WindBG ergeben sich keine erhöhten Anforderungen an die Umweltprüfung im Rahmen der Regional- und Bauleitplanung. Die bisherige artenschutzrechtliche Prüfung auf Genehmigungsebene kann nicht auf die Ebene der Regional- oder Bauleitplanung vorverlagert werden. Vielmehr ist der für eine ordnungsgemäße Abwägung der Artenschutzbelange des § 7 Abs. 2 ROG bzw. § 1 Abs. 6 Nummer 7 BauGB erforderliche Umfang der zu ermittelnden und zu bewertenden Fakten vom Detailgrad der jeweiligen Planung abhängig und von dem Träger der Raumordnungsplanung bzw. der Gemeinde zu bestimmen.

## **4 Anrechenbarkeit v. Flächen und Feststellung der Zielerreichung (§§ 4, 5 Abs. 1 u. 2 WindBG)**

Die Feststellung und Bekanntmachung der Zielerreichung regelt § 5 Abs. 1 WindBG. Sie erfolgt im Rahmen des jeweiligen Planverfahrens und dient als Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolge nach § 249 Abs. 2 BauGB (BT-Drs. 20/2355, S. 2830, S. 28).

### **4.1 Zuständigkeit für die Feststellung**

Die Flächenbeitragswerte bzw. die Teilflächenziele sind bei der Planung verbindlich zu berücksichtigen. Daher muss der zuständige Planungsträger bei der Aufstellung eines Plans, der Windenergiegebiete i. S. d. § 2 Nr. 1 WindBG enthält, prüfen, ob diese Ziele infolge des Plans erreicht werden. Ist dies der Fall, ist dies auch festzustellen (vgl. auch Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/2355, S. 28).

Soweit die Länder die Ausweisungen selbst vornehmen, treffen sie selbst auch die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 WindBG. Haben die Länder Teilflächenziele für regionale oder kommunale Planungsträger verbindlich gemacht, kommt es darauf an, ob nach den für die Planaufstellung geltenden Vorschriften eine Genehmigung des Plans vorgesehen ist oder nicht. Im ersten Fall sieht § 5 Abs. 1 S. 2 WindBG vor, dass die Genehmigungsbehörde die Feststellung trifft. Dies ist beispielsweise der Fall bei Flächennutzungsplänen, die gemäß § 6 Abs. 1 BauGB von der höheren Verwaltungsbehörde zu genehmigen sind.

Ist kein Genehmigungsverfahren vorgesehen, trifft der zuständige Planungsträger selbst die Feststellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 WindBG. Ist landesrechtlich ein anderes Gestattungsverfahren vorgeschrieben, richtet sich die Zuständigkeit für die Feststellung nach dem jeweiligen Landesrecht. Die zuständige Stelle für die Feststellung kann daher abhängig von der Planungsebene und den landesrechtlichen Vorschriften variieren und fügt sich in das jeweilige Planungssystem ein. § 5 Abs. 1 S. 3 WindBG stellt folgerichtig klar, dass die Feststellung an der Bekanntgabe oder Verkündung des Plans, bzw. der Plangenehmigung oder des Planbeschlusses teilnimmt.

### **4.2 Rechtsnatur und Wirkungen der Feststellung**

Die Feststellung der Erreichung der Flächenziele nach § 5 Abs. 1 S. 1 WindBG ist eine unselbständige Entscheidung, die verfahrenstechnisch im Rahmen des Planaufstellungsverfahrens ergeht. Sie ist nicht isoliert gerichtlich angreifbar (BT-Drs. 20/2355, S. 30).

Bei der Feststellung handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, die nicht der planerischen Abwägung zuzuordnen ist; ein planerisches Ermessen kommt der zuständigen Stelle nicht zu. Dass bei Genehmigungsbedürftigkeit des Plans nicht der Planungsträger selbst, sondern die Genehmigungsbehörde für die Feststellung zuständig ist, verdeutlicht dies.

Die Feststellung ist Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolge des § 249 Abs. 2 BauGB, die kraft Gesetzes eintritt. Diese Rechtsfolge bewirkt, dass Windenergievorhaben im Außenbereich außerhalb von ausgewiesenen Windenergiegebieten nur als sonstige Vorhaben gemäß § 35 Abs. 2 BauGB zulässig sein können. Über § 249 Abs. 2 BauGB hat die Feststellung also Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Windenergievorhaben. Sie soll die

Zulassungsbehörden entlasten, die nicht in jedem Zulassungsverfahren selbst darüber befinden müssen, ob die Flächenziele nach dem WindBG erreicht wurden oder nicht, sondern grundsätzlich von dem Ergebnis der Feststellung ausgehen dürfen. Da die Feststellung notwendig nur eine Aussage für den Zeitpunkt der Feststellungsentscheidung treffen kann, müssen die Zulassungsbehörden jedoch nachträgliche Veränderungen (z. B. Mehrausweisungen gem. § 249 Abs. 4 BauGB; nachträglicher Wegfall von Flächen) berücksichtigen. Die Zulassungsbehörden sind hier auf die entsprechende Information durch die jeweiligen Planungsträger angewiesen.

Erging die Feststellung zu Unrecht, etwa weil die Flächenberechnung unzutreffend war, Flächen doppelt angerechnet wurden oder angerechnete Flächenausweisungen nach den Vorschriften des WindBG nicht hätten angerechnet werden dürfen, führt dies nicht zur Unwirksamkeit des Plans.

### **4.3 Anrechenbarkeit von Flächen**

#### **4.3.1. Grundsätze**

Alle in Windenergiegebieten i .S. d. § 2 Nr. 1 WindBG liegenden Flächen sind grundsätzlich anrechenbar (siehe zur Definition der Windenergiegebiete oben Ziffer 3.1). Zu beachten ist, dass keine Doppelanrechnung erfolgen darf. Dies stellt § 4 Abs. 1 S. 2 WindBG für die Fälle klar, dass sich Gebietsausweisung auf unterschiedlichen Planungsebenen teilweise oder in Gänze überschneiden. Für die Anrechnung von Windenergiegebieten in grenzüberschreitenden Regionen ist maßgeblich, auf welchem Landesgebiet sich die Gebietsausweisungen befindet; grenzüberschreitende Ausweisungen werden entsprechend anteilig auf die jeweiligen Landesziele angerechnet. Davon unberührt bleibt das Recht, Überschussflächen staatsvertraglich für ein anderes Land bereitzustellen, vgl. § 7 Abs. 4 WindBG. Unerheblich für die Anrechnung ist, ob die Flächenausweisung nur für Windenergieanlagen erfolgt, die Strom in das öffentliche Netz einspeisen oder z.B. Flächen für Windenergieanlagen zur Wasserstoffproduktion oder zur dezentralen Wärmeversorgung ausgewiesen werden. Entscheidend ist allerdings, dass die Flächen entsprechend der Maßgabe des § 3 WindBG ausgewiesen wurde. Insoweit dürfte in Vorrang- und vergleichbaren Gebieten eine Planung dergestalt, dass WEA nur vereinzelt als Nebenanlagen (privilegiert) zulässig sind, bereits in der Abwägung nicht mit dem jeweiligen Gebietstypus vereinbar sein. Soweit diese planerische Hürde aber genommen ist steht das WindBG der Ausweisung und sodann Anrechnung der ausgewiesenen Flächen zum Beispiel für WEA zur Wasserstoffelektrolyse nicht entgegen.

Voraussetzung der Anrechenbarkeit ist die Wirksamkeit des Plans, § 4 Abs. 2 S.1 WindBG. Aus der Formulierung „sobald und solange“ ergibt sich, dass die Anrechnungsmöglichkeit erst ab Inkrafttreten des Plans (d.h. mit der Bekanntmachung oder Verkündung des Plans und ggf. seiner Genehmigung) besteht und bei nachträglich festgestellter Unwirksamkeit entfällt.

Im Hinblick auf die gerichtliche Verwerfung des Plans trifft § 4 Abs. 2 S. 2 WindBG jedoch eine Sonderregelung: Für eine Übergangszeit von einem Jahr ab Rechtskraft der Entscheidung bleiben die ausgewiesenen Flächen weiterhin anrechenbar, § 4 Abs. 2 S. 2 WindBG.



### **4.3.2 Bestimmungen zur Höhe baulicher Anlagen**

Nicht anrechenbar sind Flächen, die in Plänen ausgewiesen werden, die nach dem 1. Februar 2023 wirksam werden und Bestimmungen zur Höhe baulicher Anlagen enthalten. Der Gesetzeswortlaut des § 4 Abs. 1 S. 5 WindBG umfasst sowohl Mindesthöhen, als auch Maximalhöhen.

Grundsätzlich ist eine bauleitplanerische Konkretisierung eines regionalplanerischen Vorranggebietes möglich. Hier gilt der Grundsatz: Konkretisieren ohne zu konterkarieren. Die regionalplanerische Festlegung von Vorranggebieten erfolgt, um den entsprechenden Flächenbeitragswert zu erreichen. Erfolgt die Festlegung von Windenergiebereichen mit Höhenbegrenzung, können diese Flächen gem. § 4 Abs. 1 S. 5 WindBG nicht auf den Flächenbeitragswert angerechnet werden. Innerhalb eines regionalplanerisch festgelegten Vorranggebiets ist eine bauleitplanerische Darstellung oder Festsetzung von Höhenbegrenzungen gem. § 1 Abs. 4 BauGB nicht an Ziele der Raumordnung angepasst, sofern eine „Nichthöhenbegrenzung“ Bestandteil der Zielfestlegung ist. Eine ausdrückliche Zielfestlegung wird empfohlen, um das Risiko einer etwaigen Nichtanrechenbarkeit auszuschließen.

Nicht erfasst sind hingegen Höhenbegrenzungen, die erst als Nebenbestimmungen im Rahmen der Genehmigungsentscheidung festgelegt werden oder wenn die Genehmigungsbehörde die Anlage mit einer vom Antrag abweichenden Höhe genehmigt.

### **4.4 Anrechnung von Flächen nach § 4 Abs. 1 S. 3 u. 4 und Abs. 2 und 4 WindBG**

Anrechnungsfähig sind nach § 4 Abs. 1 S. 3 WindBG auch Flächen außerhalb ausgewiesener Gebiete, die mit Windenergieanlagen bebaut sind. Die Anrechnung ist aber nur möglich, solange die Windenergieanlage in Betrieb ist (S. 4). Kurzfristige betriebsbedingte Abschaltungen sind insoweit jedoch unschädlich. Nur eine Außerbetriebnahme oder der Abbau der Anlage führen zur Nicht-Anrechenbarkeit. Zudem setzt die Anrechnung voraus, dass sich der Planungsträger insbesondere mit Blick auf den erhöhten administrativen Aufwand für eine Anrechnung auch solcher Flächen entscheidet. Um dies zu dokumentieren, ist bei der Feststellung nach § 5 Abs. 1 WindBG auch anzugeben, dass und in welchem Umfang eine Anrechnung nach § 4 Abs. 1 S. 3 WindBG vorgenommen wurde. Die nach § 4 Abs. 1 S. 3 WindBG anrechenbare Fläche ist definiert als die im Umkreis einer Rotorblattlänge der entsprechenden, sich in Betrieb befindlichen, Windenergieanlage (kreisförmige Fläche mit dem Radius eines Rotorblattes, deren Mittelpunkt die Mitte des Mastfußes ist). Dabei ist die individuelle Rotorblattlänge anzuwenden (kein Pauschalwert).

Hervorzuheben ist, dass eine Anrechnung der Flächen nach § 4 Abs.1 S. 3 WindBG **nur** für die Flächenbeitragswerte der Anlage 1 Spalte 2 (Zielwerte für den 31. Dezember 2032) erfolgen kann. Die Anrechnung in diesem Umfang ist auch möglich, sofern das vorzeitige Erreichen des Flächenbeitragswerts nach Anlage 1 Spalte 2 angestrebt wird. Eine Anrechnung mit dem Ziel, allein das Zwischenziel nach Anlage 1 Spalte 1 zu erreichen, ist nicht möglich.

§ 4 Abs. 2 S. 2 WindBG sieht für den Fall der gerichtlichen Verwerfung des Plans eine Sonderregelung vor, wonach für eine Übergangszeit von einem Jahr der Plan weiterhin als anrechenbar gilt. Der Übergangszeitraum dient der Möglichkeit der Korrektur des Plans bei Fortbestand der Rechtsfolge im Sinne der Rechts- und Planungssicherheit.

Nach § 4 Abs. 4 WindBG erfolgt eine mit dem Faktor 0,5 anteilige Anrechnung für die Flächenbeitragswerte der Anlage 1 Spalte 1 (Zwischenziel) für Flächen, die durch Rechtsverordnung der Länder nach § 249b Abs. 1 BauGB innerhalb der Abbaubereiche eines Braunkohlen- oder Sanierungsplans für die Nutzung der Windenergie verfügbar gemacht wurden. Voraussetzung ist, dass die Rechtsverordnung bis zum 31. Mai 2024 in Kraft getreten ist. Die Anrechnung erfolgt – wie sonst auch – im Rahmen der Feststellung nach § 5 Abs. 1 bzw. Abs. 2 WindBG. Die Entwicklung des Windenergieausbaus auf diesen Gebieten ist Gegenstand eines Monitorings der Bundesregierung mit Blick auf eine mögliche Anrechenbarkeit der Flächen auf den nach Anlage 1 Spalte 2 geltenden Zielwert, vgl. § 7 Abs. 6 WindBG.

Flächen innerhalb des Geltungsbereichs einer Rechtsverordnung nach § 249b Abs. 1 BauGB, die zusätzlich auch durch einen Raumordnungs- oder Bauleitplan als Windenergiegebiete gemäß § 2 Nummer 1 WindBG ausgewiesen werden, werden voll auf die Flächenbeitragswerte bzw. Teilflächenziele angerechnet.

#### **4.5 Inhalt und Umfang der Feststellung**

Die Feststellung nach § 5 Abs. 1 WindBG ist eine unselbständige Entscheidung, die im Rahmen des Planverfahrens ergeht, und Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolge des § 249 Abs. 2 BauGB (BT-Drs. 20/2355, S. 28). Sowohl die Prüfung als auch die Feststellung erfolgen daher im Rahmen des Planverfahrens, eine gesonderte Bekanntmachung erfolgt nicht, vgl. § 5 Abs. 1 S. 3 WindBG (ausführlich o. GP 4.2). Nach § 5 Abs. 1 S. 1 WindBG beinhaltet die Feststellung der Zielerreichung Angaben zum einschlägigen Flächenbeitragswert oder Teilflächenziel und dem jeweiligen Stichtag. Darüber hinaus ist auszuführen, welche Flächen in Windenergiegebieten nach § 2 Nr. 1 sowie welche Flächen nach § 4 Abs. 1 S. 3 und Abs. 4 angerechnet wurden, jeweils unter Angabe des Umfangs der angerechneten Fläche. Die Bekanntgabe des Plans sorgt für die Publizität des Erreichens der Flächenbeitragswerte bzw. der daraus abgeleiteten Teilflächenziele als Anknüpfungspunkt der Rechtsfolge nach § 249 Abs. 2 BauGB.

#### **4.6 Beschluss Rotor-out gemäß § 5 Abs. 4 WindBG**

Für Raumordnungspläne und Flächennutzungspläne, die keine Bestimmung in Hinblick auf die Platzierung des Rotors der Windenergieanlage enthalten, kann der Planungsträger, der den Beschluss über den jeweiligen Plan gefasst hat, nachträglich per Beschluss klarstellen, dass die Rotorblätter nicht innerhalb der ausgewiesenen Fläche liegen müssen, also ein Rotor-außerhalb Planungsansatz vorliegt. Diese Möglichkeit gilt für Pläne, die bis zum 1. Februar 2024 wirksam geworden sind.

Der Anwendungsbereich von § 5 Abs. 4 WindBG ist allein für Fälle vorgesehen, in denen nicht explizit bestimmt ist, dass die Rotoren von Windenergieanlagen über die Grenzen der ausgewiesenen Fläche hinausragen dürfen, „obwohl dies den Vorstellungen des Planungsträgers und der Praxis im Planungsraum entspricht“ (Drs. 20/2654, S. 5). Das bedeutet, der Anwendungsbereich von § 5 Abs. 4 WindBG gilt lediglich für Planungen, denen eine Rotor-außerhalb-Planung zwar materiell zugrunde liegt, dies in der Planung jedoch nicht explizit vermerkt ist. Eine materielle Planänderung von Rotor-In- zu Rotor-Out-Gebieten ist nach § 5 Absatz 4 WindBG bei bestehenden kommunalen Konzentrationszonen durch einen einfachen Beschluss nicht möglich. Der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 4 WindBG umfasst

entsprechend lediglich eine Klarstellung, nicht aber eine konstitutive Umwandlung einer Rotor-innerhalb-Planung in eine Rotor-außerhalb-Planung.

Anrechenbar auf die Ziele des WindBG sind nach der im Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Digitalisierung im Städtebaurecht und zur Änderung weiterer Vorschriften vorgesehene Ergänzung des § 4 Abs. 1 S. 5, Abs. 3 WindBG (BT-Drs. 20/5663, S. 8 – Art. 2 Nr. 2) lediglich Pläne, die in digitaler Form vorliegen. Die Flächengröße richtet sich nach diesen Daten. Formatvorgaben für die Übermittlung der digitalen Flächendaten im Rahmen des Monitorings des Wind-an-Land-Gesetz werden im Rahmen des Bund-Länder Kooperationsausschuss zur Verfügung gestellt.

#### **4.7 Besonderheiten der Feststellung nach § 5 Abs. 2 WindBG**

In den Fällen, in denen bereits die bestehende Planung mit den Flächenbeitragswerten der Länder oder den Teilflächenzielen vereinbar ist, kann die Feststellung nicht im Rahmen des Planverfahrens erfolgen. Mit Eintritt der Bindungswirkung der Flächenbeitragswerte bzw. der Teilflächenziele, sind die jeweils zuständigen Planungsträger gehalten zu prüfen, ob die bisherige Planung ausreichend ist, um die vorgesehenen Ziele zu erfüllen oder ob ergänzender Planungsbedarf besteht (BT-Drs. 20/2355, S. 28). Soweit die Prüfung ergibt, dass die bisherige Planung geeignet ist, die Flächenbeitragswerte oder Teilflächenziele einzuhalten, entfällt der Bedarf an Neuplanungen. Die Feststellung der Zielerreichung mit dem für die Rechtswirkung des § 249 Abs. 2 BauGB erforderlichen Publizitätsakt erfolgt durch öffentliche Bekanntgabe oder Verkündung. Abgesehen davon, dass die Feststellung in diesen Fällen vom Planverfahren losgelöst ist, ergeben sich jedoch keine Besonderheiten.

### **5 Folgen der Feststellung der Zielerreichung für die Zulässigkeit von Windenergievorhaben**

Wie bereits oben bei der Erläuterung der Auswirkungen der neuen Rechtslage auf die Planaufstellung (GP 3.2.1) dargelegt, sind Windenergievorhaben ab dem erstmaligen Erreichen des jeweiligen Flächenbeitragswerts/Teilflächenziels und der zugehörigen Feststellung nur noch innerhalb von ausgewiesenen Windenergiegebieten privilegiert zulässig. Im Übrigen richtet sich ihre Zulässigkeit nach § 35 Abs. 2 BauGB.

#### **5.1 Vorhabenzulässigkeit innerhalb von Windenergiegebieten**

Innerhalb von Windenergiegebieten sind Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, privilegiert zulässig.

An den Grundsätzen der Privilegierung hat sich durch das Wind-an-Land-Gesetz nichts geändert (vgl. Begründung zu § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, BT-Drs. 20/2355, S. 30 f.). Insbesondere ist die Privilegierung nicht gleichzusetzen mit der Entstehung von Baurechten. Die Zulässigkeit von Vorhaben besteht nur unter den zusätzlichen, in § 35 BauGB geregelten Voraussetzungen. Insbesondere dürfen öffentliche Belange (§ 35 Abs. 3 BauGB) im Einzelfall nicht entgegenstehen.

Infolge der planerischen Ausweisung der Gebiete ist folglich anzunehmen, dass öffentliche Belange Windenergieanlagen jedenfalls nicht grundsätzlich entgegenstehen.

## **5.2 Entprivilegierung außerhalb von Windenergiegebieten (§ 249 Abs. 2 BauGB)**

### *Allgemeines*

Außerhalb ausgewiesener Windenergiegebiete sind Windenergievorhaben bei Erreichen der Flächenbeitragswerte nicht mehr privilegiert zulässig, sondern werden als „sonstige Vorhaben“ gemäß § 35 Abs. 2 BauGB eingeordnet. Die Entprivilegierung schließt es allerdings nicht aus, in Bauleit- oder Raumordnungsplänen zusätzliche Gebiete für Windenergieanlagen auszuweisen (s.u. GP 5.4).

Als „sonstige Vorhaben“ können Windenergieanlagen gemäß § 35 Abs. 2 BauGB zugelassen werden, wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden. Im Rahmen des § 35 Abs. 2 BauGB führt grundsätzlich jede Beeinträchtigung eines öffentlichen Belangs zur Unzulässigkeit des Vorhabens. Eine qualifizierte Beeinträchtigung in Gestalt eines Entgegenstehens öffentlicher Belange wird im Unterschied zu § 35 Abs. 1 BauGB nicht verlangt.

Die Vorschrift des § 2 EEG lässt diese grundlegende gesetzliche Systematik des § 35 BauGB unangetastet. Das WindBG gestaltet das überragende öffentliche Interesse aus. Werden dessen Ziele erreicht, ist dem überragenden öffentlichen Interesse grundsätzlich Rechnung getragen.

### *Reichweite der Entprivilegierung*

Die Entprivilegierung ist in ihrem Umfang exakt spiegelbildlich zu den positiven/innergebietlichen Wirkungen der Windenergiegebiete. Anders ausgedrückt: Die Entprivilegierung schließt keine Windenergieanlage aus, die nach den im Plan enthaltenen Bestimmungen für das Windenergiegebiet zulässig ist.

## **5.3 Sonderregelung für das Repowering (§ 249 Abs. 3 BauGB)**

§ 249 Abs. 3 BauGB enthält eine Sonderregelung für das Repowering (vgl. auch BT-Drs. 20/2654, S. 6). Sie ist erst anwendbar, nachdem die Rechtsfolge der Entprivilegierung gemäß § 249 Abs. 2 BauGB eingetreten ist (im Überleitungszeitraum bis zur Zielerreichung gilt dagegen § 245e Abs. 3 BauGB, dazu u. GP 8.2).

Regelungstechnisch handelt es sich um eine Ausnahme für Repowering-Vorhaben gemäß § 16b Abs.1 und 2 BlmSchG in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123) von der Rechtsfolge der Entprivilegierung. Repowering-Vorhaben bleiben demgemäß bis zum Ablauf des Jahres 2030 auch außerhalb von ausgewiesenen Windenergiegebieten privilegiert.

### *Repowering-Vorhaben*

Zur Definition des Repowering-Vorhabens verweist das BauGB in das BlmSchG. Nach § 16b Abs. 1 BlmSchG handelt es sich dann um ein Repowering-Vorhaben im Sinne des § 249 Abs. 3 BauGB, wenn eine bestehende Windenergieanlage modernisiert wird. Dabei umfasst der Begriff der Modernisierung nach § 16b Abs. 2 BlmSchG den vollständigen oder teilweisen Austausch von Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten zum Austausch von Kapazität oder zur Steigerung der Effizienz oder der Kapazität der Anlage. Diese Definition ist angelehnt an diejenige in Art. 2 Nr. 10 RL (EU) 2018/2001. Bei einem vollständigen Austausch muss die

neue Anlage spätestens innerhalb von 24 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet werden, wobei der Abstand zwischen der Bestandsanlage und der neuen Anlage höchstens das Zweifache der Gesamthöhe (einschließlich Rotor) der neuen Anlage betragen darf.

### *Rückausnahmen*

Die Ausnahme für das Repowering ist zum einen bis zum Ablauf des Jahres 2030 befristet. Diese Frist kennzeichnet den Zeitraum, in dem im bauaufsichtlichen oder immissionsschutzrechtlichen Verfahren von der Sonderregelung Gebrauch gemacht werden kann. Maßgeblich für die Einhaltung der Frist ist mangels abweichender Regelungen der Zeitpunkt der Bekanntgabe des Genehmigungsbescheids.

Zum anderen greift die Ausnahme nicht, wenn das Vorhaben in einem Natura 2000-Gebiet oder in einem Naturschutzgebiet im Sinne des BNatSchG verwirklicht werden soll. In diesem Fall bleibt es bei der Rechtsfolge der Entprivilegierung im Sinne des § 249 Abs. 2 BauGB auch für das betroffene Repowering-Vorhaben.

Ein weiteres Korrektiv oder eine planerische Steuerungsmöglichkeit für Repowering-Anlagen ist im Gesetz nicht vorgesehen. Einzelne Repowering-Vorhaben können nur dann unzulässig sein, wenn diesen Vorhaben im Einzelfall öffentliche Belange entgegenstehen (§ 35 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 u. 2 BauGB).

### **5.4 Freiwillige Mehrausweisung von Windenergiegebieten über die Anforderungen des WindBG hinaus (§ 249 Abs. 4 BauGB)**

§ 249 Abs. 4 BauGB stellt klar, dass die Rechtsfolge der Entprivilegierung in § 249 Abs. 2 BauGB (dazu o. GP 5.2) eine Mehrausweisung über die Flächenziele des WindBG hinaus – unter Beachtung des § 1 Abs. 4 BauGB - nicht hindert. Da die Rechtsfolge des § 249 Abs. 2 BauGB dynamisch ist und sich auf alle Flächen bezieht, die sich außerhalb von wirksam ausgewiesenen Windenergiegebieten befinden, wird mit dem Wirksamwerden eines Plans, der zusätzliche Flächen für die Windenergie enthält, die Flächenkulisse, in der die Entprivilegierung greift, verkleinert. Die Flächen innerhalb des neuen Windenergiegebietes werden aus dem räumlichen Anwendungsbereich des § 249 Abs. 2 BauGB herausgenommen. Der Plan bewirkt also in diesem Fall, dass die Privilegierung mit Wirksamwerden des Windenergiegebietes innerhalb der Gebietsgrenzen wieder auflebt, soweit es sich um den Außenbereich handelt (vgl. BT-Drs. 20/2355 S. 33 f.).

Auch wenn die Verpflichtungen nach § 3 Abs. 1 WindBG durch die Länder dadurch erfüllt wird, dass sie die notwendigen Flächen für die Windenergie in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen ausweisen, können die Träger der Regionalplanung und die Kommunen nach Feststellung des Erreichens eines Flächenbeitragswertes nach § 5 Abs. 1 WindBG im Wege der Planung zusätzliche Flächen für die Windenergie ausweisen. Es reicht für die Bauleitplanung aus, dass dies im Wege der Flächennutzungsplanung erfolgt. Denn maßgeblich dafür, ob eine WEA als nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiertes oder als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB anzusehen ist, ist nach § 249 Abs. 2 BauGB allein die Lage der Anlage innerhalb oder außerhalb eines Windenergiegebietes nach § 2 Nr. 1 WindBG. Dazu zählen nach dessen Ziffer a) auch Sonderbauflächen, Sondergebiete und mit diesen vergleichbare Ausweisungen in Flächennutzungsplänen.

Daneben ist es zudem möglich, dass die Gemeinden im Wege der Bebauungsplanung zusätzliche Flächen für die Windenergie verbindlich festsetzen. Die Zulässigkeit der WEA würde sich dann nach § 30 BauGB richten.

Es ist zu beachten, dass eine gesonderte Feststellung gemäß § 5 Abs. 1 oder 2 WindBG in diesem Fall nicht erfolgt. Die Feststellung ergeht, sobald ein Flächenziel erstmals erreicht wird. Ihr Inhalt bezieht sich auf genau diesen Zeitpunkt. Nachträgliche Veränderungen des Bestands an Windenergiegebieten führen nicht zu einer Abänderung der Feststellung, sondern sind von den Zulassungsbehörden selbständig zu prüfen und zu beachten. Es wird empfohlen, dass die zuständigen Planungsbehörden die Zulassungsbehörden entsprechend informieren. Dies gilt sowohl für den Wegfall bei der Feststellung angerechneter Flächen als auch für das Hinzutreten weiterer Flächen gemäß § 249 Abs. 4 BauGB. Diesen Befund bestätigt auch § 249 Abs. 7 S. 1 BauGB, dessen Rechtsfolgen bereits bei einer materiellen Zielverfehlung eintreten, ohne dass es hierzu eines gesonderten Publizitätsaktes bedarf.

## **6 Umgang mit landesgesetzlichen Mindestabständen (§ 249 Abs. 9 BauGB)**

§ 249 Abs. 9 BauGB enthält weiterhin eine Länderöffnungsklausel für landesgesetzliche Mindestabstände von höchstens 1000 Metern zwischen privilegierten Windenergieanlagen und baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken (S. 1). Die S. 1 und 2 sind gegenüber der bis zum 31. Januar 2023 geltenden Fassung unverändert geblieben. In den S. 5 und 6 wurden Regelungen ergänzt, wie die landesgesetzlichen Mindestabstände sich in die neue Systematik des Wind-an-Land-Gesetzes einfügen, insbesondere wie sie sich zu planerisch ausgewiesenen Windenergiegebieten verhalten. Da dieses Verhältnis nun für die Länder verbindlich bundesgesetzlich vorgegeben wird, erübrigt sich die Regelung diesbezüglicher „Einzelheiten“ im Landesgesetz. Vor diesem Hintergrund wurde der diesbezügliche Regelungsauftrag an die Länder in S. 3 gestrichen.

Ab dem 1. Februar 2023 können neue landesgesetzliche Mindestabstände nur mit der Maßgabe eingeführt werden, dass die Mindestabstände auf Flächen in Windenergiegebieten gemäß § 2 Nr. 1 des WindBG nicht anzuwenden sind. Dies bezieht sich zunächst sowohl auf Vorranggebiete, Sonderbauflächen, Sondergebiete und mit diesen vergleichbare Gebiete gem. § 2 Nr. 1 Buchst. a WindBG als auch auf Vorbehalts- und Eignungsgebiete gem. § 2 Nr. 1 Buchst. b WindBG. Erst mit Erreichen der Flächenbeitragswerte der Anlage 1 Spalte 2 bzw. mit dem zugehörigen Stichtag (31. Dezember 2032) werden die in Buchstabe b genannten Gebiete nicht mehr als Windenergiegebiete angesehen. Die Landesgesetze müssen demgemäß so ausgestaltet sein, dass der Mindestabstand innerhalb von planerisch ausgewiesenen Windenergiegebieten keine Anwendung findet. Dies bedeutet auch, dass die Planungsträger bei der Ausweisung von Windenergiegebieten die Flächen innerhalb der landesgesetzlichen Mindestabstände als Potenzialflächen berücksichtigen können. Denn mit dem Wirksamwerden des Plans werden die Mindestabstände für die Flächen innerhalb der ausgewiesenen Windenergiegebiete obsolet.

Zum Inkrafttreten des Wind-an-Land-Gesetzes am 1. Februar 2023 bereits geltende landesgesetzliche Mindestabstände, die auf der Grundlage einer Vorfassung der Länderöffnungsklausel (§ 249 Abs. 3 BauGB in einer vor dem 1. Februar 2023 geltenden Fassung) erlassen wurden, bleiben grundsätzlich unverändert wirksam. Allerdings müssen auch diese Landesgesetze bis zum Ablauf des 31. Mai 2023 dergestalt geändert werden, dass der Mindestabstand innerhalb planerisch ausgewiesener Windenergiegebiete keine Anwendung findet. Diese Einschränkung der landesgesetzlichen Regelungskompetenz durch

den Bundesgesetzgeber ist möglich. Da die Länderöffnungsklausel einfachgesetzlich eingeführt wurde, konnte sie auch durch einfaches Bundesgesetz modifiziert oder gänzlich durch Bundesrecht ersetzt oder aufgehoben werden. Landesgesetzen, die zum 1. Juni 2023 diese Anforderungen nicht erfüllen, verstoßen gegen Bundesrecht und unterfallen insoweit Art. 31 GG (vgl. BT-Drs. 20/2355 S. 33 (zu Abs. 3; die Regelung wurde im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren in den Abs. 9 verschoben)).

## **7 Belang der optisch bedrängenden Wirkung (§ 249 Abs. 10 BauGB)**

§ 249 Abs. 10 BauGB wurde durch das Gesetz zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht vom 4. Januar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 6) angefügt. Die Vorschrift enthält eine ausdrückliche Regelung des vormals ungeschriebenen öffentlichen Belangs der optisch bedrängenden Wirkung von Windenergieanlagen. Obergerichtlich war nicht abschließend geklärt, ab welchem Abstand dieser Belang eingreifen kann. Der Gesetzgeber hat dies unter Berücksichtigung der Rechtsprechung nunmehr einer ausdrücklichen Regelung zugeführt. Der Belang der optisch bedrängenden Wirkung soll demnach einer Windenergieanlage in der Regel nicht entgegenstehen, wenn der Abstand zu einer zulässigen baulichen Nutzung zu Wohnzwecken mindestens der zweifachen Höhe der Windenergieanlage entspricht, wobei unter der Höhe gemäß Abs. 10 S. 2 die Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors zu verstehen ist.

Die gesetzliche Regelung schließt es ausdrücklich nicht aus, in atypischen Fällen eine optisch bedrängende Wirkung auch trotz einer weiteren Entfernung als der zweifachen Höhe anzunehmen. Die Beeinträchtigung muss vergleichbar sein mit der genannten Fallkonstellation (also einem Abstand der zweifachen Höhe). Das dürfte nur in absoluten Ausnahmefällen gegeben sein, wenn beispielsweise eine Gruppe von Anlagen auf einer Anhöhe bei knapper Überschreitung der zweifachen Höhe errichtet werden.

Andererseits enthält die gesetzliche Regelung keinerlei Aussage dahingehend, dass bei Wahrung eines Abstands der zweifachen Höhe in der Regel eine optische Bedrängung anzunehmen wäre. Diese Beurteilung bleibt nach wie vor einer Einzelfallprüfung vorbehalten. Sich aus anderen (fachrechtlichen) Regelungen (z.B. Immissionsschutzrecht) ergebende Abstandserfordernisse bleiben unberührt.

## **8 Überleitungsrecht, § 245e BauGB**

Das Überleitungsrecht in § 245e BauGB greift unmittelbar mit Inkrafttreten des Wind-an-Land-Gesetzes am 1. Februar 2023. Sein zeitlicher Anwendungsbereich endet dynamisch dann, sobald in einem Land oder Landesteil (Region/Kommune) erstmalig das Erreichen des Flächenbeitragswertes oder eines daraus abgeleiteten Teilflächenziels festgestellt wurde. Spätestens endet der Geltungsbereich des Überleitungsrechts mit Ablauf des Stichtags für das Flächenziel nach Anlage 1 Spalte 1 (31. Dezember 2027), vgl. BT-Drs. 20/2355 S. 31.

### **8.1 Fortgeltung von Bestandsplanungen bis Zielerreichung bzw. Stichtag Flächenziel (§ 245e Abs. 1 S. 1-4 BauGB)**

§ 245e Abs. 1 BauGB hält die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB von Bestandsplanungen übergangsweise aufrecht. Die bisher in einem Plangebiet gültigen Bestimmungen für die Zulässigkeit von Windenergievorhaben sollen also zunächst weiter Anwendung finden, um den Planungsträgern eine ungestörte Neuplanung nach den Vorgaben

des WindBG zu ermöglichen und einen geordneten Übergang auf die neue Rechtslage sicherzustellen. Weit fortgeschrittene Planungen, die vor dem 1. Februar 2024 abgeschlossen werden, werden Bestandsplanungen gleichgestellt. Sie können nach den bislang geltenden Grundsätzen zu Ende geführt werden und können sodann auch noch die Ausschlusswirkung gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auslösen.

Wird für ein Gebiet entweder der gültige Flächenbeitragswert oder ein gültiges Teilflächenziel erreicht und wird dies nach § 5 Abs. 1 oder 2 WindBG festgestellt, endet gemäß § 245e Abs. 1 S. 2 BauGB die Ausschlusswirkung der Planung im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, BT-Drs. 20/2355 S. 31. Spätestens entfällt die Ausschlusswirkung mit Ablauf des 31. Dezember 2027 (Stichtag für das Erreichen der Flächenbeitragswerte der Anlage 1 Spalte 1 WindBG). Im Übrigen gilt der Plan fort, wenn nicht im Einzelfall die Grundzüge der Planung berührt werden. Dies gilt namentlich für die innergebietlichen, positiven Wirkungen zugunsten von Windenergievorhaben, da auch diese Windenergiegebiete im Sinne des § 2 Nr. 1 Buchst. a WindBG sind. Beispielsweise gelten Vorrang- und Eignungsgebiete hinsichtlich ihrer innergebietlichen Wirkungen fort, jedoch entfaltet die mit ihnen verbundene Ausschlusswirkung keine Bindungswirkung mehr für die Zulassungsebene. Gleichermaßen bleiben Sonderbauflächen, Sondergebiete oder unbenannte Konzentrationsflächen in Flächennutzungsplänen zugunsten von Windenergievorhaben weiter bestehen. Alle diese Flächen können grundsätzlich weiterhin auf die Flächenbeitragswerte der Anlage 1 zu § 3 Abs. 1 WindBG bzw. ein gültiges Teilflächenziel angerechnet werden.

Nach der Wertung des Gesetzgebers werden von einem Entfall der Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die Grundzüge der Planung regelmäßig nicht tangiert. Die ohne Ausschlusswirkung weiter fortgeltenden Ausweisungen wurden auch in ihren innergebietlichen Wirkungen von den Planungsträgern abgewogen und entsprechen insoweit daher auch ohne Ausschlusswirkung den planerischen Vorstellungen, vgl. auch BVerwG Urt. V. 13.12.2018 – 4 CN 3/18, NVwZ 2019, 491 (494 f.).

Nach dem Wegfall der Ausschlusswirkung kann eine teilweise Sperrung des Außenbereichs mit Wirkung für die Zulassungsebene aufgrund des Vorrangs der Bestimmungen der §§ 249 und 245e BauGB gemäß § 27 Abs. 4 ROG nur noch durch eine Entprivilegierung gemäß § 249 Abs. 2 BauGB erfolgen. Diese setzt wiederum das Erreichen des Flächenbeitragswertes bzw. eines daraus abgeleiteten Teilflächenziels voraus (s.o. GP 5.2).

## **8.2 Ausnahme: Repowering (§ 245e Abs. 3 BauGB)**

Komplementär zu § 249 Abs. 3 BauGB enthält auch das Überleitungsrecht in Abs. 3 eine Sonderregelung zugunsten von Repowering-Vorhaben. Die Anwendungsbereiche überschneiden sich nicht. § 249 Abs. 3 BauGB enthält eine Ausnahme von der Rechtsfolge des § 249 Abs. 2 BauGB und kann demgemäß nur angewendet werden, wenn diese Rechtsfolge bereits eingetreten ist.

Das Überleitungsrecht betrifft demgegenüber den Zeitraum vor dem Eintritt der Rechtsfolge bzw. dem Stichtag für die Flächenbeitragswerte nach Anlage 1 Spalte 1 WindBG (31. Dezember 2027), BT-Drs. 20/2654 S. 6. Während der zeitlichen Anwendbarkeit des Überleitungsrechts gilt die durch Bestandspläne oder mit diesen gleichgesetzte Pläne ausgelöste planerische Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB übergangsweise fort.



§ 245e Abs. 3 BauGB nimmt Repowering-Vorhaben (zur Definition s.o. GP 5.3) hiervon aus. Solchen Vorhaben kann die planerische Ausschlusswirkung nicht entgegengehalten werden. Für sie gilt damit die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, ohne dass diese durch eine planerische Ausschlusswirkung gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eingeschränkt wäre.

§ 245e Abs. 3 BauGB greift nicht, wenn durch die Ausnahme die Grundzüge der Planung berührt werden. Dies kann der Fall sein, wenn die planerische Konzeption in ihrer Gesamtheit durch die Vorhabenzulassung in Frage gestellt würde oder wenn bei Zulassung der Anlage die Funktionslosigkeit der Planung droht, weil das planerische Konzept nicht mehr verwirklicht werden kann. Wann die Zulassung eines Vorhabens diese Schwelle überschreitet, kann nicht allgemein dargelegt werden, sondern ist eine Frage des Einzelfalls. Bei der Einzelfallbeurteilung sind insbesondere die Größe des Plangebiets im Verhältnis zur Größe des Repoweringvorhabens, die einzelnen Festlegungen bzw. Darstellungen sowie die Planbegründung zu berücksichtigen.

Hierbei ist aber das gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis zu beachten. Der Gesetzgeber ging danach davon aus, dass die Zulassung eines Repoweringvorhabens auf Ausschlussflächen als alleiniger Grund nicht die Grundzüge der Planung berührt.

### **8.3 Zurückstellung von Baugesuchen (§ 245e Abs. 2 BauGB)**

Zur Sicherung eines geordneten Planungsprozesses wurde die Möglichkeit, Baugesuche über Windenergievorhaben auf Wunsch der Gemeinde für einen gewissen Zeitraum zurückzustellen, auch für den Geltungszeitraum des Überleitungsrechts ermöglicht.

Das Plansicherungsinstrument der Zurückstellung von Baugesuchen nach § 15 Abs. 3 BauGB besteht grundsätzlich zur Sicherung von Planungen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Während der Zeit, die für die Planaufstellung benötigt wird, sollen keine Vorhaben zugelassen werden, die der künftigen Planung widersprechen, weil sie im künftigen Bereich der Ausschlusswirkung verwirklicht werden sollen.

Planungen zur Steuerung von Windenergievorhaben können gemäß § 249 Abs. 1 BauGB keine Ausschlusswirkung im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB mehr bewirken. Gleichwohl können sie mit dem Ziel aufgestellt werden, ein Flächenziel nach dem WindBG zu erreichen und so die Rechtsfolge der Entprivilegierung gemäß § 249 Abs. 2 BauGB auszulösen. Ein Bedürfnis zur Plansicherung kann auch noch im zeitlichen Geltungsbereich des Überleitungsrechts in § 245e BauGB eintreten. Insbesondere kann dies der Fall sein, wenn die Ausschlusswirkung einer Planung durch gerichtliche Entscheidung für unwirksam erklärt wird. Dies hätte unmittelbar die Privilegierung von Windenergieanlagen im gesamten Außenbereich zur Folge und könnte eine in Aufstellung befindliche steuernde Planung unterlaufen.

Eine unmittelbare Anwendung von § 15 Abs. 3 BauGB scheidet in diesen Fällen aus, weil dieser nur für die Sicherung einer planerischen Ausschlusswirkung gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB greift. Daher wurde die entsprechende Anwendbarkeit der Regelung in § 245e Abs. 2 BauGB angeordnet, BT-Drs. 20/2355 S. 31. Es handelt sich um einen Rechtsgrundverweis. Dies bedeutet, dass sämtliche Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 BauGB weiterhin zu prüfen sind, sofern sie nicht durch eigene Vorgaben des § 245e Abs. 2 BauGB ersetzt bzw. ergänzt wurden.

Anstelle von Planungen mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB muss die Gemeinde einen Flächennutzungsplan aufstellen, ändern oder ergänzen wollen, um den Flächenbeitragswert oder ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel zu erreichen.

Eine Aussetzung der Entscheidung ist gemäß § 15 Abs. 3 S. 1 BauGB zunächst längstens für ein Jahr möglich; bei besonderen Umständen kann die Gemeinde die Entscheidung um höchstens ein weiteres Jahr aussetzen. Diese Fristen werden durch die Höchstfrist in § 245e Abs. 2 BauGB ergänzt. Längstens ist danach die Aussetzung bis zum 31. Dezember 2027 möglich.

#### **8.4 Sicherung in Aufstellung befindlicher Raumordnungspläne**

Die raumordnerische Untersagung nach § 12 Abs. 2 ROG kann angewendet werden, wenn es um ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG) geht. Die über § 249 Abs. 2 BauGB eintretende außergebietliche „faktische“ Ausschlusswirkung ist hingegen kein Ziel der Raumordnung. Es handelt sich um eine unbeplante „Weißfläche“, die keiner Untersagung zugänglich ist. Solche Bereiche des Planungsraums können mit raumordnerischen Mitteln während der Planungsphase nicht geschützt werden. Es bedürfte einer dem (§ 245e Abs. 2 BauGB) entsprechenden gesetzlichen Regelung.

Dagegen kann auf Grundlage des § 12 Abs. 2 ROG der innergebietsliche Vorrang der beabsichtigten Windenergiegebiete bereits während der Aufstellung eines Raumordnungsplans vorübergehend gesichert werden. Die Raumordnungsbehörden können eine befristete Untersagung anordnen, um die Genehmigung eines dem innergebietslichen Vorrang der Windenergienutzung widersprechenden Vorhabens vorübergehend auszusetzen.

#### **8.5 Planänderungen nach § 245e Abs. 1 S. 5-8 BauGB**

Mit dem Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und weiterer energiewirtschaftlicher Vorschriften wurden in § 245e Abs. 1 BauGB die S. 5 bis 8 angefügt. Die angefügten Sätze betreffen sowohl Flächennutzungsplanungen als auch Raumordnungsplanungen. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus dem ersten Halbsatz des S. 5. Dass nachfolgend mit „Darstellungen“ eine Begrifflichkeit der Flächennutzungsplanung gewählt wird, ist offenkundig ein redaktionelles Versehen, vgl. die vorgeschlagene Korrektur in BT-Drs. 20/5663, Art. 1 Nr. 12.

§ 245e Abs. 1 S. 5 bis 8 BauGB ist einschlägig, wenn ein Planungsträger einen gemäß § 245e Abs. 1 S. 1 BauGB fortgeltenden Raumordnungs- oder Flächennutzungsplan mit den Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB dergestalt ändern will, dass zusätzliche Flächen für die Windenergie ausgewiesen werden, andererseits aber die Flächenbeitragswerte bzw. die aus diesen abgeleiteten Teilflächenziele nach dem WindBG infolge der Änderung nicht erreicht werden und deswegen die Ausschlusswirkung auch nach der Änderung weiter aufrecht erhalten bleiben soll, BT-Drs. 20/3743, S. 23.

In dieser spezifischen Situation regeln die hinzugefügten Sätze, dass die planerische Abwägung auf die hinzutretenden Flächen beschränkt werden kann, wenn die Grundzüge der bisherigen Planung gewahrt werden. Dies ist nach § 245e Abs. 1 S. 6 BauGB in der Regel dann der Fall, wenn Flächen im Umfang von nicht mehr als 25 % der schon bislang ausgewiesenen Flächen zusätzlich ausgewiesen werden. Die 25 % stellen nach dem Wortlaut der Norm keine starre Grenze dar, sondern nur eine gesetzliche Regelvermutung, die im

Einzelfall auch entkräftet werden kann. Umgekehrt ist mit der Regelung wiederum nicht die Aussage verbunden, dass bei Überschreitung der 25%-Schwelle automatisch von einer Berührung der Planungsgrundzüge auszugehen wäre. Dies bleibt auch weiterhin einer Einzelfallentscheidung vorbehalten. Insbesondere wenn bisher nur sehr wenig Fläche für Windenergie ausgewiesen ist, kann diese Grenze im Einzelfall auch deutlich überschritten werden, ohne dass die Grundzüge der Planung berührt sind.

So dürfte es bspw. im Einzelfall möglich sein, auch mehr als 25 Prozent der bisherigen Flächen auszuweisen, wenn diese Flächen bereits in bestehenden Planungskonzeptionen als Potentialflächen bewertet wurden. Auch solche „Positivflächen“ sind Windenergiegebiete im Sinne des § 2 Nr. 1 WindBG. Im Falle von gemeindlichen Planungen wird empfohlen, die zusätzlichen „Positivflächen“ im Flächennutzungsplan als Sonderbauflächen bzw. Sondergebiete mit der Zweckbestimmung Windenergie auszuweisen.

## **8.6 Frühzeitige Zulassung nach § 245e Abs. 4 BauGB**

§ 245e Abs. 4 BauGB ermöglicht es, bereits während der Aufstellung von Raumordnungs- oder Flächennutzungsplänen mit neuen oder erweiterten Windenergiegebieten entgegen einer gemäß § 245e Abs. 1 S. 1 BauGB noch fortgeltenden Ausschlusswirkung Vorhaben zuzulassen, die voraussichtlich den Neuplanungen entsprechen. Im Falle der Aufstellung von Bebauungsplänen für die Windenergie ist weiterhin § 33 BauGB anzuwenden.

Voraussetzung für die Zulassung von Vorhaben während der Planaufstellung ist eine gewisse Planreife. Die Vorschrift setzt hier zum einen prozessual voraus, dass bereits eine Beteiligung nach § 3 Abs. 2, § 4 BauGB oder nach § 9 Abs. 2 ROG durchgeführt wurde. Somit muss sich das Verfahren in einem Stadium befinden, in dem sowohl die förmliche Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 3 Abs. 2 BauGB als auch die förmliche Behördenbeteiligung nach § 4 Abs. 2 BauGB bzw. nach § 9 Abs. 2 und 3 ROG bereits durchgeführt wurde. Obwohl § 245e Abs. 4 BauGB pauschal auf § 4 BauGB verweist, wird § 4 Abs. 3 BauGB richtigerweise nicht mit in Bezug genommen. Dieser regelt eine Unterrichtungspflicht für den Zeitraum nach Abschluss des Verfahrens, während § 245e Abs. 4 BauGB ja gerade eine frühzeitige Zulassung vor Abschluss des Verfahrens ermöglichen will.

Materielle Anwendungsvoraussetzung für die Zulassung während der Planaufstellung ist gemäß dem Wortlaut der Vorschrift zudem die Annahme, dass das Vorhaben den künftigen Ausweisungen entspricht. Eine solche kann nur dann getroffen werden, wenn anzunehmen ist, dass zumindest die für das Vorhaben einschlägigen Teile des Plans vor dem Planbeschluss insbesondere aufgrund der Ergebnisse der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung nicht mehr wesentlich verändert werden. Dies ist regelmäßig dann nicht der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 4a Abs. 3 BauGB oder des § 9 Abs. 3 ROG vorliegen und der Plan aufgrund von Änderungen oder Ergänzungen, die sich potenziell auf das Vorhaben auswirken können, eine erneute Beteiligung durchlaufen muss. Obwohl § 245e Abs. 4 BauGB nicht auf § 4a Abs. 3 BauGB verweist, ist wegen der materiellen Anforderungen an die Planreife dann auch das Ergebnis dieser Beteiligung abzuwarten. Letztlich handelt es sich stets um eine einzelfallbezogene Prognose, zu welchem Zeitpunkt die hinreichende Planreife vorliegt.

Sind die vorgenannten Anwendungsvoraussetzungen des § 245e Abs. 4 BauGB erfüllt, können die Auswirkungen, die der Plan nach seinem Wirksamwerden für die Fortgeltung der Vorhabenzulässigkeit hätte, vorgezogen werden.

Auch § 245e Abs. 4 BauGB ermöglicht es allerdings nicht, einem Plan Wirkungen beizumessen, die er nach seinem Wirksamwerden nicht entfalten würde.

## **9 Rechtsfolgen der Zielverfehlung, § 249 Abs. 7 S. 1 u. 2 BauGB**

Die Rechtsfolgen der Zielverfehlung in § 249 Abs. 7 BauGB kommen frühestens am 1. Januar 2028 zum Tragen, wenn bis dahin kein für das Gebiet gültiges Flächenziel festgestellt wurde.

### **9.1 Rechtsfolgen der Zielverfehlung nach § 249 Abs. 7 S. 1 BauGB**

Der Eintritt der Rechtsfolgen gemäß § 249 Abs. 7 S. 1 BauGB setzt tatbestandlich voraus, dass für das betroffene Gebiet nach Ablauf des jeweiligen Stichtags weder der landesweite Flächenbeitragswert noch ein einschlägiges Teilflächenziel gem. § 5 Abs. 1 oder Abs. 2 WindBG erreicht wird. Wird dagegen für einen Landesteil zumindest einer dieser Zielwerte erreicht, treten für diesen Landesteil die genannten Rechtsfolgen nicht ein. Der Eintritt dieser Rechtsfolge setzt anders als bei § 249 Abs. 2 BauGB keinen weiteren Publizitätsakt voraus, vielmehr genügt die objektive Zielverfehlung.

Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben, folgt daraus gemäß Nr. 1 zum einen der Wegfall einer etwaig schon eingetretenen Entprivilegierung gemäß § 249 Abs. 2 BauGB. Die (erneut) bestehende Privilegierung wird gemäß Nr. 2 verschärft. Danach können auch Darstellungen in Flächennutzungsplänen, Ziele der Raumordnung sowie sonstige Maßnahmen der Landesplanung Windenergievorhaben nicht mehr entgegengehalten werden. In der Sache bedeutet dies die planungsrechtliche Öffnung grds. des gesamten Außenbereichs für Windenergievorhaben, und zwar unabhängig von jeglichen Ausweisungen in Raumordnungs- oder Flächennutzungsplänen.

Bei einer nachträglichen Zielverfehlung infolge der gerichtlichen Annahme der (Teil-)Nichtigkeit eines angerechneten Plans ist § 4 Abs. 2 S. 2 WindBG zu beachten (s.o. GP 4.3). Die Vorschrift verzögert den Eintritt der Rechtsfolgen gemäß § 249 Abs. 7 S. 1 u. 2 BauGB um ein Jahr ab Rechtskraft der Entscheidung.

Die Rechtsfolgen des § 249 Abs. 7 S. 1 BauGB entfallen allerdings wieder, sobald der Flächenbeitragswert bzw. ein einschlägiges Teilflächenziel (erneut) erreicht ist („sobald und solange“, § 249 Abs. 7 S. 1 BauGB). Gesetzliche Folge der (erneuten) Feststellung ist die Rechtsfolge des § 249 Abs. 2 BauGB.

### **9.2 Rechtsfolgen der Zielverfehlung nach § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB**

Eine weitere Konsequenz der Zielverfehlung ist, dass landesgesetzliche Mindestabstandsregelungen nach § 249 Abs. 9 BauGB ab dem jeweiligen Stichtag nicht mehr angewendet werden können, § 249 Abs. 7 S. 2 Alt. 2 BauGB.

Diese Konsequenz greift allerdings nur, wenn das Land insgesamt den für dieses im WindBG definierten landesweiten Flächenbeitragswert verfehlt. Die Rechtsfolge kann also nur im ganzen Bundesland eintreten. So wird eine einheitliche Geltung der Regelungen zum Mindestabstand im gesamten Bundesland sichergestellt.

Die Rechtsfolge des § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB tritt ein, wenn der Flächenbeitragswert nach Anlage 1 Spalte 1 oder Spalte 2 des WindBG zum jeweiligen Stichtag nicht erreicht wird. Sinn und Zweck der Regelung ist es, zu verhindern, dass landesgesetzliche Mindestabstände der

Zielerreichung und dem Zweck des WindBG, die für den zielgerechten Ausbau der Windenergie an Land erforderlichen Flächen vorzusehen, entgegenstehen.

Ebenfalls entfallen die Mindestabstände gemäß Alt. 1, wenn die Nachweispflichten des § 3 Abs. 3 WindBG nicht erfüllt wurden und dies nach § 5 Abs. 3 WindBG festgestellt wurde (s.o. GP 2.2).

Der Wegfall des Mindestabstands gilt dauerhaft, da § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB im Gegensatz zu § 249 Abs. 7 S.1 BauGB keine dynamische Formulierung („sobald und solange“) enthält. D.h. die landesgesetzlichen Mindestabstände leben bei verspäteter Zielerreichung nicht automatisch wieder auf. Da die Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 9 BauGB aber weiter fortgilt, können entsprechende Landesgesetze neu verabschiedet werden, sobald die Flächenziele des WindBG erreicht werden.

### **9.3 Erhöhung des Flächenbeitragswertes und Vorziehen der maßgeblichen Stichtage des WindBG durch die Länder**

Eine Landesvorgabe, welche vorsieht, die Flächenbeitragswerte bereits vor den bundesgesetzlich vorgesehenen Stichtagen zu erreichen, führt nicht zu einem Vorziehen der Rechtsfolgen des § 249 Abs. 7 BauGB. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 WindBG gelten feste Stichtage, zu denen die Länder die ihnen zugewiesenen Flächenbeitragswerte auszuweisen haben.

Nur wenn die bundesgesetzlich vorgesehenen Stichtage nicht eingehalten werden, greifen die Rechtsfolgen nach § 249 Abs. 7 BauGB. Das heißt, Vorhaben der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie sind dann (ggfs. wieder) auch außerhalb von Windenergiegebieten im Außenbereich privilegiert. Ihnen können Darstellungen in Flächennutzungsplänen, Ziele der Raumordnung sowie sonstige Maßnahmen der Landesplanung nicht entgegengehalten werden.

Diese Rechtsfolgen greifen soweit und solange nach Ablauf o.g. Stichtage weder die in der Anlage zum WindBG genannten Flächenbeitragswerte noch daraus abgeleitete Teilflächenziele (nach § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 oder Satz 2 WindBG) erreicht werden.

### **9.4 Erhöhung der Teilflächenziele durch die Länder**

Entscheiden sich die Länder dazu, durch Landesrecht höhere Teilflächenziele zu definieren, treten die Rechtsfolgen ein, wenn diese höheren Ziele und der in dem Gesetz geregelte Flächenbeitragswert des Landes verfehlt werden (s.o. GP 9.1).