

steht sie unter einem EU-rechtlichen Beihilfevorbehalt, § 101 EEG 2023.

Eine begrüßenswerte Änderung für ältere Güllekleinanlagen bringt § 100 Abs. 38 EEG 2023 mit sich. Anlagen, deren installierte Leistung bislang auf 75 kW beschränkt war, dürfen danach auf bis zu 150 kW installierter Leistung erweitert werden, ohne ihren Vergütungsanspruch nach dem EEG zu verlieren. Das betrifft Anlagen nach dem EEG 2012 und dem EEG 2014. Voraussetzung ist, dass weiterhin mindestens 80 Masseprozent Gülle und Kleegras eingesetzt werden. Der Vergütungsanspruch besteht dann für die Strommenge fort, die in den drei der Leistungserhöhung vorangehenden Kalenderjahren durchschnittlich jeweils eingespeist wurde. Damit soll sichergestellt werden, dass sich die insgesamt geförderte Strommenge nicht erhöht. Dieses Anliegen des Gesetzgebers ist zwar nachvollziehbar – insbesondere in Hinblick darauf, dass die Förderung nach dem EEG seit Abschaffung der EEG-Umlage unstreitig eine Beihilfe darstellt und eine Erhöhung des Fördervolumens daher wohl genehmigungspflichtig wäre. Es scheint jedoch angesichts der eher geringen Volumina unnötig kompliziert für Anlagen- und Netzbetreiber, dass die förderungsfähige Strommenge in jedem Einzelfall individuell bestimmt werden muss. Eine pauschale Begrenzung auf die Strommengen des Leistungsanteils bis 75 kW hätte eine ähnliche Wirkung – auch bislang konnte ja die Förderung für bis zu 75 kW ausgeschöpft werden – und wäre weniger umständlich.

Im Gesetz ist ferner ausdrücklich festgehalten, dass die aufgrund der Leistungserhöhung zusätzlich erzeugten Strommengen dem Netzbetreiber nicht zur Verfügung gestellt werden müssen – sie können also vor Ort selbst oder durch Dritte verbraucht werden. Eine Pflicht zur Direktvermarktung soll ferner auch dann nicht gelten, wenn die Anlage durch die Erweiterung eine installierte Leistung von 100 kW überschreitet – freiwillig kann diese Option aber im Umkehrschluss gewählt werden. Fraglich ist, wie zu verfahren ist, wenn der über die Durchschnittsleistung der letzten drei Jahre hinaus produzierte Strom nicht (nur) vor Ort verbraucht werden, sondern ebenfalls ganz oder teilweise eingespeist werden soll. Dieser Anteil muss dann direkt vermarktet werden, auch wenn der geförderte Anteil über die Einspeisevergütung vergütet wird.

Es wird dann nur die prozentuale Aufteilung der Strommengen nach § 21b Abs. 2 EEG 2023 als Option bleiben.

Insgesamt sind die Änderungen im Biomassebereich durch das Solarpaket I damit erfreulich, aber im Einzelnen noch mit kleineren Unsicherheiten behaftet. Zudem sollte die Verzichtsmöglichkeit des § 100 Abs. 36 S. 2 EEG 2023 auf alle bestehenden Zuschläge erstreckt werden.

## D. Fazit und Ausblick

Angesichts der Vielzahl an Neuregelungen und der hiervon erfassten Sachverhalte fällt es schwer, ein zusammenfassendes Fazit zu ziehen, das all den Änderungen gerecht wird. Vielleicht lässt sich der aktuelle Gesetzgebungstrend im Bereich der Erneuerbaren wie folgt zusammenfassen: Es ist aus Sicht der Praxis erfreulich, dass sich die Gesetzgebung aktuell auf „die Niederungen des Projektalltags“ herablässt und ersichtlich darum bemüht ist, im Großen wie im Kleinen Hemmnisse für Erneuerbare-Energien-Projekte abzubauen. Hierbei werden zunehmend auch Details und Einzelregelungen in den Blick genommen, die lange ein Schattendasein neben den großen Fragen rund um die finanzielle Förderung geführt haben – deren Änderungen aber durchaus signifikante Verbesserungen mit sich bringen. Gleichzeitig bleibt das Tempo, in dem sich die Investitionsbedingungen für Energieprojekte verändern, eine enorme Herausforderung für alle beteiligten Akteure. So laufen aktuell auch weiterhin gleich mehrere Reform- und Gesetzesvorhaben – in stark unterschiedlichem Konkretisierungsgrad –, die die regulatorischen Rahmenbedingungen der Energiewende – in unterschiedlichem Intensitätsgrad – weiter verändern könnten: Von einer Stromsteuerreform und weiteren geplanten Solarpaketen, einer Ausdehnung der Direktvermarktungspflicht auf Kleinanlagen, über die weitere Neustrukturierung des Netzanschlussverfahrens bis hin zur kompletten kurzfristigen Abschaffung des EEG wie wir es kennen, scheint es derzeit wenig zu geben, was nicht diskutiert wird. Wie genau das Förder- und Regulierungsgebäude rund um die Erneuerbaren Energien etwa heute in einem Jahr aussehen wird, lässt sich derzeit weniger denn je prognostizieren. Das Solarpaket I ist vor diesem Hintergrund wohl nur eine weitere Momentaufnahme.

*Franz-Josef Tigges/Dr. Max Wördenweber\**

## Stand der Windenergieplanung nach neuem Recht und Möglichkeiten der Plansicherung

*Das WindBG und die korrespondierenden Regelungen zum BauGB vollziehen im Recht der Windflächenplanung einen Paradigmenwechsel. Während die Planvorbehaltsregelung des alten Rechts die Möglichkeit beinhaltete, Negativziele festzulegen, sieht das WindBG unter der gleichzeitigen Formulierung von Mindestflächenzielen nur noch eine Positivplanung vor. Die konkrete Flächenausweisung ist Ländersache und diese bedienen sich dabei ganz überwiegend des Mittels der Raumplanung. Dabei zeigt sich teilweise ein drastischer Nachholbe-*

*darf, und zwar sowohl in Bezug auf die planungsrechtliche Bereitstellung ausreichender Flächen als auch in Bezug auf das am aktuell erreichten Ausbaustand zu messende Ausbauerfordernis. Das wirft von vornherein ein fragwürdiges Licht auf die in letzter Zeit vieldiskutierte Möglichkeit einer vorläufigen Plansicherung in der Übergangszeit. Bei deren landesrechtlicher Kodifizierung stellt sich schon die Frage der Gesetzgebungsbefugnis. Eine genaue Analyse der inhaltlichen Reichweite einer möglichen Plansicherung durch Aussetzung von Genehmigungsverfahren zeigt, dass dies nur in Ausnahmefällen möglich ist. Ein über die Ausweisung von Positivflächen hinausgehendes Steuerungsziel ist der künftig allein möglichen Positivplanung nämlich fremd. Das in diesem Rahmen vom*

\* Die Verfasser sind Rechtsanwälte der auf das Recht der Erneuerbaren Energien spezialisierten Anwaltskanzlei Engemann und Partner mbB, Lippstadt. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 373.

*Planungsträger zu entwickelnde Planungskonzept dient ausschließlich der Identifizierung qualitativ und quantitativ ausreichender Vorranggebiete und ist zur Identifikation von Windenergieausschlussflächen schon grundsätzlich nicht geeignet.*

## 1. Einleitung

Mit dem Artikelgesetz „Zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land“ vom 20. Juni 2022<sup>1</sup> hat der Gesetzgeber einen Systemwechsel vollzogen. Mit dem Windenergieflächenbedarfsgesetz – WindBG – werden den Bundesländern erstmalig verbindliche Mindestziele in Form sogenannter Flächenbeitragswerte vorgeschrieben, die bis Ende 2027 (erste Tranche) bzw. Ende 2032 (zweite Tranche) zu erfüllen sind. Die bisherige Kombination der Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB in Verbindung mit der Möglichkeit einer Negativ (Ausschlussflächen)Planung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB wird aufgegeben. Neuplanungen nach diesen Vorschriften waren nur noch bis zum 1. Februar 2024 möglich. Im Übrigen gilt das alte Planungsregime übergangsweise bis Ende 2027 fort, § 245e Abs. 1 BauGB. Spätestens ab diesem Zeitpunkt wird es durch die reine Positivplanung des neuen Rechts ersetzt, wobei die nach altem Recht festgelegten Positivflächen grundsätzlich erhalten bleiben, § 245e Abs. 1 S. 2, 3 BauGB. An die Stelle der bisherigen Ausschlussflächenplanung tritt die reine Positivplanung nach WindBG. Werden die gesetzlich vorgegebenen Mindestflächenziele rechtzeitig erreicht, führt das zur Entprivilegierung der Windenergieanlagen außerhalb ausgewiesener Flächen, die fortan nur noch nach § 35 Abs. 2 BauGB zulässig sind, § 249 Abs. 2 BauGB. Die Versäumung der rechtzeitigen Zielerreichung wird umgekehrt mit einer umfassenden Privilegierung der Windenergie im Außenbereich sanktioniert, ohne dass ihr fortan noch Darstellungen in Flächennutzungsplänen oder Ziele der Raumordnung entgegengesetzt werden können, § 249 Abs. 7 BauGB.

Ausweislich der Gesetzesbegründung dient das Gesetz der Verbesserung der Flächenverfügbarkeit im Sinne einer „drastischen“ Ausbaubeschleunigung und der Vereinfachung der Planungsverfahren. Damit wird der mit der Einführung des § 2 EEG<sup>2</sup> beschrittene Weg konsequent weiterverfolgt, um im Interesse des Klima- und Umweltschutzes die Transformation zu einer nachhaltigen und treibhausgasneutralen Stromversorgung, die vollständig auf Erneuerbaren Energien beruht, zu fördern, § 1 Abs. 1 WindBG. Die Rechtsprechung hatte zum alten Recht bisher nur das relativ konturenlos gebliebene Gebot, der Windenergienutzung eine „substanzielle Chance“ zu bieten, entwickelt. Insbesondere das Bundesverwaltungsgericht hatte sich stets der Festlegung einer konkreten Mindestflächenvorgabe enthalten. Die daraus entstehenden Defizite nahm der Gesetzgeber zum Anlass, aus dem im Koalitionsvertrag vereinbarten 2-Prozent-Ziel für die Windenergie an Land die Flächenbeitragswerte abzuleiten.<sup>3</sup>

*„Ferner ist künftig nicht mehr erforderlich – und für die Ebene der Flächennutzungsplanung auch nicht mehr möglich –, zur Steuerung der Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, eine Ausschlusswirkung durch Planung zu erwirken. Die Rechtfertigung des Plans soll sich nunmehr auf die positiv für die Windenergie ausgewiesenen Flächen beschränken. Der Wegfall der Privilegierung folgt direkt aus dem Gesetz. Dadurch wird auch ein gesamtträumliches Planungskonzept in seiner bisherigen Form, mit dem im Einzelnen die Ausschluss-*

*wirkung im übrigen Außenbereich gerechtfertigt werden musste und an das deswegen hohe Anforderungen gestellt wurden, künftig nicht mehr erforderlich sein.“<sup>4</sup>*

Bis auf eine Ausnahme (Hessen will die Flächenbeitragswerte schon erreicht haben) klaffen in allen Bundesländern mehr oder minder große Lücken, die es bis zu den gesetzlichen Stichtagen zu schließen gilt. Die daraus resultierenden Herausforderungen sind evident, zumal zwischenzeitlich die Diskussion entflammt ist, ob und inwieweit dem geltenden Recht die Möglichkeit einer Plansicherung durch Zurückstellung oder Aussetzung von Windenergieprojekten in der Übergangszeit entnommen werden kann. Der Frage dürfte umso größeres praktisches Gewicht zukommen, je weiter die aktuelle Ausbausituation von den Flächenzielen entfernt ist; denn ein vorübergehender Ausbaustopp befindet sich in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu den Ausbauzielen des EEG, das einen kontinuierlichen Zubau in Form von über die Jahre gleichmäßig verteilten Ausbauphasen vorsieht, § 4 EEG. Versäumnisse der Vergangenheit führen bei fristgebundenen Ausbauzielen für die Folgejahre schnell zu einer Vervielfachung des Zubauerfordernisses im jeweiligen Zeitabschnitt. Und angesichts der jetzt schon existierenden Herausforderungen ist einigermaßen offensichtlich, dass das am Ende zu nicht zu bewältigenden Kapazitätsengpässen bei den Beteiligten führen wird. Nachdem kurz auf den aktuellen Planungsstand in den Bundesländern eingegangen wird (2.), wird es im Folgenden darum gehen, die vorhandenen Plansicherungsinstrumente in den Bundesländern zu durchleuchten (3.). Hieran anschließend soll eine detaillierte Analyse der gegebenen Möglichkeiten am Beispiel der Neuregelung in § 36 Abs. 3 LPIG NRW erfolgen (4.).

## 2. Planungsstand in den Bundesländern

Der Bundesgesetzgeber überlässt es den Bundesländern, die Pflicht zur Erfüllung der Flächenbeitragswerte entweder selbst in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen auszuweisen oder dies an regionale oder kommunale Planungsträger zu delegieren, § 3 Abs. 2 WindBG. Entsprechend beschreiten die Bundesländer unterschiedliche Wege. Während die Stadtstaaten und als einziges Flächenland das Saarland die Ausweisung von Windenergiegebieten durch kommunale Planungsträger sicherstellen wollen (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WindBG) und in Schleswig-Holstein die Ausweisung auf Ebene des Landesentwicklungsplans erfolgt<sup>5</sup>, werden in den übrigen Bundesländern die Windenergieflächen auf Ebene der Regionalplanung ausgewiesen (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WindBG). Während die Bundesländer Bayern, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und Thüringen ihre jeweils zu erfüllenden Flächenziele in Landesentwicklungsprogrammen festgelegt haben, das Bundesland Berlin eine Potenzialflächenanalyse durchgeführt und das Bundesland Hamburg ein Änderungsverfahren zur Änderung des Flächennutzungsplans „Windenergiegebiete in Hamburg“ angestoßen hat, erfolgt die Festsetzung der Flächenziele in den übrigen Bundesländern durch Gesetz.<sup>6</sup> Auch in Bezug auf den Zeitpunkt, zu dem die Flächenziele erreicht sein sollen, sind die Bundesländer sehr unterschiedlich. So ist Hessen der Auffassung, die gesetzten Flächenziele für 2027 bereits erfüllt zu haben.<sup>7</sup> Baden-Württemberg (vgl. 20 Abs. 2

1 BGBl. I vom 28. Juli 2022 S. 1353 ff.

2 Ausführlich zu § 2 EEG bereits Bunte, ZNER 2023, 369 ff. und Birkhölzer, ZNER 2023, 374 ff.

3 BT-Drs. 20/2355, S. 33.

4 BT-Drs. a. a. O.

5 Runderlass des Ministeriums für Inneres, Kommunales, Wohnen und Sport des Landes Schleswig-Holstein – Landesplanungsbehörde – vom 19.12.2023 – IV 64 – Az. VIS 10385/2023, S. 3.

6 Hierzu instruktiv der Überblick zur Umsetzung der Flächenbeitragswerte des WindBG in den Bundesländern der Fachagentur Windenergie (Stand: 06.05.2024), Fachagentur Windenergie (fachagentur-windenergie.de).

7 Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen, Energiewende in Hessen – Monitoringbericht 2023, S. 55.

KlimaG BW) und Nordrhein-Westfalen<sup>8</sup> wollen die Flächenziele insgesamt bis 2025 erreichen. Sachsen (§ 4a Abs. 2 SächsLPLG) und Schleswig-Holstein<sup>9</sup> möchten die Flächen insgesamt bis Ende 2027 ausgewiesen haben. Das Saarland (§ 4 Abs. 1 SFZG) und Rheinland-Pfalz (§ 1 LWindGG) planen, die Flächenziele bis Ende 2027 (erste Tranche) bzw. Ende 2030 (zweite Tranche) zu erfüllen. Brandenburg,<sup>10</sup> Bremen (§ 1 BremWindBGUG), Hamburg,<sup>11</sup> Mecklenburg-Vorpommern (§ 9a Abs. 2 LPIG MV), Niedersachsen (§ 2 NWindG), Sachsen-Anhalt (§ 9a LEntwG LSA) und Thüringen<sup>12</sup> planen, die Flächenziele innerhalb der in § 3 Abs. 1 WindBG genannten Fristen, also bis Ende 2027 bzw. bis Ende 2032, zu erreichen. Bayern hat bisher lediglich das Teilziel von 1,1% der Landesfläche bis Ende 2027 konkretisiert.<sup>13</sup> In Berlin ist die Zielerreichung bisher unklar<sup>14</sup>. Ob das Land genügend Windpotenziale bereitstellen kann oder auf Flächen in anderen Ländern zugreifen muss, ist noch nicht abschließend geklärt, weil die anderen Bundesländer zunächst klären müssen, ob sie Flächen zur Verfügung stellen können. Für den Abschluss von Staatsverträgen ist mit der Bundesregierung eine Fristverlängerung vereinbart.<sup>15</sup>

Was die tatsächliche Erfüllung der Flächenziele betrifft, sind die Bundesländer unterschiedlich weit fortgeschritten. Nach Auskunft der Fachagentur Wind, die sich auf den Bericht des Bund-Länder-Kooperationsausschusses vom Oktober 2023 mit Daten zum Stichtag 31.12.2022<sup>16</sup> stützt,<sup>17</sup> hat lediglich Bremen seine Flächenziele nach dem WindBG bereits vollständig und Hessen sowie Schleswig-Holstein in Bezug auf 2027<sup>18</sup> erfüllt. Schlusslichter bei der Flächenausweisung sind danach insbesondere Brandenburg, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen,<sup>19</sup> aber auch die anderen Bundesländer

haben noch erheblichen Ausweisungsbedarf<sup>20</sup>. Unterschiede bestehen zudem in Bezug auf die Genehmigung und die Inbetriebnahme von Windenergieanlagen. Nach Daten der Bundesnetzagentur vom Juni 2024<sup>21</sup> sind – betrachtet nach der Zahl der Neugenehmigungen von Januar bis Juni 2024 – neben den Stadtstaaten<sup>22</sup> die Bundesländer Baden-Württemberg, Bayern, Rheinland-Pfalz, das Saarland, Sachsen und Thüringen Schlusslichter<sup>23</sup>. In den übrigen Bundesländern sind die Zahlen höher, wobei es auch hier starke Unterschiede gibt<sup>24</sup>.

Orientiert an der Vorgabe des § 4 S. 1 Nr. 1e EEG, bis 2035 die installierte Leistung von Windenergieanlagen an Land auf 157 GW zu steigern, ergibt sich ein erhebliches bundesweites Ausbaudefizit im Vergleich zur aktuell tatsächlich installierten Leistung. Für die Länder lassen sich die Ausbauforderungen im Verhältnis zu den ihnen zugewiesenen Flächenbeitragswerten ermitteln.<sup>25</sup> Daraus<sup>26</sup> ergeben sich teilweise drastische Defizite<sup>27</sup>. Sie weichen von den Defiziten bei den Flächenbeitragswerten zwar insoweit ab, als bei unwirksamen Flächenausweisungen die erreichten Flächenbeitragswerte auf Null gesetzt wurden, gleichzeitig aber schon ein gewisser Ausbaustand erreicht wurde und zu erwarten ist, dass sich dieser Ausbaustand in den noch auszuweisenden Windeignungsflächen ganz oder zum Teil wiederfindet. Das ändert aber nichts daran, dass, gemessen an den bisher bekannt gewordenen Ausbaugeschwindigkeiten, die Ausbauziele für sehr viele Bundesländer gar nicht bis kaum erreichbar erscheinen und selbst bei

8 Grundsatz 10.2-5 des Landesentwicklungsplans Nordrhein-Westfalen, zitiert nach der Zweiten Verordnung zur Änderung der Verordnung über den Landesentwicklungsplan Nordrhein-Westfalen vom 09.04.2024 (GV. NRW. S. 230).  
 9 Runderlass des Ministeriums für Inneres, Kommunales, Wohnen und Sport des Landes Schleswig-Holstein – Landesplanungsbehörde – vom 19.12.2023 – IV 64 – Az. VIS 10385/2023, S. 3.  
 10 Gesetz zur Festlegung regionaler Teilflächenziele vom 02.03.2023, GVBl. I/23, [Nr. 3].  
 11 Beschluss zur Aufstellung der Änderung des Flächennutzungsplans „Windenergiegebiete in Hamburg“, Amtlicher Anzeiger, Teil II, 23.01.2024, S. 89.  
 12 Erste Änderung des Landesentwicklungsprogramms Thüringen vom 09.07.2024, Punkt 5.2.7.  
 13 Landesentwicklungsprogramm Bayern, Punkt 6.2.2.  
 14 SenWiEnBE/SenSBW/SenMVKU, Vorbemerkung zur Potenzialflächenanalyse „Windenergienutzung in Berlin – Prüfkulisse für den Flächenbeitragswert“, S. 2 ff.  
 15 Abgeordnetenhaus Berlin, Inhaltsprotokoll des Ausschusses für Wirtschaft, Energie und Betriebe, WiEnBe 19/36, S. 3 f.  
 16 Nach Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Bericht des Bund-Länder-Kooperationsausschusses zum Stand des Ausbaus der erneuerbaren Energien sowie zu Flächen, Planungen und Genehmigungen für die Windenergienutzung an Land – Bericht 2023, S. 28 ff., Bericht des Bund-Länder-Kooperationsausschusses 2023 (bmwk.de), waren zum Stichtag 31.12.2022 bundesweit 289.353 bis 318.106 ha rechtswirksam ausgewiesen. Bei diesen Daten ist zu berücksichtigen, dass lediglich die GIS-Daten zur Landes- und Regionalplanung vollständig vorlagen, die GIS-Daten zur Bauleitplanung hingegen unvollständig waren. Insbesondere in Bezug auf Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen lagen Datenlücken vor.  
 17 Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Bericht des Bund-Länder-Kooperationsausschusses zum Stand des Ausbaus der erneuerbaren Energien sowie zu Flächen, Planungen und Genehmigungen für die Windenergienutzung an Land – Bericht 2023, Bericht des Bund-Länder-Kooperationsausschusses 2023 (bmwk.de).  
 18 In Bezug auf 2032 muss Hessen noch 0,3% seiner Landesfläche ausweisen; bis 2032 sind in Schleswig-Holstein noch 0,7% der Landesfläche auszuweisen, Fachagentur Wind an Land, Interaktive Karte zur Ausweisung von Flächen zur Nutzung der Windenergie in den Bundesländern Flächenbeitragswerte in den Bundesländern – Fachagentur Windenergie (fachagentur-windenergie.de).  
 19 Nach den Zahlen der Fachagentur Wind (fachagentur-windenergie.de) „Flächenbeitragswerte in den Bundesländern“ müssen bis 2027

noch ausgewiesen werden (Zahlen für 2032 in Klammern): Brandenburg 1,8% (2,2%); Niedersachsen 1,1% (1,6%); Sachsen 1,2% (1,9%); Sachsen-Anhalt 1,3% (1,7%); Thüringen 1,5% (1,9%), jeweils bezogen auf den prozentualen Anteil an der Landesfläche.  
 20 Für Baden-Württemberg stehen noch aus bis 2027 (Zahlen für 2032 in Klammern): 0,8% (1,5%); Bayern 0,7% (1,4%); Berlin 0,25% (0,5%); Hamburg 0,22% (0,5%); Mecklenburg-Vorpommern 0,9% (1,6%); NRW 0,3% (1%); Rheinland-Pfalz 0,6% (1,4%); Saarland 0,2% (0,9%).  
 21 Die folgenden Daten beziehen sich auf Bundesnetzagentur, Statistiken ausgewählter erneuerbarer Energieträger zur Stromerzeugung – Juni 2024, EE-Statistik MaStR – Juni 2024 (Stand 15.07.2024).xlsx (bundesnetzagentur.de).  
 22 Im laufenden Jahr 2024 wurden bis Juni 2024 in Berlin und Bremen weder Windenergieanlagen genehmigt noch in Betrieb genommen; in Hamburg wurde in diesem Zeitraum eine Windenergieanlage mit einer Leistung von 3,7 MW genehmigt und keine Windenergieanlage neu in Betrieb genommen.  
 23 Genehmigte WEA von Januar bis Juni 2024, (tatsächlich in Betrieb genommene in Klammern): Baden-Württemberg 29 WEA/159,7 MW (12 WEA mit 28,6 MW); Bayern 16 WEA mit 90,2 MW (11 WEA mit 20,9 MW); Rheinland-Pfalz 24 WEA mit 132,7 MW (8 WEA mit 42,1 MW); Saarland 6 WEA mit 33,5 MW (0); Sachsen 19 WEA mit 97,1 MW (8 WEA mit 6,2 MW); Thüringen 22 WEA mit 129,6 MW (2 WEA).  
 24 Aufteilung wie Fußnote 23: Brandenburg 103 WEA mit 599,3 MW (28 WEA mit 138,0 MW); Hessen 44 WEA mit 275,4 MW (13 WEA mit 57,4 MW); Mecklenburg-Vorpommern 87 WEA mit 450,2 MW (7 WEA mit 38,9 MW); Niedersachsen 161 WEA mit 839 MW (56 WEA mit 295,8 MW); NRW 256 WEA mit 1.489,3 MW (67 WEA mit 297,9 MW); Sachsen-Anhalt 76 WEA mit 429,9 MW (23 WEA mit 135,5 MW); Schleswig-Holstein 153 WEA mit 809,5 MW (54 WEA mit 247,1 MW).  
 25 Unter Zugrundelegung der Daten nach der Anlage (Flächenbeitragswerte) zum WindBG ergibt sich so z. B. für Baden-Württemberg ein Flächenanteil von 643,46 km<sup>2</sup> auszuweisender Fläche, was etwa 9% des bundesweiten Flächenanteils ausmacht. Demnach muss Baden-Württemberg 9% des Ausbauziels von 157 GW im Jahr 2035 (§ 4 S. 1 Nr. 1e EEG) erreichen, also 14,13 GW.  
 26 Zu den Ausbauzahlen (Stand: Juni 2024) Deutsche Windguard, Status des Windenergieausbaus an Land in Deutschland – Erstes Halbjahr 2024, S. 7, Status des Windenergieausbaus an Land in Deutschland – Jahr 2023 (windguard.de).  
 27 Ausbaudefizit bis 2035: Baden-Württemberg mit 12.310 MW, Bayern mit 25.293 MW, Berlin mit 77,2 MW, Brandenburg mit 5.504 MW, Hessen mit 7.614 MW, Mecklenburg-Vorpommern mit 6.915 MW, Niedersachsen mit 10.418 MW, Nordrhein-Westfalen mit 6.089 MW, Rheinland-Pfalz mit 5.555 MW, Saarland mit 397 MW, Sachsen mit 6.803 MW, Sachsen-Anhalt mit 4.468 MW und Thüringen mit 6.030 MW. Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein haben ihre Ausbauziele bereits erfüllt.

den in diesem Sinne „fortschrittlichen“ Ländern noch sehr große Anstrengungen erforderlich sein werden.

### 3. Vorhandene Plansicherungsinstrumente

Im Zusammenhang mit dem alten System der Kombination von Privilegierung und Ausschlussflächenplanung gibt es eine lange Tradition der Plansicherungsinstrumente. Die Privilegierung der Windenergie wurde bereits mit Gesetz vom 30.07.1996<sup>28</sup> mit Wirkung zum 01.01.1997 zusammen mit der Planvorbehaltsregelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eingeführt. Gleichzeitig wurde mit § 245b BauGB a. F. eine auf zwei Jahre befristete Aussetzungsmöglichkeit (bis zum 31.12.1998) für planende Gemeinden bzw. Raumordnungsbehörden in Bezug auf anhängige WEA-Genehmigungsverfahren geschaffen. Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass die in Betracht kommenden Planungsträger ihrer Pflicht zur ausreichenden Darstellung von Windenergiegebieten umgehend nachkämen und das Erfordernis einer Plansicherung nach Ablauf von zwei Jahren obsolet wäre. In der Folge zeigte sich jedoch, dass eine sehr große Zahl von Planungsträgern vor dem Hintergrund vermeintlicher oder tatsächlicher Akzeptanzprobleme sich nicht in der Lage sahen, den vorgegebenen Zeitplan einzuhalten. Zum Teil fehlte schlichter der politische Wille, der Windenergienutzung die vom Bundesverwaltungsgericht geforderte substanzielle Chance einzuräumen. Die mit der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.12.2002<sup>29</sup> einsetzende Rechtsprechung führte danach im Ergebnis dazu, dass der überwiegende Teil der Ausschlussflächenplanungen sowohl auf der Ebene der Flächennutzungsplanung als auch auf der der Raumordnung für unwirksam erklärt wurden. Abgesehen davon, dass diese Situation eines der gesetzgeberischen Motive des Paradigmenwechsels zur nunmehr geltenden reinen Positivplanung des WindBG war, führte das dazu, dass die ursprünglich nur für eine Übergangszeit gedachten Plansicherungsinstrumente sich in Form des § 15 Abs. 3 BauGB (Flächennutzungspläne) bzw. § 12 Abs. 2 ROG (Raumordnungspläne) dauerhaft etablierten. Die mehrfach verlängerten Sicherungsinstrumente hinterließen jedenfalls bei so manchem Vorhabenträger den Eindruck, der in der Zwischenzeit immer wieder anderen politischen Mehrheitsverhältnissen unterworfenen Gesetzgeber „belohne“ damit ausgerechnet die säumigen bzw. unwilligen Planungsträger.

Die vorgenannten Sicherungsinstrumente sind jedoch nur mit Blick auf das Negativziel des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB anwendbar. Es geht um die Sicherung des Planungsziels, durch Positivausweisungen den Rest des Planungsraums von Windenergieanlagen freizuhalten. Diese Möglichkeit bietet die reine Positivplanung des WindBG nicht mehr. *„Die Rechtfertigung des Plans soll sich nunmehr auf die positiv für die Windenergie ausgewiesenen Flächen beschränken können. Der Wegfall der Privilegierung folgt direkt aus dem Gesetz“*<sup>30</sup> Das macht hinreichend deutlich, dass damit auch die alten Plansicherungsinstrumente des § 15 Abs. 3 BauGB und des § 12 Abs. 2 ROG ausgedient haben. Weil sich, wie dargestellt, die Bundesländer zum ganz überwiegenden Teil des Mittels der Raumplanung bedienen, um die nach WindBG erforderlichen Flächenziele zu erreichen, gewinnt in der Praxis der Blick auf die raumplanerischen Plansicherungsinstrumente eine überragende Bedeutung.

Für die Ebene der Flächennutzungsplanung regelt § 245e Abs. 2 BauGB eine „entsprechende“ Anwendung des § 15 Abs. 3 BauGB, wenn die Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen, um den

Flächenbeitragswert im Sinne des § 3 Abs. 1 des WindBG oder ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel zu erreichen.

Eine ausdrückliche Regelung für die Raumordnung findet sich, wohl aus Gründen des Art. 72 Abs. 3 GG, für die Raumplanung nicht. Darauf, dass die Regelung des § 12 Abs. 2 ROG bzw. die korrespondierende Vorschrift im jeweiligen Landesplanungsrecht für die künftige Windeignungsflächenplanung nicht mehr greift, haben, soweit ersichtlich, bisher nur drei Bundesländer reagiert.

Brandenburg hatte die mit Urteilen des OVG Berlin-Brandenburg vom 05.07.2018<sup>31</sup> zur Unwirksamkeit des Regionalplans „Havelland-Fläming 2020“ die nunmehr für das ganze Land drohende Situation einer „Planlosigkeit“ zum Anlass genommen, ein faktisches „Windkraftmoratorium“ durchzusetzen. In § 2c RegBkPIG a. F. wurden die zuständigen regionalen Planungsgemeinschaften für den Fall, dass ihre Regionalpläne mit Festlegungen von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung unwirksam geworden waren, zwar einerseits verpflichtet, unverzüglich neue Planverfahren einzuleiten. Bestimmt wurde aber auch, dass zur Sicherung der in Aufstellung befindlichen Ziele die Genehmigung raumbedeutsamer Windenergieanlagen in der gesamten Region ab dem Tag der öffentlichen Bekanntmachung des Planaufstellungsbeschlusses für zwei Jahre vorläufig unzulässig war.<sup>32</sup> Mit Gesetz vom 14. Mai 2024<sup>33</sup> wurde diese Vorschrift komplett aufgehoben. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu lapidar, dass mit dem Wegfall der Planungskategorie der Eignungsgebiete durch das WindBG zugleich die Rechtsgrundlage für eine die Eignungsgebietsplanung voraussetzende Planungssicherung entfallen sei. Die Vorschrift stehe zudem nicht im Einklang mit der neuen Definition der in Aufstellung befindlichen Ziele nach § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 4a ROG.<sup>34</sup>

In Thüringen ist es seit kurzem gemäß § 17a Abs. 1 ThürLPIG zulässig, § 12 Abs. 2 S. 1 ROG entsprechend anzuwenden, wenn die regionale Planungsgemeinschaft beschlossen hat, einen Regionalplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen, um den Flächenbeitragswert im Sinne des § 3 Abs. 1 WindBG oder ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel zu erreichen. Eine Einschränkung findet sich in § 17a Abs. 2 ThürLPIG, wonach § 17a Abs. 1 ThürLPIG keine Anwendung auf im Planentwurf vorgesehene Vorranggebiete „Windenergie“, auf gemeindliche Ausweisungen von Flächen für Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen sowie auf Repoweringvorhaben nach § 249 Abs. 3 BauGB findet. Der thüringische Gesetzgeber hat damit auf die durch das OVG Weimar festgestellte Rechtsunwirksamkeit des Ersten Sachlichen Teilplans Windenergie des Regionalplans „Mittelthüringen“<sup>35</sup> reagiert. Einer ungesteuerten Genehmigungspraxis solle durch die Schaffung einer Rechtsgrundlage für befristete raumordnerische Untersagungen entgegengewirkt werden.<sup>36</sup> Durch Abs. 2 der Vorschrift wird klargestellt, dass in den dort normierten Fällen kein Widerspruch zu der angestrebten planerischen Steuerungswirkung gegeben ist.<sup>37</sup>

Eine differenzierte Regelung findet sich in dem durch Gesetz vom 28.05.2024<sup>38</sup> eingeführten § 36 Abs. 3 LPIG NRW. Da-

28 BGBl. I S. 1189.

29 BVerwG, U. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01 –, ZNER 2003, S. 37.

30 BT-Drs. 20/2355, S. 33.

31 OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 05.07.2018 – OVG 2 A 2.16 –, ZNER 2018, S. 550.

32 Gesetzentwurf der Landesregierung – Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungsplanung –, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Infrastruktur und Landesplanung, LT-Drs. 6/11070.

33 Gesetz- und Verordnungsblatt Brandenburg I, Nr. 20.

34 LT-Drs. 7/9177 S. 4.

35 OVG Weimar, U. v. 09.11.2022 – 1 N 548/19 –, ZNER 2023, S. 198.

36 LT-Drs. 7/9392, S. 2.

37 LT-Drs. 7/9946, S. 1 f.

38 4. Gesetz zur Änderung des Landesplanungsgesetzes Nordrhein-Westfalen vom 28.05.2024, GV.NRW S. 230.

nach können die Bezirksregierungen die Genehmigungsbehörde im Einzelfall anweisen, die Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben der Windenergie im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auszusetzen, wenn sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet oder geändert wird, um den Flächenbeitragswert im Sinne des § 3 Abs. 1 WindBG oder eines daraus abgeleiteten Teilflächenziels zu erreichen, und zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde. Klargestellt wird im Weiteren, dass die Aussetzungsbefugnis nicht für Repoweringvorhaben gilt. Des Weiteren enthalten § 36 Abs. 3 S. 2 bis 4 LPlig NRW differenzierte Regelungen zum Vertrauensschutz. Z. B. ist die Regelung nicht anwendbar, wenn bis zum 02.06.2023 vollständige Genehmigungsunterlagen vorlagen. Die Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben kann für ein Jahr, bei Vorliegen besonderer Umstände höchstens um ein weiteres Jahr, längstens bis zum 31.12.2025, ausgesetzt werden.

#### 4. Steuerung von Windenergieprojekten nach § 36 Abs. 3 LPlig NRW

Ob und inwieweit weitere Bundesländer, die sich zur Erfüllung der Flächenbeitragswerte für den raumplanerischen Weg entschieden haben, mit der Entwicklung eigener Plansicherungsinstrumente im jeweiligen Landesplanungsrecht nachziehen, muss an dieser Stelle offen bleiben. Schon jetzt darf allerdings gemutmaßt werden, dass dies Gegenstand intensiver landespolitischer Auseinandersetzungen sein wird.

Im Folgenden sollen die Möglichkeiten und Grenzen derartiger Sicherungsinstrumente am Beispiel der nordrhein-westfälischen Regelung einer eingehenden Kritik unterzogen werden. Für die Auswahlentscheidung sprach vor allem, dass Nordrhein-Westfalen einen sehr ambitionierten, freilich kaum sanktionierten Zeitplan zur Erfüllung der Flächenbeitragswerte vorgibt (erste und zweite Tranche schon bis Ende 2025), dass die regionalen Planungsträger in NRW mit ihren Planungen teilweise recht weit fortgeschritten sind und sich insoweit schon im Stadium der Öffentlichkeitsbeteiligung befinden (RP Münster und Arnsberg) und dass, anders als von der Landesplanung zuvor kommuniziert, die sich auf § 36 Abs. 3 LPlig NRW stützenden Aussetzungsentscheidungen voraussichtlich eine Vielzahl von Projekten betreffen werden.<sup>39</sup> Schließlich ist auf den Umstand hinzuweisen, dass der gesetzlichen Regelung in NRW die zuvor beabsichtigte Verankerung der Plansicherung im Entwurf des Plansatzes 10.2-13 des Landesentwicklungsplans (LEP) vorhing. Das OVG NRW hatte mit Urteil vom 16.02.2024<sup>40</sup> dem Plansatz die Zielqualität abgesprochen und im Übrigen deutlich darauf hingewiesen, dass eine Ausschlusswirkung im Sinne von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, die einem Windenergievorhaben als solchem als öffentlicher Belang entgegenstehe, neuen Plänen auch in einer Übergangsphase nicht mehr zukomme. Insoweit griffen allein die baurechtlichen Vorschriften. Eine entsprechende Kompetenz könne der Landesplaner bei späteren Plänen nach der gesetzlichen Systematik auch mit der Formulierung von „Zielen“ nicht statuieren.<sup>41</sup>

##### a) Gesetzgebungskompetenz

Ausweislich der Gesetzesbegründung stützt sich der nordrhein-westfälische Gesetzgeber auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz, genauer den Kompetenztitel Raumord-

nung gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 31, 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG.<sup>42</sup> Das war allerdings im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens Gegenstand intensiver Diskussionen. Die Regelung des § 36 Abs. 3 LPlig NRW könnte auch unter den Kompetenztitel des Bodenrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) oder den Kompetenztitel des Verfahrensrechts (Art. 70 Abs. 1 GG, Art. 30 GG) fallen, sofern man § 36 Abs. 3 LPlig NRW als Regelung zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Anlagen in der Übergangszeit oder als eine bauverfahrensrechtliche Regelung ansieht.<sup>43</sup>

Mit der im Rahmen der im Gesetzgebungsverfahren stattgefundenen Sachverständigenanhörung ausführlich begründeten These, § 36 Abs. 3 LPlig NRW stelle eine verfahrensrechtliche Regelung dar, für die die Regelungen der Art. 83 ff. GG maßgeblich seien,<sup>44</sup> wird zwar ein beachtenswerter Ansatz verfolgt. Unter der Annahme, § 36 Abs. 3 LPlig NRW stelle eine Änderung bereits abschließend geregelter Verfahrensvorschriften im Immissionsschutzrecht dar (vgl. § 73 BImSchG), wäre die Gesetzgebungskompetenz eines Bundeslandes gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 5 GG ausgeschlossen.<sup>45</sup> Doch selbst wenn man hier Art. 84 GG für einschlägig hielte,<sup>46</sup> wäre ein Ausschluss der Landeskompetenz gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 5 GG nicht gegeben. Die Entscheidungsfristen, die in § 10 Abs. 6a BImSchG angesprochen werden, sind nicht abschließend. Dies zeigt sich schon daran, dass in § 10 Abs. 6a S. 2 BImSchG keine Verlängerung für die naheliegende Fallgruppe der rechtlichen Unmöglichkeit geregelt ist.<sup>47</sup>

Fraglich ist, ob § 36 Abs. 3 LPlig NRW auf den Kompetenztitel Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) gestützt werden müsste. Als Bodenrecht wird die flächenbezogene Ordnung der Nutzung von Grund und Boden durch öffentlich-rechtliche Normen angesehen, die Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand haben; also Normen, welche die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln, indem sie den Flächen Nutzungsfunktionen zuweisen und diese voneinander abgrenzen. Bodenrechtliche Bestimmungen regeln insbesondere die Koordinierung und ausgleichende Zuordnung konkurrierender Bodennutzungen und Bodenfunktionen. Sie vermeiden und lösen spezifische Bodennutzungskonflikte und gleichen bodenrechtliche Spannungslagen aus.<sup>48</sup> Demgegenüber ist Raumordnung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG die zusammenfassende, übergeordnete Planung und Ordnung des Raumes.<sup>49</sup> Für die Zuordnung des § 36 Abs. 3 LPlig NRW zum Bodenrecht könnte der Zweck der Regelung sprechen, in der Übergangszeit die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Anlagen vollständig leerlaufen zu lassen.<sup>50</sup> Allerdings ist demgegenüber anzumerken, dass § 36 Abs. 3 LPlig NRW – jedenfalls seiner Konzeption nach – der Sicherung in Aufstellung befindlicher Raumordnungspläne und damit der Sicherung einer überörtlichen Planung dienen soll. Ohne die

42 LT-Drs. 18/8882, S. 3; vgl. vertiefend Unland/Garthaus, Rechtliche Kurzstellungnahme zum Aussetzungsinstrument des § 36 Abs. 3 LPlig-E für Windenergievorhaben, S. 6 ff. ([https://landesplanung.nrw.de/system/files/media/document/file/rechtliche\\_kurzstellungnahme\\_zu\\_ss\\_36\\_abs\\_3\\_lplig-e\\_0.pdf](https://landesplanung.nrw.de/system/files/media/document/file/rechtliche_kurzstellungnahme_zu_ss_36_abs_3_lplig-e_0.pdf)).

43 Wies (Rechtsanwälte Lenz und Johlen), Stellungnahme 18/1457, S. 6 f. (<https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST18-1457.pdf>).

44 Wies, a. a. O. (Fn. 43), S. 6.

45 Wies, a. a. O.

46 VG Cottbus, Urteil vom 05.03.2015 – 4 K 374/13 –, openJur 2015, 9651, Rn. 36.

47 OVG Schleswig, Urteil vom 26.02.2020 – 5 LB 6/19 –, openJur 2020, 6956, Rn. 61 mit Verweis auf VG Cottbus, Urteil vom 05.03.2015 – 4 K 374/13 –, openJur 2015, 9651, Rn. 38.

48 BVerfG, Beschluss vom 27.09.2022 – 1 BvR 2661/21 –, openJur 2022, 20234, Rn. 69.

49 BVerfG, Beschluss vom 27.09.2022 – 1 BvR 2661/21 –, openJur 2022, 20234, Rn. 72.

50 Wies, a. a. O. S. 6.

39 Allein aus dem Regierungsbezirk Arnsberg hört man von 80 auszusetzenden Windenergievorhaben.

40 OVG NRW, U. v. 16.02.2024 – 22 D 150/22.AK –, ZNER 2023, S. 176 ff.

41 OVG NRW., a. a. O., S. 106 f. UA.

verfassungsrechtliche Diskussion hier abschließend beantworten zu wollen, spricht am Ende viel dafür, die Regelung der Materie der Raumordnung und nicht der Bodenordnung zuzuordnen; dem Kompetenztitel der Raumordnung unterfällt zugleich die Regelung von Instrumenten zur Sicherung einer in Aufstellung befindlichen Planung.<sup>51</sup>

## b) Inhaltliche Reichweite

### aa) Die Grundsätze

§ 36 Abs. 3 LPIG NRW weist deutliche Parallelen zu § 245e Abs. 2 BauGB auf. Die Vorschrift geht von der offenbaren Erkenntnis aus, dass es keine in Aufstellung befindlichen „Ziele“ der Raumordnung mehr zu schützen gibt. Entscheidendes Gewicht erhält dann das Tatbestandsmerkmal, das *„zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde.“* Es fragt sich also, was die „Durchführung der Planung“, die unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden muss, in diesem Kontext überhaupt bedeutet. Ein Blick auf die Gesetzesbegründung zu § 245e Abs. 2 BauGB ist relativ unergiebig. Nach ihr soll für einen Übergangszeitraum bis 2026 die Zurückstellung entsprechend § 15 Abs. 3 BauGB auch zur Sicherung von Planverfahren möglich sein, die durchgeführt werden, um die Flächenbeitragswerte oder Teilflächenziele des WindBG zu erreichen<sup>52</sup>. Einigkeit scheint insoweit zu bestehen, als es sich bei der Vorschrift nicht um eine Rechtsfolgenverweisung, sondern um eine Rechtsgrundverweisung handelt, sodass die in § 15 Abs. 3 BauGB genannten Tatbestandsvoraussetzungen sämtlich erfüllt sein müssen, soweit diese nicht punktuell durch Vorgaben des § 245e Abs. 2 BauGB ersetzt werden<sup>53</sup>. Die „Durchführung der Planung“ soll dann berührt sein, wenn das zurückzustellende Vorhaben sich außerhalb der Flächenziele des WindBG befindet<sup>54</sup>. Aber das ist deutlich zu kurz gegriffen. Schon Grotefels<sup>55</sup> stellt fest, dass ein privilegiertes Außenbereichsvorhaben aufgrund seiner Vereinbarkeit mit der geplanten Nutzung innerhalb des Vorranggebiets kaum unzulässig sein kann. Da es bei einem reinen Vorranggebiet an einer außergebietlichen Ausschlusswirkung für die im Vorranggebiet vorrangig geplante Nutzung fehle, sei es allerdings auch kaum möglich, dass die Planung zusätzlicher Windenergieanlagen außerhalb des Vorranggebiets die Durchführung der Vorranggebietsplanung unmöglich mache oder erschwere.

Insoweit hilft es kaum weiter, wenn der nordrhein-westfälische Gesetzgeber die Notwendigkeit des § 36 Abs. 3 LPIG NRW damit erklärt, dass ein ungesteuerter Zubau von Windenergieanlagen im Übergangszeitraum die planerischen Auswahlentscheidungen der regionalen Planungsträger ersetzen und letztlich eine erst später wirksame Steuerung über Regionalpläne obsolet machen könne<sup>56</sup>. Demgegenüber wird darauf hingewiesen, dass es gem. § 249 Abs. 6 S. 2 BauGB für die Rechtswirksamkeit des Plans (zur Sicherstellung der Flächenbeitragswerte) unbeachtlich sei, welche sonstigen Flächen im Planungsraum für die Ausweisung von Windenergiegebieten geeignet sind<sup>57</sup>. Diese Planerhaltungsregelung soll sicherstellen, dass im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung keine unan-

gemessen hohen Anforderungen im Hinblick auf eine vergleichende Betrachtung zur Eignung sonstiger Flächen im Planungsraum gestellt werden; es genügt insoweit eine Nachvollziehbarkeit der planerischen Methodik und des Ergebnisses<sup>58</sup>.

Wies<sup>59</sup> weist im Übrigen zu Recht darauf hin, dass weder hinreichend bestimmt noch bestimmbar sei, wann die Durchführung durch das Vorhaben „unmöglich“ oder „wesentlich erschwert“ werden würde. Die Begründung zu § 36 Abs. 3 LPIG weise mehrfach auf den planerisch gesteuerten Windkraftausbau und den Schutz des Regionalplanverfahrens hin. Das berge die Gefahr, das vorgenannte Tatbestandsmerkmal so zu interpretieren, dass jedes Vorhaben außerhalb von (in den Entwürfen vorgesehenen) Windenergiegebieten die Regionalplanung erschweren könne. Wann aber das vom Gesetz nicht erfasste „schlichte“ Erschweren der Planung in das „wesentliche“ Erschweren bzw. in die „Unmöglichkeit“ ausgreife, ließe der Gesetzentwurf offen. Wies weist zudem darauf hin, dass es insoweit auch nicht auf einen einzelnen Vorhabenstandort ankommen könne, sondern auf den gesamten Planungsraum des Regionalplanungsträgers. Denn auf diesen bezöge sich eine Regionalplanaufstellung bzw. Änderung, sodass § 36 Abs. 3 S. 1 LPIG auch nur der Gesamtplanung dienen könne.

Speziell in Bezug auf eine Gefährdung der Raumplanung ist noch darauf hinzuweisen, dass die gesetzliche Folge einer hinreichenden Flächenbereitstellung durch die Raumplanung zwar die Entprivilegierung von Windenergievorhaben ist, § 249 Abs. 2 BauGB. Indes bleibt es nach dieser Systematik den Gemeinden unbenommen, zusätzliche Flächen in ihren Flächennutzungsplänen darzustellen, § 249 Abs. 4 BauGB. § 245e Abs. 5 BauGB geht in diesem Zusammenhang aber noch weiter: Plant eine Gemeinde parallel zur eigentlich zuständigen Raumplanung und vor Ablauf der maßgeblichen Stichtage zur Erfüllung der Flächenbeitragswerte zusätzliche Flächenausweisungen, sollen sogar zusätzliche Erleichterungen mit Blick auf potenzielle Kollisionen mit Zielen der Raumordnung gelten. Gänzlich befreit von raumplanerischen Beschränkungen sind (bis Ende 2030) schließlich die Repowering-Vorhaben im Sinne des § 249 Abs. 3 BauGB, deren auch flächenhafte Tragweite oftmals unterschätzt wird. Insoweit wird schnell klar, dass die Positivplanung des WindBG, sei sie nun zuerst auf der Ebene der kommunalen Flächennutzungsplanung oder zuerst auf der Ebene der Raumplanung verwirklicht, gar nicht verhindern kann, dass außerhalb der geplanten Vorranggebiete zusätzliche Windenergieanlagen entstehen. Will die Raumplanung das verhindern, wäre sie genötigt, andere, der Windenergienutzung definitiv entgegenstehende Ziele der Raumordnung festzulegen. Das aber ist der Bereich der immer schon möglichen, etablierten Raumplanung und hat mit der hier interessierenden Ausweisung von Windenergiegebieten wenig zu tun.

Wir kommen also zu dem Zwischenergebnis, dass es schon aus sehr grundsätzlichen Erwägungen heraus schwerfällt, die Positivplanung nach WindBG durch die zwischenzeitliche Zulassung von Windenergievorhaben als gefährdet anzusehen. Innerhalb der geplanten Vorranggebiete ist auch das Windenergievorhaben des einzelnen Planungsträgers ausdrücklich gewollt, außerhalb fehlt es dem Plangeber an einem gesetzlich geschützten Ausschlusskonzept; denn Ausschlussziele gibt es nicht mehr und die Entprivilegierung von Windenergievorhaben nach Erfüllung der Flächenbeitragswerte ist eine gesetzlich angeordnete Folge dieser Planung, keinesfalls aber der Planungszweck selbst. Das Ergebnis korrespondiert mit § 2 EEG. Die zum Aufschub eines Windenergievorhabens führende „Gefährdung der Planung“ muss sich an der besonderen

51 Unland/Garthaus, a. a. O. (Fn. 42), S. 7.

52 BT-Drs. 20/2355, S. 31.

53 Meurers/Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 148. Erg. Oktober 2022, § 245e Rn. 17.

54 Meurers/Söfker, a. a. O.; OVG Koblenz, U. v. 23.08.2023 – 8 C 10877/22.OVG, ZNER 2023, S. 543.

55 Grotefels (Zentralinstitut für Raumplanung Universität Münster), Stellungnahme 18/1456, S. 4 (<https://www.landtag.nrw.de/portal/WW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST18-1456.pdf>).

56 LT-Drs. 18/8882, S. 3.

57 Wies (Rechtsanwälte Lenz und Johlen), Stellungnahme 18/1457, S. 4 (Fn. 43).

58 BT-Drs. 20/2355, S. 34.

59 A.a.O. Seite 5.

Bedeutung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien messen lassen. Er liegt im „überragenden öffentlichen Interesse“ und muss bis zur faktischen Herstellung der Treibhausgasneutralität als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden. Das gilt zunächst für alle Länder gleichermaßen. Besonders verschärften Anforderungen müssen sich zudem die Länder stellen, deren Windenergieausbau hinter den Ausbauzielen weit hinterher hinkt.

#### bb) Die Ausnahmen

Von diesem Grundsatz kann also nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen abgewichen werden. Die zentrale Befürchtung, dass ein ungesteuerter Zubau von Windenergieanlagen im Übergangszeitraum die planerischen Auswahlentscheidungen der regionalen Planungsträger ersetzen und letztlich eine erst später wirksame Steuerung obsolet machen könnte, kann für sich keine Aussetzung rechtfertigen. Dasselbe gilt für den Einwand, ohne effektive Sicherungsinstrumente auf Regionalplanebene bestünden erhebliche Schwierigkeiten bei der Identifikation und Abwägung der Windenergiegebiete, weil sich die Beurteilungsgrundlagen durch neue Vorhabenzulassungen parallel zum Planaufstellungsverfahren fortlaufend ändern würden<sup>60</sup>. Für die Rechtswirksamkeit eines Plans ist es doch unbeachtlich, ob und welche sonstigen Flächen im Planungsraum für die Ausweisung von Windenergiegebieten geeignet sind, § 249 Abs. 6 BauGB. Dann kann der Planungsträger durch die Genehmigung von Windenergieanlagen außerhalb in Betracht gezogener Windenergieflächen auch nicht dazu gezwungen werden, die genehmigten Windenergieanlagen in seine Planung einzubeziehen. Der Wechsel von der Ausschlussplanung zur Positivplanung bedingt also, dass die Bereiche außerhalb der Windenergiegebiete gerade nicht mehr in einer Tiefe untersucht werden müssen, die bislang vielfach nötig war, um zu bestimmen, ob einzelne Flächen nun als harte oder weiche Tabuzonen auszuschließen waren<sup>61</sup>.

Konkrete Vorgaben, einzelne, außerhalb der geplanten Windenergiegebiete liegende Windenergieanlagen im Rahmen der Ausweisung der Windenergiegebiete zu berücksichtigen, gibt es nach neuem Planungsrecht eben nicht. Die nach WindBG vorgegebenen Flächenbeitragswerte sind **Mindestvorgaben**, die selbstverständlich überschritten werden dürfen<sup>62</sup>. Regionalplanerische Vorrangflächen können, wie ausgeführt, von den Gemeinden parallel oder zeitlich nachfolgend erweitert und ergänzt werden. Auch das Repoweringprivileg des § 249 Abs. 3 BauGB kann faktisch zu deutlichen Flächenerweiterungen führen, indem die Repoweringanlagen mehr als 400-500 m außerhalb ausgewiesener Vorrangzonen zulässig sind.

Auch weitergehende landesrechtliche Regelungen, bereits beantragte oder genehmigte Windenergieanlagen, gemeindliche Planungsanzeigen oder bestandskräftige Bauleitplanungen für Windenergiegebiete bei der Ausweisung von der Regionalplanung vorrangig einzubeziehen, wie dies in Mecklenburg-Vorpommern in einem Änderungsantrag der CDU-Fraktion in Bezug auf § 9a Abs. 2 LPIG MV vorgeschlagen wurde<sup>63</sup>, würde kaum weiterhelfen. Dieser Gesetzesinitiative lag die Intention zugrunde, eine effizientere Nutzung der vorhandenen Potentiale für den Ausbau der Windenergie zu ermöglichen, indem bei der Ausweisung bereits beantragte oder genehmigte Anlagen sowie bestehende Bauleitplanungen vorrangig zu berücksichtigen wären. Die mit dem Gesetzesvorschlag verfolgte zielgerichtete und effiziente Steuerung der räumlichen Entwicklung der Windenergienutzung wäre aber kaum mit den Vor-

gaben des WindBG in Einklang zu bringen. Denn eine solche planerische Selbstbeschränkung ist dem WindBG fremd.

In diesem Sinne skeptisch zu beurteilen sind auch freiwillige Selbstverpflichtungen des Planungsträgers, bestehende sowie beantragte Genehmigungen für Windenergieanlagen bei der Ausweisung von Windenergiegebieten zu berücksichtigen. Im – hier beispielhaft erwähnten – Entwurf des Planungskonzepts für die Festlegung von Vorranggebieten für Windenergien in West-Mecklenburg des Regionalen Planungsverbands West-Mecklenburg werden zunächst die landesweit einheitlichen Ausschluss- und Abwägungskriterien übernommen. Verbleiben danach im jeweiligen Planungsraum mehr Flächen als zur Erreichung des regionalen Flächenbeitragswerts erforderlich, sollen die regionalen Planungsverbände Aspekte ökonomischer, ökologischer und sozialer Art berücksichtigen können<sup>64</sup>. Erweiterungen bestehender Windparks sollen einer Neuausweisung vorzuziehen sein, bestehende Windgenehmigungen, mit Abstrichen auch beantragte Genehmigungen, werden mit hohem Gewicht in die Abwägung eingestellt<sup>65</sup>. Ob eine solche Selbstbindung des Planungsträgers zielführend ist, mag skeptisch beurteilt werden. Dem Dilemma, die Planung zum jeweiligen Stichtag beendet haben zu müssen, kann er nämlich kaum entkommen, wenn er fortlaufend ihm vorher unbekannte neue Projekte in die Planung einzubeziehen hat. In diesem Sinne tut er gut daran, zwischenzeitlich bekanntwerdende Planungen und Genehmigungen als unverbindliche Hinweise auf möglicherweise geeignete Windgebiete aufzunehmen. Dass am Ende noch weitere Flächen für die Windenergienutzung geeignet sind, ist für die Rechtswirksamkeit des Plans nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 249 Abs. 6 S. 2 BauGB unbedeutend. Stehen im Ergebnis dann mehr Flächen für die Windenergie zur Verfügung, ist das, gemessen an § 2 EEG und der gewollten drastischen Beschleunigung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien, ein gesetzlich begrüßtes Ergebnis. Es kann nur unter der Bedingung zu einem planerischen Defizit entarten, dass, wie man allerdings aus so mancher regionalen Planungsbehörde hört, das gesetzlich vorgegebene Mindestziel fälschlicherweise als nicht zu überschreitendes Höchstmaß angesehen wird. Das WindBG macht gerade keine Vorgaben mit Blick auf eine möglichst effiziente Raumnutzung. Ziel des WindBG ist die Förderung des beschleunigten Ausbaus der Windenergie, § 1 Abs. 1 WindBG. Das Umweltbundesamt warnt ausdrücklich vor dem Problem, dass sich die zukünftig ausgewiesene Flächenkulisse als in Teilen nicht nutzbar erweisen könnte. Bei einer reduzierten Nutzbarkeit von 20% könnten bei Beibehaltung aller anderen Einflussfaktoren bereits nur 1,5% der Bundesfläche zur Erreichung des langfristigen Leistungsziels von 160 GW reichen. Liegt die Nichtnutzbarkeit jedoch mit 40% höher als angenommen, reichen die 1,5% gerade zur Deckung des Leistungsziels von 115 GW in 2030. Schon deshalb ist es ratsam, die Flächenziele mit einem Sicherheitspuffer zu versehen, damit die Leistungsziele bzw. die dahinterstehenden Ertragsziele ebenso sicher erreicht werden können<sup>66</sup>. Durch das neue System des WindBG wird sowohl den Trägern der Raumordnung als auch denjenigen der Bauleitplanung die Möglichkeit gegeben, kurzfristig zusätzliche Flächen für die Windenergie auszuweisen, ohne damit die Steuerungswirkung vorhandener Konzentrationsplanungen zu riskieren. Daraus folgert das Umweltbundesamt, dass Plansicherungsinstrumente weitgehend beschränkt werden sollten. In Abwägung mit dem Interesse an einem beschleunigten Windenergieausbau erscheint es

60 LT-Drs. 18/8882, S. 3.

61 Benz/Wegner, ZNER 2022, S. 367, 374.

62 BT-Drs. 20/2355, S. 25.

63 LT-Drs. 8/3515, S. 1.

64 Regionaler Planungsverband West-Mecklenburg, Entwurf des Planungskonzepts für die Festlegung von Vorranggebieten für Windenergie in West-Mecklenburg, S. 19.

65 Regionaler Planungsverband West-Mecklenburg, a. a. O., Seite 21 f.

66 Umweltbundesamt, Flächenverfügbarkeiten, Flächenbedarfe für den Ausbau der Windenergie an Land, Abschlussbericht S. 119.

nicht gerechtfertigt, dass mithilfe von Plansicherungsinstrumenten Detailplanungen über Jahre hinaus abgesichert und der Windenergieausbau damit erheblich verzögert wird<sup>67</sup>.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Der Planung nach WindBG ist ein Steuerungsziel, das über die Ausweisung von Positivflächen hinausgeht, fremd. Das vom Planungsträger zu entwickelnde Planungskonzept dient ausschließlich der Sicherstellung ausreichender Vorranggebiete. Ausschließlich in diesem Rahmen mag er konfligierende Raumnutzungsansprüche in seinem Plankonzept abwägen können. Damit erschöpft sich aber auch die Funktion eines insoweit zugrunde gelegten gesamtträumlichen, schlüssigen Planungskonzepts. Zur Identifikation von Windenergieausschlussflächen ist es aber weder geeignet noch zulässig. Insoweit gibt es auch kein landesplanerisches Steuerungsziel zur Verhinderung eines ungehinderten Windenergiezubaues, das Gegenstand einer entsprechenden Planungssicherung durch temporäre Aussetzung von Windenergiegenehmigungen sein könnte. Im Zuge der Planung entwickelte „Tabubereiche“ sind nur Mittel zum Zweck einer ausreichenden Identifizierung geeigneter Vorrangflächen mit der Folge, dass außerhalb der geplanten Vorrangflächen auch keine vorläufig sicherbaren Tabuflächen entstehen können. Wächst im Zuge der Positivplanung der WEA-Bestand auch außerhalb der im Plan anvisierten Flächen, kann dies nicht zu einer ungewollten Verzögerung des Planprozesses führen. Zusätzliche Flächen, die nicht im Fokus der Planung standen, können der Planung nicht widersprechen. Letzteres läge nur dann nahe, wenn es ein gesetzlich fixiertes Maximalziel der Flächenausweisung gäbe. Die gesetzlich gewollte drastische Beschleunigung des Windenergieausbaus fordert vielmehr umgekehrt, derartige Projekte nicht fortlaufend in den Planungsprozess einzubeziehen, dies jedenfalls nicht mit dem Ziel einer damit reflexartig verbundenen Reduzierung von Windflächen an anderer Stelle.

Ein Sicherungsbedürfnis muss sich auf das eigentliche Planungsziel, die Vorrangfläche als solche, beziehen. Nur dann, wenn die berechtigte Besorgnis besteht, dass die geplante Vorrangfläche nicht mehr ausgewiesen werden könnte, wenn zwischenzeitlich andere Vorhaben außerhalb der Fläche verwirklicht werden, wäre eine Aussetzung des „konkurrierenden“ Vorhabens zum Schutz der Vorrangfläche denkbar. Hier könnte an die Erschöpfung von Immissionspotentialen gedacht werden. Ist absehbar, dass ein Konkurrenzprojekt die vor Ort z. B. nach der TA Lärm einzuhaltenen Schallimmissionspotentiale bereits in einer Weise ausschöpft, dass in der Folge eine wirtschaftliche Ausnutzbarkeit der angedachten Vorrangfläche ausscheidet, könnte der Fall einer gerechtfertigten Plansicherung gegeben sein. Das aber setzt eine sehr detaillierte Betrachtung des Einzelfalls voraus, die im Rahmen der konkreten Aussetzungsentscheidung dann auch geleistet werden muss und die vor allem zu dem Schluss kommen muss, dass die Zulassung des konkurrierenden Projekts die Möglichkeiten der Windenergienutzung auf der Vorrangfläche nicht nur im Einzelfall einschränkt, sondern zu einer derart flächigen Begrenzung ihrer Ausnutzbarkeit führt, die eine wirtschaftlich sinnvolle Windenergienutzung insgesamt unmöglich macht.

Zumindest theoretisch denkbar, wenn auch aufgrund der neuen Regelungen in § 45b BNatSchG und § 6 WindBG eher unwahrscheinlich, sind solche Fälle einer nicht mehr kompatiblen Konkurrenz auch im Falle der gemeinsamen Einwirkung auf sensible Naturgüter, etwa in Fällen des Artenschutzes. Auch hier wäre aber in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass die Vorrangfläche im Falle der Realisierung der außerhalb entstehenden Konkurrenzprojekte einer im Ergebnis nicht mehr tragbaren Einschränkung anheimfiele.

Ob auch die Befürchtung einer „Umzingelungswirkung“ oder ein generelles Heranrücken an die Wohnbebauung<sup>68</sup> taugliche Kriterien einer entsprechenden Aussetzungsentscheidung sein könnten, ist ebenfalls skeptisch zu beurteilen. Die Sichtbarkeit von Windenergieanlagen an sich ist Teil des gesetzlichen Leitbildes des Windenergieausbaus und der öffentliche Belang einer optisch bedrängenden Wirkung steht einem Vorhaben der Windenergie in der Regel schon dann nicht mehr entgegen, wenn der Abstand von der Mitte des Mastfußes der Windenergieanlage bis zu einer zulässigen baulichen Nutzung zu Wohnzwecken mindestens der zweifachen Höhe der Windenergieanlage entspricht, § 249 Abs. 10 BauGB.

Auch insoweit wird deutlich, dass die Möglichkeit einer temporären Aussetzung von Windenergieprojekten zum Zwecke der Sicherung einer Flächenausweisung nach den Regeln des WindBG auf eng umgrenzte Ausnahmefälle beschränkt ist, die im Einzelfall einer sorgfältigen Darlegung des Konkurrenzverhältnisses bedürfen. Die Feststellung einer hinreichenden Gefährdung der Planung ist am Ende gegen das gesetzlich fixierte überragende öffentliche Interesse am Ausbau der Windenergie abzuwägen. Das gilt gleichermaßen für eine WindBG-Planung auf der Ebene der Raumplanung als auch auf der Ebene der kommunalen Flächennutzungsplanung. Die in § 245e Abs. 2 BauGB angeordnete entsprechende Anwendung des § 15 Abs. 3 BauGB versteht sich nämlich als Rechtsgrundverweisung und setzt in gleicher Weise voraus, dass der kommunale Planungsträger eine an den vorstehend entwickelten Grundsätzen orientierte Gefährdung seiner (Positiv-)Planung darstellen kann.

### c) Kommunale Selbstverwaltung/Vertrauensschutz

Für die Ebene der Raumplanung ist ergänzend zu bemerken, dass sich die raumplanerische Aussetzungsentscheidung zudem an der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG messen lassen muss<sup>69</sup>. Und hier ist daran zu erinnern, dass es nach dem gesetzgeberischen Konzept den Kommunen grundsätzlich freisteht, auch parallel zu einer raumordnerischen Vorrangflächenausweisung eigene, zusätzliche Flächen zu entwickeln. Aussetzungen kommunal gewollter Windenergieprojekte wären daher äußerst problematisch.

Der Vollständigkeit halber sei auch auf die im Gesetzgebungsverfahren problematisierten Aspekte des Vertrauens- und Investitionsschutzes hingewiesen. § 36 Abs. 3 S. 2 LPIG NRW erlaubt eine Aussetzung noch bis zu einem Jahr nach Vollständigkeit der Antragsunterlagen. Roß<sup>70</sup> weist zu Recht auf das Spannungsverhältnis zu den Entscheidungsfristen nach § 10 Abs. 6a BImSchG hin; denn je nach Verfahrensart war über einen solchen Antrag in der Regel binnen drei bzw. sieben Monaten zu entscheiden. In diesem Sinne erlaubt § 36 Abs. 3 S. 3 LPIG NRW, dass ein Antrag, der schon längst von der Genehmigungsbehörde positiv hätte beschieden sein müssen, auf Anweisung der Bezirksregierung doch noch ausgesetzt werden kann. Vor dem Hintergrund der immensen Vorfinanzierungslasten eines Windenergieprojektes erscheint das kaum nachvollziehbar<sup>71</sup>.

68 Zu diesen Planungskriterien vgl. neuerdings OVG NRW, B. v. 17.06.2024 – 22 B 286/24.NE – (in diesem Heft).

69 Zur Konfliktlage nach altem Recht vgl. beispielhaft etwa Schleswig-Holsteinisches LVerfG, B. v. 17.06.2016, LVerfG 3/15, ZNER 2016, S. 354.

70 Roß (Dombert Rechtsanwälte), Stellungnahme 18/1467, S. 8, <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MST18-1467.pdf>.

71 Bemerkenswert insoweit jedenfalls auch der Auftrag des zuständigen Ministeriums (MWIKE) zur Überprüfung möglicher Staatshaftungsrisiken für den Fall, dass sich die vorgesehene Regelung als unwirksam erweisen sollte, dazu Unland/Garthaus, a. a. O. (Fn. 42).