

20. Wahlperiode



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Klimaschutz und
Energie

Ausschussdrucksache **20(25)773**

13.01.2025

Stellungnahme

Prof. Dr. Klaus Joachim Grigoleit
Fakultät Raumplanung / TU Dortmund

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

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

Siehe Anlage

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Klima und Energie

Prof. Dr. jur. K.J. Grigoleit
August-Schmidt-Straße 10
44227 Dortmund
Tel 0231/755-3217
Fax 0231/755-3424
rur.rp@tu-dortmund.de
www.tu-dortmund.de

Nur per E-Mail

Diktatzeichen	Aktenzeichen	Ort	Datum	Dienstgebäude/Raum
		Dortmund,	13.01.2025	Campus Süd, GB III, R. 505

**Ausschusssitzung am 15.01.2025;
Steuerung des Windenergieausbau/ „Bauturbo“;
Anhörung zum Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/14234**

Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich für die Einladung zur öffentlichen Anhörung am 15.01.2025 und
nehme im Folgenden zu dem Gesetzentwurf BT-Drs. 20/14234 Stellung.

A. Allgemeines

Der vorliegende Gesetzentwurf umfasst thematisch zwei allenfalls mittelbar
zusammenhängende Regelungsgegenstände, nämlich einerseits Regelungen zur
Steuerung des Windenergieausbaus an Land für die Übergangszeit bis zum Abschluss der
Planung der Windenergiegebiete nach dem WindBG und andererseits den sog.
„Bauturbo“ zur Deregulierung des Wohnungsbaus.

I. Steuerung des Windenergieausbaus

Nach dem WindBG haben die Länder zu den Stichtagen 2027 bzw. 2032 einen bestimmten
Anteil ihrer Landesfläche als Windenergiegebiete auszuweisen. Soweit ersichtlich haben
alle (Flächen-)Länder diese Aufgabe auf die Planungsregionen übertragen. Dabei
verzichten die Länder durchgehend auf die im WindBG vorgesehene zweistufige
Ausweisung der Windenergiegebiete und verpflichten die Regionalplanung, direkt die
bundesrechtlich erst zum Stichtag 2032 erforderlichen Flächenausweisungen
vorzunehmen. Gegenwärtig befinden sich dementsprechend überall die Regionalpläne in
Aufstellung. Das vom Bundesgesetzgeber der Systematik des WaLG zugrundegelegte
Planungsbedürfnis droht aber konterkariert zu werden, wenn durch eine Vielzahl von
Genehmigungen vor Abschluss der Ausbauplanung und unabhängig von ihren
Ausweisungen vollendete Tatsachen geschaffen würden. Während das WaLG auf der

Ebene der kommunalen Konzentrationsflächenplanung die Möglichkeit der Zurückstellung nach § 15 BauGB ausdrücklich vorsieht (§ 245e Abs. 2 BauGB), fehlt eine entsprechende Regelung zum Schutz der Regionalplanung. Die Versuche des Landes Nordrhein-Westfalen, eine landesrechtliche Zurückstellung zugunsten der Regionalplanung einzuführen, sind vor dem OVG Münster (Beschluss v. 26.09.2024, 22 B 727/24) unter Hinweis auf die bundesrechtliche Regelungskonzeption aber auch auf die nach § 73 BImSchG fehlende Landeskompetenz für das BImSch-Verfahren gescheitert.

Vor diesem Hintergrund erscheint es folgerichtig, wenn der vorliegende Gesetzentwurf nun die Sicherung des Planungsbedürfnisses auf der Ebene des Bundesrechts vorsieht. Dabei ist allerdings ein angemessener Ausgleich zwischen dem anzuerkennenden Planungsbedürfnis einerseits und dem überragenden Interesse an einem zügigen Ausbau der Windenergie an Land andererseits herzustellen. Insbesondere muss vermieden werden, dass durch eine flächendeckende Zurückstellungspraxis ein Genehmigungs- und Ausbaustopp eintritt, der geeignet ist, die Ausbauziele in Frage zu stellen.

II. „Baturbo“

Seit Jahren gilt der in vielen Ballungsräumen festgestellte Wohnungsmangel und die damit verbundenen Miethöhenentwicklung als „die soziale Frage unserer Zeit“ (Hans Jochen Vogel). Die bisher ergriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen konnten zur Problemlösung – auch angesichts der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen – nichts entscheidendes beitragen. Deshalb sah der Entwurf der beabsichtigten BauGB-Novelle die nun im vorliegenden Gesetzentwurf aufgegriffene Regelung in § 246e BauGB vor. Danach kann unter bestimmten Umständen und zeitlich befristet von den planungsrechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Wohnungsbauvorhaben abgesehen werden. Erkennbar sollen dadurch planungsrechtliche Hemmnisse des Wohnungsbaus gewissermaßen ausgesetzt werden.

Absprachegemäß konzentriert sich die nachfolgende Stellungnahme auf die im Gesetzentwurf vorgesehene Novellierung der Windenergiesteuerung.

B. Zur vorgesehenen Windenergiesteuerung

Die Regelungen zur Nachsteuerung des Windenergieausbaus sollen durch Änderungen im Windenergieflächenbedarfsgesetz (Art. 1) und im Baugesetzbuch (Art. 2) realisiert werden.

I. Änderungen des WindBG, Art. 1

Die vorgesehenen Änderungen des WindBG versuchen das dargelegte Steuerungsziel dadurch zu erreichen, dass die bundesrechtliche Konzeption der Ausbauplanung nachsteuernd an die Planungspraxis der Länder angepasst wird.

Während der Bundesgesetzgeber im WindBG von einer zweistufigen Ausbauplanung ausgegangen ist, haben alle Länder entschieden, die für 2032 vorgesehenen Ausbauziele einstufig bereits bis (spätestens) 2027 durch entsprechende Festlegungen in den Regionalplänen zu erreichen. Dieses Vorgehen erscheint naheliegend, weil es den

Aufwand wiederholter Planaufstellungsverfahren vermeidet und letztlich auch eine deutlich schnellere Realisierung der Ausbauziele ermöglicht. Durch den Wegfall des Teilflächenziels 2027 entfällt aber zugleich die mit seiner Erreichung verbundene Steuerungswirkung der Entprivilegierung nach § 249 Abs. 2 BauGB. Die vorgesehenen Änderungen zielen darauf ab, die durch das WindBG vorgesehene Steuerungswirkung der Zwischenzielerreichung entsprechend anzupassen und abzusichern.

1. Änderung in § 1 Abs. 2 WindBG

Der Entwurf sieht vor, dass die Vorrangregel aus § 2 EEG für die Zulassung weiterer Windenergieanlagen nicht mehr gelten soll, wenn die Flächenziele für den Ausbau der Windenergie an Land (§ 3 Abs. 1 und 2 WindBG) erreicht sind.

Diese Klarstellung entspricht der bisherigen Regelungskonzeption des WaLG. Die dort vorgesehenen Flächenziele beruhen auf den in § 4 Nr. 1 EEG vorgesehenen Ausbaupfaden. Werden die daraus sich ergebenden Zielwerte erreicht, sind die räumlichen Voraussetzungen für den vorgesehenen Windenergieausbau erfüllt. Ausdrücklich heißt es dazu in der Begründung des WaLG (BT-Drs. 20/2355, S. 33):

„Mit den Flächenbeitragswerten des WindBG definiert der Gesetzgeber den energiewirtschaftlichen Flächenbedarf für Windenergieanlagen, um die Ausbauziele für die Windenergie an Land und die Klimaziele des Bundes zu erreichen. (...) Werden die Flächenbeitragswerte bzw. die aus diesen abgeleiteten Teilflächenziele erreicht oder überschritten, besteht für den Fortbestand der gesetzlichen Privilegierung außerhalb der nach dem WindBG anrechenbaren Windenergiegebiete kein Bedürfnis mehr. Daher soll im Sinne des Außenbereichsschutzes dort die Privilegierung entfallen, wenn das Erreichen oder Überschreiten eines Flächenziels gemäß § 5 Absatz 1 oder Absatz 2 WindBG festgestellt wurde.“

Die nun vorgesehene Klarstellung erscheint nachvollziehbar, weil das OVG Münster (22 B 727/24.AK, ZfBR 2024, 738, beck-online) die Vorrangregelung aus § 2 EEG auch im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 2 BauGB für anwendbar hält und damit die vom Gesetzgeber vorgesehene Steuerungswirkung des § 249 Abs. 2 BauGB (Entprivilegierung bei Erreichen der Flächenziele) in Frage stellt.

2./ 3. Änderungen in §§ 2 Nr. 2 und 4 Abs. 3 WindBG

Durch die vorgesehenen Änderungen soll die Feststellung der Zwischenzielerreichung unter Einbeziehung der sog. „Rotor-innerhalb-Flächen“ erleichtert werden.

Hintergrund der Problematik ist die Tatsache, dass die Rechtsprechung insbesondere die bisherige Konzentrationszonenplanung der Kommunen entsprechend den bauplanungsrechtlichen Vorgaben interpretiert hat. Danach bildeten die Grenzen der Gebietsausweisung Baugrenzen, die auch durch Rotoren der Windenergieanlagen nicht überschritten werden dürfen. Dies führte dazu, dass die Anlagen einen entsprechenden Abstand zur Gebietsgrenze einhalten müssen und das Gebiet dementsprechend weniger intensiv genutzt werden kann. Das WindBG sieht deshalb in § 4 Abs. 3 bisher vor, dass diese Gebiete nur anteilig auf die auszuweisende Flächenkulisse angerechnet werden darf.

Diese (nachvollziehbare) Vorgabe führt in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten, weil

die Berechnung der Nutzungsminderung durch die „Rotor-innerhalb“-Beschränkung nur durch komplexe Modellierung im Einzelfall möglich und durch erhebliche Fehleranfälligkeit gekennzeichnet ist. Dies erschwert ganz erheblich die rechtssichere Feststellung der Erreichung der Zwischenziele unter Rückgriff auf die bisherige kommunale Konzentrationsflächenplanung.

Die vorgesehene Neuregelung zielt darauf ab, die Feststellung der Zwischenzielerreichung zu erleichtern und abzusichern. Sie nimmt dabei jedoch in Kauf, dass auf den so ausgewiesenen Flächen die Ausbauziele möglicherweise nicht vollständig erreicht werden können. Ob diese Einschränkung gewissermaßen als „Prämie“ zugunsten der Länder hingenommen werden kann, die sich frühzeitig um die Erreichung der Ausbauziele bemühen, muss politisch bewertet werden. Möglicherweise könnte es einen angemessenen Kompromiss darstellen, wenn die Differenzierung zwischen „Rotor-in“ und „Rotor-out“ Gebieten in Anlehnung an die Regelungen in § 2 Nr. 1b) WindBG und in § 4 Abs. 4 WindBG nur für die Feststellung der Teilzielerreichung nach Anlage Spalte 1 aufgegeben würde. Dadurch könnte die frühzeitige Feststellung der Teilzielerreichung erleichtert werden, ohne die vollständige Erreichung der Ausbauziele in Frage zu stellen

4. Änderungen in § 5 WindBG

Die in § 5 WindBG vorgesehenen Änderungen stellen den Kern des vorliegenden Entwurfs zur Änderung des WindBG dar.

Zu Bst. a und b) Die Änderungen in § 5 Abs. 2 WindBG sollen die Feststellung der Landesregierung ermöglichen, dass das Flächenziel erreicht ist, ohne dass es darauf ankommt ob diese nach dem jeweiligen Landesrecht zuständiger Planungsträger ist. Dies erscheint angesichts der oben skizzierten Praxis der Umsetzung des WindBG in den Ländern sinnvoll, damit die in der gesetzlichen Konzeption vorgesehene Wirkung der Teilzielerreichung nach Anlage Spalte 1 nicht leerläuft. Da die Neuregelung aber nicht zwischen der Teilzielerreichung nach Anlage Spalte 1 und der Zielerreichung nach Anlage Spalte 2 unterscheidet, kann auch letztere von der Landesregierung festgestellt werden. Da die bisherige Regelung in § 5 Abs. 2 WindBG aber ebenfalls keine solche Unterscheidung vorsieht, erscheint dies bundesrechtlich jedenfalls unschädlich.

Dagegen ist zu beachten, dass die Anknüpfung an § 5 Abs. 2 Satz 1 WindBG dazu führt, dass die vorgesehene Feststellung der Landesregierung voraussetzt, dass die (Teil-)Ziele ohne Ausweisung von neuen Windenergiegebieten erreicht wird. Ob die Feststellung auch dann möglich ist, wenn teilweise auf alte Planungen zurückgegriffen wird, teilweise aber auch bereits neue (regionalplanerische oder kommunale) Windenergiegebietsausweisungen einbezogen werden können, erscheint danach zumindest zweifelhaft. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass für die Teilzielerreichung nach Anlage Spalte 1 wegen der Regelung in § 4 Abs. 1 Satz 3 WindBG auch im Fall der Feststellung der Landesregierung die „faktischen Windenergiegebiete“ nicht anrechenbar bleiben. Die unter 4b) vorgesehene Ergänzung hat insoweit nur Bedeutung, wenn die Landesregierung die Zielerreichung nach Anlage Spalte 2 feststellt.

Zu Bst. c) Die Neuregelung in § 5 Abs. 3 WindBG knüpft an bereits geltende Regelungen des WindBG an und überträgt sie auf die Feststellung der Zielerreichung. Sie sieht vor, dass die Rechtswirkungen der Feststellung auch dann für die Dauer eines Jahres aufrechterhalten bleiben, wenn sie durch gerichtliche Entscheidung für unwirksam erklärt wird. Eine entsprechende Regelung sieht bereits jetzt § 4 Abs. 2 Satz 2 WindBG für die der Feststellung zugrundeliegenden Pläne vor. Während dort die mit der (Teil-)Zielerreichung

verbundene Entprivilegierung nach § 249 Abs. 2 BauGB vor Fehlern der Planung geschützt wird, soll die nun vorgesehene Regelung die Wirkung der Feststellung der Zielerreichung selbst schützen. Beiden Regelungen liegt der Gedanke zugrunde, dass – angesichts der Fehleranfälligkeit der Planung wie der Feststellung – festgestellte Rechtsfehler nach Möglichkeit behoben werden sollen, ohne dass es zwischenzeitlich zu Veränderungen des Zulassungsregimes kommt. Diese Bestimmungen einer erweiterten Bestandskraft zugunsten der Rechtssicherheit und Stabilität des Zulassungsrechts erscheinen angesichts der Anforderungen an die Planbarkeit und Vorhersehbarkeit von Zulassungsentscheidungen für den Ausbau der Windenergie an Land nachvollziehbar. Andererseits ist aber nicht zu übersehen, dass die Wirksamkeitsanordnung auch missbräuchlich dazu genutzt werden kann, ggf. wiederholt eine Entprivilegierung auf der Grundlage unzureichender Feststellungen zu bewirken um damit den Ausbau der Windenergie auszubremsen.

Unabhängig davon führt die Regelung dazu, dass in rechtsstaatlich bedenklicher Weise Rechtsverstöße für einen erheblichen Zeitraum unsanktioniert bleiben. Die sonst im Planungsrecht für die Problemlösung vorgesehene Heilungsmöglichkeit mit rückwirkender Inkraftsetzung (etwa: § 214 Abs. 4 BauGB) erscheint insoweit zwar weniger einschneidend, kann aber für den Übergangszeitraum nicht in gleichem Maße für Rechtssicherheit sorgen.

Abweichend von der Vorbildregelung in § 4 Abs. 2 Satz 2 WindBG versucht der vorliegende Gesetzentwurf die Wirksamkeit der Feststellung auch gegenüber Entscheidungen des vorläufigen Rechtsschutzes zu sichern. Da der Rechtscharakter der Feststellungsentscheidung unklar ist, werden sowohl der vorläufige Rechtsschutz nach § 80 VwGO (aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage) als auch die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO adressiert. Soweit § 5 Abs. 3 Satz 2 WindBG die aufschiebende Wirkung von potenziellen Rechtsbehelfen abbedingt, erscheint dies wegen der Regelung in § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO unbedenklich, zumal das Verwaltungsgericht nach § 80 Abs. 5 VwGO die aufschiebende Wirkung auf Antrag herstellen kann.

Problematisch erscheint aber die Regelung in § 5 Abs. 3 Satz 1 WindBG, soweit die Rechtswirkungen der Feststellung auch dann erhalten bleiben sollen, wenn sie „im Rahmen einer einstweiligen Anordnung außer Vollzug gesetzt“ wurde. Abgesehen davon, dass der Gesetzgeber durch die Formulierung in den Verdacht gerät, verbindliche Gerichtsentscheidungen missachten zu wollen, deutet sich hier ein Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG zumindest an: Da eine einstweilige Anordnung grundsätzlich nur ergehen kann, wenn eine hoheitliche Maßnahme möglicherweise subjektive Rechte verletzt, führt die Regelung dazu, dass dem Antragsteller im Eilrechtsverfahren die Möglichkeit zum effektiven Schutz seiner Rechte genommen wird. Dies wäre mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar.

Zu Bst. d) Die vorgesehene Neuregelung in § 5 Abs. 5 WindBG bestimmt, dass der Schadensersatzanspruch für rechtswidrig nicht erteilte Genehmigungen, die wegen des Eintritts der Entprivilegierung ausgeschlossen werden, auf frustrierte Aufwendungen unter Ausschluss des Ersatzes entgangenen Gewinns beschränkt werden. Mit der Regelung soll vermieden werden, dass schon wegen des unabsehbaren Haftungsrisikos eine Vielzahl von Genehmigungen noch vor Eintritt der Entprivilegierung erteilt werden und dadurch das Ziel des Gesetzentwurfs – die Effektivität der planerischen Steuerung des Windenergiebaus - verfehlt wird.

Den Hintergrund der Regelung bildet die Tatsache, dass in den Ländern eine hohe Zahl

von Genehmigungsanträgen aufgelaufen ist, die auch unter Einsatz zusätzlicher Ressourcen nicht rechtzeitig abgearbeitet werden können. Unter diesen Umständen würde dann der Eintritt der Entprivilegierung eine hohe Anzahl von Schadensersatzansprüchen nach sich ziehen, die in ihrer Gesamthöhe von vermutlich mehreren Milliarden Euro die betroffenen Rechtsträger vor erhebliche fiskalische Probleme stellen würden.

Die Regelung ist angemessen und zulässig, obwohl damit ein Einbruch in das (einfachgesetzliche) System des Amtshaftungsrechts verbunden ist.

Zum einen gilt es insoweit, den Regelungszusammenhang in den Blick zu nehmen. Die Umstellung des Ausbaus der Windenergie vom ineffektiven System der Ausschlussplanung auf das nunmehr geltende System der Positivplanung mit Entprivilegierungswirkung musste vom Gesetzgeber unter ungewöhnlich hohem Zeitdruck umgesetzt werden, der die Erforderlichkeit späterer Nachsteuerung absehbar erscheinen lassen musste. Im vorliegenden Zusammenhang ist diese Nachsteuerung erforderlich, weil der Gesetzgeber nicht hinreichend erkannt hatte, dass die Umstellung auf die Positivplanung eine Antragswelle auslösen würde, die den planerischen Steuerungsansatz nun zu konterkarieren droht. Angesichts der mit dem Systemwechsel unter Zeitdruck erkennbar verbundenen Volatilität der Rechtslage, erscheint es nicht unangemessen, Haftungsrisiken zu begrenzen, zumal die von der Haftungsbeschränkung betroffene Personengruppe das gesetzgeberische Ziel der Positivsteuerung mit Entprivilegierungswirkung kannte und seiner Erreichung durch rechtzeitige Antragstellung zuvorkommen wollte. Insofern wurde deshalb nicht das Vertrauen in ein dauerhaftes Nutzungsrecht, sondern „nur“ das Vertrauen in die rechtzeitige Abarbeitung von Genehmigungsanträgen enttäuscht.

Insbesondere aber besteht auch hinsichtlich der Gewinnerwartung eine Sondersituation, die den ausnahmsweisen Ausschluss der Haftung für entgangenen Gewinn rechtfertigt: Grundsätzlich umfasst der Amtshaftungsanspruchs gem. § 839 BGB iVm Art. 34 GG auch den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB). Dies ist im Normalfall auch sachgerecht, da das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten in Gewinnchancen eingreift, die unter Marktbedingungen unter Einsatz von Ressourcen und Inkaufnahme von Verlustrisiken realisiert werden. In der vorliegenden Konstellation besteht hingegen die Besonderheit, dass Windenergieanlagenbetreiber einen Anspruch auf die Zahlung einer Marktprämie haben (vgl. § 20 EEG). Die Marktprämie ist gem. § 25 Abs. 1 S. 1 EEG jeweils für die Dauer von 20 Jahren zu zahlen. Dieser auf 20 Jahre ausgerichtete Gewinnanspruch ist somit gesetzlich abgesichert und nicht das Ergebnis freier wirtschaftlicher Disposition. Der Zweck dieser Regelung besteht darin, im Interesse eines beschleunigten Ausbaus von Windenergieanlagen Investitionen anzureizen, indem die gesetzlich abgesicherte Gewinnerwartung das wirtschaftliche Finanzierungsrisiko beseitigt (Vgl. Antoni/Doderer, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 126. EL Juli 2024, EEG, § 25 Rn. 29). Ist mangels Realisierung des Vorhabens der Kapitaleinsatz und damit das Verlustrisiko ausgeschlossen, entfällt die innere Rechtfertigung für den gesetzlichen Gewinnanspruch.

In der vergleichbaren Konstellation des Offshore-Windenergieausbaus hat das BVerfG für die Annahme einer gegen Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG (Verletzung des Investitionsvertrauensschutzes) verstoßenden Rechtsänderung zutreffend danach differenziert, ob die Rechtsänderung nicht bloß die allgemeine

Erwartung betrifft, das geltende Recht werde unverändert fortbestehen, sondern darüber hinausgehend schutzwürdige Stabilitätserwartungen enttäuscht (BVerfG, Beschluss vom 30.06.2020, -1 BvR 1679/17, 1 BvR 2190/17). Angesichts der dargelegten Sach- und Interessenlage ist nicht erkennbar, inwieweit die durch die Mektprämie garantierte Gewinnerwartung in diesem Sinne schutzwürdig sein sollte. In der genannten Entscheidung hielt das BVerfG bei entsprechender Sachlage lediglich einen Ersatz von Planungs- und Untersuchungskosten für erforderlich. Derartige Kosten sind vorliegend als vergeblich gewordene Aufwendungen von § 5 Abs. 5 WindBG-E erfasst.

II. Änderungen des BauGB

1. Änderung in § 245e Abs. 2 BauGB

Die vorgesehene Regelung in § 245e Abs. 2 BauGB enthält die befristete Zurückstellungsregelung zum Schutz der Steuerungswirkung der im WindBG vorgesehenen Flächenausweisungen. Das Novellierungsbedürfnis erscheint – wie eingangs skizziert – nachvollziehbar, weil das Gesetz bisher eine Zurückstellungsmöglichkeit nur zugunsten kommunaler Windenergieplanungen zuließ, die Länder aber einen regionalplanerischen Steuerungsansatz verfolgen und eine landesrechtliche Zurückstellung zum Schutz der regionalplanerischen Steuerung vom OVG Münster wegen der bundesrechtlichen Lage verworfen wurde. Insoweit kann weitgehend auf die ausführliche Gesetzesbegründung verwiesen werden.

Der Entwurf sieht keine „Zurückstellung“ vor, sondern die Untersagung einer Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens. Ein sachlicher Unterschied zur Zurückstellung ist jedoch nicht erkennbar.

Bedenken bestehen gegen den Regelungsvorschlag, weil Art. 16b Abs. 1 RL (EU) 2023/2413 vom 18. Oktober 2023 (RED III) die Mitgliedstaaten verpflichtet sicherzustellen, dass

„das Genehmigungsverfahren gemäß Artikel 16 Absatz 1 für Projekte im Bereich der erneuerbaren Energie, die sich außerhalb von Beschleunigungsgebieten für erneuerbare Energie befinden, nicht länger dauert als zwei Jahre“.

Selbst unter Inanspruchnahme der in der Vorschrift vorgesehenen Verlängerungsmöglichkeit von einem halben Jahr könnte die vorgesehene Zurückstellung bis längstens Ende 2027 diese Frist unabhängig von der Verfahrensgestaltung im Übrigen – bereits überschreiten. Gegen die Annahme eines Verstoßes gegen diese Vorschrift ließe sich einwenden, dass die Zurückstellung gerade dazu dient, festzustellen, ob das Vorhaben innerhalb oder außerhalb des erst noch festzusetzenden Beschleunigungsgebiets liegt. Allerdings erscheint dieser Einwand angesichts der Voraussetzungen der Zurückstellung (dazu sogleich) fragwürdig. Soweit ein Verstoß der Zurückstellungsmöglichkeit gegen Art. 16b Abs. 1 RED III-RL angenommen wird, lässt sich in Konsequenz das Risiko eines unionsrechtlichen Haftungsanspruchs des Antragstellers nicht ausschließen. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass bei der Bestimmung des Umfangs des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs der im Gesetzesvorschlag vorgesehene Ausschluss der Haftung für entgangenem Gewinn (§ 5 Abs. 5 WindBGE) unzulässig ist (EuGH,

Problematisch erscheinen auch die Voraussetzungen für die Untersagung. Der Entwurf nennt zum einen die förmliche Einleitung des Planungsverfahrens, zum anderen, dass der Vorhabenstandort außerhalb eines ausgewiesenen oder in Planung befindlichen Windenergiegebiets liegt. Unklar ist bereits, was unter der förmlichen Einleitung des Planungsverfahrens zu verstehen ist. Der Anknüpfung liegt insoweit weder ein gesetzlich definierter Begriff oder Akt zugrunde, noch ergibt sich dieser zweifelsfrei aus einer allgemein geübten Verwaltungspraxis. Insbesondere wird auch ein förmlicher Beschluss über die Einleitung eines Planungsverfahrens keine hinreichende Basis für die zweite Voraussetzung bilden, weil die Bestimmung der Windenergiegebiete ja gerade Gegenstand des Planungsverfahrens sein wird.

Insoweit wäre es systematisch naheliegend, an die Neuregelung in § 3 Abs. 1 Nr. 4a ROG anzuknüpfen. Dort findet sich eine Definition für „in Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung“. Darunter sind Ziele der Raumordnung zu verstehen, „die nach Durchführung des Beteiligungsverfahrens nach § 9 Absatz 2 in einem die Ergebnisse der Beteiligung berücksichtigenden Planentwurf enthalten sind und als solche den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gegeben wurden“. Diese Begriffsbestimmung beruht auf einer Entscheidung des BVerwG (vgl. ROGÄndGE, BT-Drs. 20/4823, S. 21 mit Bezugnahme auf BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2005 – 4 C 5.04, BVerwGE 122, 364). Diese besagt im Kern, dass der Schutz der in Aufstellung begriffenen Planung voraussetzt, dass diese jedenfalls bereits eine hinreichend konkretisierte Gestalt angenommen hat. Davon sei aber erst auszugehen, wenn der Planentwurf bereits zur Durchführung des Beteiligungsverfahrens ausgelegt hat.

2. Änderung in § 249 Abs. 2 BauGB

Die Neuregelung in § 249 Abs. 2 BauGB steht in engem Zusammenhang mit der bereits besprochenen Regelung in § 5 Abs. 5 WindBG. Sie regelt die Bedeutung des Eintritts der Entprivilegierung für bereits laufende, noch nicht abgeschlossene Genehmigungsverfahren. Danach soll, wenn die Erreichung der (Teil-)Flächenziele festgestellt wurde, die Entprivilegierung grundsätzlich auch solchen Vorhaben entgegengehalten werden können, deren Genehmigung bereits vorher beantragt wurde und zwar auch dann, wenn zum Zeitpunkt der Feststellung die Genehmigungsfrist nach § 10 Abs. 6a BImSchG bereits abgelaufen war. An diese Fälle knüpft dann die Beschränkung der Schadensersatzpflicht nach § 5 Abs. 5 WindBG an. Die damit verbundene Rückwirkung der Entprivilegierung ist grundsätzlich zulässig. Auch insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen der Gesetzesbegründung verwiesen werden. Die Rückwirkung wird nur für die Fälle ausgeschlossen, in denen die Genehmigungsfrist bereits abgelaufen war, bevor das WaLG in Kraft trat. Diese Differenzierung erscheint wenn nicht verfassungsrechtlich notwendig, so doch zumindest angemessen. Denn dem betroffenen Antragstellerkreis kann die Kenntnis der Systemumstellung durch das WaLG nicht entgegengehalten werden. Sie konnten nicht damit rechnen, dass ihr Vorhaben zum Schutz der Steuerungswirkung einer bevorstehenden Positivplanung mit Entprivilegierungswirkung zurückgestellt und dann nach § 35 Abs. 2 BauGB zu beurteilen sein würde. Ihr Vertrauen weitergehend zu schützen als das Vertrauen derer, die mit ihrem Antrag diesen Regelungsmechanismen zuvorkommen wollten, ist angemessen.