

# LEGALREPORT

## Klimarecht

# Klimaschutz 2.0

*Das Osterpaket: Ein Blick  
in die rechtliche Landschaft  
der Zukunft*



Mit dem sog. „Osterpaket“ der Bundesregierung, mit dem das gesamte Energierecht umfassend novelliert worden ist, sollen die klimapolitischen Zielvorstellungen der Ampelkoalition Realität werden. Es handelt sich hierbei um die größte energiepolitische Gesetzesnovellierung der vergangenen Jahrzehnte, mit dem das EnWG, EEG und WindSeeG umfangreiche Änderungen erfahren haben und durch das neugefasste Energiefinanzierungsgesetz ergänzt werden.

Aufgrund der weltpolitischen Gesamtlage ist der Ausbau und die Verfügbarkeit erneuerbarer Energien allerdings nicht mehr nur eine klimapolitische Frage, sondern auch eine Frage der nationalen Sicherheit. Vor diesem Hintergrund soll die Transformation der Energiewirtschaft mit einer neuen Dringlichkeit vorangetrieben werden.

Was verbirgt sich aber hinter dem Osterpaket konkret? Dies ist Inhalt dieser Ausgabe von LEGAL REPORT.

### INHALT

- **Überblick:** Das „Osterpaket“. Bedeutung, Hintergründe und Auswirkungen
- Die aktuelle **Entscheidung** – BVerfG, Beschl. v. 27.09.2022, Az. 1 BvR 2661/21
- **Akteure:** Entbürokratisierung der Bürgerenergiegesellschaften
- Auswirkungen für **Gemeinden:** Eingriff in die kommunale Planungshoheit?
- Landesregelungen (am Beispiel NRW)



Überblick

# Klimaschutz 2.0

## Das „Osterpaket“ der Bundesregierung: Bedeutung und Auswirkungen

„Wir machen es zu unserer gemeinsamen Mission, den Ausbau der Erneuerbaren Energien drastisch zu beschleunigen und alle Hürden und Hemmnisse aus dem Weg zu räumen.“<sup>1</sup> So heißt es im Koalitionsvertrag der Ampelregierung. Mit dem sog. „Osterpaket“, einem umfangreichen Gesetzespaket von insgesamt mehr als 500 Seiten, sollen viele energiepolitische Inhalte des Koalitionsvertrags umgesetzt werden – allerdings nicht mehr nur aus den klimapolitischen Gründen, wie sie im Koalitionsvertrag verankert sind. Eine zusätzliche, vielleicht sogar vorrangige Dringlichkeit einer energiepolitischen Wende beruht auf dem völkerrechtswidrigen Einmarsch Russlands in die Ukraine, weshalb erneuerbare Energien zu einer Frage der nationalen Sicherheit, gar zu „Freiheitsenergien“<sup>2</sup> – zwecks Erlangung der Unabhängigkeit von russischen Gasimporten – geworden sind.

### I. Einleitung

Der Ausbau erneuerbarer Energien kam bisher nur schleppend voran. Lediglich ca. 0,8 % der Bundesfläche sind nach aktuellem Stand für die Nutzung von Windenergie an Land ausgewiesen. Und tatsächlich verfügbar sind sogar nur 0,5 % der Bundesfläche.<sup>3</sup> Nicht nur aus den bei Regierungsantritt bekannten klimapolitischen, sondern auch aus den zwischenzeitlich in den Vordergrund gerückten sicherheitspolitischen Gründen hat der Bundestag das Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) neu gefasst und als Teil des sog. „Osterpakets“ der Bundesregierung<sup>4</sup> am 07.07.2022 beschlossen. Darin wurde in § 2 Abs. 1 EEG nun der Grundsatz verankert, dass die Nutzung erneuerbarer Energien im „überragenden öffentlichen Interesse [liegt] und der öffentlichen Sicherheit



Das Osterpaket: Ein energie- und sicherheitspolitischer Durchbruch?  
Bild © Kampan/Shutterstock.com

[dient]“.

Durch eine Vielzahl einzelner Gesetzesvorlagen zum beschleunigten Ausbau erneuerbarer Energien soll insbesondere der Missstand behoben werden, dass die Ausweisung von Flächen für die Windenergie etwa 5 bis 10 Jahre dauert.<sup>5</sup> Auch die in diesem Zusammenhang ergangene „Substanzrechtsprechung“ des Bundesverwaltungsgerichts wird durch die neuen Vorgaben überholt<sup>6</sup>; der Gesetzgeber schafft der Windenergie jetzt selbst substanziell Raum, in dem er das verbindliche Ziel ausgibt, 2 % der Bundesfläche für die Windenergie zur Verfügung zu stellen. Bis 2030 sollen so mindestens 80 % des Strombedarfs aus erneuerbaren Energien gedeckt werden, was einer Verdopplung gegenüber 2021 entspricht.<sup>7</sup>

Ob dieses ambitionierte Ziel durch den Gesetzgeber erreicht werden kann und das „Osterpaket“ damit tat-

<sup>1</sup> Koalitionsvertrag der Bundesregierung, Zeilen 1801-1802; verfügbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (Abruf vom 17.12.2022).

<sup>2</sup> Bundesfinanzminister Christian Linder in einer Rede vor dem Bundestag vom 27.02.2022.

<sup>3</sup> BT-Drs. 20/2355 vom 21.06.2022, S. 1f.

<sup>4</sup> Überblickspapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz vom 06.04.2022.

<sup>5</sup> BT-Drs. 20/2355 vom 21.06.2022, S. 2.

<sup>6</sup> BVerwG, Urt. V. 17.12.2002 – 4 C 15/01 – juris, Rn. 29; Urt. V. 13.03.2003 – 4 C 4/02 – juris, Rn. 41.

<sup>7</sup> BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022, S. 1.

sächlich einen wichtigen Beitrag zum Ausbau erneuerbarer Energien leistet, wollen wir nachfolgend und in den weiteren Aufsätzen untersuchen.

## II. Die wichtigsten Gesetzesänderungen

Die wichtigsten Neuerungen betreffen wohl das neu geschaffene Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG) sowie Änderungen am EEG und am Baugesetzbuch (BauGB). Diese werden nachfolgend in gebotener Kürze vorgestellt.

### 1. WindBG

Das WindBG oder auch „Gesetz zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land“ setzt erstmals verbindliche Flächenziele der einzelnen Bundesländer fest, sog. Flächenbeitragswerte, welche diese zum 2 %-Ziel beizusteuern haben. Dabei orientieren sich die Flächenbeitragswerte an den Flächenkapazitäten der jeweiligen Bundesländer, weshalb z.B. Sachsen-Anhalt 2,2 % der Landesfläche zur Verfügung stellen muss, die drei Stadtstaaten hingegen nur 0,5 %.<sup>8</sup> Durch diese gesetzlichen Mengenvorgaben sollen komplexe methodische Anforderungen an die planerische Ausweisung von Windenergiegebieten ersetzt werden.

Aber was genau sind eigentlich Windenergiegebiete? Der Begriff ist in § 2 Nr. 1 WindBG definiert als Ausweisung von Flächen für die Windenergie an Land in Raumordnungs- oder Bauleitplänen, wenn es sich hierbei entweder um

- Vorranggebiete und vergleichbare Gebiete in Raumordnungsplänen oder Baugebiete in Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen handelt, oder um
- Eignungs- und Vorbehaltsgebiete in Raumordnungsplänen.

Die einzelnen Bundesländer kommen ihrer gesetzlichen Pflicht zur Ausweisung von Windenergiegebieten nach, indem sie also entweder selbst die Flächen in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen ausweisen oder den regionalen wie kommunalen Planungsträgern verbindliche Teilflächenziele auferlegen, welche diese dann durch Ausweisung von Flächen in Bauleitplänen zu erreichen haben.<sup>9</sup>

Die nur schwer zu greifende Frage, wann ein kommunaler Planungsträger der Windkraft „substantiell Raum gelassen“<sup>10</sup> hat, wird durch eine verbindliche gesetzliche Regelung der eigentlichen Planung vorgelagert, wodurch die Gemeinden und (Land-)Kreise nicht mehr mit der Ungewissheit belastet werden, ob sie ausreichend Flächen für die Windenergie ausgewiesen haben.

### 2. Änderung BauGB

Die wichtigsten Änderungen im BauGB spielen sich in dem neuen § 245e und der Neufassung des § 249 ab.<sup>11</sup> Diese beziehen sich auf die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB, wonach die kommunalen Planungsträger durch Ausweisung sog. Windkonzentrationszonen in Flächennutzungsplänen oder in Raumordnungsplänen verhindern können, dass Windenergieanlagen an anderer Stelle im Plangebiet gebaut werden. Die Möglichkeit einer bloßen Verhinderungsplanung in Form einer „Feigenblatt-Planung“<sup>12</sup> soll ausgeschlossen werden.

Konkret laufen die Gesetzesänderungen auf einen neuen Dualismus der Zulassung von Vorhaben die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung von

<sup>8</sup> BT-Drs. 20/2355 vom 21.06.2022, Anlage 1 zu § 3 Abs. 1 WindBG.



Was sind Windenergiegebiete? Diese Frage wird in den nächsten Jahren erhebliche Bedeutung erlangen.  
Bild © lovelyday12/Shutterstock.com.

<sup>9</sup> Vgl. § 3 WindBG.

<sup>10</sup> BVerwG, Urt. V. 17.12.2002 – 4 C 15/01 – juris, Rn. 29; Urt. V. 13.03.2003 – 4 C 4/02 – juris, Rn. 41.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 20/2355 vom 21.06.2022, S. 11ff.

<sup>12</sup> BVerwG, Urt. V. 17.12.2002 – 4 C 15/01 – juris, Rn. 29.

Windenergie dienen (Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) hinaus. Maßgeblich für die Zulassung ist die vorgelagerte Frage, ob das Land oder der kommunale Planungsträger durch die Ausweisung von Windenergiegebieten den Flächenbeitragswert oder ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel erreicht hat, oder nicht. Ist dies der Fall, entfällt die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich<sup>13</sup> und die Anlagen sind grundsätzlich nur in den ausgewiesenen Flächen zulässig. Stehen den Windenergieanlagen jedoch nicht genügend ausgewiesene Flächen zur Verfügung können die kommunalen Planungsträger der Zulassung von Windenergieanlagen Darstellungen in Flächennutzungsplänen oder Ziele der Raumordnung nicht entgegenhalten.<sup>14</sup>

Die gesetzliche Neukonzeptionierung der Zulassung von Windenergieanlagen stellt sicher, dass für den Ausbau der Windenergie genügend Flächen zur Verfügung stehen; sei es unter Beteiligung der kommunalen Planungsträger oder, bei Verfehlung der Teilflächenziele, ohne diese.

### 3. Änderung EEG

Durch das „Sofort-Maßnahmen-Gesetz“<sup>15</sup> wird insbesondere das EEG in großem Stile überarbeitet.<sup>16</sup> Um das gesetzliche Ziel zu erreichen, bis zum Jahr 2030 80 % des Strombedarfs aus erneuerbaren Energien zu decken, muss die hierfür benötigte Stromleistung mehr als verdoppelt werden. Dazu werden in § 4 EEG 2023 verbindliche Ausbaupfade für die verschiedenen Energieträger vorgesehen.

Um die benötigte Beschleunigung des Ausbaus der erneuerbaren Energien insbesondere im Bereich des Ausbaus der Photovoltaik erreichen zu können, soll es wieder eine Förderung für Photovoltaik-Anlagen auf Dächern geben, die sich auf bis zu 13,8 Cent/kWh belaufen soll<sup>17</sup> und nicht auf eine Gesamtstromleistung von 500 MW gedeckelt wird.

Daneben soll das bürgerschaftliche Engagement in sog. Bürgerenergiegesellschaften gestärkt werden. Die wohl wichtigste Änderung in diesem Bereich betrifft die Ausnahme der Wind- und Solarprojekte

<sup>13</sup> Die Zulässigkeit richtet sich gem. § 249 Abs. 2 BauGB (n.F.) nunmehr nach § 35 Abs. 2 BauGB.

<sup>14</sup> Vgl. § 249 Abs. 7 BauGB (n.F.).

<sup>15</sup> Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor, vgl. BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022.

<sup>16</sup> BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022, S. 13ff.

<sup>17</sup> BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022, S. 3.

von Bürgerenergiegesellschaften von der Freiflächenausschreibung, gepaart mit einem neuen Förderprogramm für die Windenergie. Hierdurch soll eine erhebliche Entbürokratisierung erreicht werden.

Zuletzt soll auch die sog. EEG-Umlage wegfallen, also die Förderung der erneuerbaren Energien über den allgemeinen Strompreis. Der Finanzbedarf soll zukünftig aus dem Sondervermögen „Energie- und Klimafonds“ gedeckt werden.<sup>18</sup>

### 4. BNatSchG

Auch das Bundesnaturschutzgesetz durchläuft eine Änderung. Durch bundeseinheitliche Standards für die artenschutzrechtliche Prüfung im Rahmen der Flächenausweisung für Windenergiegebiete und die Einbeziehung von Landschaftsschutzgebieten in die Flächenauswahl sollen die Verfahren beschleunigt und gleichzeitig das ökologische Schutzniveau auf einem hohen Standard gehalten werden.<sup>19</sup>

Die Möglichkeit der Ausnahmeerteilung nach dem bisherigen § 45 Abs. 7 BNatSchG soll nunmehr im neuen § 45b BNatSchG durch einheitliche Abstands-

<sup>18</sup> BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022, S. 4.

<sup>19</sup> BT-Drs. 20/2354 vom 21.06.2022, S. 1.



Mensch, Natur und Klimaschutz: Die Ziele lassen sich nicht immer miteinander vereinbaren.

Bild © B.Zhou/Shutterstock.com

flächen zu Brutplätzen von Brutvogelarten erleichtert werden. Noch darüberhinausgehende Erleichterungen sind für das sog. Repowering von Windenergieanlagen im neu geschaffenen § 45c vorgesehen. So soll die Signifikanzschwelle grundsätzlich nicht überschritten sein, wenn die Auswirkungen von Neuanlagen mit denen der Bestandsanlagen gleichzusetzen sind.<sup>20</sup>

Der ebenfalls neu geschaffene § 45d sieht vor, dass das Bundesamt für Naturschutz nationale Artenhilfsprogramme zum dauerhaften Schutz derjenigen Tierarten aufstellt, die durch den Ausbau der erneuerbaren Energien besonders betroffen sind. An der Finanzierung sollen unter bestimmten Voraussetzungen diejenigen Anlagenbetreiber beteiligt werden, die für den Bau von Windenergieanlagen keine Ausgleichsmaßnahmen treffen müssen.

### III. Fazit

Die Änderungen hinsichtlich der Zulassung von Windenergieanlagen im Außenbereich und der Entbürokratisierung der Bürgerenergiegesellschaften, die in den nachfolgenden Artikeln einer näheren

<sup>20</sup> § 45c Abs. 1 S. 4 BNatSchG.

Betrachtung unterzogen werden, haben tatsächlich das Potential, dass die verbindlichen Flächenbeitragswerte für Windenergie, bundeseinheitliche Artenschutzstandards und verschiedene Ansätze zur Entbürokratisierung den Ausbau erneuerbarer Energien erheblich beschleunigen. Insofern wird man hier durchaus vom Klimaschutz 2.0 sprechen können.

Allerdings bleiben weiterhin Fragen im Zusammenhang mit der Stromproduktion und -verteilung ungeklärt. Beispielhaft seien hier regionale Preiszonen genannt, welche der erheblichen Produktion von Windenergie in den Küstenländern durch niedrigere Strompreise Rechnung tragen würden und von diesen regelmäßig eingefordert werden.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> So z.B. in der Welt am Sonntag, abgerufen am 17.12.2022 unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/article241227349/Strompreise-Kuestenlaender-fordern-Aufteilung-in-regionale-Preiszonen.html>.



Wenn es doch so einfach wäre mit der Harmonie von Natur, Klimaschutz und Energiepolitik. Dann hätte sich der Gesetzgeber das „Osterpaket“ wohl auch sparen können. – Bild © B.Zhou/Shutterstock.com

Die aktuelle Entscheidung:

# Verbot von Windrädern im Wald ist verfassungswidrig!

BVerfG, Beschl. v. 27.09.2022, Az. 1 BvR 2661/21

In seiner aktuellen Fassung sieht das Thüringer Waldgesetz in § 10 Abs. 1 S. 2 vor, dass Waldflächen ausnahmslos nicht zur Errichtung von Windenergieanlagen genutzt werden dürfen. Gegen diese Regelung haben private Waldbesitzer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben – mit Erfolg!<sup>1</sup>

Neben Thüringen schließen auch Schleswig-Holstein (§ 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG) und Sachsen-Anhalt (§ 8 Abs. 1 Satz 3 LWaldG) derzeit durch Gesetz die Nutzung von Waldflächen für die Errichtung von Windenergieanlagen faktisch ausnahmslos aus.

Restriktive Regelungen bestehen in NRW, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen, wobei die Ausschlusskriterien in den Ländern unterschiedlich ausfallen.

In Niedersachsen wurde das Landes-Raumordnungsprogramm (LROP-VO 2017) hingegen im September 2022 fortgeschrieben und statt der ehem. restriktiven

Regelung<sup>2</sup> eine Öffnung des Waldes (und in Grenzen sogar der Landschaftsschutzgebiete) für derartige Vorhaben aufgenommen.<sup>3</sup>

Das Verbot, Windenergieanlagen im Wald zu erstellen, betrifft die Gesetzgebungskompetenz über die Nutzung von Grund und Boden (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) - so das BVerfG. In Gestalt des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB habe der Bundesgesetzgeber die ihm insofern zustehende Kompetenz bereits abschließend ausgeübt und dort die Privilegierung von Windkraftanlagen im sog. Außenbereich verankert. Dies könne nicht durch den Landesgesetzgeber dergestalt durchbrochen werden, dass Windenergieanlagen im Wald verboten werden. Hierfür fehle dem Landesgesetzgeber die Gesetzgebungszuständigkeit. Außerdem leiste der Ausbau der Nutzung der Windkraft einen

<sup>2</sup> LROP-VO 2017, Abschnitt 4.2 Energie, 04 S. 8.

<sup>3</sup> LROP-VO 2022, Abschnitt 4.2.1 Erneuerbare Energieerzeugung, 02 S. 6ff.

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.09.2022, Az. 1 BvR 2661/21.



Bild © Hadrian/Shutterstock.com

faktisch unverzichtbaren Beitrag zu der verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG und durch grundrechtliche Schutzpflichten gebotenen Begrenzung des Klimawandels, wonach erhebliche weitere Anstrengungen der Treibhausgasreduktion unternommen werden müssen, um das verfassungsrechtlich maßgebliche Klimaschutzziel zu wahren, die Erderwärmung bei deutlich unter 2,0 °C, möglichst 1,5 °C anzuhalten. Der mit dem vollständigen Ausschluss von Windenergieanlagen einhergehende Eingriff in das grundgesetzlich geschützte Eigentumsrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) der Waldeigentümer sei dementsprechend nicht gerechtfertigt.

Die Entscheidung des BVerfG vom 27.09.2022 hat direkte Auswirkungen auf die Erfüllbarkeit der Vorgaben des sog. „Wind-an-Land-Gesetzes“<sup>4</sup>. Danach müssen bis Ende 2027 1,4 % der Bundesflächen für Windenergie bereitstehen und bis Ende 2032 ganze 2 %.<sup>5</sup>

Den Landesgesetzgebern bleibt es bei der nunmehr erforderlichen Anpassung ihrer Waldgesetze

<sup>4</sup> Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land, BGBl. 2022 I, 1353, tritt am 01.02.2023 in Kraft.

<sup>5</sup> Bisher sind bundesweit 0,8 Prozent der Landesfläche für Windenergie an Land ausgewiesen – allerdings sind nur 0,5 Prozent davon tatsächlich verfügbar (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/wind-an-land-gesetz-2052764>).

nach der Entscheidung des BVerfG ausdrücklich unbenommen, die Errichtung von Windenergieanlagen bei einem überwiegenden Schutzbedürfnis des Waldes auszuschließen, wenn die betreffenden Flächen aufgrund ihrer ökologischen Funktion, ihrer Lage oder auch wegen ihrer Schönheit schutzwürdig und -bedürftig sind. Dies resultiert aus der Gesetzgebungskompetenz der Länder für den Naturschutz und die Landschaftspflege. Für die Umsetzung der Zielvorgaben nach dem sog. „Wind-an-Land-Gesetz“ werden daher voraussichtlich v.a. sog. Kalamitätsflächen<sup>6</sup>, bei denen eine forstwirtschaftliche Nutzung wegen Waldschäden, etwa aufgrund von Sturmfolgen oder Schädlingen, nicht oder nur sehr eingeschränkt möglich ist, in Betracht kommen.

<sup>6</sup> Lt. Abfrage des BMEL mit Stand vom 31.12.2020 sind bundesweit Kalamitätsflächen von rd. 277.000 ha zu verzeichnen, vgl. Waldbericht der Bundesregierung 2021.



Lässt sich die Nutzung von Waldflächen für die Errichtung von Windenergieanlagen durch den Landesgesetzgeber ausschließen? Das BVerfG hat dem Landesgesetzgeber seine (Zuständigkeits-)Grenzen aufgezeigt.

Bild © Bene\_A/Shutterstock.com

Stärkung der Windenergie vor Ort

# Entbürokratisierung von Bürgerenergiegesellschaften

## I. Einleitung

Um die Ausbauziele für erneuerbare Energien zu erreichen, kommt es auf viele verschiedene Akteure an. Neben den kommunalen und regionalen Planungsträgern, welche insbesondere für die Ausweisung von Windenergiegebieten und damit für die planungsrechtliche Grundlage des Ausbaus von Windenergieanlagen zuständig sind, treten noch die vielfältigen privaten Akteure auf, die den eigentlichen Bau der Windenergieanlagen übernehmen. Dabei handelt es sich mitnichten nur um große Unternehmen wie Energiekonzerne oder Stadtwerke. Ein wesentlicher Akteur, insbesondere wenn es um die Akzeptanz der Nutzung von Windenergie „vor Ort“ geht, ist die Bürgerenergiegesellschaft.

Entsprechend der gesetzlichen Definition des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) 2021 ist unter einer Bürgerenergiegesellschaft

„jede Gesellschaft [zu verstehen], die aus mindestens 10 natürlichen Personen als stimmberechtigten Mitgliedern oder Anteilseignern besteht, bei der mindestens 51 % der Stimmrechte bei natürlichen Personen liegen, die seit mindestens einem Jahr vor der Gebotsabgabe in der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis, in der oder dem die geplante Windenergieanlage an Land errichtet werden soll, mit ihrem Hauptwohnsitz gemeldet sind, und bei der kein Mitglied oder Anteilseigner der Gesellschaft mehr als 10 % der Stimmrechte hält.“<sup>1</sup>

Im EEG 2023 wird das „Aufgabenportfolio“ von Bürgerenergiegesellschaften noch um Solarenergie erweitert.<sup>2</sup> Bereits in der gesetzlichen Definition wird der besondere lokale Bezug der Mitglieder einer Bürgerenergiegesellschaft deutlich. Um dieses Engagement zu stärken, sollen mit dem neuen EEG 2023 deren Wind- und Solarprojekte von Ausschreibungen aus-



*Jede(r) sollte in erneuerbare Energien investieren, so die Idee des Gesetzgebers. Erneuerbare Energien-Anlagen als Projekte für Bürgerenergiegesellschaften oder gar als Familienprojekte?*

*Bild © anatolij\_gleb/Shutterstock.com*

genommen und dadurch entbürokratisiert werden.<sup>3</sup> Auf die im EEG 2023 geplanten Maßnahmen zur Entbürokratisierung wird nachfolgend im Einzelnen eingegangen.

## II. Ausschreibungspflicht

Wie bereits kurz angesprochen, soll ein wesentlicher Schritt zur Entbürokratisierung die Ausnahme von Bürgerenergiegesellschaften von der Ausschreibungspflicht für staatliche Förderung darstellen. Bisher konnte nur derjenige Marktteilnehmer eine staatliche Förderung erhalten, der an einem Ausschreibungsverfahren für Windenergie- und Solaranlagen teilnahm.<sup>4</sup>

Die Neuregelung des EEG sieht nunmehr vor, dass Bürgerenergiegesellschaften auch ohne eine Ausschreibung eine staatliche Förderung erhalten können.<sup>5</sup> Maßgebliches Kriterium ist nunmehr, dass die Bürgerenergiegesellschaft als Ganzes sowie die ein-

<sup>1</sup> § 3 Nr. 15 EEG 2021.

<sup>2</sup> Vgl. nur die Änderungen in § 22 EEG 2023, wonach Solaranlagen von Bürgerenergiegesellschaften von der wettbewerblichen Ermittlung der Marktprämie ausgenommen sind.

<sup>3</sup> BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022, S. 3.

<sup>4</sup> § 22 i.V.m. § 19 EEG 2021.

<sup>5</sup> § 22 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 EEG 2023; BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022, S. 28.

zelen Mitglieder und verbundenen Unternehmen innerhalb der dem Antrag auf Förderung vorangegangenen fünf Jahre keine weiteren Windenergieanlagen an Land in Betrieb genommen haben (sog. Sperrfrist).<sup>6</sup> Dieser Vorschrift liegt die Überlegung zugrunde, dass Bürgerenergiegesellschaften nur ein Zusammenschluss für einzelne Windenergie- und Solarprojekte sein und bleiben sollen und gerade nicht zu Energieunternehmen anwachsen sollen.<sup>7</sup> Zudem dürfen die Anlagen eine Größenordnung von 18 MW (Windkraft) oder 6 MW (Photovoltaik) nicht überschreiten.

Die tatsächliche Förderung der Projekte erfolgt dann entweder über die Zahlung einer Marktprämie oder einer Einspeisevergütung. Wesentliche Änderungen finden in diesem Bereich nicht statt.

Ob sich der zeitliche Aufwand mit diesen Änderungen tatsächlich auf 20 Minuten für die erforderliche Mitteilung an die Bundesnetzagentur<sup>8</sup> bzw. auf 60 Minuten für die Anfertigung der entsprechenden Nachweise<sup>9</sup> begrenzen lässt, wird sich erst noch herausstellen müssen und dürfte wohl entscheidend an der praktischen (behördlichen) Umsetzung hängen.

### III. Förderprogramm

Die bisher schon möglichen finanziellen Förderungen von Bürgerenergiegesellschaften sollen durch das neue Förderprogramm „Bürgerenergiegesellschaften“ ergänzt werden.<sup>10</sup> Gefördert werden insbesondere Arbeiten in der Planungs- und Genehmigungsphase von Windenergieanlagen an Land, und zwar bis zu 70 % der hierfür anfallenden Kosten.<sup>11</sup> Dazu gehören vor allem Machbarkeitsstudien, Standortanalysen und Wirtschaftlichkeitsberechnungen.<sup>12</sup>

### IV. Fazit

Das „Osterpaket“ der Bundesregierung macht deutlich, dass es Bürgerenergiegesellschaften als maßgeblichen Akteur der Energiewende erkannt hat.

Nur indem die Bürger vor Ort unmittelbar in die Realisierung von Windenergie- und Solarprojekten einbezogen werden, kann deren zügiger Ausbau erfolgen, ohne auf allzu großen Widerstand aus der Bevölkerung zu stoßen.

Ob die Bundesregierung jedoch möglicherweise über das Ziel hinausgeschossen ist, indem es für die Förderung eine Sperrfrist von fünf Jahren vorsieht und damit erfahrenere und vielleicht kompetentere Marktteilnehmer von Fördermöglichkeiten ausschließt, wird sich noch zeigen müssen. Die Bundesnetzagentur zumindest will über die Auswirkungen der EEG-Novellierung jährlich gegenüber der Bundesregierung Bericht erstatten.<sup>13</sup> Einer Beschleunigung des Ausbaus von Erneuerbaren Energien scheint diese Regelung allerdings nicht zuträglich zu sein.

<sup>6</sup> § 22b Abs. 1 Nr. 3 EEG 2023.

<sup>7</sup> BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022, S. 180.

<sup>8</sup> BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022, S. 149.

<sup>9</sup> BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022, S. 149.

<sup>10</sup> BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022, S. 141.

<sup>11</sup> Förderprogramm „Bürgerenergiegesellschaften“ bei Windenergie an Land, Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz vom 24.03.2022, S. 2.

<sup>12</sup> Förderprogramm „Bürgerenergiegesellschaften“ bei Windenergie an Land, Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz vom 24.03.2022, S. 1.

<sup>13</sup> BT-Drs. 20/1630 vom 02.05.2022, S. 140.

Das Osterpaket aus Sicht der Gemeinden

# Eingriff in die kommunale Planungshoheit?

Auswirkungen des Windenergieflächenbedarfsgesetzes (WindBG) auf Länder und Kommunen

## I. Einleitung

In dem neu geschaffenen Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG) werden für alle Bundesländer verbindliche Flächenbeitragswerte für die Ausweisung von Windenergiegebieten festgesetzt. Insgesamt sollen 2 % der Bundesfläche für Windenergie zur Verfügung stehen. Diese 2 % verteilen sich jedoch sehr unterschiedlich auf die Bundesländer. Maßgeblich für den jeweiligen Flächenbeitragswert ist grundsätzlich die zur Verfügung stehende Fläche im jeweiligen Bundesland. So erklärt sich, dass die Stadtstaaten nur 0,5 % ihrer Landesfläche für die Windenergie ausweisen müssen, wohingegen große Flächenländer, wie Sachsen-Anhalt und Niedersachsen 2,2 % ihrer Landesfläche ausweisen müssen und damit einen größeren Anteil an dem Gesamtziel zu tragen haben.<sup>12</sup> Die Länder müssen in einem ersten Schritt bis zum 31.12.2026 Teilziele nachweisen.<sup>3</sup> Das Erreichen des Flächenbeitrags müssen sie erst bis zum 31.12.2032 nachweisen.<sup>4</sup>

Dabei steht es den Ländern grundsätzlich frei, ob sie die Flächen für die Windenergie selbst in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen ausweisen oder durch den Flächenbeitragswert in regionale oder kommunale Teilflächenziele aufteilen und die Ausweisung der Flächen somit den regionalen oder kommunalen Planungsträgern überlassen<sup>5</sup>.

Doch wie genau stellt sich die Ausweisung von Flä-

chen für die Windenergie praktisch dar und welche Anforderungen ergeben sich dadurch an die Gemeinden? Und in welchem Umfang ändert sich dadurch die kommunale Planungshoheit? Diesen Fragen soll auf den nächsten Seiten nachgegangen werden.

## II. Ausweisung von Flächen für die Windenergie

Das maßgebliche Steuerungsinstrument des „Osterpakets“ zur Erreichung des 2 %-Ziels ist die Ausweisung von Windenergiegebieten. Bei diesen in § 2 Nr. 1 WindBG definierten Flächen (siehe dazu die Erläuterungen auf S. 4) handelt es sich zunächst um „reguläre“ Flächenausweisungen, wie sie bisher schon in Form von Windkonzentrationszonen in Flächennutzungsplänen üblich sind. Maßgeblich für die Anrechnung auf die Flächenbeitragswerte bzw. Teilflächenziele – und das versteht sich eigentlich von selbst – ist nur die tatsächliche Fläche im Windenergiegebiet und nicht der Plan, der diese Fläche ausweist. So können zwar mehrere Pläne die gleiche Fläche als Windenergiegebiet ausweisen – z.B. ein Flächennutzungsplan und der daraus entwickelte Bebauungsplan – gleichwohl wird die Fläche nur einmal auf den Flächenbeitragswert oder das Teilflächenziel angerechnet.<sup>6</sup>

Weitere Voraussetzung für die (vollständige) Anrechenbarkeit einer Fläche ist, dass es sich bei dieser

<sup>1</sup> BT-Drs. 20/2355 vom 21.06.2022, Anlage 1 zu § 3 Abs. 1 WindBG.

<sup>2</sup> Hier evtl. Grafik zu allen Flächenbeitragswerten einfügen.

<sup>3</sup> BT-Drs. 20/2355 vom 21.06.2022, Anlage 1 zu § 3 Abs. 1 WindBG.

<sup>4</sup> § 3 Abs. 1 S. 2 WindBG.

<sup>5</sup> Vgl. § 3 Abs. 2 WindBG.

<sup>6</sup> Vgl. § 4 Abs. 1 WindBG.



Ausweisung von Flächen für die Windenergie als Kernelement des „Osterpakets“. – Bild © Frederick Doerschem/Shutterstock.com

nicht um eine sog. Rotor-innerhalb Fläche handelt<sup>7</sup>, welche in § 2 Nr. 2 WindBG definiert werden. Hierbei handelt es sich um Flächen (Windenergiegebiete), in denen entweder bestimmt worden ist, dass die Rotorblätter von Windenergieanlagen innerhalb der ausgewiesenen Fläche liegen müssen oder die zumindest keine Vorgaben hinsichtlich der Verteilung der Windenergieanlagen in der Fläche machen. Sinn und Zweck dieser Regelung ist die Tatsache, dass die in einer ausgewiesenen Fläche erzielbare Leistung durch Windenergie erheblich gemindert wird, wenn die Rotoren der Windenergieanlage innerhalb der Fläche verbleiben müssen.<sup>8</sup>

Die Anrechenbarkeit der Flächen auf den Flächenbeitragswert oder das jeweilige Teilflächenziel wird durch den Planungsträger im Planfeststellungsbeschluss festgestellt und mit diesem bekanntgegeben. Wird das Teilflächenziel durch bereits ausgewiesene Flächen für die Windenergie erreicht, muss auch dies durch den Planungsträger festgestellt und öffentlich bekannt gemacht werden.<sup>8</sup> Die Verpflichtung zum Nachweis, dass die Teilflächenziele und letztlich der Flächenbeitragswert erfüllt werden, trifft hingegen die Länder, § 3 Abs. 1 S. 2 WindBG.

### III. Einschränkung kommunaler Planungshoheit?

Die Ausweisung von Windenergiegebieten erfolgt im Wesentlichen auf den bereits bekannten Wegen. Eine interessantere Regelung betrifft die Zulassung von Windenergieanlagen im Außenbereich. Diese ergibt

<sup>7</sup> Vgl. § 4 Abs. 3 WindBG.

<sup>8</sup> BT-Drs. 20/2355 vom 21.06.2022, S 24f.



*Bin ich bzw. ist die Gemeinde noch „Herr(in)“ des Gemeindegebiets, so mag sich manch ein Bürgermeister fragen? Denn es drängt sich durchaus die Frage auf, ob das Windenergieflächenbedarfsgesetz die Planungshoheit der Gemeinden einschränkt.  
Bild © Khorzhevskaja/Shutterstock.com*

sich aus der grundlegenden Neufassung des § 249 BauGB. Der neue „Zulassungs-Dualismus“ soll im Folgenden vertieft dargestellt werden.

#### 1. Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB

Den kommunalen Planungsträgern stand es bisher frei, durch die Ausweisung von Windkonzentrationszonen in Flächennutzungsplänen die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herbeizuführen, wonach dem Bau von Windenergieanlagen an anderer Stelle öffentliche Belange in der Regel entgegenstehen.

§ 249 Abs. 1 BauGB in der geplanten Neufassung schließt die Anwendung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen,<sup>9</sup> nunmehr ausdrücklich aus. Die Ausschlusswirkung durch Ausweisung von Windkonzentrationszonen im Flächennutzungsplan ist damit grundsätzlich außer Kraft gesetzt.

An dieser Stelle kommt nun das geänderte Zulassungsverfahren zum Tragen. Dieses beruht auf der Vorüberlegung, ob durch bisherige Ausweisungen von Windenergiegebieten der Flächenbeitragswert des Landes oder ein regionales oder kommunales Teilflächenziel erreicht worden ist, oder nicht.

#### 2. Zulassung von Windenergieanlagen nach § 249 Abs. 2 BauGB

Sind bisher ausreichend Windenergiegebiete ausgewiesen worden, richtet sich die Zulassung von Windenergieanlagen nach dem neuen § 249 Abs. 2 BauGB.

<sup>9</sup> § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.

Dieser besagt, dass für die Zulassung (außerhalb von Windenergiegebieten versteht sich) nunmehr § 35 Abs. 2 BauGB die maßgebliche Vorschrift ist. Die Privilegierung von Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich entfällt folglich.

Den regionalen oder kommunalen Planungsträgern wird hierdurch quasi ein Anreiz gegeben, durch die Ausweisung von Windenergiegebieten Windenergieanlagen ausreichend Raum zu verschaffen und so die Planungshoheit über entsprechende Bauvorhaben zu behalten.

### 3. Zulassung von Windenergieanlagen nach § 249 Abs. 7 BauGB

Haben die regionalen oder kommunalen Planungsträger jedoch das Teilflächenziel durch Ausweisung von Windenergiegebieten noch nicht erreicht, treten verschiedene, im neuen § 249 Abs. 7 BauGB geregelte Rechtsfolgen in Kraft. Die beiden wohl wichtigsten sehen vor, dass Darstellungen in Flächennutzungsplänen oder Ziele der Raumordnung Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht mehr entgegengehalten werden können<sup>10</sup> und Landesgesetze über Mindestabstände von Windenergieanlagen zu Wohnbebauung nicht mehr anzuwenden sind.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> § 249 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 BauGB (n.F.).

<sup>11</sup> § 249 Abs. 7 S. 2 BauGB (n.F.).

Sollten also nicht genügend Windenergiegebiete ausgewiesen worden sein, wird die kommunale Planungshoheit erheblich eingeschränkt. Der (Bundes-) Gesetzgeber stellt so entsprechend seiner Möglichkeiten sicher, dass der Ausbau der Nutzung von Windenergie zumindest nicht an der Ausweisung von Flächen bzw. der Zulassung über § 35 BauGB scheitern wird.

### IV. Fazit

Durch die gesetzlichen Änderungen, die das „Osterpaket“ bringt, entsteht erheblicher Handlungsdruck auf die regionalen wie kommunalen Planungsträger. Maßgeblich wird daher sein, sich durch eine frühzeitige Planung in gewisser Weise „vor die Welle zu setzen“. Die gesetzlichen Fristen zur Umsetzung der gesetzlichen Neuregelung sind sicherlich nicht großzügig bemessen. Dies gilt erst Recht, wenn man sich vor Augen führt, wovon der Gesetzgeber selbst ausgeht, dass die Ausweisung von Flächen für die Windenergie etwa 5 bis 10 Jahre dauert.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> BT-Drs. 20/2355 vom 21.06.2022, S. 2.

Erlass des MWIKE NRW vom 28.12.2022

# Landesrechtliche Regelungen (am Beispiel Nordrhein-Westfalen)

Erlass zur Auslegung und Umsetzung von Festlegungen des Landesentwicklungsplans NRW im Rahmen eines beschleunigten Ausbaus der Erneuerbaren Energien

## LEP-Erlass Erneuerbare Energien

Am 28.12.2022 veröffentlichte das nordrhein-westfälische Ministerium für Wirtschaft, Industrie, Klimaschutz und Energie (MWIKE NRW) einen Erlass zur Auslegung und Umsetzung von Festlegungen des Landesentwicklungsplans NRW im Rahmen eines beschleunigten Ausbaus der Erneuerbaren Energien.

Ausgangspunkt des Erlasses ist einerseits das Ziel, in NRW bis zum Jahr 2045 Klimaneutralität zu erreichen und andererseits die Neuregelung des § 2 EEG, wonach die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen.<sup>1</sup>

Vor diesem Hintergrund erarbeitet die Landesregierung aktuell eine Änderung des Landesentwicklungsplans zum Ausbau Erneuerbarer Energien und zur Umsetzung des Wind-an-Land-Gesetzes und des darin enthaltenen Flächenbeitragswertes für Windenergieanlagen von 1,8 %, die NRW zur Verfügung zu stellen hat.<sup>2</sup>

Bis diese Änderung jedoch fertiggestellt ist, gibt der Erlass den Regionalplanungsbehörden Erläuterungen zu einzelnen Festlegungen des LEP und soll so eine Hilfestellung für den erforderlichen Ausbau der Erneuerbaren Energien darstellen. Daneben erhalten auch die kommunalen Planungsträger sowie Privatpersonen Hinweise für die landeseinheitliche Anwendung der planerischen Vorgaben.

Zunächst widmet sich der Erlass dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 27.09.2022 (1 BvR 2661/21),<sup>3</sup> wonach Waldgebiete nicht pauschal einer Windenergienutzung versperrt bleiben können, sondern einer differenzierten Prüfung zugänglich sein müssen. So soll der für die Windenergienutzung im

Wald nachzuweisende Bedarf in sog. Kalamitätsflächen regelmäßig als gegeben anzusehen sein und in Gemeinden mit einem Waldanteil von über 20 % an der Gemeindefläche ohne gesonderte Prüfung davon ausgegangen werden können, dass der Ausbaubedarf der Windenergie überwiegend *nicht* außerhalb von Waldbereichen realisierbar ist.<sup>4</sup>

Um die installierte Leistung der Photovoltaik entsprechend der Ausbauziele des EEG 2023 zu erhöhen, wurden die Kriterien für die Beurteilung der Raumbedeutsamkeit von Freiflächen-Solarenergieanlagen nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG konkretisiert. Demnach sollen entsprechende Anlagen mit einer Größe von weniger als 2 ha in der Regel nicht als raumbedeutsam einzuordnen sein. Ähnliches gilt für Freiflächen-Solaranlagen niedriger Bauhöhe auch mit einer Größe bis zu 10 ha.<sup>5</sup> Grundsätzlich soll jedoch berücksichtigt werden, dass die Anlagenausweisung im Zusammenhang mit Infrastrukturanlagen oder Gewerbegebieten erfolgt und nicht allein stehend im Freiraum oder auf landwirtschaftlichen Flächen.<sup>6</sup>

Hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Regionalplanänderung insbesondere für Freiflächen-Photovoltaikanlagen mit einer Größe von mehr als 10 ha führt das Ministerium aus, dass eine solche nicht zwingend ist, wenn hierdurch keine Konflikte entstünden, die auf Regionalebene gelöst werden müssten.<sup>7</sup>

## Zur optisch bedrängenden Wirkung einer Windenergieanlage

In seinem Urteil vom 04.05.2022 (8 D 311/21.AK) beschäftigt sich das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG Münster) erneut<sup>8</sup> mit den Voraussetzungen einer optisch bedrängen-

<sup>4</sup> LEP-Erlass Erneuerbare Energien vom 28.12.2022, Abschnitt 2.

<sup>5</sup> LEP-Erlass Erneuerbare Energien vom 28.12.2022, Abschnitt 3.2.1.

<sup>6</sup> LEP-Erlass Erneuerbare Energien vom 28.12.2022, Abschnitt 3.2.7.

<sup>7</sup> LEP-Erlass Erneuerbare Energien vom 28.12.2022, Abschnitt 4.

<sup>8</sup> Grundlegend: OVG Münster, Urt. v. 09.08.2006 – 8 A 3726/05 – juris, Rn. 73ff.

<sup>1</sup> LEP-Erlass Erneuerbare Energien vom 28.12.2022, Abschnitt 1.

<sup>2</sup> BT-Drs. 20/2355 vom 21.06.2022, Anlage 1 zu § 3 Abs. 1 WindBG.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu den Beitrag in dieser Ausgabe S. 7 f.

den Wirkung einer Windenergieanlage auf ein Wohnhaus. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die maßgebliche Windenergieanlage eine Nabenhöhe von 161 m, einen Rotordurchmesser von 158 m und sollte ca. 591 m südlich des Wohnhauses der Kläger im Außenbereich errichtet werden.

Bei der Frage nach dem Vorliegen einer optisch bedrängenden Wirkung einer Windenergieanlage, welche anders als bei angrenzender Bebauung mit Gebäuden sich nicht als „Eingemauertsein“ oder „Gefängnishofsituation“ darstelle, sondern sich vielmehr aus der Höhe der Anlage und der Rotorbewegung ergebe<sup>9</sup>, müsse zunächst nach dem Verhältnis des Abstands der Anlage zur Wohnbebauung und der Anlagenhöhe differenziert werden. So sei unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls in der Regel nicht von einer optisch bedrängenden Wirkung auszugehen, wenn der Abstand das dreifache der Anlagenhöhe betrage. Umgekehrt sei bei einem Abstand von weniger als dem zweifachen der Anlagenhöhe von einer dominanten und optisch bedrängenden Wirkung auszugehen. Einer besonders intensiven Prüfung sämtlicher Umstände des Einzelfalls bedarf es folglich immer dann, wenn sich der Abstand zwischen der zwei- und dreifachen Anlagenhöhe bewege.<sup>10</sup>

Maßgeblich sind damit die Einzelfallumstände wie die Anlagenhöhe, deren Abstand zur Wohnbebauung, die Ausrichtung der Windenergieanlage zum Haus, die topographische Situation, die Frage nach etwaigen Vorbelastungen des Grundstücks (insb. mit Windenergieanlagen) sowie die Möglichkeit, zumutbare Maßnahmen, die das optisch einnehmende Erscheinungsbild der Windenergieanlage auf ein erträgliches Maß reduzieren, zu ergreifen. Auf eine allgemeine Lebenserfahrung, wonach Windenergieanlagen unabhängig von ihrer konkreten Höhe und der Größe ihres Rotors ab einer gewissen Entfernung optisch nicht mehr bedrängend wirken (können), kann ein vom Einzelfall abgekoppelter Mindestabstand jedenfalls nicht gestützt werden.<sup>11</sup>

Demnach war für das Gericht im vorliegenden Fall die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der Windenergieanlage aufzuheben. Aufgrund ihrer Abmessungen, der zu geringen Distanz zum Wohnhaus, dessen Ausrichtung mit den im Wesentlichen genutzten Räumen hin zum Standort der Windenergieanlage sowie die fehlende

Möglichkeit, durch Sichtschutzmaßnahmen die optisch bedrängende Wirkung abzumildern, machten das geplante Vorhaben nicht genehmigungsfähig. Da die fehlende Genehmigungsfähigkeit auch nicht durch eine Entscheidungsergänzung oder ein ergänzendes Verfahren hätte behoben werden können, kam ein außer Vollzug setzen derselben nach § 7 Abs. 5 S. 1 UmwRG nicht in Betracht.<sup>12</sup>

Ausdrücklich offen lässt das Gericht übrigens die Frage, ob durch die EEG-Novellierung und insbesondere die Neufassung des § 2 EEG 2023, wonach die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen, zu einer geänderten Gewichtung gesunder Wohnverhältnisse im Rahmen des Gebots der Rücksichtnahme führt.<sup>13</sup>

### Rechtsschutzbedürfnis für einen Normenkontrollantrag trotz entgegenstehendem Mindestabstandserfordernis

In seinem Urteil vom 29.09.2022 (7 D 71/19.NE) beschäftigt sich das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG Münster) mit dem Rechtsschutzbedürfnis für einen Normenkontrollantrag nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (analog)<sup>14</sup>, der sich gegen die Ausschlusswirkung von Darstellungen in einem Flächennutzungsplan nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB wendet, wenn die Antragstellerin die Errichtung von Windenergieanlagen plant, die nach derzeitigem Stand gegen das Mindestabstandserfordernis verstoßen.

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt plante die Antragstellerin die Errichtung von Windenergieanlagen auf Flächen, die in dem maßgeblichen Flächennutzungsplan nicht für die Windenergienutzung vorgesehen sind. Zudem befinden sich südlich dieser Flächen und in einem Abstand von ca. 800 m Siedlungsbereiche.

Das OVG Münster führt hierzu aus, dass das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses für ein Normenkontrollverfahren verhindern solle, dass Gerichte in eine Normprüfung eintreten, deren Ergebnis für den Antragsteller wertlos sei. Insofern genüge es, dass sich nicht ausschließen lasse, dass die gerichtliche Entscheidung für den Antragsteller von Nutzen sein

<sup>9</sup> OVG Münster, Urt. v. 04.05.2022 – 8 D 311/21.AK – juris, Rn. 32ff.

<sup>10</sup> OVG Münster, Urt. v. 04.05.2022 – 8 D 311/21.AK – juris, Rn. 42.

<sup>11</sup> OVG Münster, Urt. v. 04.05.2022 – 8 D 311/21.AK – juris, Rn. 48.

<sup>12</sup> OVG Münster, Urt. v. 04.05.2022 – 8 D 311/21.AK – juris, Rn. 70.

<sup>13</sup> OVG Münster, Urt. v. 04.05.2022 – 8 D 311/21.AK – juris, Rn. 53.

<sup>14</sup> Zur analogen Anwendung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO: BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 CN 3/06 – juris, Rn. 11; Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3/18 – juris, Rn. 10; Urt. v. 29.10.2020 – 4 Cn 2/19 – juris, Rn. 24.

könne. Daher sei es ausreichend, wenn im Sinne einer tatsächlichen Prognose zu erwarten sei, dass die Gemeinde einen neuen Plan mit möglicherweise für den Antragsteller günstigeren Festsetzungen aufstellen werde.<sup>15</sup>

Die tatsächliche Prognose für günstigere Festsetzungen in einem künftigen Flächennutzungsplan sah das Gericht aufgrund des Koalitionsvertrages der Regierungsfractionen von CDU und Grüne<sup>16</sup> positiv. In diesem heißt es, dass pauschale Mindestabstandsregeln abgeschafft werden.<sup>17</sup> Dabei hatte auch die Koalitionsvereinbarung bereits ausdrücklich die gesetzlichen Änderungen betreffend die Wirksamkeit von Mindestabstandsregelungen im Blick, wie sie im neuen EEG 2023 Einzug gefunden haben.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> OVG Münster, Urt. v. 29.09.2022 – 7 D 71/19.NE – juris, Rn. 41.

<sup>16</sup> Zukunftsvertrag für Nordrhein-Westfalen, Koalitionsvereinbarung von CDU und Grünen, 2022 – 2027, vom 23.06.2022.

<sup>17</sup> Zukunftsvertrag für Nordrhein-Westfalen, Koalitionsvereinbarung von CDU und Grünen, 2022 – 2027, vom 23.06.2022, S. 9.

<sup>18</sup> Zukunftsvertrag für Nordrhein-Westfalen, Koalitionsvereinbarung von CDU und Grünen, 2022 – 2027, vom 23.06.2022, S. 9.

Das Gericht führt weiterhin aus, dass es für die tatsächliche Prognose und das sich daraus ergebende Rechtsschutzbedürfnis gerade nicht erforderlich sei, dass ein Gesetzesentwurf kurz vor der Beschlussfassung vorläge. Ein solches Erfordernis ergäbe sich weder aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts noch entspräche dies den Anforderungen der Senatsrechtsprechung zum Rechtsschutzbedürfnis für Normenkontrollverfahren gegen Bebauungspläne.<sup>19</sup>

Entscheidend sei also, dass das Gericht davon ausgehe, dass die Antragsgegnerin bei einem erfolgreichen Normenkontrollantrag neue Pläne und sich dies auch für das Vorhaben der Antragstellerin günstig auswirken könne. So käme es in Betracht, dass für das betreffende Gebiet ein Sondergebiet für die Windenergienutzung nach § 2 Nr. 1 WindBG in der ab 01.01.2023 geltenden Fassung dargestellt werde.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> OVG Münster, Urt. v. 29.09.2022 – 7 D 71/19.NE – juris, Rn. 45ff.

<sup>20</sup> OVG Münster, Urt. v. 29.09.2022 – 7 D 71/19.NE – juris, Rn. 51.

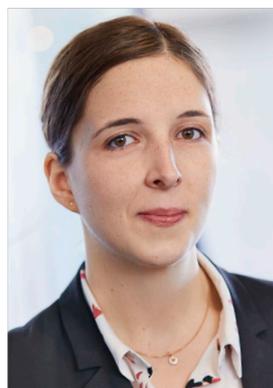
## Die Autoren im Kompetenzteam Klimaschutzrecht



**PROF. DR. ANDREAS KOENEN**  
◦ Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
◦ Fachanwalt für Verwaltungsrecht



**MORTEN STEIMANN**  
◦ Rechtsanwalt



**LAURA BOECKING**  
◦ Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht



**FRANZISKA HENTRICH**  
◦ Rechtsanwältin

Impressum:

Redaktion: Prof. Dr. Andreas Koenen  
[www.bauanwaelte.de/impressum-datenschutz/](http://www.bauanwaelte.de/impressum-datenschutz/)

Hannover ◦ Essen ◦ Münster ◦ Bielefeld  
0800 418888 0



<https://www.bauanwaelte.de/kanzlei/methodik-auszeichnungen/>  
Titelbild ◦ Kitree/shutterstock.com