

## **Gesetzentwurf**

**der Abgeordneten Richard Michael Swann und der CDP/CDS-Fraktion im Deutschen Bundestag**

### **Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der planerischen Steuerung der Windenergie an Land und zur Beschleunigung des Wohnungsbaus**

#### **A. Problem**

Der Ausbau der Windenergie an Land gelingt dauerhaft nur, wenn er planerisch gesteuert wird und vor Ort auf Akzeptanz trifft. Das Windenergieflächenbedarfsgesetz verpflichtet die Länder, verbindliche Flächenziele für die Windenergie an Land auszuweisen, und knüpft an das festgestellte Erreichen dieser Flächenbeitragswerte die Entprivilegierung von Windenergievorhaben außerhalb der ausgewiesenen Windenergiegebiete. Auf diesem Zusammenspiel von Positivplanung und Konzentrationswirkung beruht die Akzeptanz des beschleunigten Ausbaus in den betroffenen Gemeinden.

Dieses Steuerungskonzept ist in seiner praktischen Wirksamkeit gefährdet. In Rechtsprechung und Schrifttum wird bezweifelt, dass die Errichtung von Windenergieanlagen außerhalb ausgewiesener Windenergiegebiete angesichts des überragenden öffentlichen Interesses nach § 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes im Rahmen der Abwägung nach § 35 Absatz 2 des Baugesetzbuchs regelhaft ausgeschlossen werden kann. Für die Raumordnung fehlt zudem ein bundesrechtliches Instrument zur Sicherung laufender Planverfahren, während die Zurückstellung nach § 245e Absatz 2 des Baugesetzbuchs in ihren tatbestandlichen Anforderungen unklar geblieben ist. Schließlich drohen den Trägern der Genehmigungsbehörden bei verspäteten Genehmigungsentscheidungen im Zusammenhang mit dem Eintritt der Entprivilegierung Amtshaftungsrisiken, die je Einzelanlage mehrere Millionen Euro erreichen können.

Zugleich verfehlt der Wohnungsbau seit Jahren den Bedarf. Nach übereinstimmenden Schätzungen fehlen bundesweit rund 600 000 Wohnungen, während Planungs- und Genehmigungsverfahren Neubauvorhaben regelmäßig um Jahre verzögern und erheblich verteuern. Der Wohnungsmarkt ist in den Ballungsräumen weiterhin angespannt.

#### **B. Lösung**

Der Entwurf ändert das Windenergieflächenbedarfsgesetz und das Baugesetzbuch. Er stellt klar, dass dem überragenden öffentlichen Interesse nach § 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes mit dem Erreichen der Flächenbeitragswerte hinsichtlich der Flächen für die Windenergie an Land Rechnung getragen ist. Bestehende Rotor-innerhalb-Flächen werden künftig vollständig auf die Flächenbeitragswerte angerechnet. Die Landesregierungen erhalten neben den Planungsträgern die Befugnis, das Erreichen der Flächenziele festzustellen. Die Feststellung wird verfahrensrechtlich abgesichert, indem ihre Rechtswirkungen bei gerichtlicher Verwerfung übergangsweise fortgelten und Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben. Die Amtshaftung für Schäden infolge der Entprivilegierung wird auf den Ersatz vergeblich gewordener Aufwendungen begrenzt. An die Stelle der bisherigen Zurückstellung tritt ein eigenständiges, für Raumordnung und Bauleitplanung einheitliches Untersagungsinstrument zur Sicherung laufender Planverfahren. Mit einem neuen § 246e des Baugesetzbuchs wird eine bis zum Ablauf des 31.

Dezember 2029 befristete Sonderregelung geschaffen, die Abweichungen vom Bauplanungsrecht mit Zustimmung der Gemeinde zugunsten des Wohnungsbaus ermöglicht.

### **C. Alternativen**

Keine.

### **D. Kosten**

Bund, Ländern und Gemeinden entstehen durch das Gesetz keine unmittelbaren Haushaltsausgaben. Die Begrenzung der Amtshaftung entlastet die Haushalte der Länder und Gemeinden von Risiken, die je Einzelfall mehrere Millionen Euro erreichen können. Den Ländern entsteht durch die Einführung der Feststellungsbefugnis der Landesregierungen und die Umstellung auf das Untersagungsinstrument ein einmaliger Umstellungsaufwand von insgesamt rund 200 000 Euro. Den Gemeinden entsteht durch die Zustimmungsverfahren nach § 246e des Baugesetzbuchs ein Aufwand von durchschnittlich etwa 30 Minuten je Vorhaben. Bei bundesweit geschätzt 4 000 Verfahren jährlich ergibt sich ein laufender Aufwand von rund 130 000 Euro im Jahr, dem in gleicher Höhe entfallender Aufwand für bisherige Befreiungs- und Abweichungsverfahren gegenübersteht. Für Bürgerinnen und Bürger sowie für die Wirtschaft entsteht kein Erfüllungsaufwand. Auswirkungen auf Einzelpreise und das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

## **Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der planerischen Steuerung der Windenergie an Land und zur Beschleunigung des Wohnungsbaus**

vom ...

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

### **Artikel 1**

#### **Änderung des Windenergieflächenbedarfsgesetzes**

Das Windenergieflächenbedarfsgesetz vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 202) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 1 Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Werden die Flächenbeitragswerte nach Maßgabe des § 3 Absatz 1 und 2 erreicht, ist damit dem überragenden öffentlichen Interesse am Ausbau der Windenergie an Land nach § 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes im Hinblick auf die Flächen für die Windenergie an Land Rechnung getragen.“

2. § 4 Absatz 3 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Rotor-innerhalb-Flächen in Plänen, die nach dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 3] wirksam geworden sind, sind nur anteilig auf die Flächenbeitragswerte anzurechnen.“

3. § 5 wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

- aa) Nach Satz 1 werden die folgenden Sätze eingefügt:

„Ist das jeweilige Land nicht selbst zuständiger Planungsträger, ist neben dem Planungsträger auch die jeweilige Landesregierung befugt, die Feststellung nach Satz 1 zu treffen. Satz 2 gilt unabhängig davon, auf welcher Planungsebene die anrechenbaren Flächen ausgewiesen sind und auf welche Weise das Land die Pflicht nach § 3 Absatz 1 sicherstellt.“

- bb) Folgender Satz wird angefügt:

„In der Feststellung sind der Flächenbeitragswert oder das Teilflächenziel unter Angabe des jeweiligen Stichtages nach der Anlage zu bezeichnen und die angerechneten Flächen nach Art und Umfang auszuweisen.“

- b) Die folgenden Absätze 4 und 5 werden angefügt:

„(4) Wird eine Feststellung nach Absatz 1 oder Absatz 2 durch die Entscheidung eines Gerichts für unwirksam erklärt, wird ihre Unwirksamkeit in den Entscheidungsgründen angenommen oder wird sie im Wege einer einstweiligen Anordnung außer Vollzug gesetzt, bleiben die Rechtswirkungen der Feststellung für die Dauer eines Jahres ab Rechtskraft der Entscheidung, im Fall einer einstweiligen Anordnung ab deren Erlass, aufrechterhalten. Rechtsbehelfe und Rechtsmittel gegen eine Feststellung nach Absatz 1 oder Absatz 2 haben keine aufschiebende Wirkung.

(5) Entsteht ein Schaden infolge des Eintritts der Rechtsfolgen des § 249 Absatz 2 des Baugesetzbuchs, beschränkt sich der Ersatz dieses Schadens auf vergeblich gewordene Aufwendungen. § 252 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht anzuwenden.“

### **Artikel 2**

### Änderung des Baugesetzbuchs

Das Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. November 2017 (BGBl. I S. 3634), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 3. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 176) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird nach der Angabe zu § 246d folgende Angabe eingefügt:

„§ 246e Befristete Sonderregelung für den Wohnungsbau“.

2. § 245e Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Der nach § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder Nummer 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes jeweils zuständige Planungsträger kann gegenüber der zuständigen Genehmigungsbehörde die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 35 Absatz 1 Nummer 5, das der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dient, längstens bis zum Ablauf des Stichtags für den Flächenbeitragswert nach Spalte 1 der Anlage des Windenergieflächenbedarfsgesetzes untersagen, wenn

1. das Verfahren zur Aufstellung eines Raumordnungs- oder Bauleitplans, mit dem der Flächenbeitragswert im Sinne des § 3 Absatz 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes oder ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel erreicht werden soll, förmlich eingeleitet worden ist und
2. der Standort des Vorhabens außerhalb eines ausgewiesenen oder in einem in Aufstellung befindlichen Plan vorgesehenen Windenergiegebiets im Sinne des § 2 Nummer 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes liegt.

Die Untersagung ist aufzuheben, sobald die Voraussetzungen nach Satz 1 nicht mehr vorliegen. Zurückstellungen auf Grund des Absatzes 2 in der bis zum ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 3] geltenden Fassung gelten als Untersagungen nach Satz 1 fort, wenn die Voraussetzungen nach Satz 1 erfüllt sind. Die Sätze 1 und 3 gelten nicht für Vorhaben im Sinne des § 16b Absatz 1 und 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes. Landesrechtliche Vorschriften, die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 3] in Kraft getreten sind, bleiben unberührt.“

3. Dem § 249 Absatz 2 werden die folgenden Sätze angefügt:

„Die Rechtsfolgen der Sätze 1 und 2 treten nicht ein für Vorhaben, für die die Frist für die Entscheidung über den vollständigen Antrag auf Zulassung des Vorhabens nach § 10 Absatz 6a Satz 1 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vor dem 1. Februar 2023 abgelaufen ist. Satz 4 gilt nicht für Vorbescheide nach § 9 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes. Soweit die Voraussetzungen des Satzes 4 erfüllt sind, ist eine Untersagung nach § 245e Absatz 2 ausgeschlossen.“

4. Nach § 246d wird folgender § 246e eingefügt:

#### **„§ 246e**

#### **Befristete Sonderregelung für den Wohnungsbau**

(1) Bis zum Ablauf des 31. Dezember 2029 kann mit Zustimmung der Gemeinde von den Vorschriften dieses Gesetzbuchs oder den auf Grund dieses Gesetzbuchs erlassenen Vorschriften im erforderlichen Umfang abgewichen werden, wenn die Abweichung unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist und das Vorhaben

1. der Errichtung eines Wohnzwecken dienenden Gebäudes dient,

2. der Erweiterung, Änderung oder Erneuerung eines zulässigerweise errichteten, Wohnzwecken dienenden Gebäudes dient und hierdurch neue Wohnungen geschaffen werden oder vorhandener Wohnraum wieder nutzbar gemacht wird oder
3. der Nutzungsänderung einer zulässigerweise errichteten baulichen Anlage zu Wohnzwecken einschließlich einer damit verbundenen Änderung oder Erneuerung dient.

Die Befristung nach Satz 1 bestimmt den Zeitraum, innerhalb dessen im bauaufsichtlichen Verfahren von Satz 1 Gebrauch gemacht werden kann.

(2) Im Außenbereich ist Absatz 1 nur auf Vorhaben anzuwenden, die in räumlichem Zusammenhang mit Flächen stehen, die nach § 30 Absatz 1 oder § 34 zu beurteilen sind.

(3) § 18 Absatz 2 bis 4 des Bundesnaturschutzgesetzes ist anzuwenden. Die Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung oder einer allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls bei Vorhaben nach den Nummern 18.7 und 18.8 der Anlage 1 zum Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung bleibt unberührt.

(4) Für die Zustimmung der Gemeinde nach Absatz 1 Satz 1 gilt § 36 Absatz 2 Satz 2 entsprechend.“

### **Artikel 3**

#### **Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tage der Verkündung in Kraft.

Berlin, den 3. Juli 2026

**Richard Michael Swann und Fraktion**

## Begründung

### A. Allgemeiner Teil

#### I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

Mit dem Windenergieflächenbedarfsgesetz hat der Bundesgesetzgeber die räumliche Steuerung der Windenergie an Land grundlegend neu geordnet. An die Stelle der von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an Konzentrationszonenplanungen ist ein System verbindlicher Flächenziele getreten. Die Länder weisen die erforderlichen Flächen in Windenergiegebieten aus, und mit der Feststellung des Erreichens der Flächenbeitragswerte tritt nach § 249 Absatz 2 des Baugesetzbuchs die Entprivilegierung von Windenergievorhaben außerhalb der ausgewiesenen Gebiete ein. Dieses Zusammenspiel aus verpflichtender Positivplanung und anschließender Konzentrationswirkung trägt das gesamte Steuerungskonzept und bildet zugleich die Grundlage für die Akzeptanz des beschleunigten Ausbaus in den betroffenen Gemeinden. Wer den Menschen vor Ort zusagt, dass Windenergieanlagen künftig in klar ausgewiesenen Gebieten errichtet werden, muss auch gewährleisten, dass diese Zusage rechtlich trägt.

Genau daran bestehen inzwischen erhebliche Zweifel. In Rechtsprechung und Schrifttum wird in Frage gestellt, dass die Abwägung nach § 35 Absatz 2 des Baugesetzbuchs die Unzulässigkeit von Windenergieanlagen außerhalb der Windenergiegebiete regelhaft sicherstellt, wenn zugleich das überragende öffentliche Interesse am Ausbau der erneuerbaren Energien nach § 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in die Abwägung einzustellen ist. Bereits früh sind kompetenzielle und konzeptionelle Unschärfen des Gesetzespakets benannt worden (vgl. Wagner, UPR 2023, 361 ff. sowie Raschke/Roscher, ZfBR 2022, 531 ff.). Würde sich diese Lesart durchsetzen, stünden die intendierte Konzentrationswirkung der Windenergiegebiete und damit das bundesrechtliche Steuerungssystem insgesamt in Frage. Der Entwurf stellt deshalb im Windenergieflächenbedarfsgesetz selbst klar, dass mit dem Erreichen der Flächenziele dem überragenden öffentlichen Interesse hinsichtlich der Flächen für die Windenergie an Land Rechnung getragen ist.

Ergänzend besteht in der Übergangsphase bis zur Zielerreichung eine Sicherungslücke. Das Baugesetzbuch sieht für die Bauleitplanung mit § 245e Absatz 2 zwar eine entsprechende Anwendung des Zurückstellungsinstruments vor, dessen tatbestandliche Anforderungen sind wegen der bloßen Verweisungstechnik jedoch unklar geblieben. Für die Raumordnung fehlt ein bundesrechtliches Sicherungsinstrument vollständig. Der Bundesgesetzgeber ist seinerzeit davon ausgegangen, dass die Länder auf Grundlage ihrer Abweichungskompetenz nach Artikel 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 des Grundgesetzes eigene, zum Bundesrecht passende Sicherungsinstrumente schaffen können. Die obergerichtliche Rechtsprechung hat entsprechende landesrechtliche Instrumente zwar grundsätzlich für zulässig gehalten (vgl. OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 29. März 2017, 1 LB 2/15, sowie Urteil vom 26. Februar 2020, 5 LB 6/19, verfassungsgerichtlich bestätigt durch Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. September 2021, LVerfG 1/18). Gleichwohl bestehen fortdauernde Unsicherheiten über das Verhältnis solcher Instrumente zu den Verfahrensvorgaben des Bundes-Immissionsschutzrechts. Ohne verlässliche Plansicherung entstünden Anreize, Windenergieanlagen vordringlich außerhalb der in Planung befindlichen Windenergiegebiete zu projektieren und die laufenden Planungsprozesse damit gezielt zu unterlaufen. Der Entwurf schafft deshalb ein eigenständiges, unmittelbar bundesrechtlich ausgestaltetes und für Raumordnung und Bauleitplanung einheitliches Untersagungsinstrument.

Der Systemwechsel auf verbindliche Flächenziele hat in den Ländern zu einem erheblichen Anstieg der Genehmigungsanträge geführt, der die Behörden trotz Personalaufstockungen an Belastungsgrenzen bringt. Wird über einen vollständigen Antrag rechtswidrig nicht fristgerecht entschieden und tritt zwischenzeitlich die Entprivilegierung ein, kann die Genehmigung nicht mehr

nachgeholt werden. Ein auf den entgangenen Gewinn der gesamten Betriebsdauer gerichteter Amtshaftungsanspruch kann je Einzelanlage mehrere Millionen Euro erreichen. Dieses Haftungsrisiko ist für die Träger der Genehmigungsbehörden angesichts der Vielzahl möglicher Fälle unzumutbar und wird durch den Entwurf auf den Ersatz vergeblich gewordener Aufwendungen begrenzt. Zugleich werden die berechtigten Belange der Vorhabenträger durch eine klare Vertrauensschutzregelung für vollständige Altanträge gewahrt.

Unabhängig davon ist spätestens seit der Wohnungsbaukrise der vergangenen Jahre offensichtlich, dass das Bauplanungsrecht Neubauvorhaben zu häufig verzögert und verteuert. Bauen in Deutschland dauert zu lange und ist zu teuer. Nach übereinstimmenden Schätzungen fehlen bundesweit rund 600 000 Wohnungen. Mit einer befristeten und an die Zustimmung der Gemeinde gebundenen Sonderregelung nach dem Vorbild des § 246 Absatz 14 des Baugesetzbuchs sollen zusätzliche Investitionen in dringend benötigten Wohnraum ermöglicht und die Bau- und Immobilienwirtschaft stabilisiert werden.

## **II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs**

Artikel 1 ändert das Windenergieflächenbedarfsgesetz. Das Verhältnis des Flächensteuerungssystems zu § 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes wird klargestellt. Rotor-innerhalb-Flächen in Bestandsplänen werden künftig vollständig auf die Flächenbeitragswerte angerechnet. Die Landesregierungen erhalten neben den Planungsträgern die Befugnis zur Feststellung des Erreichens der Flächenziele, verbunden mit Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit der Feststellung. Die Rechtswirkungen einer Feststellung bleiben bei gerichtlicher Verwerfung für ein Jahr aufrechterhalten, Rechtsbehelfe haben keine aufschiebende Wirkung. Die Amtshaftung für Schäden infolge der Entprivilegierung wird auf vergeblich gewordene Aufwendungen begrenzt.

Artikel 2 ändert das Baugesetzbuch. An die Stelle der Zurückstellung nach § 245e Absatz 2 tritt ein eigenständiges Untersagungsinstrument mit klaren tatbestandlichen Voraussetzungen. § 249 Absatz 2 erhält eine Vertrauensschutzregelung für Vorhaben, über deren vollständigen Genehmigungsantrag vor Inkrafttreten der Neuordnung fristwidrig nicht entschieden wurde. Mit dem neuen § 246e wird eine bis zum Ablauf des 31. Dezember 2029 befristete Sonderregelung für den Wohnungsbau geschaffen.

## **III. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union**

Der Entwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar. Die Klarstellungen zum Flächensteuerungssystem lassen die Ausbauziele der Richtlinie (EU) 2018/2001 unberührt, da sie an das Erreichen der bundesrechtlichen Flächenziele anknüpfen und den Ausbau der Windenergie in den ausgewiesenen Gebieten nicht beschränken. Die Sonderregelung für den Wohnungsbau wahrt die unionsrechtlichen Anforderungen des Umweltrechts, indem die Pflichten zur Umweltverträglichkeitsprüfung und zur Vorprüfung des Einzelfalls sowie die naturschutzrechtlichen Anforderungen nach § 18 des Bundesnaturschutzgesetzes ausdrücklich unberührt bleiben.

## **B. Besonderer Teil**

### **Zu Artikel 1 (Änderung des Windenergieflächenbedarfsgesetzes)**

#### **Zu Nummer 1**

Der neue Satz stellt klar, dass das Windenergieflächenbedarfsgesetz das überragende öffentliche Interesse im Sinne des § 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes im Hinblick auf die für die Windenergie an Land erforderlichen Flächen abschließend ausgestaltet. Werden die Flächenziele erreicht, ist diesem Interesse hinsichtlich der Flächen für die Windenergie an Land Rechnung getragen. Die allgemeine Systematik des § 35 des Baugesetzbuchs einschließlich der Abwägung nach dessen Absatz 2 bleibt davon ebenso unberührt wie die planerischen Abwägungen nach § 1 Absatz 7 des Baugesetzbuchs und § 7 Absatz 2 Satz 1 des Raumordnungsgesetzes. Die Klarstellung ist geboten, weil in Rechtsprechung und Schrifttum die Auffassung vertreten wird, bei Anwendung des § 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes stelle § 35 Absatz 2 des Baugesetzbuchs die Unzulässigkeit von Windenergieanlagen außerhalb der Windenergiegebiete nicht regelhaft sicher. Damit stünden die intendierte Konzentrationswirkung der Windenergiegebiete und das bundesrechtliche Steuerungssystem insgesamt in Frage. Zugleich wird gewährleistet, dass die Rechtswirkungen landesrechtlicher Mindestabstände nach § 249 Absatz 9 des Baugesetzbuchs nicht durch § 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes entwertet werden. Verstößt ein Vorhaben gegen solche Abstandsregelungen, ist es nach § 35 Absatz 2 des Baugesetzbuchs zu beurteilen, und die damit intendierte regelmäßige Unzulässigkeit darf nicht über die Abwägung wieder ausgehebelt werden. Die Regelung dient damit der Konsistenz des Regelungskonzepts.

#### **Zu Nummer 2**

Die Neufassung passt die Anrechnungsregelung an die Erkenntnisse aus der Genehmigungspraxis an. Eine Auswertung des Umweltbundesamtes zur Flächenverfügbarkeit zeigt, dass Windenergieanlagen bei Bestandsplänen auch in den Randbereichen der ausgewiesenen Gebiete genehmigt und betrieben werden. Von den bundesweit in Betrieb befindlichen Anlagen liegen rund 20 Prozent der Standorte in den Bereichen, die bislang bei der Anrechnung abgezogen werden, von den genehmigten Anlagen sind es rund 11 Prozent. Die ausgewiesenen Flächen werden damit in der Praxis wie Rotor-außerhalb-Flächen genutzt, auch wenn der Plan keine ausdrückliche Festlegung zur Platzierung der Rotorblätter enthält. Es ist deshalb folgerichtig, Rotor-innerhalb-Flächen in Plänen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes wirksam geworden sind, vollständig auf die Flächenbeitragswerte anzurechnen. Für künftige Pläne bleibt es bei der anteiligen Anrechnung nach den Sätzen 3 und 4, damit der Anreiz zu einer realitätsgerechten Rotor-außerhalb-Planung erhalten bleibt.

#### **Zu Nummer 3**

Die Änderungen des § 5 schaffen verfahrensrechtliche Erleichterungen und Absicherungen bei der Feststellung des Erreichens der Flächenbeitragswerte.

#### **Zu Buchstabe a**

Mit den neuen Sätzen wird klargestellt, dass neben den Planungsträgern jedenfalls die jeweilige Landesregierung das Erreichen der Flächenbeitragswerte feststellen kann, sobald im Land hinreichend Windenergiegebiete planerisch ausgewiesen sind. Dies gilt unabhängig davon, auf welcher Planungsebene die Flächen ausgewiesen sind und ob eine Addition der Windenergieflächen mehrerer Planungsebenen erfolgt. Nach § 4 Absatz 1 Satz 2 ist dabei sicherzustellen, dass Flächen nur einmalig angerechnet werden. Unerheblich ist ferner, auf welche Weise das Land die Sicherstellung seiner Pflichten aus § 3 Absatz 1 organisiert hat, insbesondere ob es Teilflächenziele nach § 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 festgelegt hat. Für die Erfüllung eines

landesweiten Flächenziels nach Spalte 1 der Anlage ist die Aufteilung in Teilflächenziele unbeachtlich, so dass § 249 Absatz 2 Satz 2 des Baugesetzbuchs die Rechtsfolge des § 249 Absatz 2 Satz 1 des Baugesetzbuchs in diesem Fall nicht verdrängt. Der angefügte Satz überträgt die für die Feststellung nach Absatz 1 geltenden Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit auf die Feststellung nach Absatz 2. Der Flächenbeitragswert oder das Teilflächenziel ist unter Angabe des Stichtages zu bezeichnen und die angerechneten Flächen sind nach Art und Umfang auszuweisen, damit die Feststellung gerichtlich und öffentlich überprüfbar ist.

### **Zu Buchstabe b**

Die neuen Absätze 4 und 5 werden angefügt. Der neue Absatz 4 regelt die Folgen einer gerichtlichen Verwerfung oder Außervollzugsetzung einer Feststellung. Ohne die Regelung entfielen die Rechtswirkungen der Feststellung, insbesondere die Entprivilegierung nach § 249 Absatz 2 des Baugesetzbuchs, mit Rechtskraft der Entscheidung rückwirkend. Die Rechtslage würde wechseln, um nach einer Korrektur der Feststellung kurze Zeit später erneut zu wechseln. Der neue Absatz 4 schiebt diese Folge durch eine Übergangsfrist von einem Jahr auf, innerhalb derer die Rechtswirkungen der verworfenen Feststellung fortgelten. Im Fall einer einstweiligen Anordnung knüpft die Frist an deren Erlass an, da eine der Rechtskraft vergleichbare Zäsur im Eilverfahren fehlt. Das dient der Rechtssicherheit für Vorhabenträger und Verwaltung und ermöglicht die geordnete Behebung des festgestellten Fehlers. Die Vorschrift ist dem in § 4 Absatz 2 Satz 2 dieses Gesetzes bereits angelegten Gedanken der Planerhaltung nachgebildet. Da Absatz 2 den Planungsträgern keine bestimmte Rechtsform der Feststellung vorgibt, wird aus Gründen der Rechtssicherheit zusätzlich und hiervon unabhängig geregelt, dass Rechtsbehelfen und Rechtsmitteln gegen die Feststellung keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die neuen Absätze werden angefügt und nicht nach Absatz 2 eingefügt, damit der bisherige Absatz 3 seine Zählung behält und Verweisungen auf ihn, insbesondere in § 249 Absatz 7 Satz 2 des Baugesetzbuchs auf § 5 Absatz 3 Satz 2, nicht durch Folgeänderungen nachgeführt werden müssen.

Der neue Absatz 5 begrenzt den Umfang der Amtshaftung für Schäden infolge des Eintritts der Entprivilegierung nach § 249 Absatz 2 des Baugesetzbuchs. Wird über einen vollständigen Genehmigungsantrag rechtswidrig nicht fristgerecht entschieden und tritt zwischenzeitlich die Entprivilegierung ein, kann die Genehmigung nicht mehr nachgeholt werden. Ein auf den entgangenen Gewinn der gesamten Betriebsperiode gerichteter Schadensersatzanspruch könnte je Einzelanlage mehrere Millionen Euro erreichen. Angesichts des durch den Systemwechsel ausgelösten drastischen Anstiegs der Antragszahlen, der die Genehmigungsbehörden trotz erheblicher Personalaufstockungen an Belastungsgrenzen führt, wäre dies für die haftenden Körperschaften ein unzumutbares Haftungsrisiko. Die Regelung beschränkt den Ersatz deshalb auf vergeblich gewordene Aufwendungen. Mit dem Ausschluss des § 252 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist zugleich klargestellt, dass entgangener Gewinn nicht zu ersetzen ist. Den Interessen der Vorhabenträger ist damit hinreichend Rechnung getragen. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrauensschutz nach Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes bei Offshore-Windenergieprojekten, deren Wertungen auf Anlagen an Land übertragbar sind (vgl. BVerfGE 155, 238, Rn. 173 ff.). Zur Ausgestaltung des Umfangs des Amtshaftungsanspruchs durch Gesetz ist der Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts befugt (vgl. die Entscheidungen vom 18. Juli 2023, 1 BvR 600/19, vom 30. Juni 2022, 2 BvR 737/20, vom 18. November 2020, 2 BvR 477/17, sowie vom 19. Oktober 1982, 2 BvF 1/81).

### **Zu Artikel 2 (Änderung des Baugesetzbuchs)**

#### **Zu Nummer 1**

Folgeänderung zur Einfügung des § 246e. Die Inhaltsübersicht wird entsprechend ergänzt.

## Zu Nummer 2

Für den Übergangszeitraum bis zur Feststellung des Erreichens der Flächenziele enthält § 245e Regelungen für einen geordneten Übergang. Bestehende planerische Steuerungen einschließlich einer Ausschlusswirkung gelten übergangsweise fort, und landesrechtliche Mindestabstände zur Wohnbebauung bleiben im Grundsatz anwendbar. Zur Sicherung laufender Planverfahren verweist der bisherige Absatz 2 auf eine entsprechende Anwendung der Zurückstellung nach § 15 Absatz 3. Diese Verweisungstechnik hat die tatbestandlichen Anforderungen an die Zurückstellung und an das Sicherungsinteresse nicht eindeutig geregelt und zu erheblichen Auslegungsschwierigkeiten geführt. Für die Raumordnung sah das Baugesetzbuch überhaupt kein eigenes Sicherungsinstrument vor, weil angenommen wurde, die Länder könnten auf Grundlage ihrer Abweichungskompetenz nach Artikel 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 des Grundgesetzes erforderlichenfalls eigene Instrumente schaffen. Das Verhältnis solcher landesrechtlicher Instrumente zu den Verfahrensvorgaben des Bundes-Immissionsschutzrechts ist jedoch umstritten geblieben. Ohne verlässliche Möglichkeit der Plansicherung würde die Intention des neu geordneten Planungsrechts verfehlt und es entstünden Anreize, Windenergieanlagen vordringlich außerhalb der in Planung befindlichen Windenergiegebiete zu projektieren. Die Planungsprozesse würden damit bewusst konterkariert.

Die Neufassung regelt die Voraussetzungen befristeter Untersagungen deshalb eigenständig, unmissverständlich und für Raumordnung und Bauleitplanung einheitlich unmittelbar im Bundesrecht. Zuständig ist der Planungsträger, dem nach der landesrechtlichen Umsetzung des Windenergieflächenbedarfsgesetzes das Erreichen des Flächenbeitragswerts oder eines Teilflächenziels obliegt. Die Untersagung setzt erstens voraus, dass das Verfahren zur Aufstellung des Plans, mit dem das Flächenziel erreicht werden soll, förmlich eingeleitet worden ist, und zweitens, dass der Standort des beantragten Vorhabens außerhalb eines ausgewiesenen oder in Planung befindlichen Windenergiegebiets liegt. Bestehen mehrere in Aufstellung befindliche Pläne mit Windenergiegebieten, ist unerheblich, in welchem dieser Pläne das Windenergiegebiet vorgesehen ist. Der zuständige Träger der Raumordnung ist deshalb auch dann an einer Untersagung gehindert, wenn der Standort durch eine freiwillige zusätzliche gemeindliche Planung für die Windenergie vorgesehen ist. Das Instrument darf ferner nicht genutzt werden, wenn ein Windenergiegebiet wirksam ausgewiesen ist, auch wenn es in künftigen Plänen nicht mehr vorgesehen sein sollte, denn die Neuausweisung von Windenergiegebieten ist mit der Aufhebung bestehender Gebiete grundsätzlich nicht verbunden. Eine einzelfallbezogene Begründung der Untersagung ist über die Prüfung dieser Voraussetzungen hinaus nicht erforderlich. Das Wort „kann“ stellt klar, dass keine Pflicht zur Untersagung besteht.

Von der Untersagung kann entsprechend der allgemeinen Systematik der Plansicherungsinstrumente auch dann Gebrauch gemacht werden, wenn das Planverfahren erst nach Eingang des Zulassungsantrags eingeleitet wurde. Ein schutzwürdiges Vertrauen auf die Erteilung der Genehmigung besteht insoweit nicht, da auch privilegierte Vorhaben nach § 35 Absatz 1 des Baugesetzbuchs nur vorbehaltlich entgegenstehender öffentlicher Belange zulässig sind und die Untersagung lediglich die Rechtslage vorwegnimmt, die mit der Feststellung der Zielerreichung ohnehin einträte. Der neue Satz 2 verpflichtet zur Aufhebung der Untersagung, sobald ihre Voraussetzungen entfallen, etwa weil der Standort infolge einer Anpassung des Planentwurfs innerhalb eines geplanten Windenergiegebiets liegt oder die Feststellung der Zielerreichung erfolgt ist. Satz 3 überführt bestehende Zurückstellungen in das neue Instrument, soweit dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Satz 4 nimmt Repowering-Vorhaben im Sinne des § 16b Absatz 1 und 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes von der Untersagung aus. Satz 5 lässt bereits in Kraft getretene landesrechtliche Sicherungsinstrumente unberührt. Die Untersagung wirkt längstens bis zum Ablauf des Stichtags für den Flächenbeitragswert nach Spalte 1 der Anlage des

Windenergieflächenbedarfsgesetzes, mithin vorbehaltlich eines früheren landesrechtlichen Termins bis zum 31. Dezember 2027.

### **Zu Nummer 3**

Die angefügten Sätze regeln den Vertrauens- und Investitionsschutz beim Eintritt der Entprivilegierung. Nach dem neuen Satz 4 treten die Rechtsfolgen der Entprivilegierung nicht ein für Vorhaben, für die ein vollständiger Genehmigungsantrag vorlag und die Entscheidungsfrist nach § 10 Absatz 6a Satz 1 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vor dem 1. Februar 2023 abgelaufen ist. Der 1. Februar 2023 ist der Tag des Inkrafttretens des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (BGBl. I S. 1353). Ab diesem Zeitpunkt musste mit dem Systemwechsel und mit der Einführung von Plansicherungsinstrumenten gerechnet werden. Ist eine Rechtsänderung konkret vorhersehbar, ist ein Vertrauen in den Fortbestand des Rechts von diesem Zeitpunkt an verfassungsrechtlich nicht weiter schutzwürdig (vgl. BVerfGE 126, 369, 393 f. sowie BVerfGE 127, 31, 50). Auch ein in umfangreichen Dispositionen betätigtes Vertrauen begründet grundsätzlich keinen abwägungsresistenten Bestandsschutz (vgl. BVerfGE 145, 20, 94, Rn. 189). Eine Garantie der Erfüllung aller Investitionserwartungen besteht nicht, und der Gesetzgeber ist bei Systemwechseln nicht gehalten, die Betroffenen von jeder Belastung zu verschonen (vgl. BVerfGE 143, 246, 383, Rn. 372 sowie BVerfGE 131, 47, 57 f.). Wer hingegen rechtzeitig einen vollständigen Antrag gestellt hat und allein wegen einer fristwidrigen Untätigkeit der Behörde ohne Genehmigung geblieben ist, verdient Schutz.

Satz 5 nimmt Vorbescheide nach § 9 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes von dieser Vertrauensschutzregelung aus. Bei planungsrechtlichen Vorbescheiden wird regelmäßig ausschließlich die planungsrechtliche Zulässigkeit geprüft, so dass die Realisierung des Vorhabens nicht gesichert ist und zum Zeitpunkt des Antrags kein Vertrauen in wesentliche Investitionen begründet wird. Die Fortgeltung erteilter Vorbescheide im Übrigen bleibt unberührt, sie begründet lediglich keinen Vertrauensschutz für die planungsrechtliche Zulassung des Gesamtvorhabens. Satz 6 überträgt die Wertung des Satzes 4 folgerichtig auf das Untersagungsinstrument nach § 245e Absatz 2, so dass geschützte Altvorhaben auch nicht untersagt werden können.

### **Zu Nummer 4**

Der neue § 246e soll einen Impuls geben, um zusätzliche Investitionen in den Bau dringend benötigten Wohnraums zu ermöglichen und zugleich die Bau- und Immobilienwirtschaft zu stabilisieren. Die Vorschrift ist an § 246 Absatz 14 angelehnt und erlaubt es, mit Zustimmung der Gemeinde im erforderlichen Umfang von den Vorschriften des Baugesetzbuchs und den auf seiner Grundlage erlassenen Vorschriften abzuweichen, wenn die Abweichung unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist und einem der in Absatz 1 Satz 1 genannten Wohnzwecke dient. Erfasst sind die Errichtung von Wohngebäuden, die Erweiterung, Änderung oder Erneuerung bestehender Wohngebäude, soweit dadurch neue Wohnungen entstehen oder vorhandener Wohnraum wieder nutzbar gemacht wird, sowie die Umnutzung zulässigerweise errichteter baulicher Anlagen zu Wohnzwecken. Eine Mindestzahl von Wohnungen wird nicht vorgegeben, da angesichts der Wohnraummangellage jede zusätzliche Wohnung benötigt wird. Es liegt in der Entscheidung der jeweiligen Gemeinde, durch welche Vorhaben der Bedarf vor Ort gedeckt werden soll. Das Zustimmungserfordernis wahrt die kommunale Planungshoheit, wobei Absatz 4 über die entsprechende Geltung des § 36 Absatz 2 Satz 2 sicherstellt, dass die Zustimmung nach Ablauf von zwei Monaten als erteilt gilt und Verfahren nicht durch bloßes Zuwarten blockiert werden.

Absatz 1 Satz 2 stellt klar, dass sich die Befristung auf den Zeitraum bezieht, innerhalb dessen im bauaufsichtlichen Verfahren von der Vorschrift Gebrauch gemacht werden kann. Absatz 2 begrenzt die Anwendung im Außenbereich auf Vorhaben im räumlichen Zusammenhang mit beplanten oder

im Zusammenhang bebauten Flächen und verhindert damit eine Zersiedelung. Absatz 3 stellt sicher, dass die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung nach § 18 Absatz 2 bis 4 des Bundesnaturschutzgesetzes anzuwenden ist und die Pflichten zur Umweltverträglichkeitsprüfung und zur allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls bei Städtebauprojekten nach den Nummern 18.7 und 18.8 der Anlage 1 zum Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung unberührt bleiben.

#### **Zu Artikel 3 (Inkrafttreten)**

Artikel 3 regelt das Inkrafttreten des Gesetzes am Tage der Verkündung. Satz 2 stellt klar, dass dies mit Zustimmung des Bundesrates abweichend von Artikel 72 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes auch für die raumordnungsbezogenen Regelungen des Artikels 2 Nummer 2 und Nummer 3 gilt und diese nicht erst nach Ablauf der dort vorgesehenen Sechsmonatsfrist wirksam werden. Nur so kann das Untersagungsinstrument seine Sicherungsfunktion in den laufenden Planverfahren ohne Verzögerung entfalten.