



# Stellungnahme

## des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Umweltrecht und Verwaltungsrecht

**zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für  
Wirtschaft und Klimaschutz, des Bundesministeriums für  
Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen und des  
Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, nukleare  
Sicherheit und Verbraucherschutz eines Gesetzes zur  
Umsetzung der Richtlinie (EU) 2023/2413 im Bereich  
Windenergie an Land und Solarenergie**

Stellungnahme Nr.: 20/2024

Berlin, im April 2024

### Mitglieder des Ausschusses Umweltrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Jürgen Müggenborg, Aachen (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Dr. Marie Ackermann, Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Beckmann, Münster
- Rechtsanwältin Dr. Sabrina Desens, Leipzig
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Kiel
- Rechtsanwalt Dr. Frank Fellenberg, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Franziska Heß, Leipzig (Berichterstatlerin)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Remo Klinger, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Winfried Porsch, Stuttgart
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Herbert Posser, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Claudia Schoppen, Bochum

### Mitglieder des Ausschusses Verwaltungsrecht

- Rechtsanwalt Dr. Thomas Lüttgau, Köln (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Dr. Jennifer Arnold, München
- Rechtsanwältin Kathrin Dingemann, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Claus Esser, Erfurt
- Rechtsanwalt Dr. Mathias Hellriegel, Berlin
- Rechtsanwältin Prof. Dr. Juliane Hilf, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Dr. Georg Hünnekens, Münster (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Peter Neusüß, Freiburg
- Rechtsanwältin Dr. Angela Rapp, Berlin

### Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

#### **Deutscher Anwaltverein**

Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

#### **Büro Brüssel**

Rue Joseph II 40, Boîte 7B  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
EU-Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

---

## **I. Vorbemerkung**

Der Deutsche Anwaltverein erkennt die Pflicht des deutschen Gesetzgebers zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2023/2413 (im folgenden RED III) an und begrüßt das gesetzgeberische Ziel der Richtlinie sowie des vorliegenden Referentenentwurfes zur Förderung der Energiewende und der raschen Herstellung von Klimaneutralität zur Einhaltung des 1,5-Grad-Ziels im Wege der Beschleunigung und Vereinfachung von Planungs- und Zulassungsverfahren im Bereich der Windenergie an Land und der Solarenergie. Dieses Ziel wird jedoch nur dann erreicht werden können, wenn durch das Gesetz zur Umsetzung der RED III nicht neue grundlegende Vollzugsfragen aufgeworfen werden, welche sich aus Systembrüchen, Wertungswidersprüchen, neuen und interpretationsbedürftigen Rechtsbegriffen etc. ergeben. Auch Diskrepanzen zu dem maßgeblichen Unionsrecht sowie Rechtsschutzdefizite sind zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund begegnet der Referentenentwurf aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins vielfachen Bedenken. Aufgrund der Kürze der für eine inhaltliche Stellungnahme eingeräumten Frist können diese nachfolgend nur sehr pointiert dargestellt werden.

## **II. Zum Gesetzentwurf insgesamt**

- Schon auf der Ebene der Richtlinie selbst wird nicht eindeutig geregelt, ob sie für ihren Geltungsbereich spezielle Standards setzt, die gegenüber denjenigen des allgemeinen EU-Umweltrechts, namentlich der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-Richtlinie) und der Wasserrahmenrichtlinie, vorrangig sind. Würden indes die sich aus der bisherigen Rechtsprechung herausgebildeten Anforderungen,

insbesondere zum Habitat-Schutzrecht und zum besonderen Artenschutzrecht, weiterhin (parallel oder ergänzend) zur Anwendung kommen, dürften die beabsichtigten Beschleunigungseffekte sowohl bei der planerischen Ausweisung von Beschleunigungsgebieten als auch bei der Vorhabenzulassung nicht uneingeschränkt eintreten. Diese systematische Unklarheit im Verhältnis der Regelungsregime untereinander schlägt sich an verschiedenen Stellen auch im vorliegenden Referentenentwurf nieder.

- Der Planungsebene (Raumordnung und vorbereitende Bauleitplanung) kommt nach der Richtlinie und dem Referentenentwurf gesteigerte Bedeutung zu, da wesentliche umwelt-, insbesondere naturschutzrechtliche Fragestellungen von der Zulassungsebene auf die Ebene der planerischen Gebietsausweisung hochgezogen werden. Dies ist nicht zwangsläufig mit Beschleunigungseffekten verbunden, da die vorgelagerte Planungsebene, namentlich die Raumordnung, aber auch der Flächennutzungsplan für eine abschließende Prüfung der maßgeblichen Umweltbelange und insbesondere eine Regelung der sich daraus ergebenden Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen ungeeignet ist. Umfassende oder zumindest ergänzende/konkretisierende Prüfungen auf der Zulassungsebene werden dadurch nicht obsolet.
- Insgesamt ist zweifelhaft, ob der Entwurf mit den europäischen Vorgaben vereinbar ist.
  - Nach der bisherigen Systematik des Gesetzes zur Festlegung von Flächenbedarfen für Windenergieanlagen an Land (WindBG) wurden bei der ersten Umsetzung der RED III bestehende Vorranggebiete in Raumordnungsplänen und Flächennutzungsplänen als Windenergiegebiete automatisiert umgewidmet, was lediglich an die Voraussetzung geknüpft war, dass bei Planaufstellung eine strategische Umweltprüfung (SUP) bzw. Umweltprüfung stattgefunden hat und das Windenergiegebiet nicht in einem Natura-2000-Gebiet liegt. Dann durfte eine artenschutzrechtliche Prüfung auf Genehmigungsebene entfallen. Bereits hier ist zweifelhaft, ob das so unionsrechtskonform war, weil die Richtlinie ersichtlich davon ausgeht, dass die Windenergiegebiete

„hochgezont“ und damit auf der Ebene der Ausweisung der Gebiete auf ihre Umweltauswirkungen geprüft und entsprechende Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen auf Verordnungsebene festgelegt wurden. Hieran dürfte es bei der Mehrzahl der umgewidmeten Vorranggebiete aber in der Praxis fehlen. Nun sollen alle Windenergiegebiete mit Ausnahme derjenigen Gebiete oder Gebietsteile, die unter einen Ausschlussstatbestand fallen, zusätzlich als Beschleunigungsgebiete ausgewiesen werden. In diesen Gebieten entfallen die Umweltprüfungen praktisch vollständig und werden ersetzt durch eine überschlägige Prüfung, für die aber keine aktuellen Daten erhoben werden müssen, sondern ein Rückgriff auf Bestandsdaten bis zu einem Alter von 5 Jahren gestattet ist, die heranzuziehen sind, um über Schutz- und Minderungsmaßnahmen zu entscheiden. Damit wird ignoriert, dass die Ausnahmen von den formellen und materiellen Umweltschutzvorgaben nach RED III nur dann möglich sind, wenn vorher tatsächlich geprüft wurde, dass keine Umweltauswirkungen entstehen, es also entweder eine Überprüfung bei Ausweisung der Gebiete mit entsprechenden Schutz- und Minderungsvorgaben gegeben haben muss oder aber im späteren Genehmigungsverfahren. Die Richtlinie will damit nur solche Gebiete ausweisen, bei denen klar ist, dass keine Konflikte entstehen. Nach dem Referentenentwurf sollen aber Gebiete ausgewiesen werden, in denen gar nicht mehr geprüft werden muss.

- Die Richtlinie sieht von der Systematik her zunächst eine „Erfassung der Gebiete, die für die nationalen Beiträge zum Gesamtziel der Union für Energie aus erneuerbaren Quellen für 2030 notwendig sind“, vor (Art.15b). Dies meint die Windenergiegebiete. Bis zum 21. Februar 2026 sorgen die Mitgliedstaaten dann dafür, dass die zuständigen Behörden einen oder mehrere Pläne verabschieden, mit denen sie als Untergruppe der in Art. 15b Abs. 1 genannten Gebiete für eine oder mehrere Arten erneuerbarer Energiequellen Beschleunigungsgebiete für erneuerbare Energie ausweisen. Die zuständigen Behörden müssen in diesen Plänen ausreichend homogene Land-, Binnengewässer- und Meeresgebiete ausweisen, in denen in Anbetracht der Besonderheiten des ausgewählten

Gebiets die Nutzung einer bestimmten Art oder bestimmter Arten erneuerbarer Energie voraussichtlich keine erheblichen Umweltauswirkungen hat, wobei sie vorrangig künstliche und versiegelte Flächen wie Dächer und Fassaden von Gebäuden, Verkehrsinfrastrukturflächen und ihre unmittelbare Umgebung, Parkplätze, landwirtschaftliche Betriebe, Abfalldeponien, Industriestandorte, Bergwerke, künstliche Binnengewässer, Seen oder Reservoirs und unter Umständen kommunale Abwasserbehandlungsanlagen sowie vorbelastete Flächen, die nicht für die Landwirtschaft genutzt werden können, auswählen. Diese unionsrechtlich vorgegebene Priorisierung findet im vorliegenden Umsetzungsentwurf keinerlei Entsprechung. Vielmehr beschränkt er sich auf den Ausschluss von Natura-2000-Gebieten und weiterer Gebiete, was zwar auch unionsrechtlich vorgegeben, aber eben nicht ausreichend ist.

- Unbeschadet des Art. 16a Abs. 4 und 5 dieser Richtlinie wird bei Einhaltung der in Unterabsatz 1 Buchstabe b und unter Buchstabe b des vorliegenden Absatzes genannten Regeln und bei der Durchführung der geeigneten Minderungsmaßnahmen im Rahmen der einzelnen Projekte davon ausgegangen, dass die Projekte nicht gegen die genannten Bestimmungen verstoßen. Wurden neuartige Minderungsmaßnahmen, mit denen die Tötung oder Störung von gemäß den Richtlinien 92/43/EWG und 2009/147/EG geschützten Arten oder andere Umweltauswirkungen so weit wie möglich verhindert werden sollen, nicht umfassend auf ihre Wirksamkeit geprüft, so können die Mitgliedstaaten deren Anwendung für ein oder mehrere Pilotprojekte für einen begrenzten Zeitraum gestatten, sofern die Wirksamkeit dieser Minderungsmaßnahmen genau überwacht wird und, falls sie sich als nicht wirksam erweisen sollten, sofort geeignete Schritte unternommen werden. Zweifelhaft ist insofern, dass Art. 15b der RED III hier korrekt umgesetzt wird.
- Für die Praxis wenig hilfreich dürften auch die in Anlage 3 zum BauGB und in Anlage 3 zum Raumordnungsgesetz (ROG) geplanten „Regeln“ für Minderungsmaßnahmen sein. Hier werden nur Kriterien für Maßnahmen

vorgegeben, hilfreich wäre aber sicher eine konkrete Maßnahmenliste. Auch die unionsrechtlichen Vorgaben für die Regeln für wirksame Minderungsmaßnahmen lesen sich deutlich anders als die geplante Umsetzung. Dazu heißt es in Art. 15c Abs. 1 Buchst. b) der Richtlinie:

*„b) für die Beschleunigungsgebiete für erneuerbare Energie geeignete Regeln für wirksame Minderungsmaßnahmen festlegen, die bei der Errichtung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie und von Energiespeichern am selben Standort sowie der für den Anschluss solcher Anlagen und Speicher an das Netz erforderlichen Anlagen, zu ergreifen sind, um mögliche negative Umweltauswirkungen zu vermeiden oder, falls dies nicht möglich ist, gegebenenfalls erheblich zu verringern, wobei die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass geeignete Minderungsmaßnahmen verhältnismäßig und zeitnah durchgeführt werden, damit die Verpflichtungen gemäß Artikel 6 Absatz 2 und Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG, Artikel 5 der Richtlinie 2009/147/EWG und Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer i der Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates eingehalten werden und keine Verschlechterung eintritt und ein guter ökologischer Zustand oder ein gutes ökologisches Potenzial gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii der Richtlinie 2000/60/EG erreicht wird. Die in Unterabsatz 1 Buchstabe b genannten Regeln sind auf die Besonderheiten der identifizierten Beschleunigungsgebiete für erneuerbare Energie, die Art oder Arten der Technologie für erneuerbare Energie, die in dem jeweiligen Gebiet ausgebaut werden soll bzw. sollen, und die ermittelte Umweltauswirkung auszurichten.“*

- Besonders problematisch ist der Umstand, dass für den Fall, dass keine Daten für eine Prüfung vorhanden sind, auch keine Maßnahmen abgeleitet werden können und hier ganz generell Ersatzzahlungen ausreichend sein sollen. In Kombination mit den engen Fristen dürfte dies absehbar dazu führen, dass in erster Linie Ersatzzahlungen zu leisten sind (über deren vorgesehene Höhe man speziell bei den Solaranlagen auch diskutieren kann).

### III. Zu Artikel 1

- Die systematische und auch inhaltliche Anknüpfung an einen § 6a WindBG-E, der bislang nicht existiert, erschwert das Verständnis des Referentenentwurfes.
- In § 6b Abs. 1 WindBG-E sollte nach „in einem Beschleunigungsgebiet für Windenergie an Land“ „nach § 2 Nummer 4“ ergänzt werden. So ist zumindest in § 6 Abs. 1 WindBG vorgegangen worden, der bei den Windenergiegebieten auf § 2 Nr. 1 verweist.
- In § 6b Abs. 2 WindBG-E werden Anforderungen an das sogenannte Überprüfungsverfahren formuliert, welche auch unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung neue Unklarheiten aufwerfen, die den Vollzug beeinträchtigen. So ist nicht klar, ob die „*zusätzlich zu den nach Fachrecht erforderlichen Unterlagen*“ vorzulegenden Unterlagen etwa auch einen vollständigen UVP-Bericht, Fachgutachten etc. umfassen müssen.
- Der Begriff der „*höchstwahrscheinlich erheblichen unvorhergesehenen nachteiligen Umweltauswirkungen*“ ist in hohem Maße interpretationsbedürftig. Es wäre für die Genehmigungsbehörde hilfreich, wenn dieser Begriff zumindest im Rahmen der Gesetzesbegründung konkretisiert würde und nicht 1:1 der Richtlinien text wiedergegeben wird.
- Der offenbar als Abschichtung gedachte Verweis auf die Umweltprüfung nach § 8 ROG / § 2 Abs. 4 BauGB lässt offen, welche Ermittlungstiefe für diese Gebiete dann in der Raumordnung und Bauleitplanung geboten ist.
- Erhebliche Bedenken bestehen gegenüber der Fiktionsregelung des § 6b Abs. 3 WindBG-E. Danach „*gelten die Vorschriften nach [...] als eingehalten*“, wenn die Behörde innerhalb von 45 bzw. 30 Tagen keine Entscheidung trifft. Begründet wird dies mit einer Umsetzung von Art. 16a Abs. 6 Richtlinie (EU) 2018/2001. Dies ist unzutreffend. Nach Art. 16a Abs. 6 gelten bestimmte zwischengeschaltete Verwaltungsschritte nicht „als eingehalten“, sondern „als genehmigt“. Unionsrechtlich ist eine formelle

Fiktion bestimmter Abläufe vorgesehen, keine materielle Fiktion der Einhaltung geltenden Rechts. Die im Referentenentwurf vorgesehene materielle Fiktionsregelung geht so weit, dass man zu der Auffassung gelangen kann, dass sie die Gerichte in einem nachfolgenden Überprüfungsverfahren bindet. Damit hätten es die Genehmigungsbehörden durch schlichtes Nichtstun in der Hand, einen rechtskonformen Zustand herbeizuführen, den es ohne ihre Untätigkeit nicht gäbe. Dies ist unter dem Gedanken des effektiven Rechtsschutzes, aber auch des Willkürverbots (bei welchen Verfahren sitzt es die Behörde aus, bei welchen nicht?) untragbar.

- Unklar ist im Übrigen, warum es die Fiktionsregelung nur in § 6b WindBG-E, nicht aber im ansonsten ähnlich strukturierten § 6c (Solarenergie) gibt.
- Wenn gemäß § 6b Abs. 4 WindBG-E die Anforderungen nach sonstigen Vorschriften des Fachrechts unberührt bleiben, stellt sich die Frage, ob dies auch für den allgemeinen naturschutzrechtlichen Eingriffsausgleich gilt. Eine Regelung des Verhältnisses des Überprüfungsverfahrens zum Eingriffsausgleich erscheint notwendig.
- Die vorstehenden Anmerkungen gelten zu § 6c WindBG-E entsprechend.
- In § 6c Abs. 1 WindBG-E sollte nach „*in einem Beschleunigungsgebiet für Solarenergieanlagen*“ „*nach § 2 Nummer 5*“ ergänzt werden. So ist zumindest in der § 6 Abs. 1 WindBG vorgegangen worden, der bei den Windenergiegebieten auf § 2 Nr. 1 verweist (s.o.).
- Nicht nachvollziehbar ist, warum § 6c für Solarenergieanlagen in das WindBG aufgenommen werden soll. Mit § 249b BauGB-E soll bereits ein neuer Genehmigungstatbestand für Solarenergieanlagen in das BauGB eingefügt werden, dann wäre dies auch der Ort, an dem ein Anwender die Regelungen für Beschleunigungsgebiete vermuten würde.



#### **IV. Zu Artikel 2**

- Im Interesse einer besseren Vollzugstauglichkeit sollten in § 10a Abs. 1 die Anlagen, die davon betroffen sind, nach den Nummern aus Anhang 1 der Vierten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (4. BImSchV) konkret benannt werden. Der jetzt vorgesehene Verweis auf die Anlagen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2018/2001 fallen, ist unklar, denn in Art. 1 dieser Richtlinie wird der Anwendungsbereich auf alle Energieanlagen aus dem erneuerbaren Bereich erstreckt. Es könnte dann streitig sein, ob die Regelung des § 10a Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) nur für Anlagen gilt, deren Hauptzweck die Erzeugung von erneuerbarer Energie ist, oder auch bereits dann, wenn nur ein Aggregat oder eine Nebeneinrichtung einer komplexen Anlage mit erneuerbarer Energie versorgt wird.

#### **V. Zu Artikel 4**

- Der Referentenentwurf konzentriert sich mit seinen Erläuterungen in der Gesetzesbegründung primär auf die Genehmigungsebene. Das ist unter Berücksichtigung der Bedeutung der Planungsebene – insbesondere der Raumordnungsebene und dahingehend von § 28 ROG-E – ungünstig.
- Gemäß § 245f BauGB-E sollen auch bereits eingeleitete Planverfahren für Flächennutzungsplanänderungen den neuen Vorgaben für Beschleunigungsgebiete entsprechen. Dies dürfte vielfach eher zu einer Verzögerung und nicht zu einer Beschleunigung der Verfahren führen.
- Die gesetzliche Systematik sieht für die planerische Ausweisung von Beschleunigungsgebieten vor, dass diese von vornherein ausgeschlossen ist, soweit Natura-2000-Gebiete etc. betroffen sind. Darüber hinaus müssen mögliche negative Umweltauswirkungen geprüft werden, wobei diese (abweichend von den Anforderungen des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung) nur vorliegen sollen, wenn die Errichtung und der Betrieb von EE-Anlagen die Erhaltungsziele eines FFH-Gebietes, besonders geschützte Arten oder Bewirtschaftungsziele gemäß § 27 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) betrifft. Damit

wird bewusst eine einschränkende Konkretisierung des Begriffs der negativen Umweltauswirkungen vorgenommen. In der Gesetzesbegründung sollte verdeutlicht werden, dass auch die Betroffenheit dieser Schutzgüter nicht zwangsläufig den Ausschluss als Beschleunigungsgebiet zufolge hat (keine Gleichsetzung mit den Rechtsfolgen in § 249a BauGB-E bzw. § 28 Abs. 2 ROG-E).

- Hier stellt sich allerdings das Problem, dass die in § 249a Abs. 2 BauGB-E vorgesehene Umweltprüfung auf der Ebene der Flächennutzungsplanung in der Regel nur sehr eingeschränkt möglich ist, weil weder die Standorte der Windenergieanlagen, noch ihre Ausmaße oder ihr Netzanschlusspunkt zu diesem Zeitpunkt bekannt sind. Generell stellt sich die Frage, ob der Prüfungskatalog gemäß Anl. 1 zum Baugesetzbuch nicht mehr oder nur noch eingeschränkt gültig sein soll.
- Aus der Gesetzessystematik ist zu entnehmen, dass die notwendigerweise festzulegenden Minderungsmaßnahmen nicht schon bei der Prüfung der Erheblichkeit der nachteiligen Umweltauswirkungen berücksichtigt werden dürfen. Dies dürfte auch der Systematik der Richtlinie entsprechen und sollte in der Gesetzesbegründung klargestellt werden.
- Die Regeln für Minderungsmaßnahmen für Windenergieanlagen (Anlage 3), für die bislang noch keine Begründung vorliegt, enthalten unter Nr. 2 Regeln für den Umgang mit dem besonderen Artenschutz. Vorbehaltlich des angekündigten Bundesleitfadens bleiben die dortigen Regeln recht allgemein und abstrakt. Hier bestünde die Chance die dringend erwartete „TA Artenschutz“, insbesondere eine Standardisierung des Störungs- und Zerstörungsverbot, zumindest teilweise vorwegzunehmen. Die Regelungen bleiben aber sogar hinter denen in § 45b Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) und der dortigen Anlage 1 zurück. Ist darauf ergänzend zurückzugreifen? Generell stellt sich hier die oben für die Ebene der Richtlinie bereits formulierte Frage des Verhältnisses zwischen dem speziellen Rechtsregime für die Ausweisung von Beschleunigungsgebieten für EE-Anlagen und dem allgemeinen naturschutzrechtlichen Rechtsregime mit den überkommenen Anforderungen, insbesondere im besonderen Artenschutzrecht.

- Der Referentenentwurf enthält teilweise neue und damit interpretationsbedürftige Begrifflichkeiten, so z. B. in § 249a BauGB-E („*bedeutendem Vorkommen (...)* durch den Ausbau der Windenergie betroffener Arten“). Dieser Begriff wird nicht näher erläutert. Das Bundesnaturschutzgesetz kennt bislang nur eine abschließende Auflistung der kollisionsgefährdeten Brutvögel. Die Stör-empfindlichkeit anderer Arten ist nicht eindeutig definiert.
- In § 249a Abs. 3 BauGB-E sowie § 28 Abs. 3 ROG-E soll gesetzlich festgelegt werden, dass die Rechtswidrigkeit der planerischen Ausweisung eines Beschleunigungsgebietes nicht die Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Windenergiegebietes im Übrigen zur Folge hat. In der Gesetzesbegründung wird insoweit unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 47 Abs. 5 VwGO lapidar festgestellt, dass die Darstellung als Windenergiegebiet stets von der Darstellung eines Beschleunigungsgebietes „*trennbar sein dürfte*“. Es ist zweifelhaft, dass dies tatsächlich abstrakt-generell gesetzlich unterstellt und vorgegeben werden kann. Es fragt sich auch, ob in diesem Fall einer Unwirksamkeit der Ausweisung eines Beschleunigungsgebietes die Verfahrenserleichterungen im Genehmigungsverfahren nicht gelten sollen.
- § 249b BauGB-E enthält sowohl die Rechtsgrundlage für Darstellungen eines Solarenergiegebiets in Flächennutzungsplänen als auch eine eigene Genehmigungsgrundlage für Solarenergieanlagen, die offenbar der Systematik des § 35 Abs. 1 BauGB folgt, aber eine „verstärkte Privilegierung“ enthalten soll. Für Solarenergieanlagen soll damit im Ergebnis Baurecht durch eine Darstellung im Flächennutzungsplan geschaffen werden. Die Vorschrift stellt damit einen Systembruch dar: Flächennutzungsplänen kommt bislang keine Außenwirkung zu. Selbst bei der Windkraft wurde durch § 35 Abs. 3 BauGB a. F. kein Baurecht geschaffen, sondern konnte die Privilegierung genommen werden. Der Flächennutzungsplan nähert sich damit einem Bebauungsplan an.

Die Neuregelung führt damit zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und dürfte nicht zur beabsichtigten Beschleunigungswirkung führen:

- Es ist unklar, welche Belange auf Ebene des Flächennutzungsplans abzuwägen sind und welche dem Genehmigungsverfahren überlassen werden können. Grundsätzlich soll es für den Flächennutzungsplan bei dem Abwägungskatalog des § 1 Abs. 6 BauGB bleiben, wie § 249 Abs. 2 S. 2 BauGB-E zeigt. Aus § 249b Abs. 2 S. 1 BauGB-E soll aber wohl folgen, dass die dort genannten Belange im Planverfahren – wie in einem Bebauungsplanverfahren – endabgewogen werden müssen. Alle weiteren können wohl grundsätzlich dem Genehmigungsverfahren überlassen werden und müssen nur wie in einem „normalen“ Flächennutzungsplan-Verfahren abgewogen werden. Der Plangeber kann aber darüber hinausgehen, denn bei einer abschließenden Abwägung im Plan, so § 249b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB, werden diese nicht mehr im Genehmigungsverfahren geprüft. Dann hat der Flächennutzungsplan eine Wirkung wie ein Bebauungsplan.
- Augenfällig werden diese Unterschiede bei dem naturschutzfachlichen Ausgleich, der – so die Gesetzesbegründung des Referentenentwurfs – auch auf Ebene zu erfolgen hat. Richtig ist, dass § 1a Abs. 3 BauGB auch für Flächennutzungspläne gilt. Bei Vorhaben außerhalb des beplanten oder unbeplanten Innenbereichs sind aber die §§ 13ff. BNatSchG unmittelbar anwendbar, § 18 Abs. 2 BNatSchG. Auf Flächennutzungsplan-Ebene ist im Normalfall allenfalls einzustellen, dass ein Ausgleich überhaupt erfolgen kann, alles andere kann dem Bebauungsplanverfahren überlassen werden. Ob im Rahmen des Flächennutzungsplans bei Solarenergieanlagen nun mehr zu fordern ist, bleibt unklar.
- Es ist zu befürchten, dass die Praxis aufgrund der dargestellten und mit einem Systembruch stets verbundenen Rechtsunsicherheiten von dem neuen Mittel keinen Gebrauch machen wird, sondern weiterhin Bebauungspläne erstellt werden, und zwar häufig, obgleich nicht erforderlich, vorhabenbezogene Bebauungspläne, schlichtweg, weil sich die Akteure damit auskennen. Statt eines neuen Planungsinstruments (eines Zwitter aus Flächennutzungsplan und Bebauungsplan) sollte zur Beschleunigung des Planungsprozesses erwogen werden, entweder nur auf die Planungsebene

des Flächennutzungsplans wie im Falle von § 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB zu verzichten, oder Solarenergieanlagen grundsätzlich zu privilegieren, allein mit der Einschränkung, dass diese der Darstellung des Flächennutzungsplans entsprechen müssen, um die Planungshoheit der Gemeinden zu erhalten. In beiden Fällen würden der Praxis bekannte Mittel zur Verfügung gestellt, die schnell zum Einsatz kommen könnten.

#### **IV. Zu Artikel 5**

- Die materiellen Vorgaben für die Ausweisung von Beschleunigungsgebieten für die Windenergie, einschließlich der Regeln für die Festlegung von Minderungsmaßnahmen in der Anlage 3, werden in dem Gesetzentwurf für die Ebene der vorbereitenden Bauleitplanung (§ 249a BauGB) und für die Ebene der Raumordnung (§ 28 ROG) weitgehend identisch geregelt. Insoweit stellt sich insbesondere im Hinblick auf die notwendige Festlegung von Minderungsmaßnahmen die Frage, ob dies dem ebenenspezifischen (geringeren) Konkretisierungsgrad der Raumordnung gerecht wird. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Windenergiegebiete und folglich die Beschleunigungsgebiete primär auf Raumordnungsebene ausgewiesen werden. Es wird angenommen, dass nur in 5 % der Fälle ein Flächennutzungsplan zusätzlich ein Beschleunigungsgebiet für Windenergie auf Land aufweist (vgl. S. 26 und 27 des Referentenentwurfs).

## **Verteiler**

---

- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz
- Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium des Innern und für Heimat
- Ausschuss für Klimaschutz und Energie des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz
- Ausschuss für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages
- Wirtschaftsminister und -ministerinnen/Wirtschaftssenatoren und -senatorinnen der Länder
- Umweltminister und -ministerinnen/Umweltsenatoren und -senatorinnen der Länder
- Bauminister und -ministerinnen/Bausenatoren und -senatorinnen der Länder
- Justizminister und -ministerinnen/Justizsenatoren und -senatorinnen der Länder
- Innenminister und -ministerinnen/Innensenatoren und -senatorinnen der Länder
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Parlamentarische Gruppe Die Linke
- Parlamentarische Gruppe BSW Fraktion
- Präsident des Bundesverwaltungsgerichts
- Präsidenten und Präsidentinnen der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Neue Richtervereinigung
- Zentraler Immobilien Ausschuss e. V. (ZIA)
- Vorstand und Geschäftsführung des DAV
- Vorsitzende der Landesverbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Landesarbeitsgemeinschaften Verwaltungsrecht des DAV
- Mitglieder Umweltschuss des DAV
- Mitglieder Verwaltungsrechtsausschuss des DAV

## Presse

- Redaktion NJW, DVBI, NVwZ, ZUR, NuR, AbfallR und UWP