



## Neues zum Immobilienrecht 01/2023



Liebe Leserinnen und Leser,

mit unserem aktuellen Newsletter stellen wir Ihnen das Gesetz zur Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (sogenanntes Wind an Land Gesetz) vor, welches zum 01.02.2023 in Kraft getreten ist. Ziel des Gesetzes ist die Beseitigung wesentlicher Hemmnisse für den Ausbau der Windenergie an Land, um diese zu beschleunigen. Insbesondere werden den Ländern nun verbindliche Flächenziele vorgegeben, die wiederum auch in die novellierten Vorschriften des BauGB eingegliedert wurden. In diesem Zusammenhang dürfen wir Ihnen ferner eine passende Entscheidung des BVerfG zur Unvereinbarkeit eines ausnahmslosen Verbots von Windenergieanlagen in Waldgebieten mit dem Grundgesetz präsentieren.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre.

# Themen

Michael Göger, LL.M., Berlin

**Zeitenwende ...auch für die Windkraft? / Neue Gesetze zum 01.01 und 01.02.2023**

Shushanik Röcker, LL.M., Berlin

**Windenergieanlagen – kein generelles Verbot in Waldgebieten**

Arne Mafael, Berlin

**Bahn frei (bzw. Plan frei) für Windenergie!**

Martin Grochowski, Berlin

**Für die Länder weht ab jetzt ein anderer Wind**



Michael Göger, LL.M., Berlin

## Zeitenwende ...auch für die Windkraft? / Neue Gesetze zum 01.01 und 01.02.2023

Die Bundesregierung hat sich zum Ziel gesetzt, den Strom aus erneuerbaren Energien bis zum Jahr 2030 zu verdoppeln. Bis dahin sollen demnach 80 Prozent des in Deutschland verbrauchten Stroms aus erneuerbaren Energien stammen; im Jahr 2045 soll dann Treibhausgasneutralität erreicht werden. Diese Ausbauziele wurden im novellierten Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) 2023, welches zum 01.01.2023 in Kraft getreten ist, festgeschrieben. Hierbei spielt auch die Windkraft eine wichtige Rolle. Daher haben Bundestag und Bundesrat im Juli das Gesetz zur Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (sog. Wind an Land Gesetz) verabschiedet, welches zum 01.02.2023 in Kraft tritt. Das neue Gesetzespaket soll „die wesentlichen Hemmnisse für den Ausbau der Windenergie an Land beseitigen und diesen deutlich beschleunigen“, wie es in dem Gesetzesentwurf heißt. Um nämlich diese festgeschriebenen Zielvorgaben aus dem EEG zu erreichen, müssen 2 Prozent der Bundesfläche für die Windenergie an Land ausgewiesen werden. Zur Veranschaulichung: Dies stellt mehr als eine Verdopplung der bisher ausgewiesenen Flächen dar. Zum aktuellen Zeitpunkt (31.01.2023) sind gerade einmal 0,8 Prozent der Landesfläche für Windenergie ausgewiesen, wovon lediglich 0,5 Prozent der tatsächlich verfügbar sind. Ein Eckpfeiler des Gesetzes ist folglich die Festlegung und Verteilung des Flächenbedarfs von 2 % der Landesfläche für Windenergie. Diese verbindlichen Flächenziele werden den Ländern nunmehr mit dem Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG) vorgegeben. Eine kurze Erläuterung des neuen WindBG finden Sie [hier](#).

Die im WindBG definierten Flächenziele werden ferner in die ebenfalls novellierten Vorschriften des BauGB eingegliedert. So sollen Windenergieanlagen zukünftig im gesamten Außenbereich privilegiert zulässig sein, wenn die Flächenbeitragswerte aus dem WindBG nicht erreicht werden. Die Neuerungen im BauGB haben wir [hier](#) dargestellt.

Bereits zum 01.01.2023 trat das Windenergie auf See Gesetz in Kraft. Damit soll auch der Ausbau von Offshore-Windkraftanlagen beschleunigt werden. Bis zum Jahr 2030 soll die installierte Leistung von Offshore-Windenergie auf mindestens 30 Gigawatt und bis 2045 auf mindestens 70 Gigawatt steigen.

Die energie- und klimapolitischen Zielsetzungen spiegeln sich auch in der Rechtsprechung wieder. So hat beispielsweise das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 27.09.2022

entschieden, dass ein ausnahmsloses Verbot von Windenergieanlagen in Waldgebieten mit dem Grundgesetz unvereinbar ist. Eine Zusammenfassung der Entscheidung des BVerfG finden Sie [hier](#).



Shushanik Röcker, LL.M., Berlin

## Windenergieanlagen – kein generelles Verbot in Waldgebieten

**(BVerfG, Entscheidung vom 27.09.2022, 1 BvR 2661/21)**

Artikel von Rechtsanwältin Shuhanik Röcker, LL.M. und Rechtsreferendar Valentin Milo

Das Bundesverfassungsgericht hatte die Frage zu entscheiden, ob eine landesrechtliche Regelung, in welcher die Änderung der Nutzungsart von Waldgebieten zur Errichtung von Windenergieanlagen untersagt wurde, mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Neben den Gesetzesänderungen der Bundesregierung gab es für die Windenergiegewinnung an Land auch durch das höchste deutsche Gericht Rückendeckung, denn mit Entscheidung vom 27. September 2022 (1 BvR 2661/21) hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass **§ 10 Absatz 1 Satz 2 Thüringer Waldgesetz (ThürWaldG)** mit dem Grundgesetz unvereinbar ist.

Der Freistaat Thüringen hat durch besagte Regelung im ThürWaldG die Nutzungsänderung von Waldgebieten zur Errichtung von Windenergieanlagen generell verboten. In der Konsequenz war es unter keinen Umständen möglich selbst ohnehin schon gerodete Waldflächen für den Bau von Windenergieanlagen zu nutzen. Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht nun fest, dass diese Regelung mit dem Grundgesetz unvereinbar und deshalb nichtig ist.

In der Entscheidung ging das Bundesverfassungsgericht auch darauf ein, dass die Länder grundsätzlich die Möglichkeit haben ihre Waldgebiete zu schützen und eine Umwandlung aus Gründen des Naturschutzes oder der Landschaftspflege zu untersagen. Diese Zwecke wurden nach Ansicht des Gerichts mit § 10 Absatz 1 Satz 2 ThürWaldG allerdings nicht verfolgt, da kein gebietsbezogener Naturschutz- oder Landschaftspflegebedarf vorgetragen wurde. Die Regelung ist daher dem Bodenrecht und nicht dem Naturschutz und der Landschaftspflege zuzuordnen. Für solche Zwecke hat die Landesregierung wiederum keine Gesetzgebungskompetenz. Die Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht obliegt dem Bund, welcher von dieser Kompetenz auch durch die Privilegierung von Windenergieanlagen in § 35 Absatz 1 Nr. 5 BauGB abschließend Gebrauch gemacht hat.

Fazit:

Für die Bundesregierung und Ihre Pläne die nutzbare Fläche für die Windenergiegewinnung bis 2032 auf 2 % der Bundesfläche auszuweiten, könnte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wegweisend sein, da die Ziele der Bundesregierung mit generellen Verboten durch eine Landesregierung nicht unterwandert werden können. Darüber hinaus hat die Entscheidung hat auch deshalb eine große Tragweite, da rund 34 % der thüringischen Landesfläche Waldgebiete sind.



Arne Mafael, Berlin

## Bahn frei (bzw. Plan frei) für Windenergie!

Im Rahmen des neuen Wind-an-Land-Gesetzes traten am 01.02.2023 unter anderem auch einige Änderungen im Baugesetzbuch in Kraft. Diese sollen zusammen mit dem neuen **Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG)** und weiteren Gesetzesänderungen den Ausbau von Windenergieanlagen erleichtern und beschleunigen.

Konkret zielen die Neuregelungen im BauGB offenbar vor allem darauf ab, dass bauplanungsrechtliche Vorgaben der Verwirklichung der Ziele des WindBG nicht entgegenstehen. Wichtigstes Ziel des WindBG ist es dabei, dass insgesamt zwei Prozent der Bundesfläche für die Windenergie zur Verfügung stehen sollen. Hierzu setzt der Gesetzgeber vor allem an zwei Stellen an – dem sogenannten „Planvorbehalt“, und der sogenannten „Länderöffnungsklausel“:

- Der **Planvorbehalt** in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB hatte bislang zur Folge, dass die Errichtung von (u.a.) Windenergieanlagen im Außenbereich grundsätzlich nur in ausgewiesenen sogenannten Konzentrationszonen zulässig war. Außerhalb solcher Flächen war der Bau von Windkraftanlagen im Außenbereich in der Regel nicht möglich.
- Die **Länderöffnungsklausel** in § 249 Abs. 3 BauGB alter Fassung ermöglichte es den Bundesländern, in ihren Landesgesetzen eigene Regelungen zu treffen, mit denen sie selbst festlegen können, welche Mindestabstände zu Wohnbebauungen beim Bau von Windkraftanlagen einzuhalten sind (z.B.: 1000 m in NRW gemäß § 2 BauGB-AG NRW; 10-fache Höhe der Windenergieanlage in Bayern gemäß Art. 82 BayBO).

Dementsprechend erfolgten die nun in Kraft getretenen Änderungen im BauGB vor allem in **§ 35 BauGB** („Bauen im Außenbereich“) und **§ 249 BauGB** („Sonderregelungen zur Windenergie“). In **§ 35 BauGB** neuer Fassung ist jetzt festgehalten, dass sich die Errichtung von Windenergieanlagen im Außenbereich (neben den allgemein hier geltenden Voraussetzungen) nach Maßgabe des § 249 BauGB richtet.

- 249 BauGB erfuhr derweil eine *umfangreiche* Neuformulierung. Hier wurde insbesondere der oben beschriebene Planvorbehalt für Windenergieanlagen aufgehoben. Werden die Fristen zur Erreichung der Ziele des WindBG nicht eingehalten, können Windenergieanlagen deshalb bis auf

Weiteres grundsätzlich auch im sonstigen Außenbereich gebaut werden. Bis zum Erreichen des jeweiligen **Flächenbeitragswerts** sollen sie aber weiterhin in Windenergiegebieten gebaut werden. Deren Festlegung wurde im Vergleich zu den zuvor herrschenden planungsrechtlichen Vorgaben aus Gesetz und Rechtsprechung dabei aber deutlich vereinfacht.

Die oben beschriebene Länderöffnungsklausel bleibt zwar erhalten. Allerdings sind die Länder nun dazu verpflichtet, ihre Mindestabstandsregelungen so anzupassen, dass sie nicht für Windenergiegebiete gelten. Das dürfte zur Folge haben, dass, wenn Gemeinden die Planung von Windenergiegebieten übernehmen, sie sich dabei nicht an die allgemein von ihren Bundesländern festgelegten Mindestabstände halten müssen (ZfBR 2022, 531). Zudem werden die landesrechtlichen Mindestabstandsregelungen insgesamt unanwendbar, wenn die Fristen aus dem WindBG nicht eingehalten werden – und zwar so lange, bis der jeweilige Flächenbeitragswert erreicht ist.

Fazit: Im Ergebnis dürften diese gezielt gesetzten Änderungen im BauGB einen beachtlichen Anreiz für die Bundesländer schaffen, Windenergie zügig auszubauen. Die Vereinfachungen im Bauplanungsrecht stimmen darüber hinaus optimistisch, dass es tatsächlich zu einer signifikanten Beschleunigung im Planungsprozess kommen wird.



Martin Grochowski, Berlin

## Für die Länder weht ab jetzt ein anderer Wind

Einen ersten Baustein des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (sog. Wind an Land Gesetz) bildet das **Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG)**.

Durch das WindBG wird die Vorgabe des Koalitionsvertrags realisiert, 2 Prozent der Landfläche für die Windenergie auszuweisen. Gem. **§ 1 WindBG** ist Ziel des Gesetzes den beschleunigten Ausbau der Windenergie an Land zu fördern, damit im Interesse des Klima- und Umweltschutzes die Transformation zu einer nachhaltigen und treibhausgasneutralen Stromversorgung möglich wird. Das WindBG sieht eine Verteilung sogenannter "Flächenbeitragswerte" auf die Länder vor. Demnach sollen bis Ende des Jahres 2027 1,4 Prozent und bis Ende 2032 zwei Prozent der Bundesfläche für Windkraftanlagen ausgewiesen werden. Diese Werte leiten sich aus den Ausbauzielen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) her. Das oben genannte Gesamtziel von 2 % wird daher mit Hilfe eines Verteilungsschlüssels zwischen den Ländern verteilt. Im Wege eines Staatsvertrages können Länder ihre Flächenziele allerdings auch bis zu einem gewissen Umfang untereinander übertragen. Bei der Aufteilung des Gesamtziels auf die Bundesländer wurden die je nach Bundesland unterschiedlichen Voraussetzungen, insbesondere die vorhandenen Flächenpotentiale für den Ausbau der Windenergie an Land berücksichtigt. Die Länder können die Flächen entweder selbst ausweisen, oder die Ausweisung den Gemeinden und Regionen überlassen (**§ 3 Abs. 2 WindBG**).

Was den Abstand von Windenergieanlagen zu Wohngebäuden betrifft, so wirkten strenge Regelungen der Länder über den Mindestabstand zu Wohngebäuden in der Vergangenheit oft als Bremse beim Ausbau der Windenergie. Auf Grundlage der sogenannten Länderöffnungsklausel im BauGB konnten die Länder bislang Mindestabstände bis zu 1000m festlegen. Mehrere Bundesländer – darunter NRW und Brandenburg – haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. In Bayern galt sogar eine noch schärfere Regel. Mit dem neuen WindBG sind solche landesrechtlichen Mindestabstandsregelungen auf der Grundlage der Länderöffnungsklausel grundsätzlich weiterhin möglich. Sie sind jedoch an die Pflichten aus dem WindBG gekoppelt, insbesondere, dass die Länder die Flächenziele überhaupt erreichen. Bleiben die Länder hinter diesen Verpflichtungen zurück so ist unter anderem im neu gefassten § 249 BauGB ein Sanktionsmechanismus vorgesehen. Danach verlieren die Länder ihre Freiheit der landesrechtlichen Festschreibung von Mindestabständen, wenn sie die Flächenziele nicht

erreichen. Einen Überblick über die Neuerungen im BauGB durch das sog. Wind an Land Gesetz, welche ebenfalls zum 01.02.2023 in Kraft getreten sind, finden Sie [hier](#).

#### Fazit:

Um die gesetzten ökonomischen, klima- und geopolitischen Ziele zu erreichen, ist die Einführung von Flächenbeitragswerten ein notwendiger und richtiger Schritt. Das Gesamtziel von 2 Prozent der Bundesfläche ist dabei konsequent an die Ausbauziele aus dem EEG gekoppelt. Wichtig ist, dass landesrechtliche Mindestabstandsregeln nur dann weiter gelten, wenn die Flächenziele erreicht sind.