

Rechtliche Stellungnahme

zur

Möglichkeit der Ausweisung von VRG Windenergienutzung unter der Bedingung des Rückbaus anderweitiger Windenergieanlagen außerhalb der VRG Windenergienutzung und der Anrechenbarkeit auf die Flächenziele nach WindBG

vorgelegt von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht *Prof. Dr. Roman Götze* und Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht *George-Alexander Koukakis* (GÖTZE & MÜLLER-WIESENHAKEN Rechtsanwälte Partnerschaft), Anwaltshaus im Messehof Leipzig, Petersstraße 15, 04109 Leipzig, www.goetze.net, mail@goetze.net

im Auftrag des *Regionalen Planungsverbands Oberlausitz-Niederschlesien*, vertreten durch den Verbandsvorsitzenden – der Landrat – Herr *Dr. Stephan Meyer*, Löbauer Straße 63, 02625 Bautzen.

Leipzig, im Juni/August/November 2024

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung und Empfehlungen.....	3
I. Ausgangslage und Fragestellung	4
1. Landesplanerische und Regionalplanerische Festlegungen zu „Repowering- gebieten“	4
2. Fragestellung.....	6
II. Rechtliche Bewertung	7
1. Rekapitulation: Festlegung aufschiebender Bedingungen (§ 7 I 2 ROG); Möglichkeit der bedingten Festlegung	7
a) Aufschiebend bedingte Festlegungen	7
b) Bedeutung für Repoweringgebiete.....	9
2. Rekapitulierend: Anrechenbarkeit aufschiebend bedingter Vorranggebiete Windenergienutzung auf das Flächenbeitragsziel; Bedeutung für Repoweringgebiete	12
a) Grundlegende Feststellungen im Zusammenhang mit der Anrechen- barkeit bedingt festgelegter Vorranggebiete	12
b) Bedeutung für Repoweringgebiete.....	13
3. Anrechenbarkeit von Flächen mit Bestandsanlagen im Kontext der Festle- gung von Repoweringgebieten als Option zur Erreichung des 2-Prozent- Ziels?.....	14
a) Anrechenbarkeit nach WindBG, insbesondere: Flächen mit Bestands- anlagen.....	15
b) Zum SächsLPIG	17
aa) Wortlaut	18
bb) Gesetzgeberische Erwägungen	18
cc) Systematische Erwägungen.....	20
dd) Teleologische Erwägungen	21
ee) Verfassungsrechtliche Bedenken.....	22
ff) Fazit.....	23
c) Anrechenbarkeit von Flächen für Bestandsanlage als Option für Fest- legung von Repoweringgebieten?	23
aa) Grundlegende Ausgangsüberlegungen	23
bb) Kritische Würdigung	25
cc) Fazit.....	26
III. Zusammenfassung	27

Zusammenfassung und Empfehlungen

Die Prüfung hat Folgendes ergeben:

1. Die Festlegung sog. Repoweringgebiete dürfte nach den aktuell geltenden raumordnerischen Regelungen im Ausgangspunkt als Unterfall einer bedingten Festlegung im Sinne des § 7 I 2 ROG möglich sein.
2. Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit solcher Gebiete empfiehlt sich aufgrund der bauplanungsrechtlich eröffneten parallelen Möglichkeit der Festsetzung von Repoweringstandorten eine vertiefte Prüfung der Frage der Erforderlichkeit der Aufnahme entsprechender Festlegungen in den Raumordnungsplan.
3. Es spricht überwiegendes dafür, dass in dieser Gestalt bedingte Vorranggebiete erst dann auf das 2-Prozent-Ziel anrechenbar sind, sobald die Bedingung tatsächlich eingetreten ist und die Gebiete damit für die Realisierung von Windenergieanlagen „geöffnet“ sind.
4. Im Ausgangspunkt ist auch die Konstellation denkbar, die Flächen der zurückzubauenden Windenergieanlagen zunächst gemäß § 4 I 3 u. 4 WindBG i.V.m. § 5 WindBG anzurechnen, bis die den Vorrang aktivierende Bedingung eingetreten ist, um dann die festgelegten Gebiete anzurechnen. Ein solches Konstrukt scheint zumindest darstellbar.
 - a) Allerdings dürfte dies einerseits auf regelungstechnische Schwierigkeiten stoßen, die andererseits mit entsprechenden Risiken für die Frage der Anrechenbarkeit und Erreichung des 2-Prozent-Ziels einhergehen.
 - b) Es müsste durch eine entsprechende Formulierung der Bedingung gewährleistet sein, dass kein sich auf das 2-Prozent-Ziel auswirkendes inhaltliches und/oder zeitliches Delta entsteht, welches die Rechtsfolgen nach § 249 VII 1 BauGB aktiviert. Ob dies erreichbar ist, muss bei der konkreten Beurteilung der in Frage kommenden Flächen eingehend geprüft werden.
 - c) In diesem Zusammenhang gilt es insbesondere zu beurteilen, ob das mit einer solchen Festlegung tatsächlich angestrebte Ziel noch erreicht werden kann, ohne dass eine Verfehlung des 2-Prozent-Ziels eintreten kann.
5. Die Erreichung des 2-Prozent-Ziels ohne die Notwendigkeit der Anrechnung von Repoweringgebieten wäre jedenfalls mit weniger Rechtsunsicherheiten verbunden.

I. Ausgangslage und Fragestellung

Im Zuge der Teilfortschreibung des Regionalplans für das Themenfeld „Windenergie“ müssen Windenergiegebiete nach § 2 Nr. 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes (WindBG) ausgewiesen werden. Nach Maßgabe von § 4a SächsLPIG hat der Regionale Planungsverband Oberlausitz-Niederschlesien für seine Planungsregion bis zum 31. Dezember 2027 mindestens 2,0 % seiner Fläche (ca. 9.000 ha) in Form von Vorranggebieten für Windenergienutzung auszuweisen.

1. Landesplanerische und Regionalplanerische Festlegungen zu „Repoweringgebieten“

Der Landesentwicklungsplan 2013 enthält in Kapitel 5.1 diverse Festlegungen zur Energieversorgung, wobei gemäß § 4a IV SächsLPIG auf Ausweisungen im Sinne des § 4a II 2 SächsLPIG (Windenergiegebiete) das Ziel 5.1.3 nicht anzuwenden ist (im Übrigen gelten die Festlegungen des Landesentwicklungsplans im Ausgangspunkt fort).

So besagt Grundsatz G 5.1.6, dass die Träger der Regionalplanung darauf hinwirken sollen, dass Altanlagen, deren Energieertrag außer Verhältnis zu den von ihnen ausgehenden störenden Auswirkungen steht, durch neue Windenergieanlagen an geeigneten Standorten ersetzt werden. Dazu sollen in den Regionalplänen Vorrang- und Eignungsgebiete oder Teilflächen solcher Gebiete festgelegt werden, innerhalb derer die Errichtung von Windenergieanlagen nur zulässig ist, wenn bestimmte außerhalb der festgelegten Vorrang- und Eignungsgebieten errichteten Windenergieanlagen zurückgebaut werden. Damit sollte ein Anreiz geschaffen werden, Altanlagen mit entsprechenden Störpotenzial und geringer Leistung zurückzubauen, indem sogenannte „Repoweringgebiete“ geschaffen werden. In diesen Gebieten knüpft – wie dem bereits erwähnten Grundsatz zu entnehmen ist – die Errichtung neuer Windenergieanlagen an den Rückbau der Altanlagen an.¹

Im Rahmen der Zweiten Gesamtfortschreibung des Regionalplanes der Region Oberlausitz-Niederschlesien wurden (dort unter Ziff. 4) diverse Festlegungen zur Energieversorgung und erneuerbare Energien, vor allem auch zur regionalplanerischen Steuerung der Windenergie aufgenommen. Neben einer flächenbezogenen Betrachtung wurden dabei insbesondere auch zu erreichende Ertragsziele in den Blick genommen (vgl. Z 5.1.3 des LEP 2013 „regionaler Mindestenergieertrag“), wozu zwischenzeitlich auch Handlungsleitfäden zur Berechnung bestanden, welche allerdings – indes: aufgrund des Umstandes, dass die technischen Angaben der

¹ Zum vorstehenden Vergleich: Landesentwicklungsplan 2013, dort S. 146, 152.

zugrunde gelegten Referenzangaben nicht mehr dem Stand der Technik entsprechen – wieder aufgehoben wurden. Nach den nunmehr geltenden Vorgaben des WindBG kommt es indes auf die Erreichung der dort formulierten, in Anlage 1 zum WindBG konkret definierten Flächenbeitragswerte an, wobei für die zeitliche und räumliche Umsetzung in Sachsen und den einzelnen Planungsregionen § 4a WindBG zu beachten ist (demnach haben die Regionalen Planungsverbände für ihre jeweilige Planungsregion bis zum 31. Dezember 2027 mindestens 2,0 Prozent der Fläche in Form von Vorranggebieten auszuweisen).

Den landesplanerisch festgelegten Grundsatz G 5.1.6 aufgreifend wurde in der Zweiten Gesamtfortschreibung des Regionalplanes der Region Oberlausitz-Niederschlesien das Ziel Z 6.4.4, welches auch das Repowering betrifft, aufgenommen. Dieses sieht vor, dass innerhalb bestimmter Vorrang- und Eignungsgebiete die Errichtung von Windenergieanlagen nur zulässig ist, wenn die dort bestimmten, außerhalb der Gebiete liegenden Windenergieanlagen bereits zurückgebaut wurden bzw. im Rahmen eines Repowering zurückgebaut werden. Für die Errichtung neuer Windenergieanlagen hat der Rückbau mindestens im Verhältnis 1:1 zu erfolgen. Das Ziel gilt für die dort genannten Vorrang- und Eignungsgebiete bis zum vollständigen Rückbau der zugeordneten Altanlagen.² Die Begründung nimmt dabei Bezug auf § 7 I 2 ROG. Nicht notwendig ist, dass der Rückbau der Altanlagen verfahrenstechnisch mit der Neuerrichtung verbunden ist. Es genügt, wenn der Genehmigungsinhaber die beabsichtigte Einstellung des Betriebs anzeigt und die beabsichtigte Beseitigung der Windenergieanlage der zuständigen Immissionsschutzbehörde angezeigt hat. Antragsteller für die Neuerrichtung und die Beseitigung müssen nicht identisch sein.³ Auch hier soll ein gezielter und gebietsbezogener Anreiz für den Rückbau von bestehenden Windenergieanlagen geschaffen werden, die nicht in das regionalplanerische Konzept passen.⁴

Als Repoweringgebiete festgelegt ist eine – relativ überschaubare – Fläche von insgesamt lediglich ca. 100 ha. In Relation zu den derzeit für Windenergie festgelegten Flächen (1.052 ha) und erst recht mit Blick auf das Gesamtgebiet (ca. 450.701

² Vgl. Gesamtfortschreibung des Regionalplans Oberlausitz-Niederschlesien, dort S. 118.

³ Auf der Ebene der konkreten Vorhabenzulassung wurde mit Absatz 10 des § 16b BImSchG (dieser regelt den Umgang mit Repoweringvorhaben im Immissionsschutzrecht) eine Vorschrift eingefügt, wie mit dem Umstand umzugehen ist, dass die Betreiber der Alt- und Neuanlagen nicht identisch sind. Demnach muss der Vorhabenträger der neuen Anlage der Genehmigungsbehörde bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag eine Erklärung des Betreibers der Bestandsanlage vorlegen, wonach dieser mit dem Repowering-Vorhaben einverstanden ist. Zudem wird geregelt, dass ein paralleler Betrieb einer Bestandsanlage und der sie ersetzenden neuen Anlage ist nicht zulässig.

⁴ Zweite Gesamtfortschreibung des Regionalplans Oberlausitz-Niederschlesien, dort S. 130.

ha handelt es sich damit um eine äußerst geringfügige Fläche. Würden mithin entsprechende Festlegungen auch im aufzustellenden Plan aufgenommen werden, würden diese ebenfalls nur eine äußerst geringfügige Fläche betreffen.

2. Fragestellung

Im Folgenden wird deshalb rechtlich geprüft, ob der Regionale Planungsverband in Erfüllung seiner ihm durch das WindBG und § 4a SächsLPlG gestellten Aufgabe Flächen als Vorranggebiet Windenergienutzung mit der Bedingung ausweisen kann, dass die Neuerrichtung von Windenergieanlagen erst *nach* Rückbau außerhalb der festzulegenden Vorranggebiete Windenergienutzung, mithin die Festlegung von sogenannten „Repoweringgebieten“ möglich ist. In diesem Zusammenhang ist auch der Frage nachzugehen, ob und zu welchem Zeitpunkt die auf diese Weise aufschiebend bedingt ausgewiesenen Vorranggebiete Windenergienutzung mit Blick auf das zu erreichende 2-Prozent-Ziel für die Ausweisung von Gebieten für Windenergie in der Region zu berücksichtigen sind und ob in dieser Konstellation auch anderweitige, sachgerechte Vorgehensszenarien denkbar sind.

II. Rechtliche Bewertung

Der grundsätzliche rechtliche Rahmen zur Möglichkeit der Aufnahme bedingter Festlegungen in Regionalplänen ist bereits in der „Rechtlichen Stellungnahme zur Einbeziehung geotechnischer Sperrbereiche in die Gebietskulisse zur Ausweisung der Windenergiegebiete nach § 3 WindBG; § 4a SächsLPlG“ vom 27. Februar 2024/20. März 2024 ausführlich beleuchtet worden. Gleiches gilt für die prinzipiellen Anforderungen an eine Anrechenbarkeit von Windenergiegebieten, welche unter der Aufnahme aufschiebender Bedingungen festgelegt worden sind. Insoweit beschränken wir uns darauf, diese Fragen hier der besseren Nachvollziehbarkeit halber nur thetisch nochmals zu rekapitulieren. Im Anschluss wird dann die Bedeutung dessen für die Möglichkeit der Festlegung von Repoweringgebieten untersucht (dazu jeweils unter 1. und 2.). Im Anschluss soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit möglicherweise die Anrechnung von Flächen, auf denen Bestandsanlagen bereits vorhandenen sind, sich auf eine Ausweisung von Repoweringgebieten auswirkt (danach 3.).

Hierzu im Einzelnen:

1. Rekapitulation: Festlegung aufschiebender Bedingungen (§ 7 I 2 ROG); Möglichkeit der bedingten Festlegung

Zunächst sollen kurz die Möglichkeiten der Festlegung aufschiebender Bedingungen rekapituliert werden (sogleich a)), bevor hierauf aufbauend die Möglichkeit der Festlegung von Repoweringgebieten beleuchtet wird (danach b)).

a) Aufschiebend bedingte Festlegungen⁵

- § 7 I 2, 3 ROG sieht vor, dass festgelegt werden kann, dass bestimmte Nutzungen und Funktionen des Raums nur für einen bestimmten Zeitraum oder ab oder bis zum Eintritt bestimmter Umstände vorgesehen sind; eine Folge- oder Zwischennutzung kann festgelegt werden. Die Festlegungen nach Satz 1 und 2 können auch in räumlichen und sachlichen Teilplänen getroffen werden.
- Aufschiebend bedingte Festlegungen sind grundsätzlich möglich, wenn eine im Regionalplan mit Vorrang belegte Nutzung

⁵ Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der Rechtlichen Stellungnahme vom 27. Februar 2024/20. März 2024 verwiesen.

erst noch von der – vorherigen – Durchführung bestimmter Maßnahmen oder Entscheidungen bzw. des Eintritts bestimmter Umstände (ungewisses Ereignis) abhängt.

- Dies betrifft sowohl zeitliche Staffelungen von Nutzungen als auch wiederkehrende Befristungen. Die Regionalplanung kann daher Flächen für eine bestimmte raumbedeutsame Nutzung vorhalten, die aber erst zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich zugelassen wird.⁶ Aufschiebend bedingte Festlegungen sind beispielsweise dann möglich, wenn es um vorherige Sanierungs- oder Schutzmaßnahmen und eine korrespondierende Freigabeentscheidung geht, ohne die die Verwirklichung der im Regionalplan mit Vorrang belegten Nutzung nicht möglich oder zulässig wäre.
- Aufschiebende Bedingungen eignen sich zur **Konfliktbewältigung**, wenn die Voraussetzungen für die intendierte Rechtsfolge zwar *gegenwärtig noch nicht* vorliegen, jedoch absehbar ist, dass diese Voraussetzungen *zukünftig eintreten werden* und dann die intendierte Rechtsfolge auch eintreten kann. Der Vorteil der Nutzung einer aufschiebenden Bedingung besteht darin, dass das „Commitment“ des Plangebers bereits erfolgen kann, ohne dass der rechtliche Erfolg bereits vorweggenommen wird.
- Die als „**Bedingungselement**“ in Betracht kommenden – wirkungsauslösenden – Umstände können nur regionalplanerisch relevante Umstände sein. Sie können sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Art sein. Eine trennscharfe Abgrenzung ist weder möglich noch nötig. Denn bei beiden wird die Festlegung regelmäßig von der vorherigen Durchführung von (tatsächlichen) Maßnahmen abhängig gemacht, die aus rechtlichen Gründen erforderlich sind.
- Unter Berücksichtigung des Erfordernisses der Erforderlichkeit der Planung (§ 2 I ROG) steht es mit der gesetzgeberischen Intention hinter der Regelung von § 7 I 2 ROG im Einklang, wenn nach Lage der konkreten Umstände des Einzelfalls eine **absehbare Änderung** der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse

⁶ So VG Düsseldorf, Urt. v. 19.2.2019 – 17 K 8130/16 –, Rdnr. 144 (zitiert nach juris).

erwartet werden kann und zugleich der raumplanerische Sachzusammenhang die Einbeziehung dieser Flächen bereits jetzt in Ausweisungskulisse für Windenergiegebiete gebietet.

- Bei einem aufschiebend bedingten Vorranggebiet bedeutet dies, dass erst im Zeitpunkt des Bedingungseintritts der letztabgewogene Vorrangbefehl greifen muss. Dies ist unproblematisch, wenn der Plangeber bei Bedingungseintritt vom Wegfall eines Raumkonflikts ausgehen darf, da in diesem Fall die Festlegung die hierfür vorgesehenen Flächen wirksam reserviert.
- Notwendig ist, dass der Bedingungseintritt aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der mittelfristigen Perspektive der Regionalplanung nicht nur eine **vage planerische Hoffnung**, sondern eine konkret absehbare Entwicklung darstellt und das rechtliche Hindernis mithin erkennbar aufgehoben wird oder aufzuheben ist. Die bedingte Festlegung im Zusammenhang mit einem Vorranggebiet Wind ist nicht problematisch, wenn und soweit die Prognose der Ausräumung des bedingten Raumwiderstands **hinreichend belastbar** möglich ist.
- Eine aufschiebend bedingte Festlegung eines Vorranggebietes Windenergie (Windenergiegebiet) ist daher grundsätzlich möglich, soweit eine **Prognose die überwiegende Wahrscheinlichkeit** ergibt, dass während des Geltungszeitraums des Regionalplans – nicht zwingend bis Ende 2027 – die durch die Festlegung eines Vorranggebiets avisierte Nutzung eintreten kann und wird. Rechtlich problematisch ist die Festlegung solcher Flächen, die letztlich aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für die Windenergienutzung auf Dauer **objektiv ungeeignet** sind.

b) Bedeutung für Repoweringgebiete

Den vorstehenden Maßstab zugrunde gelegt, dürfte eine Festlegung von Vorranggebieten, welche unter der Bedingung stehen, wonach zunächst ein Rückbau vorhandener Windenergieanlagen erfolgen muss, im Ausgangspunkt rechtlich möglich sein.

Dass bestimmte Nutzungen oder Funktionen des Raumes erst ab dem Eintritt bestimmter Umstände vorgesehen sind, kann nach § 7 I 2 ROG festgelegt

werden. Ein solcher Fall liegt vor, wenn man die Nutzung von Windenergieanlagen in den jeweiligen Vorranggebieten an einen vorherigen Rückbau o.Ä. anderweitiger Anlagen knüpfen würde. Bei einem so formulierten Bedingungs-element handelt es sich auch um regionalplanerisch relevante Umstände, zumal es hierbei freilich auch und gerade um die Frage der Nutzung eines bestimmten Raums für die Zukunft für Windenergieanlagen geht.

Auch unter Berücksichtigung des Erfordernisses der Erforderlichkeit der Planung (§ 2 I ROG) würde es sich um eine zulässige Bedingung handeln, wenn absehbar ist, dass es im Geltungszeitraum der regionalplanerischen Festlegungen als realistisch erscheint, dass (1.) ein Rückbau bestehender Anlagen in anderweitigen Flächen erfolgt und (2.) eine Realisierung von Windenergieanlagen in den aufschiebend bedingten Vorranggebieten im Anschluss erfolgen wird. Unterstellt, es wäre eine solche positive Prognose grundsätzlich möglich, dürften auch hinsichtlich der Erforderlichkeit zumindest im Ausgangspunkt keine grundlegenden Bedenken bestehen. Voraussetzung ist jedoch auch hier, dass eine hinreichend belastbare Prognose möglich ist, dass der bedingte Raumwiderstand insoweit auch ausgeräumt werden kann.

In diesem Kontext ist allerdings auch die strukturell ähnlich gelagerte Vorschrift des § 249 VIII BauGB für Bebauungspläne zu berücksichtigen. Demnach kann nach § 9 II 1 Nr. 2 BauGB (Festsetzung über die Bauweise, die bebaubaren und die nicht überbaubaren Grundstücksflächen, sowie die Stellung der baulichen Anlagen) festgesetzt werden, dass die im Bebauungsplan ermöglichten Windenergieanlagen nur zulässig sind, wenn sichergestellt ist, dass nach der Errichtung der im Bebauungsplan festgesetzten Windenergieanlagen andere im Bebauungsplan bezeichnete Windenergieanlagen innerhalb einer im Bebauungsplan zu bestimmenden angemessenen Frist zurückgebaut werden. Dabei können die Standorte der zurückzubauenden Windenergieanlagen auch außerhalb des Bebauungsplangebiets oder außerhalb des Gemeindegebiets liegen. Der Gesetzgeber des BauGB – der auch Gesetzgeber des ROG ist – geht mithin davon aus, dass es planerisch möglich ist, entsprechende Vorgaben an die Flächennutzung – hier sogar an die unmittelbare Regelung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit – an den Rückbau anderweitiger Anlagen zu knüpfen. Insofern sind solche Regelungskonstellationen dem Planungsrecht nicht fremd.

In der Literatur wird die Vorschrift des § 249 VIII BauGB unter Berücksichtigung ihres Zweckes jedoch auch als Argument dafür aufgeführt, die Sinn-

haftigkeit der Regelung § 4 I 3 WindBG in Frage zu stellen. Mit dieser Regelung solle verhindert werden, dass die Länder weiterhin zur Ausweisung von Windenergiegebieten verpflichtet wären, trotz eines befürchteten erheblichen Zubaus von Windenergieanlagen außerhalb von Windenergiegebieten. Die Länder müssten nämlich Raum für zusätzliche Anlagen schaffen, obwohl an anderer Stelle Anlagen realisiert werden und sich noch über Jahre befinden werden. Diesem Interesse könnten die Länder auch durch das in § 249 VIII BauGB standortverlagernde Repowering Rechnung tragen.⁷ Diese Erwägungen spielen daher auch bei der Beurteilung und Abwägung der Aufnahme entsprechend bedingter Festlegungen eine Rolle. Es könnte nämlich hinterfragt werden, ob das mit der Festlegung von Repoweringgebieten verfolgte Ziel tatsächlich einer *raumordnerischen* Steuerung bedarf, oder ob dies nicht der nachgelagerten Ebene der Bauleitplanung überlassen bleiben kann. Insofern kann dies die Frage der Erforderlichkeit der bedingten Festlegung betreffen.

Eine generelle Annahme, entsprechende raumordnerische Festlegungen müssten aufgrund auch der bauleitplanerischen Möglichkeiten an der Erforderlichkeit scheitern, scheint jedoch unter Berücksichtigung der Komplexität und Vielschichtigkeit raumordnerischer Erwägungen zu pauschal. Vielmehr wird dies letztlich der Beurteilung der jeweiligen betroffenen Bereiche/Flächen und der begleitenden Umstände sowie der insgesamt bei der Bewertung zu beachtenden raumordnerischen Aspekte vorbehalten bleiben müssen.

[Inkurs: Im Lichte der sich auf der Ebene der Raumordnung stellenden Frage der Anrechenbarkeit von bedingten Flächen ist die Regelung des § 4 I 3 WindBG unabhängig davon aus hiesiger Sicht jedoch durchaus sinnvoll, da sie eine weitere Kategorie anzurechnender Flächen implementiert und zwar unabhängig davon, ob Repoweringgebiete festgelegt werden oder nicht]

Dass solche raumordnerische Festlegungen möglich sind, scheint im Ausgangspunkt auch der Landesentwicklungsplan 2013 vorauszusetzen, zumal dieser im Grundsatz G 5.1.6 gerade eine entsprechende Festlegung enthält. Das entsprechende Ziel Z 6.4.4 des Regionalplans der Region Oberlausitz-Niederschlesien wurde dementsprechend ebenfalls nicht beanstandet.

⁷ Vgl. Benz/Wegner, ZNER 2022, 367 (373; hier zitiert nach juris).

2. Rekapitulierend: Anrechenbarkeit aufschiebend bedingter Vorranggebiete Windenergienutzung auf das Flächenbeitragsziel; Bedeutung für Repoweringgebiete

Nachfolgend sollen die grundlegenden Erwägungen zur Anrechenbarkeit von unter aufschiebenden raumordnerischen Bedingung stehenden Vorranggebieten rekapituliert werden (sogleich a)), bevor auf die Bedeutung für Repoweringgebiete eingegangen wird (anschließend b)).

- a) Grundlegende Feststellungen im Zusammenhang mit der Anrechenbarkeit bedingt festgelegter Vorranggebiete⁸

Die Anrechenbarkeit von Flächen auf die Flächenbeitragswerte sind in § 4 WindBG geregelt. Dabei bestimmt § 4 II WindBG die temporale Geltung der Anrechenbarkeit:

„Ausgewiesene Flächen sind anrechenbar, sobald und solange der jeweilige Plan wirksam ist. Soweit ein Plan durch Entscheidung eines Gerichtes für unwirksam erklärt oder dessen Unwirksamkeit in den Entscheidungsgründen angenommen worden ist, bleiben die ausgewiesenen Flächen für ein Jahr ab Rechtskraft der Entscheidung weiter anrechenbar. Ein Plan, der vor Ablauf der in § 3 Absatz 1 Satz 2 genannten Stichtage beschlossen, aber noch nicht wirksam geworden ist, wird für sieben Monate ab Beschluss des Plans angerechnet.“

Daraus folgt zusammenfassend:

- Die Anrechnung nach § 4 II 1 WindBG setzt das **Inkrafttreten** des Plans voraus und ist nur möglich, solange dieser wirksam ist. Nach der Intention des Gesetzgebers sollen nur solche Flächen anrechenbar sein, welche durch Pläne gesichert sind, von denen bereits **konkrete Rechtswirkungen ausgehen**.
- In der Folge dürften – auch wenn der Wortlaut der Vorschrift dies so nicht explizit regelt – nur solche Flächen als anrechenbar zu qualifizieren sein, welche durch **rechtswirksame und in der Sache realisierbare Festlegungen** gesichert sind.

⁸ Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der Rechtlichen Stellungnahme vom 27. Februar 2024/20. März 2024 verwiesen.

- Ziel ist es, zu den maßgeblichen Stichtagen eine bestimmte Menge an hierfür gesicherten Flächen zur Verfügung zu haben, auf denen eine Realisierung von Windenergieanlagen dann auch tatsächlich möglich ist.
- Dies entspricht der in der Gesetzesbegründung formulierten Zielstellung des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergie an Land, aus der hervorgeht, dass es um die rechtzeitige Bereitstellung verfügbarer Flächen für die Windenergienutzung (bzw. mit zeitlichem Vorlauf) zur Erreichung der notwendigen Ausbauziele geht.
- Auch die die Privilegierung von Windenergieanlagen außerhalb von Windenergiegebieten ausschließende Rechtswirkung des § 249 II BauGB kann nur dann vor dem Ziel des beschleunigten Ausbaus gerechtfertigt werden, wenn das entsprechende Flächenpotential nicht Restriktionen unterliegt, die einerseits eine realistische Realisierung von Vorhaben ausschließen und damit gleichzeitig auch eine abwägungsfehlerfreie raumordnerische Festlegung verhindern.
- Der Ausschluss der Privilegierung ergibt nämlich mit Blick auf das Ziel des beschleunigten Ausbaus nur dann Sinn, wenn andererseits diejenigen Flächen, welche in das anrechenbare Flächenpotential der Windenergiegebiete „einzahlen“, auch tatsächlich zu diesem Zwecke zur Verfügung stehen und eine realistische Umsetzungsperspektive für entsprechende Vorhaben besteht.
- Dies indiziert im Ergebnis eine Finalität der Flächenbereitstellung auf der Bilanzierungsebene (Feststellung Erfüllung Flächenbeitragswerte).

b) Bedeutung für Repoweringgebiete

Hinsichtlich der Anrechenbarkeit in dieser Form bedingter Vorranggebiete dürfte sich die Lage ähnlich darstellen, wie in der Konstellation des Anknüpfens an die Freigabe von noch zu sanierenden Kippenflächen (vgl. hierzu unsere Rechtliche Stellungnahme vom 27. Februar 2024/20. März 2024, dort unter II. 2.).

Auch hier stellt sich die Situation so dar, dass erst **nach Bedingungseintritt** der zielförmige Vorrang der entsprechenden Vorranggebiete rechtlich aktiviert wäre. Es wäre dabei auch nicht maßgeblich, ob die Vorranggebietsfestlegung als solche unter eine aufschiebende Bedingung festgelegt wird oder im Rahmen ergänzender, die Raumnutzung konkretisierender, textlicher Festsetzung formuliert würde, dass die Errichtung von Windenergieanlagen erst nach einem entsprechenden Rückbau an anderer Stelle zulässig sein soll. Wie auch im Kontext der bergbaulichen Sanierungsflächen ändert nämlich auch dies nichts daran, dass die festgelegten Flächen für die Realisierung von Windenergieanlagen solange nicht zur Verfügung stehen, wie eine Realisierung dort nicht möglich ist.

Insofern begegnet auch eine Argumentation dahingehend, dass sie unmittelbar zur Verfügung stünden, weil – anders als bei den bergbaulichen Sanierungsflächen – die Flächen unmittelbar bereits als solche für die Umsetzung von Windenergieanlagen geeignet sind und damit mit einem Rückbau auch sofort zur Verfügung stehen, rechtlichen Bedenken. Die generelle bestehende Geeignetheit ändert nämlich nichts an der Tatsache, dass bevor eine Windenergieanlage gebaut und im Betrieb genommen werden kann, an anderer Stelle ein Rückbau erfolgen muss. Vorher ist und bleibt diese Nutzungsmöglichkeit im Vorranggebiet versperrt.

In der Folge dürfte in einer solchen Konstellation ebenfalls erst dann von einer Anrechenbarkeit auszugehen sein, sobald und soweit die Bedingung eingetreten ist, die innergebietsliche Vorrangwirkung ausgelöst wurde und diese Flächen auch tatsächlich für die Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen zur Verfügung stehen.

3. Anrechenbarkeit von Flächen mit Bestandsanlagen im Kontext der Festlegung von Repoweringgebieten als Option zur Erreichung des 2-Prozent-Ziels?

Wie einleitend angedeutet soll im Lichte des Vorstehenden die Frage analysiert werden, ob und inwieweit möglicherweise eine Festlegung von Repoweringgebieten dennoch unter Erreichung des 2-Prozent-Ziels ermöglicht werden könnte. Hier könnten sich Handlungsoptionen aus dem Umstand ergeben, dass auch weitere Flächen unter bestimmten Umständen in das 2-Prozent-Ziel „einzahlen“ können.

Zu diesem Zwecke werden daher zunächst die rechtlichen Vorgaben des WindBG zur Anrechenbarkeit weiterer Flächen betrachtet (sogleich a)) sowie die parallelen

sächsischen Regelungen des SächsLPIG (danach b)) beleuchtet, bevor sich etwaige daraus ergebende Optionen gewürdigt werden (anschließend c)).

a) Anrechenbarkeit nach WindBG, insbesondere: Flächen mit Bestandsanlagen

Welche Flächen grundsätzlich anrechenbar sind, wird in § 4 I WindBG festgelegt:

„Für die Windenergie an Land im Sinne des § 3 Absatz 1 ausgewiesen sind alle Flächen, die in Windenergiegebieten liegen. Soweit sich Ausweisungen in Plänen verschiedener Planungsebenen auf dieselbe Fläche beziehen, ist die ausgewiesene Fläche nur einmalig auf den Flächenbeitragswert anzurechnen. Auf den Flächenbeitragswert nach der Anlage Spalte 2 werden auch Flächen angerechnet, die keine Windenergiegebiete sind, wenn sie im Umkreis von einer Rotorblattlänge um eine Windenergieanlage liegen und der jeweilige Planungsträger dies in dem Beschluss nach § 5 Absatz 1 feststellt. Die Anrechnungsmöglichkeit besteht nur, solange die Windenergieanlage in Betrieb ist. Flächen, die in Plänen ausgewiesen werden, die nach dem 1. Februar 2023 wirksam geworden sind und Bestimmungen zur Höhe baulicher Anlagen enthalten, sind nicht anzurechnen. Auf den Flächenbeitragswert werden ausgewiesene Flächen nur dann angerechnet, wenn für sie standardisierte Daten geografischer Informationssysteme (GIS-Daten) vorliegen.“ [Hervorhebung nicht im Original]

Vorliegend sollen insbesondere die hervorgehobenen Sätze 3 und 4 näher untersucht werden. Diese betreffen die Anrechenbarkeit von Flächen, welche nicht als Windenergiegebiet im Sinne des § 3 I WindBG ausgewiesen sind, auf denen sich jedoch bereits in Betrieb befindliche Windenergieanlagen befinden. Diese Regelung war bereits im ursprünglichen Gesetzesentwurf enthalten. „Kurios“ ist der Umstand, dass sie im Zuge der Gesetzesbegründung jedoch nicht weiter erläutert wird. Vielmehr scheint jene diese Regelung zu konterkarieren, indem ausgeführt wird:

„Satz 1 regelt, dass alle in ausgewiesenen Windenergiegebieten liegenden Flächen auf die Flächenbeitragswerte angerechnet werden. Der Begriff der Windenergiegebiete wird in § 2 Nummer 1 definiert.

Gleichzeitig stellt Satz 1 wie schon § 3 Absatz 1 Satz 1 klar, dass allein planerisch ausgewiesene Flächen auf die Flächenbeitragswerte angerechnet werden. Nicht anrechenbar sind daher insbesondere Flächen, auf denen Windenergieanlagen auf Grundlage ihrer Außenbereichsprivilegierung zugelassen oder errichtet wurden, die aber nicht als Windenergiegebiet ausgewiesen sind. Das WindBG ordnet damit den planerisch gesteuerten Windenergieausbau als vorzugswürdig ein. Denn die planerische Steuerung erlaubt unter anderem einen Ausgleich mit gegenläufigen Nutzungsinteressen auf höherer Ebene und entlastet damit die Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen. Die räumliche Steuerung der Flächennutzung für die Windenergie an Land soll nicht allein der Projektsteuerung überlassen werden.⁹

Über die dahinterstehenden Gründe lässt sich nur spekulieren. Hintergrund dürfte letztlich sein, dass die Regelung relativ spät, aber noch vor Beginn des parlamentarischen Verfahrens eingefügt worden ist, sodass sich die Begründung noch auf einen früheren Entwurfsstand bezieht.¹⁰ Fakt ist jedoch, dass die Formulierung des Gesetzes so, wie sie zuvor zitiert worden ist, in Kraft getreten ist.

Damit sieht das Gesetz, wie bereits erwähnt, vor, dass auch solche Flächen angerechnet werden können, welche nicht als Windenergiegebiet im Sinne des § 3 I WindBG ausgewiesen sind, auf denen sich jedoch bereits in Betrieb befindliche Windenergieanlagen befinden. Sie müssen dafür im Umkreis von einer Rotorblattlänge um eine Windenergieanlage liegen. Zudem muss der Planungsträger dies im Rahmen seines Beschlusses nach § 5 I WindBG feststellen. Mit anrechenbar sind daher gerade solche Flächen, auf denen Windenergieanlagen auf Grundlage ihrer Außenbereichsprivilegierung zugelassen oder errichtet wurden, die aber nicht als Windenergiegebiet ausgewiesen sind¹¹ (insoweit genau gegenteilig zu dem in der Gesetzesbegründung Festgehaltenen). Hervorzuheben ist auch, dass eine Anrechenbarkeit nur für die Ziele nach Spalte 2 des Anhangs zum WindBG vorgesehen ist, also für das Gesamtziel 2032.¹² Da mit § 4a II SächsLPIG für den Freistaat Sachsen jedoch genau dieses Ziel vorgezogen wurde, dürfte eine Anrechenbarkeit nach dieser

⁹ BT-Drs. 20/2355, S. 26.

¹⁰ *Benz/Wegner*, ZNER 2022, 367 (373; hier zitiert nach juris); *Scheidler*, UPR 2022, 321 ff. (hier zitiert nach juris).

¹¹ Vgl. *Scheidler*, DVBl. 2024, 390 ff.; *Benz/Wegner*, ZNER 2022, 367 (373; hier zitiert nach juris).

¹² *Scheidler*, UPR 2022, 321 ff. (hier zitiert nach juris).

Vorschrift auch zum Stichtag 31. Dezember 2027 möglich sein, zumal rechtlich nicht einleuchtend ist, weswegen gerade bei einer Vorverlegung des Ziels diese Möglichkeit nicht greifen sollte.

Satz 4 stellt überdies klar, dass die Anrechenbarkeit nur dann und solange besteht, als die Windanlagen, an die angeknüpft wird, „in Betrieb“ sind. In der „*Arbeitshilfe zum Vollzug des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (sog. Wind-an-Land-Gesetz) (Arbeitshilfe Wind-an-Land)*“, beschlossen durch die *Fachkommission Städtebau und den Ausschuss für Recht und Verfahren der Ministerkonferenz für Raumordnung am 3. Juli 2023*, wird hierzu ausgeführt, dass damit kurzfristige betriebsbedingte Abschaltungen insoweit unschädlich seien. Nur eine Außerbetriebnahme oder der Abbau der Anlage würden zu einer Nichtanrechenbarkeit führen.¹³ Mit Blick auf den Wortlaut der Vorschrift dürfte diese Formulierung aber kritisch zu hinterfragen sein, da dieser gerade nicht auf Abbau abstellt, sondern auf den Betrieb der Anlage. Diese Unterscheidung ist deswegen von Bedeutung, weil eine Außerbetriebnahme einer Anlage denknotwendig vor deren Abbau stattfindet. Kommt es mithin darauf an, ob eine Anlage in Betrieb ist, liegt der Zeitpunkt, ab dem eine Anrechenbarkeit nicht mehr möglich ist, ebenfalls früher. Auch die vorgenannte Arbeitshilfe erkennt zutreffend, dass eine Anrechnung nur möglich ist, wenn die Anlagen in Betrieb sind.¹⁴ Aus diesem Grunde sollte – auch im Sinne eines vom Vorsorgegedanken getragenen Vorgehens – davon ausgegangen werden, dass es nicht auf den Abbau, sondern auf den Betrieb ankommt.

Laut *Benz/Wegner* sei Ziel dieser Anrechnungsregelung, zu verhindern, dass trotz eines erheblichen Zubaus von Windenergieanlagen außerhalb von Windenergiegebieten die Länder weiterhin zur Ausweisung von Windenergiegebieten verpflichtet seien und damit Raum für zusätzliche Anlagen schaffen müssten, während sich Anlagen an anderer Stelle noch über Jahre befänden.¹⁵

b) Zum SächsLPIG

§ 4a SächsLPIG normiert die Umsetzung des WindBG in Sachsen. Die Aufgabe der Ausweisung der zur Erreichung der Flächenbeitragswerte notwendigen Flächen nach § 3 I i.V.m. II 1 Nr. 2 WindBG obliegt gemäß § 4a I SächsLPIG

¹³ Arbeitshilfe Wind-an-Land, S. 17.

¹⁴ ebda.

¹⁵ *Benz/Wegner*, ZNER 2022, 367 (373; hier zitiert nach juris).

den Regionalen Planungsverbänden als Pflichtaufgabe. Nach § 4a II SächsLPIG sind in den Regionalplänen Windenergiegebiete nach § 2 Nr. 1 WindBG auszuweisen. Dabei hat jeder Regionale Planungsverband für seine Planungsregion bis zum 31. Dezember 2027 mindestens 2,0 Prozent seiner Fläche gemäß Anlage 1 Spalte 2 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes (Flächenbeitragswerte) in Form von Vorranggebieten auszuweisen. Der sächsische Gesetzgeber hat damit nach der in § 3 IV WindBG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die in § 3 I WindBG normierten Stichtage auf einen früheren Zeitpunkt vorzuziehen.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang – gerade im Lichte des unter 2. Gesagten –, dass § 4a SächsLPIG nicht (auch nicht mittelbar) die Möglichkeit der Anrechenbarkeit nach § 4 I 3 und 4 WindBG erwähnt. Vielmehr sieht das Gesetz vor, dass „in den Regionalplänen“ jeweils 2,0 Prozent der Fläche als Vorranggebiete auszuweisen sind.

Damit stellt sich die Frage, ob damit nach der sächsischen Rechtslage *allein* durch eine entsprechende Festlegung von Vorranggebieten in Regionalplänen das 2,0 Prozent-Ziel erreicht werden kann, oder ob auch die oben skizzierten Anrechnungsmöglichkeiten weiter bestehen sollen.

aa) Wortlaut

Eine isolierte Betrachtung des Wortlauts des § 4a II 1 SächsLPIG, aber auch der weiteren Regelungen des § 4a SächsLPIG, könnte aus den genannten Gründen wegen zunächst ersteres nahelegen. Es ist allerdings fraglich, ob dies tatsächlich so intendiert bzw. normiert worden ist. Selbst wenn der Wortlaut der Vorschrift des § 4a SächsLPIG die Anrechnungsmöglichkeit nach § 4 I 3 und 4 WindBG nicht nennt, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass diese ausgeschlossen sein sollte. Eine ausdrückliche Nichtanwendbarkeit wurde nämlich gleichfalls nicht normiert.

bb) Gesetzgeberische Erwägungen

Für eine entsprechende Auslegung der Norm streitet auch nicht die **Gesetzesbegründung** zu § 4a SächsLPIG. Eingeführt wurde die Vorschrift im Zusammenhang mit dem Gesetz begleitender Regelungen zum Doppelhaushalt 2023/2024, dort Art. 25. Die Begründung dazu

verhält sich vielmehr vollkommen indifferent und geht auf die Vorschrift des § 4 I 3 und 4 WindBG weder direkt, noch indirekt ein.

Sie thematisiert zunächst die allgemeinen Ausbauziele sowie die Notwendigkeit, eines schnellstmöglichen Beginns der Ausweisung von Windenergiegebieten durch die Planungsverbände. Diesen werde die Aufgabe zur Erreichung der Flächenbeitragswerte durch entsprechende Flächenausweisungen übertragen. Mit Blick auf die Konsequenzen einer Nichtumsetzung werde die Aufgabe als Pflichtaufgabe ausgestaltet.¹⁶ Sodann wird konkret zu § 4a SächsLPIG zunächst auf § 3 I WindBG eingegangen sowie die dort normierte Verpflichtung. Es wird festgehalten, dass die Länder ihre Pflichten – indes: „*unter anderem*“ – dadurch erfüllten, dass sie eine Ausweisung der Flächenbeitragswerte durch regionale Planungsträger sicherstellen. § 1 (gemeint ist wohl § 4a SächsLPIG) setze diese gesetzliche Optionsmöglichkeit um, in dem die regionalen Planungsverbände beauftragt würden, mit ihren Planungen dieses Ziel zu erreichen, was regelmäßig nur mit einer Fortschreibung der bestehenden Regionalpläne der Fall sein werde. Um eine zweistufige Planung zu vermeiden, werde das eigentlich für 2032 zu erreichende Ziel auf 2027 vorgezogen. Mit Blick auf diese Sanktionsmechanismen bei Nichterreichung werde diese Aufgabe als Pflichtaufgabe ausgestaltet.¹⁷

Weitere Aussagen trifft die Begründung nicht. Vielmehr geht sie auf den LEP 2013 sowie die Funktionslosigkeit des dort festgelegten Ziels Z 5.1.3 und auf die ebenfalls eingeführte Flexibilisierungsklausel des § 20 III SächsLPIG ein.¹⁸ Nachdem dann weiter klargestellt wird, dass die Erreichung der Flächenbeitragswerte der Umsetzung der Ausbauziele aus dem Energie- und Klimaprogramm Sachsen und damit dem Erreichen des für die Nutzung der Windenergie geltenden Ziels der Sächsischen Staatsregierung dient, wird sodann darauf eingegangen, dass für die Erfüllung der Flächenbeitragswerte die Definition nach § 2 Nr. 1 WindBG mit der Folge gelte, dass Flächenbeitragswerte nur noch durch die Ausweisung von Vorranggebieten in den Regionalplänen zu erfüllen seien. Sodann wird auch nochmals auf das vorgezogene

¹⁶ LT-Drs. 7/10574, S. 5.

¹⁷ LT-Drs. 7/10574, S. 5.

¹⁸ LT-Drs. 7/10574, S. 6; die Vorschrift des § 20 III SächsLPIG ist zwischenzeitlich mit Gesetz vom 12. Juni 2024 angepasst worden, da mit Blick auf die Änderungen des Raumordnungsgesetzes Zweifel bestanden, ob diese noch anwendbar sei, vgl. hierzu LT-Drs. 7/1592.

zeitliche Ziel eingegangen sowie auf die Möglichkeit der Unterschreitung des 2-Prozent-Ziels, wenn ein anderer Planungsverband dies „ausgleicht“ und eine entsprechende Vereinbarung geschlossen wird.¹⁹ Im weiteren Verlauf erläutert die Gesetzesbegründung dann auch auf die Änderung der anderen Vorschriften.

Insofern beschränkt sich die Gesetzesbegründung im Wesentlichen darauf, auf die allgemeinen Aspekte der Erreichung der Flächenbeitragswerte einzugehen und die *grundsätzliche* Art und Weise, wie die Ausweisung von Windenergiegebieten zu erfolgen hat sowie die zuständigen Stellen. Es wird gerade nicht thematisiert (nicht einmal angedeutet), dass die Anrechnungsmöglichkeit des § 4 I 3 u. 4 WindBG nicht anwendbar sein soll. Vielmehr deutet die Begründung darauf hin, dass die Regelungen lediglich i.S. des § 3 II WindBG eine Zuordnung zu einem bestimmten kommunalen Planungsträger vornehmen und entsprechende Teilflächenziele festlegen (§ 3 II 1 Nr. 2 WindBG). Bei näherer Betrachtung beschränkt sich die Begründung und die dortigen Ausführungen genau hierauf.

cc) Systematische Erwägungen

Auch systematisch spricht nichts für ein einschränkendes Verständnis. In diesem Zusammenhang ist zunächst die Systematik des WindBG zu berücksichtigen. Die Verpflichtung der Länder zur Flächenausweisung und die Art und Weise der Umsetzung werden in § 3 WindBG normiert. Neben der Festlegung der Flächenbeitragswerte und der zeitlichen Ziele wird – wie bereits erwähnt – in § 3 II WindBG geregelt, wie die Länder die Pflichten zu erfüllen haben:

„Die Länder erfüllen die Pflicht nach Absatz 1, indem sie

1. die zur Erreichung der Flächenbeitragswerte notwendigen Flächen selbst in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen ausweisen oder
2. eine Ausweisung der zur Erreichung der Flächenbeitragswerte notwendigen Flächen durch von ihnen abweichende regionale oder kommunale Planungsträger sicherstellen; dabei legt das jeweilige Land hierzu regionale

¹⁹ Vgl. LT-Drs. 7/10574, S. 6 f.

oder kommunale Teilflächenziele fest, die in Summe den Flächenbeitragswert erreichen, und macht diese durch ein Landesgesetz oder als Ziele der Raumordnung verbindlich.

Im Fall des Satzes 1 Nummer 1 kann das Land durch ein Landesgesetz oder als Ziele der Raumordnung regionale Teilflächenziele für eigene regionale Raumordnungspläne festlegen, die in Summe die Flächenbeitragswerte erreichen.“

Auch diese Vorschrift nennt als Mittel der Erreichung der Ziele allein die Ausweisung in landesweiten oder regionalen Raumordnungsplänen oder durch kommunale Planungsträger. Ein sonstiges Instrumentarium wird nicht erwähnt. Erst in § 4 WindBG, der die anrechenbaren Flächen näher definiert, wird eine Anrechenbarkeit auch von Flächen mit Bestandsanlagen implementiert. Wie bereits dargelegt, muss der zuständige Planungsträger in diesem Fall dies im Beschluss nach § 5 WindBG berücksichtigen.

Insofern geht auch der Gesetzgeber des WindBG zunächst vom grundlegenden Fall der Ausweisung in entsprechenden Plänen aus. Er eröffnet daneben in einer anderen Vorschrift die Möglichkeit der Anrechnung von Flächen mit Bestandsanlagen. Insofern kann zwischen den *grundsätzlichen* Regelungen zur Zielerreichung durch Ausweisung von Flächen in Plänen und den *ergänzenden* zur Anrechenbarkeit von Flächen für die Erreichung der Flächenziele differenziert werden.

Letztlich dürfte das Sächsische Landesplanungsgesetz in § 4a SächsLPIG dieser Logik folgen, indem es nur präzisierende Regelungen zum *ersten* Komplex enthält. Die *sonstigen* Regelungen des WindBG bleiben unberührt; § 4a SächsLPIG enthält konsequenterweise dazu auch keine weiteren Regelungen.

dd) Teleologische Erwägungen

Auch *teleologisch* spricht nichts für ein einschränkendes Verständnis des § 4a SächsLPIG. Ausweislich der Gesetzesbegründung (vgl. dazu bereits oben) sollte es gerade um eine beschleunigte Erreichung der Flächenbeitragswerte gehen und der Eröffnung der entsprechenden Möglichkeiten für die zuständigen regionalen Planungsverbände. Dem

würde es widersprechen, wenn eine bundesgesetzlich vorgesehene Anrechnungsmöglichkeit durch die landesrechtliche flankierende Regelung aufgehoben würde.

ee) Verfassungsrechtliche Bedenken

Nicht zuletzt (und vor allem) stößt ein Verständnis der Vorschrift im genannten einschränkenden Sinne auf **verfassungsrechtliche Bedenken**. Der sächsische Gesetzgeber hätte nämlich wohl ohnehin – insofern jedenfalls – nicht von den Regelungen des WindBG abweichen dürfen.

Das WindBG stützt sich hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, wie der Begründung zu Art. 1 des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land, mit dem das WindBG eingeführt wurde, entnommen werden kann, auf Art. 74 I Nr. 2 GG i.V.m. Art. 72 II GG. Ersterer regelt die **konkurrierende Gesetzgebung** für das Gebiet des Rechts der Wirtschaft, dem auch die Energiewirtschaft angehört. Art. 72 II GG legt fest, dass auf den Gebieten u.a. des Art. 74 I Nr. 11 GG der Bund das Gesetzgebungsrecht hat, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Planung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Eine solche Erforderlichkeit wurde seitens des Gesetzgebers gesehen.²⁰

Macht der Gesetzgeber u.a. von dieser sogenannten Erforderlichkeitskompetenz Gebrauch und liegt eine solche Erforderlichkeit vor, entfaltet dies eine sogenannte **Sperrwirkung**.²¹ Das bedeutet, dass neues Landesrecht dazu nicht mehr entstehen kann und erlassene Landesgesetze unzulässig sind.²² Eine Abweichungsgesetzgebung des Art. 72 III GG ist indes nicht möglich. Die dort genannten Abweichungsgegenstände dürften ohnehin kaum anwendbar sein. Allenfalls Art. 72 III S. 1 Nr. 4 GG (Raumordnung) dürfte für die ebenfalls im Rahmen dieses Gesetzes eingeführten Änderungen des BauGB und des ROG einschlägig sein. Dies ist auch der Grund, weswegen das Gesetz erst sechs Monate nach der Verkündung in Kraft treten sollte.²³

²⁰ BT-Drs. 20/2355, S. 18 f.

²¹ Vgl. *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG-Komm., 16. Auflage (2020), Art. 72, Rdnr. 16.

²² Vgl. *Kment*, a.a.O., Art. 72, Rdnr. 11a m.w.N.

²³ Vgl. BT-Drs. 20/2355, S. 37.

Unterstellt, die Einschätzung des Gesetzgebers, wie sie sich in der Gesetzesbegründung darstellt, ist zutreffend, würde dies bedeuten, dass die Länder ohnehin nicht abweichen könnten bzw. allenfalls in den im Gesetz selbst normierten Fällen (wie etwa in § 3 IV WindBG vorgesehen). Dem stünde mangels Abweichungskompetenz nach Art. 72 III GG die durch das Bundesgesetz entfaltete Sperrwirkung entgegen. Bereits aus diesem Grunde ist nicht davon auszugehen, dass der sächsische Gesetzgeber über die im WindBG eröffneten Abweichungs- und Präzisierungsmöglichkeiten hinaus Abweichungen von diesem normieren wollte.

ff) Fazit

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass ganz Überwiegendes dafür spricht, dass § 4a SächsLPIG die Anrechenbarkeitsregeln des § 4 WindBG unberührt lässt, sodass auch Flächen i.S.d. § 4 I S. 3 u. 4 WindBG anrechenbar bleiben.

c) Anrechenbarkeit von Flächen für Bestandsanlage als Option für Festlegung von Repoweringgebieten?

Unter Berücksichtigung der bisher erfolgten Ausführungen stellt sich die Frage, ob möglicherweise durch eine Kombination einer Anrechenbarkeit nach § 4 I 3 u. 4 WindBG i.V.m. § 5 WindBG sowie der Aufnahme einer aufschiebenden Bedingung möglicherweise eine Erreichung der Flächenbeitragswerte gewährleistet werden kann.

aa) Grundlegende Ausgangsüberlegungen

Zwar können die Repoweringgebiete als solche erst dann angerechnet werden, sobald tatsächlich der Vorrangcharakter aktiviert worden ist und diese tatsächlich zur Verfügung stehen. Dennoch könnte eine Erreichung des Flächenbeitragsziels dann potenziell erfolgen, wenn diejenigen Flächen, auf denen sich zurückzubauende Bestandsanlagen befinden, angerechnet werden können.

Dass und unter welchen Voraussetzungen Flächen von Bestandsanlagen angerechnet werden können, ist bereits aufgezeigt worden. Gleiches gilt für den Umstand, dass diese auch trotz § 4a SächsLPIG anre-

chenbar bleiben dürften. Damit könnten entsprechende Flächen zunächst im Rahmen eines entsprechenden Beschlusses nach § 5 WindBG angerechnet werden und somit zur Erreichung des Flächenbeitragsziels beitragen, wohingegen die unter der aufschiebenden Bedingung stehenden Gebiete (noch) nicht anrechenbar sind.

Insofern scheint – zumindest im Ausgangspunkt – die Aufnahme von Repoweringgebieten unter Anrechnung der Flächen um Bestandsanlagen auch aus dem Blickwinkel der Anrechenbarkeit eine mögliche Option darzustellen. Voraussetzung hierfür wäre jedoch in jedem Fall Folgendes:

- (1.) Es müsste gewährleistet sein, dass die nach § 4 I 3 u. 4 i.V.m. § 5 WindBG anzurechnenden Flächen in Zusammenschau mit den unbedingt geltenden Windenergiegebieten geeignet sind, das 2-Prozent-Ziel zu erreichen. Andernfalls würde die Rechtsfolge des § 249 VII 1 BauGB greifen und eine uneingeschränkte Privilegierung im gesamten Regionsgebiet zur Folge haben.
- (2.) Die den Vorrang aktivierende Bedingung muss in jedem Fall so konzipiert sein, dass sie gewährleistet, dass gleichsam in der gleichen juristischen Sekunde, in der der Entfall der Anrechenbarkeit der Bestandsanlagen nach § 4 I 3 u. 4 WindBG, die Vorrangwirkung aktiviert und die Flächen entsprechend zur Verfügung stehen. Andernfalls entstünde ein zeitliches Delta, in dem die Rechtsfolge des § 249 VII 1 BauGB möglicherweise greifen würde. Die Anrechenbarkeit der Bestandsflächen wäre nämlich nicht mehr gegeben und die Vorrangwirkung einer entsprechenden Festlegung noch nicht aktiviert. Wie bereits dargelegt, stellt § 4 I S. 4 WindBG für die Anrechenbarkeit auf den **Betrieb** der Windenergieanlage ab. Dies ist deswegen hervorzuheben, weil dies ein Anknüpfen an einen *Rückbau*, der in jedem Fall einer Außerbetriebnahme nachgelagert ist, verbieten dürfte. Wie bereits dargelegt, sollte bereits aus Vorsorgeerwägungen heraus nicht auf einen Rückbau abgestellt werden, sondern auf die (endgültige) Aufgabe des Betriebes.

bb) Kritische Würdigung

Selbst unter Einhaltung der oben beschriebenen Maßgaben wäre ein solches Vorgehen jedoch **nicht unproblematisch**. Auch dann ist nämlich nicht gewährleistet, dass das mit den Repoweringgebieten zu verfolgende Ziel auch tatsächlich so umgesetzt werden kann, dass durchgehend eine Erreichung des 2-Prozent-Ziels gewährleistet ist.

Zumindest dürfte dies auf mögliche Komplikationen treffen. Hier ist insbesondere der Umstand hervorzuheben, dass § 4 I 3 u. 4 WindBG auf die einzelne Anlage abstellen. Das bedeutet, dass die Anrechenbarkeit einer Fläche im Umkreis einer Rotorblattlänge um eine Windenergieanlage entfällt, wenn diese bestimmte Windenergieanlage außer Betrieb genommen wird. Sollte es sich um einen Bereich handeln, in dem mehrere Windenergieanlagen im Bestand vorhanden sind, deren Außerbetriebnahme letztlich avisiert sein soll, hätte dies möglicherweise zur Folge, dass der Anwendungsbefehl der bedingten Vorranggebiete erst dann eintreten würde, wenn sämtliche der Bestandsanlagen zumindest außer Betrieb genommen worden sind. Dies hätte allerdings möglicherweise zur Folge, dass bereits der Entfall einer entsprechend anrechenbaren Fläche dazu führt, dass das 2-Prozent-Ziel nicht mehr erreicht wird, während das neu festzulegende Vorranggebiet noch nicht aktiviert und damit anrechenbar ist.

Prinzipiell wäre zwar auch denkbar, die Bedingung so zu formulieren, dass bereits beim Entfall der Anrechenbarkeit der Fläche um *eine* Bestandsanlage der Vorrangbefehl aktiviert wird. Dies wiederum würde jedoch möglicherweise das Ziel des Vorgehens im Wege der Repoweringgebiete konterkarieren oder zumindest ausbremsen, weil dann das Gebiet für Windenergieanlagen geöffnet wäre und die noch im Betrieb befindlichen Windenergieanlagen parallel weiterbetrieben werden könnten.

Auch eine Bedingung, die allgemein formuliert an den Entfall von anrechenbaren Flächen nach § 4 I 3 u. 4 WindBG anknüpft und den Vorrangbefehl dann aktiviert, wenn bspw. das 2-Prozent-Ziel unterschritten wird, scheint einerseits bereits regelungstechnisch kompliziert, stößt andererseits jedoch auf mögliche Bestimmtheits- und Abwägungsbedenken. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn im Plangebiet mehrere Repoweringgebiete vorhanden wären. Letztlich führte dies zu einem Konnex sämtlicher anrechenbarer Flächen nach

§ 4 I 3 u. 4 WindBG und sämtlicher neuer Vorranggebiete. Selbst wenn die Satzung möglicherweise dahingehend noch bestimmbar sein kann, stellt sich jedoch die Frage, ob dies ohne Weiteres abwägungsfrei möglich ist. Unter Berücksichtigung des soeben Gesagten wäre es potenziell schwierig einen solchen Gesamtkonnex nachvollziehbar zu begründen. Dem ließe sich möglicherweise begegnen, wenn für jedes *einzelne* Gebiet eine jeweils zuzuordnende Festlegung getroffen würde. Dies befreit allerdings nicht von den übrigen bereits dargelegten Erschwernissen.

cc) Fazit

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass ein Vorgehen, wie vorskizziert, einerseits denkbar erscheint. Die grundsätzlichen rechtlichen Regelungen stehen dem zumindest im Ausgangspunkt nicht entgegen. Sofern und soweit diese Konstruktion eher singulären und keinen Regelcharakter annimmt, ist auch nicht auszuschließen, dass dies mit Blick auf die sichere Erreichung des 2-Prozent-Ziels sowie die sachgerechte Abwägung möglich ist.

Andererseits ist ein solches Vorgehen auch risikobehaftet und trifft auf entsprechende Bedenken. Es ist nämlich mit praktischen und regelungstechnischen Schwierigkeiten verbunden und scheint gerade mit Blick auf die Anrechenbarkeit nicht unproblematisch, sodass überlegt werden sollte, ob zur Erreichung der Flächenbeitragswerte tatsächlich auf ein solches Konstrukt abgestellt werden sollte.

Wie einleitend unter I.1. bereits erwähnt, würden entsprechende Festlegungen auch künftig wohl einen in Relation eher nur geringen Anteil an Flächen betreffen. Insofern ist auch seitens des Regionalen Planungsverbandes nicht vorgesehen, die Erreichung des 2-Prozent-Ziels von der Anrechenbarkeit der bedingt festgelegten (Repowering-)Gebiete abhängig zu machen, sondern das 2-Prozent-Ziel auch ohne die Notwendigkeit der Anrechenbarkeit solcher Flächen zu erreichen. Aus den vorgenannten Gründen ist dies in jedem Falle – auch im Hinblick darauf, dass zu dieser Materie freilich auch noch keinerlei gerichtliche Entscheidungen vorhanden sind – der „sicherere Weg“ und wäre mit weniger Rechtsunsicherheiten dahingehend verbunden, sodass dementsprechend auch von einer Ausweitung eines solchen Modells auf weitere Bereiche bzw. Flächen eher abzuraten ist.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Festlegung sog. Repoweringgebiete nach den aktuell geltenden raumordnerischen Regelungen im Ausgangspunkt als Unterfall einer bedingten Festlegung im Sinne des § 7 I 2 ROG möglich sein dürfte. Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit solcher Gebiete empfiehlt sich aufgrund der bauplanungsrechtlich eröffneten parallelen Möglichkeit der Festsetzung von Repoweringstandorten eine vertiefte Prüfung der Frage der Erforderlichkeit der Aufnahme solcher Festlegungen in den Raumordnungsplan. Es spricht allerdings überwiegendes dafür, dass auf diese Weise bedingte Vorranggebiete tatsächlich erst dann auch auf das zu erreichende 2-Prozent-Ziel nach § 3 I, II 1 Nr. 2 WindBG i.V.m. § 4a SächsLPIG anrechenbar sind, sobald die Bedingung tatsächlich eingetreten ist und die Gebiete damit für die Realisierung von Windenergieanlagen „geöffnet“ sind. Vorher dürfte eine Anrechnung mithin nicht möglich sein.

Im Ausgangspunkt scheint auch ein Konstrukt zumindest darstellbar, wonach die Flächen der zurückzubauenden Windenergieanlagen zunächst gemäß § 4 I 3 u. 4 WindBG i.V.m. § 5 WindBG solange angerechnet werden, bis die den Vorrang aktivierende Bedingung eingetreten ist, um dann die festgelegten Gebiete anzurechnen. Allerdings dürfte dies einerseits auf regelungstechnische Schwierigkeiten stoßen, die andererseits mit entsprechenden Risiken für die Frage der Anrechenbarkeit und Erreichung des 2-Prozent-Ziels einhergehen. Durch eine entsprechende Formulierung der Bedingung müsste in jedem Falle gewährleistet werden, dass kein sich auf das 2-Prozent-Ziel auswirkendes inhaltliches und/oder zeitliches Delta entsteht, welches die Rechtsfolgen nach § 249 VII 1 BauGB aktiviert. Ob dies erreichbar ist, muss bei der konkreten Beurteilung der in Frage kommenden Flächen eingehend geprüft werden. In diesem Zusammenhang gilt es insbesondere zu beurteilen, ob das mit einer solchen Festlegung tatsächlich angestrebte Ziel noch erreicht werden kann, ohne dass eine Verfehlung des 2-Prozent-Ziels eintreten kann.

Die Erreichung des 2-Prozent-Ziels ohne die Notwendigkeit der Anrechnung von Repoweringgebieten wäre jedenfalls unter Berücksichtigung der erfolgten Ausführungen mit weniger Rechtsunsicherheiten verbunden.

Leipzig, den 25. Juni 2024 / 21. August 2024 / 15. November 2024



Prof. Dr. Roman Götze
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht



George-Alexander Koukakis
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Verwaltungsrecht