

Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände Nordrhein-Westfalen



Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung
des Landes Nordrhein-Westfalen
Herrn Ministerialdirigenten Dr. Thomas Wilk
Jürgensplatz 1
40219 Düsseldorf

Per E-Mail: FP-G61@mhkgb.nrw.de

Verbändeanhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Baugesetzbuches in Nordrhein-Westfalen - Änderungsgesetz BauGB-AG NRW –

Sehr geehrter Herr Dr. Wilk,
sehr geehrte Damen und Herren,

für die Übermittlung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Baugesetzbuches in NRW dürfen wir uns bedanken. Gerne nehmen wir zu dem Gesetzesentwurf wie folgt Stellung:

1. Vorbemerkung:

Grundsätzlich begrüßen wir es, dass das Land bestrebt ist, mit der Einführung einer Mindestabstandsregelung für privilegierte Windenergieanlagen in § 2 des Ausführungsgesetzes zum BauGB, die Akzeptanz für die Windenergie in der Bürgerschaft zu fördern. Allerdings ist zu beachten, dass sich angesichts des Klimawandels und der Einsicht in die Notwendigkeit der Energiewende die kritische Haltung der Bevölkerung in den letzten Jahren zunehmend in Zustimmung gewandelt hat. So stößt die Windkraft heute auch in der Nachbarschaft solcher Anlagen auf eine relativ geringe Ablehnung: Nach einer repräsentativen Umfrage der Fachagentur Windenergie an Land aus dem Jahr 2019 fühlen sich lediglich 13 % der Befragten, die in der Nähe zu einer Windenergieanlage wohnen, durch diese gestört. Erfahrungen aus der Genehmigungspraxis zeigen zudem, dass Einwendungen und Klagen oftmals auch von Personen erhoben werden, die weit außerhalb eines 1.000 Meter-Abstands wohnen. Die Festschreibung eines Mindestabstands dürfte somit nur in einem überschaubaren Umfang zu einer weiteren Akzeptanzsteigerung führen.

Das Gelingen der Energiewende darf u. E. diesem Ziel nicht um jeden Preis untergeordnet werden. Die Klimaschutzziele von EU und Bund hat das Land NRW in seinem aktuellen Gesetzesentwurf für ein neues Klimaschutzgesetz (Stand Jan. 2021) aufgegriffen und in § 4 Abs. 2 KlimaschutzG-E wie folgt festgelegt: „Um

01.02.2021

Städtetag NRW
Eva Maria Niemeyer
Hauptreferentin
Telefon 0221 3771-287
evamaria.niemeyer@staedtetag.de
Gereonstraße 18 - 32
50670 Köln
www.staedtetag-nrw.de
Aktenzeichen:

Landkreistag NRW
Dr. Andrea Garrelmann
Hauptreferentin
Telefon 0211 300491-321
a.garrelmann@lkt-nrw.de
Kavalleriestraße 8
40213 Düsseldorf
www.lkt-nrw.de
Aktenzeichen: 61.10.10

Städte- und Gemeindebund NRW
Dr. Cornelia Jäger
Referentin
Telefon 0211 4587-244
cornelia.jaeger@kommunen.nrw
Milena Magrowski
Referentin
Telefon 0211 4587-270
milena.magrowski@kommunen.nrw
Kaiserswerther Straße 199 - 201
40474 Düsseldorf
www.kommunen.nrw
Aktenzeichen: 20.1.1.8-017/003

das Klimaschutzziel für 2030 zu erreichen und insbesondere die Treibhausgasneutralität bis 2050 herzustellen, ist der weitere, verstärkte Ausbau der Erneuerbaren Energien unerlässlich.“ Dies wird in der Energieversorgungsstrategie NRW aus dem Jahr 2019 dahingehend quantifiziert, dass die vorhandene installierte Leistung von Windenergieanlagen bis zum Jahr 2030 auf 10,5 GW verdoppelt werden soll. Daher sollte darauf geachtet werden, dass für die Errichtung von Windenergieanlagen genügend Flächen verbleiben und die gesetzliche Privilegierung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht praktisch leerläuft.

Die vorgeschlagene Regelung wird jedoch auch zu nicht gewünschten Nachteilen für die Bevölkerung führen. So werden in naher Zukunft Windparks der ersten Ausbauwelle ihre geplante Lebensdauer erreichen. Eine Neuorientierung der Betreiber im Hinblick auf die Möglichkeit des Repowerings ist dann notwendig. Das geplante Gesetz würde aber dazu führen, dass technisch verbesserte Anlagen mit der gleichen Höhe wie die Ursprungsanlagen nicht mehr am Altanlagenstandort privilegiert errichtet werden dürften, wenn dieser unter dem neu eingeführten Mindestabstand von 720 Metern in einer für Windenergie dargestellten Fläche im Flächennutzungsplan liegt. Die Zulässigkeit der Ersatzanlage wäre dann nach § 35 Abs. 2 BauGB zu beurteilen. Dies könnte dazu führen, dass die betroffene Nachbarschaft im Hinblick auf die Lärmbelastung nicht entlastet würde. Dabei können Windräder mit neuer Anlagentechnik deutlich mehr Leistung erzeugen und damit das vom Land in seiner Energieversorgungsstrategie aus dem Jahr 2019 vorgegebene Ziel unterstützen.

Schließlich sehen wir durch die neuen Regelungen eine deutliche Erschwernis der Wahrnehmung der Planungshoheit der Kommunen, aber auch der Arbeit der Genehmigungsbehörden. Die vorgesehene Regelung zur teilweisen Entprivilegierung von Windenergieanlagen vermittelt zunächst durch eine klare Abstandsvorgabe den Eindruck einer einfachen und einheitlichen Steuerung. Bei genauerer Analyse wird jedoch deutlich, dass sie eine Kaskade neuer ungeklärter Rechtsfragen und kontraproduktiver Effekte verursacht. Dabei ist sowohl die 10-Häuser-Regelung in Abs. 1 als auch die Mindestabstandsregelung in Flächennutzungsplänen mit Windflächendarstellungen in Abs. 2 problematisch. Darüber hinaus ist das Gesetz in der vorgesehenen Formulierung in Teilen verwaltungspraktisch nicht klar genug gefasst und schon deshalb schwer vollziehbar.

Dies möchten wir im Einzelnen wie folgt erläutern:

2. Zu § 2 Abs. 1 AG BauGB NRW-Entwurf

In Absatz 1 werden Windenergieanlagen, die den Mindestabstand von 1 000 Metern zu den dort näher bestimmten Wohngebäuden in Baugebieten, im unbeplanten Innenbereich und im Außenbereich nicht einhalten, entprivilegiert. Dabei bemisst sich der Abstand von der Mitte des Mastfußes bis zum nächstgelegenen Wohngebäude, das zulässigerweise errichtet wurde oder errichtet werden kann.

2.1 Mindestabstand von 1.000 Metern

Bei der Festlegung des Mindestabstands ist zu bedenken, dass dieser nach der bundesgesetzlichen Vorgabe des § 249 Abs. 3 BauGB „höchstens 1.000 Meter“ betragen darf. Dem Landesgesetzgeber bliebe es insoweit unbenommen, auch niedrigere Abstände festzulegen. Es bedarf insoweit eines Nachweises, ob das verbleibende Flächenpotential bei Ausschöpfen der 1.000 Meter noch zum Erreichen der o.g. Ausbauziele genügt. Die angekündigte Novellierung der Potentialanalyse Windenergie NRW liegt – soweit ersichtlich – bislang aber noch nicht vor. Außerdem sollte im Gesetzentwurf dargelegt werden, worauf die in der Begründung enthaltene Feststellung basiert, bei Festlegung des maximal möglichen Mindestabstands von 1.000 Metern werde die Privilegierung in Nordrhein-Westfalen nicht ausgehöhlt.

2.2 Einordnung von Gebieten nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AG BauGB NRW-Entwurf

Mithilfe des Mindestabstands werden in § 2 Abs. 1 Nr. 1 Wohngebäude geschützt, die im Rahmen einer geordneten städtebaulichen Entwicklung im beplanten und unbeplanten Innenbereich (§§ 30 und 34 BauGB) in Gebieten und Bereichen, in denen Wohnen allgemein zulässig ist, vorhanden sind und künftig errichtet werden können. Wenngleich die Einstufung von Häusergruppen in Randlage zum geschlossenen Siedlungsbereich sowie inmitten des Außenbereichs eine häufige Streitfrage in Nachbarklagen gegen WEA-Projekte ist, halten wir die Bestimmung des Schutzbereichs für sachgerecht. Wir regen ergänzend an, auch Satzungen nach § 34 Abs. 4 BauGB in den Schutzbereich einzubeziehen, so dass der Mindestabstand auch von Bereichen eingehalten werden muss, der in Klarstellungs-, Entwicklungs- und Einbeziehungssatzungen festgelegt ist.

Der Schutzbereich erstreckt sich nach § 2 Abs. 1 S. 2 sowohl auf bestehende als auch auf zukünftige bauliche Nutzungen. Dem ist zuzustimmen und muss insbesondere für geplante Gebiete auch die spätere Umsetzung von ausgewiesenen, aber noch nicht bebauten Baugebieten erfassen. Im Falle des unbeplanten Innenbereichs und des Außenbereichs darf es demgegenüber nur auf die infolge des tatsächlichen Bestands zulässigerweise errichteter Wohnhäuser gebildete Baugrenze zum Zeitpunkt der Anlagengenehmigung oder Konzentrationszonenplanung ankommen. Hierzu muss unbedingt eine deutliche Aussage im Gesetz ebenso wie in der Begründung getroffen werden. Es ist den Genehmigungsbehörden nicht zumuten, im unbeplanten Innenbereich auch noch weitere, potentiell mögliche Vorhaben zu berücksichtigen. Dies erfordert eine städtebauliche Prüfung des „Einfügens“, die nicht von den Immissionsschutzbehörden zu leisten ist. Dies muss auch für die Abstandsberechnung zu Wohngebäuden im Außenbereich gelten.

2.3 Wohngebäude im Außenbereich nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AG BauGB NRW-Entwurf

Nr. 2 regelt, dass Wohnnutzungen im Außenbereich (§ 35 BauGB) geschützt werden, wenn es sich um Flächen mit bereits errichteter zusammenhängender Bebauung mit mindestens 10 Wohngebäuden handelt. Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung, wonach mit dieser Zahl eine Schwelle festgelegt werde, bei der von einer so gewichtigen Wohnbebauung ausgegangen werden könne, dass eine Begünstigung gegenüber vereinzelter Wohnbebauung vertretbar sei, wirkt willkürlich und wird nicht weiter begründet.

Der Begriff „zusammenhängend“ dürfte, wenngleich ein Bebauungszusammenhang bereits ein Tatbestandsmerkmal des § 34 BauGB ist, in den im Außenbereich zu erwarten Bebauungskonstellationen zu Auslegungsschwierigkeiten führen. Es bleibt nämlich unklar, welche Abstände zwischen den Wohnhäusern im Sinne eines Bebauungszusammenhangs noch toleriert werden können. Ebenso fraglich ist, ob bei mehreren nebeneinander gelegenen Hofstellen mit jeweils mehreren Wohngebäuden (sog. „Höfedrubbel“) bereits ein Bebauungszusammenhang vorliegt. Zudem präzisiert der Gesetzentwurf nicht in ausreichendem Maße, wann baulich verbundene Wohnhäuser als ein Wohnhaus oder als mehrere Wohnhäuser zu zählen sind (z. B. baulich miteinander verbundene, aber hinsichtlich der Nutzung vollständig getrennte Gebäude-teile, wie sie z.B. gem. § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BauGB bei einer Umnutzung eines ehemals angeschlossenen Wirtschaftsteiles zu einer Wohneinheit entstehen).

Des Weiteren knüpft der Begriff „Wohngebäude“ ausweislich der Begründung an die Begrifflichkeit der Baunutzungsverordnung an. Danach soll es sich auch dann um Wohngebäude handeln, wenn das Gebäude nur teilweise zu Wohnzwecken genutzt wird, die Wohnnutzung darf aber nicht untergeordnet sein. Fraglich ist der Anwendungsbereich dieser Begrifflichkeit, da daraus nicht hervorgeht, ob reine Wohngebäude, die im Zusammenhang mit einem landwirtschaftlichen Betrieb errichtet wurden, erfasst werden oder nicht. Die gleiche Problematik dürfte sich auch bei Altenteilern, Ferienwohnungen oder sog. Betriebsleiterwohnungen ergeben. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB dürfen derartige Nutzungen nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnehmen, um die Privilegierung des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs zu teilen. Hier

bedarf es einer Klarstellung, ob derartige selbständige Wohngebäude auch „untergeordnet“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AG BauGB NRW sind.

Für Genehmigungsbehörden und für planende Gemeinden entsteht ein hoher Ermittlungsaufwand für die Einstufung der Häusergruppen nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AG BauGB NRW. Während die Genehmigungsbehörde diesen Aufwand im Umfeld konkret beantragter WEA vornehmen muss, muss die Gemeinde dies im Fall der Konzentrationszonenplanung systematisch für ihr gesamtes Gemeindegebiet sowie für einen Umkreis von 1.000 Metern auf dem Gebiet benachbarter Gemeinden tun. In den Grenzregionen stellt sich zudem die Frage, ob auch Wohnbebauung im angrenzenden Ausland eine Entprivilegierung von WEA auslöst.

Bereits aus der Ermächtigungsgrundlage des § 249 Abs. 3 BauGB ergibt sich, dass die Windenergie nur zugunsten zulässiger baulicher Nutzungen entprivilegiert werden darf. Gleichwohl ist zu befürchten, dass diese zu Konflikten führt, wenn anlässlich eines WEA-Projektes oder einer Konzentrationszonenplanung illegale Wohnnutzungen, Wohngebäude oder Veränderungen, die ggf. den Bestandsschutz entfallen lassen, aufgedeckt werden und diese nicht nur den Behörden, sondern auf Grund der Öffentlichkeitsbeteiligung sowohl im BImSchG-Genehmigungsverfahren als auch Flächennutzungsplanverfahren öffentlich, d. h. auch im Internet für jedermann bekannt werden. Die Entprivilegierungsregelung würde in dieser Hinsicht zu einer Zuspitzung des örtlichen Konfliktes zwischen Anwohnern und Windenergienutzung führen. Da im Gegensatz zur heutigen Situation dann auch in größerem Umfang Anwohner überprüft werden müssen, die sich nicht gegen Windenergieanlagen in ihrem Umfeld gewendet haben, wird die Akzeptanz für WEA dieser Anwohnergruppe eher beeinträchtigt werden.

Mit § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 würde ein in der Praxis nur schwer handhabbarer Tatbestand geschaffen. Weder der räumliche Umgriff noch die sonstigen Kriterien für einen „Zusammenhang“ werden im Gesetzentwurf oder der Begründung näher definiert, so dass dies der Ausformung durch die Gerichte überlassen bliebe. Sowohl Flächennutzungspläne als auch BImSchG-Genehmigungen wären damit mit rechtlichen Unsicherheiten behaftet, da auch nach jahrelanger Ausformung durch die Gerichte neben einem sehr hohen Ermittlungsaufwand stets die Unsicherheit einer nicht jederzeit tagesaktuellen vollständigen Sachverhaltsermittlung sowie einer anderen Beurteilung des konkreten Einzelfalls durch die Gerichte verbliebe.

Angesichts der dargestellten Probleme wird daher vorgeschlagen, im Außenbereich auf den Bezugspunkt von 10 Wohngebäuden zu verzichten und stattdessen Wohnnutzungen im Bereich von Außenbereichssatzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB als Schutzbereich zu bestimmen. Im Rahmen der kommunalen Planungshoheit könnte ein sachgerechter Ausgleich zwischen Windenergieausbau und Wohnnutzung und zugleich eine eindeutige räumliche Abgrenzung geschaffen werden.

3. Zu § 2 Abs. 2 AG BauGB NRW-Entwurf

§ 2 Abs. 2 regelt die Auswirkung des dort festgelegten Abstandes auf Ausweisungen in geltenden und in 3 Monate nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes wirksam werdenden Flächennutzungsplandarstellungen für die Windenergie nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Danach gilt innerhalb der dargestellten Konzentrationszonen ein Mindestabstand der dreifachen Anlagenhöhe, mindestens jedoch 720 Meter und höchstens 1.000 Meter.

3.1 Auswirkung und Bestimmtheit der Abstandsvorgaben

§ 249 Abs. 3 BauGB ermächtigt den Landesgesetzgeber ihrem klaren Wortlaut nach ausschließlich dazu, pauschale Mindestabstände von höchstens 1.000 Metern zu Wohnnutzungen zu regeln, innerhalb derer Windenergieanlagen zukünftig nicht mehr nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert zulässig sind. Außerhalb dieses Bereiches von max. 1.000 Metern zwischen Wohnnutzung und Anlagenmittelpunkt bleibt es nach § 249 Abs. 3 BauGB von vornherein bei der allgemeinen Privilegierung der Windenergieanlagen gem. § 35

Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Die planerische Steuerung dieser privilegierten Anlagen ist nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB weiterhin ausschließlich Sache der Gemeinden oder der Landesplanung. Eine weitergehende Ermächtigung des Landesgesetzgebers folgt auch nicht aus § 249 Abs. 3 S. 3 BauGB, der lediglich bestimmt, dass dieser die weiteren Einzelheiten, insbesondere zur Abstandsfestlegung und zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen regeln kann.

Diese Klarstellung scheint angesichts des Wortlauts von § 2 Abs. 2 AG BauGB NRW-E angezeigt, da er bei verständigem Lesen intendiert, dass Abstandsf lächen höchstens 1.000 Meter betragen dürfen und nicht mehr. Damit ginge Absatz 2 über die Ermächtigungsgrundlage des § 249 Abs. 3 BauGB hinaus und nähme jenseits des Abstands von 1.000 Metern unzulässig Einfluss auf die Steuerung von privilegierten Windenergieanlagen im Rahmen von Flächennutzungsplänen. So darf und kann die Regelung aber nicht gemeint sein, da sie ansonsten Gefahr lief, insgesamt unwirksam zu sein. Schließlich wäre die durch § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB vorgegebene Planungshoheit der Kommunen verletzt. Bei richtiger Auslegung führt die Regelung aber nur zur Entprivilegierung von Windenergievorhaben innerhalb der Abstandsf lächen. Vorhaben jenseits der vorgesehenen Mindestabstände bleiben privilegierte Vorhaben, könnten aber – wie bisher auch – von den Gemeinden durch Darstellungen von Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan mit Ausschlusswirkung gesteuert werden. Aus Gründen der Normenklarheit sollte daher auf die Nennung des Maximal-Abstands verzichtet werden.

Problematisch ist aber auch die Vorgabe eines Mindestabstands von 720 Metern. Sieht die Konzentrationszone eines bestehenden Flächennutzungsplans einen geringeren Abstand vor und beträgt der Abstand der dort errichteten Windräder weniger als 720 Metern zur geschützten Wohnbebauung, dann würde die neue Mindestabstandsregelung dazu führen, dass insbesondere im Rahmen des Repowerings neue Anlagen mit der gleichen Höhe wie die Ursprungsanlagen nicht mehr am Altanlagenstandort privilegiert errichtet werden dürften, sondern nur zulässig wären, wenn alle Voraussetzungen des § 35 Abs. 2 BauGB erfüllt wären. Dies würde auch dann gelten, wenn sie aufgrund ihrer geringeren Höhe (als die angesetzte Referenzhöhe von 240 Metern) einen Abstand von der dreifachen Anlagenhöhe einhalten würde, die nach der Rechtsprechung eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes ausschließt. Damit wäre der Ersatzbau technisch verbesserter, ertragreicher und leiserer Anlagen trotz positiver Standortausweisung nicht von vorneherein zulässig. Selbst wenn die Fälle in der Praxis nicht so häufig sein mögen, würde durch diese Regelung die Planungshoheit der Kommunen nachträglich eingeschränkt. Die Folge könnte sein, dass in einem aufwändigen Verfahren bestehende Flächennutzungspläne erneut angepasst werden müssten, um das Substanzgebot zu erfüllen und daher an anderer Stelle Räume für Windenergie ausgewiesen werden müssten. Auf die Mindestabstandsregelung sollte daher verzichtet werden.

Schließlich ist die Bemessung des entprivilegierten Raums anhand eines Vielfachen der Anlagenhöhe, hier der dreifachen Anlagenhöhe, zu unbestimmt. Die Gemeinde kann so nicht bewerten, ob überhaupt und wenn ja ein wie großer Flächenanteil ihrer bestehenden Zonen entprivilegiert wird. Dies hängt von der Höhe der noch zu errichtenden Ersatzanlage ab. Insofern kann die Gemeinde nicht eindeutig entscheiden, ob ggf. ein Anpassungserfordernis ausgelöst wird oder nicht, um das aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB abgeleitete Substanzgebot zu erfüllen.

3.2 Auswirkung der Regelung auf die Umsetzung raumplanerischer Vorranggebiete in die Bauleitplanung

§ 2 Abs. 2 trifft nur eine Regelung für Flächennutzungspläne mit wirksamer Ausschlusswirkung, nicht für die Vorranggebiete des Regionalplans, da diese in NRW nicht zugleich die Funktion von Eignungsgebieten und damit keine Konzentrationswirkung haben. Gleichwohl tritt in Teilen der bestehenden Vorranggebiete Entprivilegierung ein, entweder nach Abs. 1, wenn der Flächennutzungsplan dort keine Konzentrationszone ausweist, mit einem Abstand von 1.000 Metern, oder nach Abs. 2 bei einer entsprechenden Flächennutzungsplan-Konzentrationszone - je nach Anlagenhöhe - mit einem Abstand von 720 Metern bis 1.000 Me-

tern. Die Ausweisung und Wirksamkeit eines Vorranggebiets ist jedoch nicht daran gebunden, dass die vorrangige Nutzung bzw. Raumfunktion privilegiert ist (vgl. z.B. Vorranggebiete für Energieparks oder konventionelle Kraftwerke sowie BSN). Die Ausweisung der Vorranggebiete wird auch nicht funktionslos oder unwirksam, da die Funktion von Vorranggebieten die Sicherung von Flächen für eine bestimmte Nutzung bzw. Raumfunktion gegenüber konkurrierenden Raumansprüchen ist, welche - da eine solche Sicherung nicht auf privilegierte Nutzungen beschränkt ist - auch nach Inkrafttreten der Entprivilegierungsregelung, die am Sicherungserfordernis und der (materiellen) städtebaulichen Eignung der Flächen für die Windenergie nichts ändert, unberührt erhalten bleibt.

Da Vorranggebiete nach der Änderung des LEP NRW im Jahr 2019 keine Ziele der Raumordnung, sondern Grundsätze der Raumordnung sind, besteht nicht mehr die Beachtungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB. Allerdings müssen die Gemeinden auch nach Inkrafttreten der Entprivilegierungsregelung weiterhin abwägen, ob sie auf der entprivilegierten Fläche eines Vorranggebietes eine Flächennutzungsplandarstellung für Windenergie, dann also ohne Konzentrationswirkung nur als Positivdarstellung umsetzen oder nicht. Da dies nicht die Intention des Gesetzentwurfs ist, wird dringend empfohlen, die Regionalpläne dergestalt anzupassen, dass entprivilegierte Bereiche aus den Vorranggebieten herausgenommen werden, um die Städte und Gemeinden von dem Abwägungserfordernis und einer möglicherweise fehlerhaften Abwägungsentscheidung zu entlasten.

3.3 Wirkung auf das gesamträumliche Konzept des Flächennutzungsplans

Die Einschätzung unter Punkt F des Gesetzesvorspanns, dass nur „vereinzelt“ das Erfordernis bestehen „könnte“, bestehende Bauleitpläne zu „überprüfen“, kann nach diesseitiger Einschätzung nicht bestätigt werden. Die Entprivilegierung führt dazu, dass ein Teil der ausgewiesenen Flächen in Flächennutzungsplänen lediglich eine Positivdarstellung und daher nach § 35 Abs. 2 BauGB als sonstiges Vorhaben zu beurteilen ist. Sie vermittelt insoweit keinen Rechtsanspruch mehr. Der Windenergie-Erlass stellt aber unter Ziffer 4.3.4 fest, dass jeder Eingriff in das Planungskonzept und das Verhältnis von ausgewiesenen und ausgeschlossenen Flächen eine neue Abwägungsentscheidung sowie ggf. ein neues Planungskonzept erfordert. Auch die Rechtsprechung betont, dass beim Entfallen von ausgewiesenen Flächen zumindest eine erneute Prüfung stattfinden muss, ob der Windenergie weiterhin substanzieller Raum gegeben ist und wenn nicht eine Anpassung der Planung erfolgen muss. Unabhängig davon hat die Rechtsprechung festgestellt, dass auf Grund des gesamträumlichen Charakters Konzentrationszonenplanungen nicht teilbar sind, also nicht einzelne Zonen/Teilbereiche durch die Rechtsprechung aufgehoben werden können und andere Bereiche einschließlich der Ausschlusswirkung bestehen bleiben können.

Somit ist zu erwarten, dass die Entprivilegierungsregelung bei den Städten und Gemeinden ein Planerfordernis auslösen wird, bei denen bei ansonsten bestehenbleibender Konzentrationszonenplanung signifikante Flächen ihre bisherige Konzentrationswirkung verlieren. Dieses muss dann nach den Maßgaben des neuen Regimes unter den oben aufgezeigten neu geschaffenen Problemen und Rechtsunsicherheiten durchgeführt werden. In Bezug auf bestehende Flächennutzungspläne kann also die Entprivilegierung gerade die Unwirksamkeit von Flächennutzplänen auslösen, die sie eigentlich vermeiden oder zumindest deren Folgen sie abmildern will.

3.4 Einschränkung der weiteren Siedlungsentwicklung

§ 2 Abs. 2 stellt keine Übergangsregelung, sondern eine Sonderregelung dar, da bestehende und in Aufstellung befindliche Pläne nicht weiter nach altem Recht (und auch nicht nach neuem Recht), sondern nach einem speziell für sie definierten Recht zu behandeln sind.

Das nachstehende Praxisbeispiel aus einer Stadt verdeutlicht dies anhand einer bestehenden Konzentrationsplanung und zeigt zugleich die sich daraus ergebenden Folgewirkungen für das gesamtstädtische Plankonzept und die Einhaltung des Substanzgebots auf:

Bei Zugrundelegung des Mindestabstandsmaßes von 720 Metern käme es auf Grund der gegebenen Kleinflächigkeit der im Stadtgebiet ausgewiesenen insgesamt fünf Konzentrationszonen für die Nutzung der Windenergie bei einzelnen Flächen zu einer deutlichen Einschränkung des ausschöpfbaren Flächenpotenzials. So verbliebe bei einer der größeren Konzentrationszonen ein Flächenpotenzial von lediglich ca. 25 % für die Windenergienutzung; sämtliche in diesem Fall bereits bestehenden Windenergieanlagen lägen innerhalb des 720 Meter-Abstandes. Im Fall einer weiteren größeren Konzentrationszone würde deren Ausschöpfbarkeit um etwa 1/3 des bisher bestehenden Flächenpotenzials reduziert. Mit Blick auf die Auswirkungen für die in wirksamen Flächennutzungsplänen dargestellten Konzentrationszonen trifft der Gesetzesentwurf lediglich Ausnahmeregelungen für die in § 2 Abs. 3 des Entwurfs benannten Fallkonstellationen bereits beantragter bzw. genehmigter Windenergieanlagen. Voraussichtlich wäre auch bei Einbeziehung bestehender Konzentrationsplanungen in die neue Abstandsregelung daher eine erhebliche Reduzierung der ausschöpfbaren Flächenpotenziale im Bereich der Konzentrationszonen für die Windenergienutzung zu erwarten. Das wirft Zweifel auf, ob die rechtlich geforderte Umsetzbarkeit bzw. Vollziehbarkeit der Planung dann auch weiterhin noch gegeben ist.

§ 2 Abs. 2 deckt auch laufende Planverfahren ab. Hier stellt sich in den Fällen, in denen die geplanten Konzentrationszonen einen geringeren Abstand als 720 Meter vorsehen, die Frage der Anpassung ihrer Planung, wenn die Gemeinde ansonsten ein unschlüssiges Gesamtkonzept mit einer fehlerhaften Bewertung des Substanzgebots aufstellt. Passt die Gemeinde ihr Plankonzept an die Sonderregelung des Abs. 2 an, erfordert der daraus folgende Wegfall von Flächen eine erneute Beteiligungsrunde, was insgesamt nicht in einem Zeitraum von drei Monaten geleistet werden könnte, sondern einen deutlich höheren Zeitraum von schätzungsweise einem Jahr erfordern würde. In diesen Fällen hilft die Sonderregelung laufenden Planverfahren nicht weiter.

Aufgrund der aufgezeigten Risiken sollte das Gesetz daher die sich in ausgewiesenen Konzentrationszonen realisierte Planungsentscheidung von Städten und Gemeinden respektieren und entsprechende Darstellungen mit Konzentrationswirkung in Flächennutzungsplänen von der Entprivilegierung vollständig ausnehmen.

§ 2 Abs. 2 sollte daher wie folgt gefasst werden:

„Wenn für Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB eine planerische Steuerung nach § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB wirksam besteht und der betreffende Flächennutzungs- oder Raumordnungsplan ein Jahr nach dem [Datum des Inkrafttretens des Gesetzes] wirksam geworden oder in Kraft getreten ist, gilt Abs. 1 für die ausgewiesenen Flächen nicht.“

4. Zu § 2 Abs. 3 AG BauGB NRW-Entwurf

Aufgrund der Eigentumsgarantie in Artikel 14 des Grundgesetzes wird in Absatz 3 eine Übergangsregelung eingeführt, die Investoren einen aus dem Verfassungsrecht abgeleiteten Vertrauensschutz gewähren soll.

4.1 Bezugsrahmen der Übergangsregelung

Die Entprivilegierungsregelung des Abs. 1 sowie die Sonderregelung für ausgewiesene Flächen sollen vermutlich nicht generell flächenbezogen (also im gesamten Gemeindegebiet bzw. in den gesamten ausgewiesenen Zonen) keine Anwendungen finden, sobald nur irgendwo vor dem Stichtag ein vollständiger Geneh-

migungsantrag gestellt wurde, sondern die Entprivilegierung soll lediglich für die Bestandsanlagen, die unter die Stichtagsregelung fallen, nicht greifen, während die Flächen als solche - und damit wirksam für spätere WEA-Anträge - entprivilegiert werden.

Die nachfolgende Formulierung würde das vermutlich Gewollte klarstellen. Der einleitende Satzteil ist wie folgt zu fassen:

„Absatz 1 und 2 finden auf Windenergieanlagen keine Anwendung, soweit für diese vor Ablauf...“

4.2 Unzumutbare Härten durch fehlende Regelungen analog zu § 35 Abs. 4 BauGB

Da WEA keine Gebäude sind und somit nicht zu den begünstigten Vorhaben nach § 35 Abs. 4 BauGB zählen, ist eine Wiedererrichtung einer havarierten oder ausgebrannten Anlage (bzw. bereits eine umfangreichere Reparatur einer lediglich beschädigten Anlage) nach klassischer baurechtlicher Auffassung bei Bestands-WEA an entprivilegierten Standorten nicht mehr zulässig. Hierdurch entstehen unzumutbare Härten, die im Rahmen der Gesetzesbegründung nicht beachtet werden. Vergleichbares gilt für den Tausch von Großkomponenten, der entweder zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit, zur Gewährleistung der Betriebssicherheit oder auch zur Behebung immissionsschutzrechtlicher Probleme erforderlich ist und damit im öffentlichen oder nachbarlichen Interesse liegt.

Um Rechtsunsicherheiten in der Praxis zu vermeiden, sollte zudem klargestellt werden, wann ein Antrag vollständig ist, insbesondere, ob es sich nur um einen vollständig im Sinne des § 7 der 9. BImSchV eingereichten oder einen schon bescheidungsreifen Antrag handeln muss.

Zur Wahrung eines berechtigten Bestandsschutzinteresses der Anlagenbetreibenden als auch zur Wahrung des öffentlichen Interesses und des Nachbarschutzes durch rechtliche Absicherung von Maßnahmen zur Erhaltung der Stand- und Betriebssicherheit sowie des Immissionsschutzes wird nachfolgende Regelung vorgeschlagen:

„Anlagen, die als privilegierte Anlagen genehmigt wurden, bleiben während der gesamten Gültigkeitsdauer der für sie erteilten Genehmigung, nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert; eine nachträgliche Entprivilegierung mit Beschränkung auf den Bestandsschutz tritt nicht ein. Dies gilt auch für Änderungen an der Anlage und deren Wiederaufbau nach einer Havarie.“

5. Schlussbemerkung:

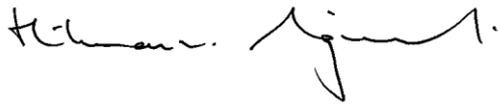
Die erheblichen Unsicherheiten bei der korrekten Einstufung von Gebieten nach § 34 BauGB und vor allem der 10-Häuser-Gruppen schlagen sich nicht nur auf die Rechtssicherheit von Flächennutzungsplänen, sondern auch von Genehmigungsentscheidungen nieder. Dies, insbesondere wenn die Landesregierung davon ausgeht, dass zukünftig vielfach auf steuernde Planung verzichtet oder diese für unwirksam erklärt wird. Daher ist zu befürchten, dass die Zahl der Streitverfahren durch die Entprivilegierungsregelung weiter ansteigen wird. Sowohl bei Verpflichtungs- als auch bei Drittanfechtungsklagen besteht ein hohes Risiko, dass das Gericht zu einer anderen Bewertung hinsichtlich des § 2 Abs. 1 Nr. 1, aber vor allem Nr. 2 kommt. Die Kreise haften als Genehmigungsbehörden vollumfänglich, in NRW sogar verschuldensunabhängig, für den aus ihrer Entscheidung entstandenen Schaden, der bei Windenergieprojekten im Bereich sechs- bis achtstelliger Beträge liegt. Da eine fehlende Privilegierung durch die Genehmigungsbehörde nicht im Nachhinein geheilt werden kann, müsste eine ggf. bereits errichtete WEA zurückgebaut werden. Bisher konnte die Genehmigungsbehörde die Realisierung von beklagten, mit hohem Rechtsrisiko behafteten Projekten durch die Verweigerung der Anordnung der sofortigen Vollziehung verhindern und somit ihr Haftungsrisiko begrenzen. Durch den kürzlich in Kraft getretenen § 63 BImSchG entfällt jedoch die aufschiebende Wirkung von Drittklagen, so dass die Kreisverwaltung keinen Einfluss auf die Projektrealisierung hat. Schätzt auch

der Anlagenbetreiber das Risiko so hoch ein, dass er das Projekt während des laufenden Klageverfahrens nicht realisiert, kommt es wegen der langen Laufzeiten von Klageverfahren zu erheblichen Verzögerungen beim Windenergieausbau.

Um das Gesetz vollziehbar zu machen und die negativen Folgen zu begrenzen, sind die vorstehend aufgezeigten Änderungen und Präzisierungen aus unserer Sicht notwendig. Sie werden jedoch die Rechtsunsicherheiten, Praxisprobleme und Konfliktlagen der Entprivilegierungsregelung nicht vollständig beheben können.

Für Rückfragen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
In Vertretung



Hilmar von Lojewski
Beigeordneter
des Städtetages Nordrhein-Westfalen



Dr. Marco Kuhn
Erster Beigeordneter
des Landkreistages Nordrhein-Westfalen



Rudolf Graaff
Beigeordneter
des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen