

Ministerium für Klimaschutz, Umwelt,  
Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz  
des Landes Nordrhein-Westfalen  
Herrn Dr. Phillip Fest  
Schwannstr. 3  
40476 Düsseldorf

Vorab per E-Mail

Ansprechpartner:  
Referentin Susanne Müller (Lkt NRW)  
Tel.-Dw: 0211-300491320  
E-Mail: [s.mueller@lkt-nrw.de](mailto:s.mueller@lkt-nrw.de)  
Hauptreferentin Eva Maria Niemeyer (St  
NRW)  
Tel.-Dw: 0221-3771287  
E-Mail: [evamaria.niemeyer@staedtetag.de](mailto:evamaria.niemeyer@staedtetag.de)  
Hauptreferent Michael Becker (StGB NRW)  
Tel.-Dw: 0211-4587244  
E-Mail: [michael.becker@kommunen-in-nrw.de](mailto:michael.becker@kommunen-in-nrw.de)

Aktenzeichen: 61.10.06 Mü/MB

Datum: 26.06.2015

## **Novellierung des Windenergieerlasses** **hier: Möglichkeit der Beteiligung; Ihr Az.: VII-302.21 WEA-Erl. 15**

Sehr geehrter Herr Dr. Fest,

für die Gelegenheit, zu dem Entwurf eines neuen Windenergieerlasses Stellung nehmen zu können, danken wir Ihnen.

Neben den Anregungen und Hinweisen, die wir in der Anhörung am 16.06.2015 gegeben haben, möchten wir noch nachfolgend schriftlich auf folgende Punkte (besonders) hinweisen:

### **1. Grundsätzliches:**

Ihre Absicht, mit dem überarbeiteten Windenergieerlass auf die sich in den letzten Jahren ergebenden Praxisfragen und geänderten gesetzlichen Rahmenbedingungen und Rechtsprechung eingehen zu wollen, begrüßen wir. Für die an der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen Beteiligten ergibt sich daraus eine übersichtliche Darstellung wichtiger Belange, die nach dem Willen der Landesregierung zu beachten sind.

Leider verlässt der Entwurf – wie auch schon der Windenergieerlass aus dem Jahre 2011 – in weiten Teilen den Bereich dessen, was durch einen Erlass geregelt werden kann. Hier hatten wir gehofft, dass auch im Sinne der Anwenderfreundlichkeit sich der überarbeitete Erlass auf das Wesentliche reduziert und von Absichtserklärungen und politischen Leitlinien Abstand genommen wird.

Für mehr Transparenz und einen leichteren Umgang mit dem neuen Entwurf wäre eine synoptische Gegenüberstellung oder zumindest eine Darstellung der wesentlichen Änderungen hilfreich gewesen. Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie dies als Anregung für weitere Änderungsprozesse mitnehmen könnten.

Eine wesentliche und einschneidende Änderung gegenüber dem Windenergieerlass 2011 liegt in der Neueinführung von naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen (Ziffer 8.2.2.1 des Erlassentwurfs). Eine standardisierte Festlegung der Berechnung der festzusetzenden Ersatzgelder wird zwar aus Sicht der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörden grundsätzlich als sinnvoll angesehen, die im Erlassentwurf vorgesehene Form der Ermittlung der Ersatzgelder und die dort vorgegebenen Höhen werden jedoch ausdrücklich abgelehnt. Hier besteht zwingend ein Nachbesserungsbedarf, der in enger Abstimmung mit den kommunalen Spitzenverbänden erfolgen sollte.

## **2. Zu den Regelungsvorschlägen im Einzelnen:**

### **Zu 1 (Allgemeine Hinweise)**

Das ambitionierte, politische Ziel der Erhöhung des Windenergieanteils an der Stromerzeugung wirft noch immer die Frage auf, ob die notwendigen Netzkapazitäten überhaupt bestehen (vgl. unsere Stellungnahme zum Windenergieerlass 2011 vom 31.03.2011). Dazu enthält auch dieser Entwurf keine Aussagen.

### **Zu 1.3 (Kommunale Wertschöpfung)**

Die Erwartungen, dass Standortkommunen von Windenergieanlagen dauerhaft hohe Gewerbesteuerzahlungen erhalten, kann angesichts der vorliegenden Erfahrungen nicht bestätigt werden. Die Windenergieanlagen erzielen in der Anlaufphase aufgrund der hohen Abschreibungen und Finanzierungskosten i. d. R. keine oder nur geringe Gewinne, so dass die Standortkommunen in den ersten Jahren kaum Gewerbesteuerzahlungen erhalten. Noch schwerer wiegt die Tatsache, dass sich der Wert des Sachanlagevermögens der Windräder jährlich um die Abschreibungsbeträge reduziert und sich der Zerlegungsanteil der Standortgemeinde infolgedessen verringert. Bereits nach einem Zeitraum von 16 Jahren sind Windräder vollständig abgeschrieben. Nach diesem Zeitraum endet im Ergebnis die Beteiligung der Standortgemeinde am Gewerbesteuermessbetrag des Betreibers. Insofern sollte die Darstellung über die Gewerbesteuerzahlungen – soweit sie überhaupt in einem Erlass notwendig ist - zurückhaltender formuliert werden.

### **Zu 2. (Hinweise zur Zielsetzung und zu den Adressaten)**

Unter Nr. 2 wird auf Seite 8 im zweiten Absatz von Empfehlungen für die Träger der Planungshoheit gesprochen. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Bauleitplanung hat sich hier die Landesregierung neutral zu verhalten. Dementsprechend ist das Wort „Empfehlungen“ ersatzlos zu streichen. Es reicht, dass der Erlass die dort genannte „Hilfe zur Abwägung“ bieten will.

Im Übrigen stellt sich die grundsätzliche Frage, ob in einem Erlass auf Umfragen zur Akzeptanz des Ausbaus von Windenergieanlagen überhaupt abgestellt werden muss bzw. sollte. Unabhängig von dieser grundsätzlichen Frage ist allerdings zu kritisieren, dass das Land sich weiterhin auf eine Studie aus dem Jahr 2006 bezieht. Wenn das Land unbedingt eine Aussage zur Akzeptanz des Ausbaus der Windenergieanlagen in dem Erlass treffen will, dann muss es sich aber um eine repräsentative und aktuelle Umfrage handeln. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Auslegung des Entwurfs des Landesentwicklungsplans bekanntlich die meisten inhaltlichen Anmerkungen die dortigen Vorgaben zum Ausbau der Windenergieanlagen betreffen. Die Landesregierung sah sich offenbar deshalb veranlasst, die umfangreichen Flächenvorgaben zumindest nicht mehr als Ziel der Raumordnung festzulegen. Dies dürfte auch ein Signal dahingehend sein, dass sich seit 2006 durchaus die Ansichten in der Bevölkerung und insbesondere der konkret betroffenen Bevölkerung signifikant verändert haben.

### **Zu 3.2 (Regionalplanung)**

In diesem Abschnitt wird das Verhältnis zwischen Regionalplanung und Bauleitplanung beschrieben, angesichts der aktuellen Strategie des Landes, in Regionalplänen Vorranggebiete für Windenergieanlagen auszuweisen, allerdings unzureichend. So bleibt die Frage unbeantwortet, ob eine Kommune verpflichtet ist, ihr gesamtträumliches Plankonzept, das einer Konzentrationszonenplanung zugrunde liegt, zu überprüfen und ggf. anzupassen, wenn sie ein auf der Ebene der Regionalplanung ausgewiesenes Vorranggebiet in die örtliche Darstellung des Flächennutzungsplans übernimmt.

Ebenfalls nicht eingegangen wird auf die Problematik, die im Zuge eines Bauleitplanverfahrens zur Übernahme eines regionalplanerischen Vorranggebietes in den Flächennutzungsplan im Hinblick auf das Tötungs- und Störungsverbot besonders bzw. streng geschützter Tierarten entstehen kann. Eine rechtliche Verpflichtung zur Durchführung einer Artenschutzprüfung besteht für die Regionalplanung nicht, sondern erst für die nachgelagerten Planungs- und Zulassungsverfahren. Daher

wird bei Ausweisung von Windenergie-Vorrangzonen auf Ebene der Regionalplanung nur eine überschlägige Vorabschätzung durchgeführt, die beim anschließenden Änderungsverfahren des Flächennutzungsplans und der dort durchzuführenden Artenschutzprüfung zu dem Ergebnis führen kann, dass die Vorrangfläche aus dem Regionalplan aufgrund eines rechtlichen Hindernisses nicht vollzugsfähig ist, da diese Fläche dann ein hartes Tabukriterium darstellt. Hierdurch kann ein Planerfordernis entstehen, dass die Regionalplanungsbehörde den Regionalplan ändert. Schließlich ist festzustellen, dass die Umweltdatenbank zur Berücksichtigung von Schwerpunktvorkommen Windenergie empfindlicher Vogelarten nicht vollständig ist.

#### **Zu 4 (Bauleitplanung)**

Für die Bauleitplanung sollte auf die vielfältigen, planungsrechtlichen Hinweise und Angebote der Fachagentur Windenergie an Land ([www.Fachagentur-Windenergie.de](http://www.Fachagentur-Windenergie.de)) hingewiesen werden.

#### **Zu 4.3 (Konzentrationsflächen im Flächennutzungsplan)**

Wie auch schon auf der Anhörung am 16.06.2015 deutlich wurde, besteht Zweifel über die Frage, ob sich auch die von den Rotoren überstrichene Fläche innerhalb der Konzentrationszonen befinden muss. Es wird angeregt, dass der neue Windenregieerlass in Bezug hierzu auf die einschlägige Rechtsprechung des BVerwG (Urteil vom 21.10.2004, 4 C 3.04) und des Verwaltungsgerichts Hannover (Urteil vom 22. September 2011, Az. 4 A 1052/10) hinweist. Hiernach kommt es - wie bei Bauleitplänen - auf die vom Rotor überstrichene Fläche an.

#### **Zu 4.3.1 (Allgemeine Anforderungen an die Darstellung von Konzentrationsflächen)**

Im Hinblick auf die Ausführungen zur Bekanntmachung von Bauleitplänen unter Berücksichtigung der bekannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.7.2013 sollte in dem Erlass (6. Absatz, S.16 unten) darauf hingewiesen werden, dass die Fachkommission Städtebau der Bauministerkonferenz „Hinweise zu den notwendigen Angaben der Arten umweltbezogener Informationen in der Bekanntmachung nach § 3 Abs. 2 Satz 2 BauGB“ beschlossen hat. Diese sind unter [www.bauministerkonferenz.de](http://www.bauministerkonferenz.de) und dort unter Mustervorschriften und Mustererlasse abrufbar.

#### **Zu 4.3.2 (Erfordernis eines schlüssigen Plankonzeptes)**

Die Aufstellung eines schlüssigen Plankonzeptes ist in Folge der Rechtsprechung mit großen rechtlichen Unsicherheiten verbunden. Vor diesem Hintergrund ist neben dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.05.2010 auch die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts NRW, insbesondere das Urteil vom 01.07.2013 (2 D 46/12.NE), darzustellen. Aus der Darstellung sollte hervorgehen, welche Methoden von der Rechtsprechung als unzulässig erkannt worden sind und welche zulässig sind.

#### **Zu 4.3.3. (Differenzierung nach harten und weichen Tabuzonen)**

Auf Seite 19 wird bei Nr. 4.3.3. davon gesprochen, dass die Stellungnahme der zuständigen Fachbehörde ein „gewichtiges Indiz“ habe. Im Hinblick auf die Entscheidungen des Bundesamtes für Flugsicherung sei aber auf die Entscheidung des OVG Niedersachsen vom 22.1.2015 verwiesen (näher dazu unter 8.2.6). Insoweit ist dessen Entscheidung nicht nur ein Indiz, sondern gar nicht mehr der Abwägung zugänglich. Dies ist sicherlich mehr als ein bloßes Indiz. Dies sollte im Erlass klargestellt werden.

#### **Zu 4.3.4 (Änderung der Konzentrationszonen)**

Im letzten Absatz zu 4.3.4 wird davon gesprochen, dass im Falle der Aufhebung von Konzentrationszonen zu prüfen sei, ob der Windenergie substantieller Raum verschafft wurde. Dies erschließt sich so nicht, da es dann ja gar keinen Plan mehr gibt. Es sollte geprüft werden, warum eine solche Aussage erforderlich ist.

#### **Zu 4.3.5 (Sachlicher und räumlicher Teilflächennutzungsplan)**

Im letzten Satz wird vom Gebrauch des räumlichen Teilflächennutzungsplanes abgeraten. Da es sich hierbei um eine Entscheidung im Rahmen der verfassungsrechtlich geschützten Bauleitplanung handelt, hat das Land in diesem Bereich generell von „Ratschlägen“ Abstand zu nehmen.

Hier sollte lediglich darauf hingewiesen werden, dass neben den Chancen auch rechtliche Schwierigkeiten bestehen können.

#### **Zu 4.3.7 (Höhenbegrenzungen von Windenergieanlagen)**

Der Erlassentwurf führt zu Höhenbeschränkungen aus, dass sich neu zu errichtende Anlagen mit einer Gesamthöhe von 150 m und höher grundsätzlich wirtschaftlich betreiben lassen. Da es bei einer solchen Festsetzung nicht um die Festschreibung einer maximalen Gewinnausbeute geht, sondern um einen noch wirtschaftlichen Betrieb, sollte zur Vermeidung von Konflikten auf die Angabe einer Gesamthöhe, bei der ein wirtschaftlicher Betrieb sichergestellt ist, verzichtet werden.

Im Übrigen wird im letzten Absatz dort die Höhenbegrenzung vor dem Hintergrund von Tiefflugübungsstrecken angesprochen. Es scheint aber so, dass die dortigen Ausführungen im Einzelfall zu prüfen sind. Insofern bietet es sich an, einen Hinweis auf eine frühzeitige Erörterung mit der Bundeswehr anzuführen.

#### **Zu 4.8 (Entschädigungsansprüche bei Änderung von Bauleitplänen)**

Hier wird in der Sache zweimal von einem möglicherweise bestehenden Schadensersatzanspruch gesprochen. Dies mag dem Grunde nach zwar rechtlich vertretbar sein. Allerdings reicht auch nur einen Hinweis auf einen möglicherweise nicht ausgeschlossen Schadensersatzanspruch aus. Eine Doppelung ist auf jeden Fall nicht angezeigt.

#### **Zu 5.1.2 (Umweltverträglichkeitsprüfung)**

Das Kapitel Umweltverträglichkeitsprüfung wurde entsprechend dem Beschluss vom 23.07.2014 des OVG NRW (8 B 356/14) ergänzt. Zur Ermittlung der Untersuchungsradien wird im neuen Windenergieerlass auf den Anhang 2 des Leitfadens „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von WEA in NRW“ erwiesen. Der genannte Leitfaden kann aber nach dem o. g. Beschluss nur bedingt angewandt werden, da das sogenannte erweiterte Untersuchungsgebiet (Spalte 3 des Anhangs 2) nur bei ernst zu nehmenden Hinweisen regelmäßig genutzter essentieller Nahrungshabitat oder Flugkorridore anzuwenden ist. Diese Hinweise sind aber nach dem Beschluss nur für nachgelagerte Planungsebenen relevant und nicht auf der Ebene zur Einstufung der UVP-Pflichtigkeit. Zudem sollte klargestellt werden, ob diese erweiterten Untersuchungsradien der Spalte 3 des Anhangs 2 des Leitfadens nur bei entsprechend ernst zu nehmenden Hinweisen oder generell anzuwenden sind.

#### **Zu 5.2.1.1 (Lärm)**

Kritisch anzumerken ist, dass eine Abnahmemessung für die Geräuschimmissionen einer Windenergieanlage (WEA) nicht für erforderlich gehalten wird, wenn Erkenntnisse vorliegen, dass eine Emissionswertüberschreitung sicher auszuschließen ist. Auch wenn sich diese Formulierung auch schon im derzeit gültigen Erlass aus 2011 findet, wäre es hilfreich, wenn die Erkenntnisse, die geeignet sind, eine Emissionswertüberschreitung sicher auszuschließen, näher beschrieben würden.

Laut Empfehlung des LANUV ist bei fehlender Typenvermessung und ohne Abnahmemessung mit Nachweis der Einhaltung der Immissionswerte der Nachtbetrieb der WEA über eine Bedingung im Genehmigungsbescheid auszuschließen - dies auch unter Berücksichtigung der Sicherheitszuschläge in der Schallprognose.

Der Umfang der Erkenntnisse sollte näher beschrieben werden. Denn ohne Abnahmemessung und Typenvermessung kann es an der ausreichenden Rechtssicherheit fehlen und die Erkenntnisse werden der Abwägung im Einzelfall überlassen.

#### **5.2.1.3 (Schattenwurf)**

Mit der im Erlassentwurf vorgesehenen Regelung wird die Beschattungsdauer nur für Wohnnutzungen zeitlich konkret beschränkt. Der Schutzanspruch für andere Nutzungen soll dagegen im Einzelfall, unter Berücksichtigung der jeweiligen Schutzwürdigkeit bestimmt werden. Die fehlende

Konkretisierung mit Verweis auf die Einzelfallabwägung eröffnet ein unnötig breiten Spekulations- und Diskussionsraum und letztendlich Rechtsunsicherheit.

Es wäre sachgerecht, wenn in dem Erlass insoweit auch zu den verbleibenden Nutzungen „Freizeit und Arbeit“ Ausführungen zu einer maximal möglichen Beschattungsdauer getroffen würden.

#### **Zu 5.2.2 (Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit)**

Hier wäre eine Aussage zum Umgang mit der weit verbreiteten Problematik, während des noch nicht vollständig abgeschlossenen Flächennutzungsplanverfahrens bereits über Genehmigungsanträge in künftigen Konzentrationszonen entscheiden zu müssen, hilfreich (vgl. dazu: Pauli, Zulässigkeit von Windenergieanlagen während der Planaufstellung, BauR 2014, 799 ff.; Franco/Frey, Möglichkeiten zur Zulassung von Windenergieanlagen trotz entgegenstehender Darstellungen in der Flächennutzungsplanung, BauR 2014, 1088 ff.).

Im vorletzten Absatz letzter Satz heißt es, dass Windenergieanlagen auch untergeordnete Nebenanlagen in allen Baugebieten sein können. Unabhängig von der Richtigkeit dieser pauschalen Behauptung, dürften insoweit regelmäßig aber nur kleine Windanlagen (< 50 m) in Frage kommen. Dies sollte dort auch deutlich gemacht werden.

#### **Zu 5.2.2.1 (Allgemeine Voraussetzungen)**

Im ersten Absatz steht, dass auch eine nicht näher definierte Übergabestation als Nebenanlage zur Windenergieanlage von dieser mitgezogen werden könne. Hier sollte konkretisiert werden, wann dies zum Beispiel der Fall sein kann.

#### **Zu 5.2.2.3 (Entgegenstehen öffentlicher Belange (§ 35 Absatz 3 BauGB))**

Im 6. Spiegelstrich werden dort mehrere Entscheidungen des OVG NRW zitiert, wonach bei der rechtlichen Wertung der Wirkungen von Windenergieanlagen „nicht unberücksichtigt bleiben darf, dass der Gesetzgeber sie im Außenbereich grundsätzlich ... privilegiert hat, sodass die Anlagen als solche nach den gesetzgeberischen Vorgaben im Außenbereich nicht als Fremdkörper, sondern von ihrem Erscheinungsbild her vielmehr eher als außenbereichstypisch und nicht wesensfremd zu werten sind“. Die zitierten Entscheidungen beziehen sich alle auf Windenergieanlagen mit einer Nabenhöhe von deutlich unter 100 m. Es darf bezweifelt werden, dass diese Aussagen auch auf die hier in Frage stehenden Repowering-Anlagen mit einer Höhe von 150 m ohne weiteres übertragbar sind.

Im 9. Spiegelstrich heißt es, dass die Anlagenerrichtung ggf. neben der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung eine entsprechende wasserrechtliche Genehmigung oder Befreiung bedarf. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung schließt jedoch nach § 13 BImSchG z. B. wasserrechtliche Genehmigungen oder Befreiungen auf Grund der Konzentrationswirkung ein. Lediglich wasserrechtliche Erlaubnisse oder Bewilligungen müssen gegebenenfalls separat erteilt werden. Insofern ist der betreffende Satz 2 zu korrigieren.

Im 10. Spiegelstrich finden sich Ausführungen zur Sicherheit im Hinblick auf den Luftverkehr. Hier wird im dortigen ersten Absatz eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Aachen aus dem Jahr 2008 zitiert. Entsprechend den Ausführungen zur Flugsicherheit (unten unter 8.2.6) sollte aber auf die neuere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25.11.2014 (4 B 37.14) abgestellt werden. Zugleich sollte von dort auf die allgemeinen Ausführungen zum Luftverkehrsrecht unter 8.2.6 verwiesen werden.

Im dritten Abschnitt dieses Spiegelstrichs wird wie schon in dem Windenergieerlass von 2011 von einer gegebenenfalls zukünftigen Umrüstung von militärischen Radaranlagen gesprochen. Ein Erlass sollte sich auf den Status Quo beschränken und nicht rein spekulativ ausführen, was gegebenenfalls einmal technisch irgendwann möglich ist und welche rechtlichen Konsequenzen daraus dann abgeleitet werden.

#### **Zu 5.2.2.4 (Rückbauverpflichtung)**

Der Wert der Sicherheitsleistung in Höhe von 6,5 % der Gesamtinvestitionen reicht nach unserer Ansicht nicht zur Sicherstellung der gesetzlich vorgesehenen Rückbauverpflichtung aus. Hier ist unseres Erachtens beim Nachweis der Rückbaukosten für die Inflation ein Zuschlag von 40 % (= 2 % pro Jahr bei 20 Jahren vorgesehener Betriebsdauer) aufzuschlagen, dies entspräche insgesamt 7 % der Sicherheitsleistung (hierzu vgl. VG Arnsberg, Urt. vom 26.10.2010 – 7 K 1394/09).

#### **Zu 5.2.3.1 (Abstandflächen)**

In dem Erlass ist eine Auseinandersetzung mit der Problematik „Umzingelungswirkung“ durch Windenergieanlagen aufzunehmen. Nach der Entscheidung des OVG Magdeburg (Beschluss vom 16.03.2012, 2 L 11) kann in einem Plan geregelt werden, auf die Ausweisung solcher Gebiete zu verzichten, die zu einer Einkreisung von Siedlungsbereichen führen. Denn Windenergieanlagen können auf die Bewohner bedrohlich wirken und sie belästigen. Im konkreten Fall wurde eine (nicht mehr hinnehmbare) Einkreisung als gegeben angenommen, weil ein Windpark in einem Winkel von 120° um den Siedlungsbereich eine deutlich sichtbar geschlossene, den Siedlungsbereich umfassende Kulisse darstellte. Auf diese Entscheidung weist ausdrücklich die hessische Landesregierung im Rahmen einer Beantwortung einer Kleinen Anfrage hin (Drucksache 19/293 vom 11.6.2014). Dementsprechend hat nach dieser Stellungnahme zum Beispiel die Planungsregionen Mittelhessen auf diese Problematik der Umzingelung planerisch reagiert. Auch das OVG Berlin-Brandenburg (Urteil vom 09.04.2008, OVG 2 A 4.07) hat eine Verhinderung der Einkreisung von Siedlungsbereichen als ein sachgerechtes, städtebauliches und regionalplanerisches Ziel anerkannt. Ebenfalls in diese Richtung geht die Entscheidung des OVG Lüneburg, Beschluss vom 15.03.2004 (1 ME 45/04).

#### **Zu 5.2.3.4 (Standicherheit)**

Hier wird von einer Richtlinie sowohl aus dem März 2004 als auch vom Oktober 2012 gesprochen. Es sollte deutlich gemacht werden, für welche Anlagen welche Fassung dieser Richtlinie von Relevanz ist.

#### **Zu 6.1 (Verfahren bei Kleinwindanlagen)**

Unabhängig vom erforderlichen Genehmigungsverfahren sollte hier auch auf die notwendige artenschutzrechtliche Prüfung nach § 44 BNatSchG verwiesen werden. Insbesondere für die nach den europäischen Richtlinien besonders und streng geschützten Tierarten in und an Gebäuden können Verbotstatbestände eintreten. Es ist durch einen klarstellenden Verweis auf § 44 BNatSchG sicherzustellen, dass die Untere Landschaftsbehörde im Genehmigungsverfahren beteiligt wird.

#### **Zu 6.2.2 (Bauplanungsrechtliche Voraussetzungen)**

Die Behauptung im dritten Absatz von 6.2.2., wonach Kleinwindanlagen im Hinblick auf ihr geringes bauliches Volumen in der optischen Wirkung derart zurücktreten können, dass sie gegenüber einem Gebäude, dessen Energieversorgung sie dient, auch räumlich-gegenständlich als untergeordnet erscheint, ist in dieser Pauschalität wenig hilfreich und sollte daher gestrichen werden.

#### **Zu 8.2.2.1 (Naturschutzrechtliche Eingriffsregelungen)**

Wie schon oben unter 1. dargestellt, kann die vorgeschlagene Ersatzgeldregelung nicht mitgetragen werden. Hier bestehen aus folgenden Gründen erheblichen Bedenken:

- Das Verfahren orientiert sich bei der Bewertung des Landschaftsbildes zu Anfang noch an der bisher in der Regel verwendeten Methode Nohl (2001). Das Ergebnis der Bewertung ist jedoch nicht ein Kompensationserfordernis in qm, sondern die Festlegung eines Ersatzgeldes. Die Landschaftseinheiten werden dabei auf 4 Wertstufen reduziert. Je nach Wertstufe der Landschaft wird pauschal ein „Preis“ vorgegeben, der mit der Höhe der Anlage unter Berücksichtigung einer – im Vergleich zu Nohl – deutlich kleineren Wirkzone multipliziert wird. Wichtige fachmethodisch begründete Elemente des Verfahrens Nohl, wie z.B. die Berücksichtigung der sichtverschatteten Bereiche, entfallen. Das methodische Vorgehen erscheint so willkürlich, die Pauschalierungen sind nicht nachvollziehbar.

- Das geplante Vorgehen entlastet die Verfahren im Hinblick auf die Eingriffsregelung nur wenig, da die Diskussionen über die Einschätzung der Naturnähe, Vielfalt, Schönheit usw. einer Landschaft bleiben werden, solange eine flächendeckende Landschaftsbildbewertung nicht vorliegt. Lediglich die Abstimmung geeigneter Kompensationsmaßnahmen entfällt.
- Nach § 15 Abs. 6 BNatSchG bemisst sich das Ersatzgeld nach den durchschnittlichen Kosten der nicht durchführbaren Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen einschließlich aller Nebenkosten. Ein wichtiger Faktor ist hierbei der Grundstückspreis, der regional sehr unterschiedlich sein kann und sich im Laufe der Zeit verändert. Dieses wichtige Kriterium wird bei der Berechnung im Erlass nicht berücksichtigt.
- Ein von mehreren Kreisen durchgeführter Vergleich zwischen den im Entwurf vorgestellten Beispielen und den überschlägig ermittelten Ersatzgeldern für bereits genehmigte Windenergieanlagen, zeigt, dass das nach dem Entwurf ermittelte Ersatzgeld deutlich zu niedrig ist (teilweise nur 20% der Summe nach dem NOHL-Verfahren). Die tatsächlichen Kosten für den Ausgleich wären damit nicht gedeckt. Die Ersatzgeldberechnungen stehen hierbei auch in keinem Verhältnis zu den Ersatzgeldern, die bisher nach dem Verfahren Nohl auch für andere mastenartige Eingriffe in die Landschaft wie z.B. Hochspannungsfreileitungen oder Mobilfunkmaste ermittelt wurden. Die im o.g. Entwurf zugrunde gelegten „Preise“ für die Landschaftseinheiten können daher auch zu (ggf. rechtlich problematischen) Ungleichbehandlungen führen.
- Es ist nicht eindeutig erkennbar, wie ggf. durchzuführende Kompensationsmaßnahmen für Eingriffe in den Naturhaushalt, Kohärenzsicherungsmaßnahmen sowie artenschutzrechtliche Maßnahmen u. ä. methodisch in dem neuen System berücksichtigt bzw. in Abzug gebracht werden können. Hierzu sollten Ausführungen ergänzt werden. Die Ausführung im letzten Absatz, dass Kompensationsmaßnahmen anzurechnen sind, wenn sie zugleich zur nachhaltigen Gliederung und Anreicherung des Landschaftsbildes beitragen können, sollte gestrichen oder näher begründet ausgeführt werden.
- Kompensationsmaßnahmen steigern in der Regel vor Ort die Akzeptanz der betroffenen Bürger für die Windkrafttechnologie erheblich. Durch die Darstellung von Kompensationsmaßnahmen als „Ausnahmemöglichkeit“ könnte dies problematisch werden. Soweit Kompensationsmaßnahmen die Ausnahme werden, wird auch die Entbindung des Verursachers von der Verpflichtung zur Beibringung geeigneter Kompensationsflächen im Eingriffsraum problematisch. Egal ob externer Investor oder auch Bürgerwindpark, so sitzen doch jedes Mal die Grundeigentümer vor Ort "mit im Boot" und haben i.d.R. ein erhebliches Interesse an der Durchführung der Baumaßnahme sowie die faktische Möglichkeit der Erbringung geeigneter Kompensationsflächen. Für die untere Landschaftsbehörde gibt es andererseits aufgrund mangelnder Flächenverfügbarkeit so gut wie keine Möglichkeit, kleinräumige, hochwertige landschaftsbildaufwertende Maßnahmen in den betroffenen Regionen zu verwirklichen.
- Es ist rechtlich noch nicht abschließend geklärt, ob das Ersatzgeld-Verfahren auch uneingeschränkt in den Fällen angewandt werden kann, wo Windenergieanlagen im Geltungsbereich von Bebauungsplänen errichtet werden sollen. Hierzu sollte der Erlass – wenn er schon eine Ersatzgeldregelung vorsieht - Aussagen treffen.

#### **Zu 8.2.2.2 (Naturschutzrechtlich bedeutsame Gebiete (ohne Landschaftsschutzgebiete – LSG))**

Die Einschätzung des Erlassgebers, Natura-2000-Gebiete generell zu den harten Tabukriterien zu zählen, ist vor dem Hintergrund der Entscheidung des OVG NRW vom 01.07.2013 zu kritisieren.

Bei Buchstabe g) muss eine redaktionelle Änderung erfolgen: OVG NRW, Az. 8 A 4062/04, Urteil vom 03.08.2010, nicht aus dem Jahre 2009 (openJur2011; 75230).

Wie schon im Rahmen der mündlichen Anhörung am 16.06.2015 festgestellt, ist die Regelung zu den Pufferzonen missverständlich. Es ist nicht klar erkennbar, wann die Pufferzone hartes oder weiches Kriterium sein soll und wieviel Abstand warum eingehalten werden muss. Eine eindeutige Regelung mit einer fixen Mindestpufferzone aus Vorsorge- und Entwicklungsgründen ist fachlich erforderlich, um den Schutzzweck und die Schutzziele dauerhaft sicherstellen zu können. Mobile Arten wie Vögel und Fledermäuse sind nicht rein auf die Schutzgebiete beschränkt, sondern nutzen meist auch einen Großteil der Umgebung.

#### **Zu 8.2.2.4 –(Wald)**

Es ist auf das Urteil des OVG NRW vom 01.07.2013 hinzuweisen. Nach dieser Entscheidung zählen „zusammenhängende Waldflächen“ zu harten Tabuzonen.

#### **Zu 8.2.2.5 (Landschaftsschutzgebiete)**

Die Darstellung zu den Befreiungsmöglichkeit nach § 67 BNatSchG im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens ist rechtlich problematisch. Hierzu heißt es auf Seite 63, „Bei der Prüfung ist daher in der Abwägung in der Regel von einem überwiegenden öffentlichen Interesse auszugehen und eine Befreiung vom Bauverbot nach § 67 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG kann erteilt werden.“ Auf die Notwendigkeit einer umfassenden Abwägung im Einzelfall wird dabei nicht eingegangen und auch keine rechtlich tragbare Begründung dafür geliefert, worin hier das „überwiegende öffentliche Interesse“ liegt. Die Ziele des Klimaschutzes sind zwar in jeder Einzelfallentscheidung mit ihrem seit der Energiewende besonderen Gewicht zu berücksichtigen. Allerdings überwiegen diese Belange nicht per se die ökologischen Erhaltungsziele des Gewässer-, Habitat- oder Artenschutzrechts. Es bedarf stets einer sorgfältigen Einzelfallprüfung, in der regelmäßig auch eine Alternativenbetrachtung anzustellen ist.

Zudem liegt hier ein Widerspruch zu den Aussagen bei den Wasserschutzgebieten (Ziffer 8.2.3.2) vor. Hier heißt es in demselben Erlassentwurf auf Seite 66, „Überwiegende Gründe des Allgemeinwohls liegen nicht allein deshalb vor, weil eine Windenergieanlage regenerativen Strom erzeugt.“ Eine Klarstellung ist hier unbedingt erforderlich.“

Schließlich wurden und werden Landschaftsschutzgebiete gem. § 26 Abs. 21 Ziff. 2 und 3 BNatSchG wegen der Vielfalt, Eigenart und Schönheit, der besonderen kulturhistorischen Bedeutung oder der besonderen Erholungsbedeutung der Landschaft ausgewiesen. § 26 Abs. 2 BNatSchG verbietet explizit alle Handlungen, die den Charakter des Gebietes verändern oder dem besonderen Schutzzweck zuwiderlaufen. Diese Rechtsnorm kann der Erlass nicht aufheben, zumal es Regionen in NRW gibt, die deutlich unter dem, als Begründung herangezogenen Landesdurchschnitt von 45,2% LSG-Fläche liegen.

Die Systematik der Qualifizierung von Tabuzonen ist schließlich fortzusetzen. In diesem Abschnitt findet man keine Aussage dazu, wie Landschaftsschutzgebiete einzuordnen sind. Denkbar ist eine Qualifizierung in harte Tabuzonen bzw. unter bestimmten Voraussetzungen in weiche Tabuzonen. Außerdem werden Hinweise auf die diesbezügliche Rechtsprechung vermisst, zum einen die Entscheidung des OVG NRW vom 01.07.2013 und zum anderen das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 24.02.2011.

#### **Zu 8.2.3.1 (Bauverbot an Gewässern)**

Der Erlass gibt ein Bauverbot innerhalb von 3 m von der Böschungsoberkante von Gewässern vor, ohne zu definieren, von welchem Teil des Bauwerkes (Rotorblattspitze, Mast oder Fundament) dieser Abstand einzuhalten ist. Hier ist eine klare Definition erforderlich.

#### **Zu 8.2.3.2 (Wasserschutzgebiete)**

Verboten ist nach diesen älteren Wasserschutzgebietsverordnungen das Errichten von wassergefährlichen Anlagen, in denen wassergefährdende Stoffe abgestoßen werden oder mit diesen umgegangen wird, wie z. B. Beizereien, Raffinerien, Kernkraftwerke oder Galvaniken. Mit diesen Anlagen können WEA nicht gleichgestellt werden.



So ist eine WEA in der Zone II der Wasserschutzgebietsverordnung Verse – Fürwigge – Talsperre vom 05. November 1992 (Anlage) nicht verboten, sondern „nur“ genehmigungspflichtig, zumindest was in diesem Zusammenhang durchzuführende Erdaufschlüsse bzw. Bodeneingriffe betrifft. Das Verlegen von Strom- und Versorgungsleitungen ist dagegen genehmigungsfrei. Geht man so weit, die Errichtung von WEA unter das „Aufstellen von Masten“ zu subsumieren, könnte sogar von einer Genehmigungsfreiheit in der Zone II ausgegangen werden.

Insofern könnte die geplante Landeswasserschutzgebietsverordnung für vergleichbare Rechtsverhältnisse Sorge tragen. Bis zu deren Wirksamkeit wären die geltenden Verordnungen jedoch anzuwenden.

Insofern sind die Äußerungen im Entwurf des Windenergieerlasses zu den Befreiungsmöglichkeiten der Unteren Wasserbehörde zu optimistisch dargelegt. Besonders positiv zu erwähnen ist aber, dass der Entwurf die Haltung der Unteren Wasserbehörde des Kreises Mettmann bestätigt, dass die Erzeugung von regenerativem Strom durch Windenergieanlagen für sich allein genommen kein Grund des Wohls der Allgemeinheit ist.

#### **Zu 8.2.5 (Straßenrecht)**

Nicht verständlich ist, dass in dem Entwurf nur die „Schutzrechte“ der überörtlichen Straßen geregelt sind. Eine Differenzierung rechtfertigt sich nicht aus der Verkehrsfunktion (StVO) oder der technischen Beschaffenheit (Straßenbaulast) der Straßen. Die Auswirkungen der Aufstellung von Windenergieanlagen sind auf Gemeindestraßen nämlich genauso einzuschätzen wie auf Bundes-, Landes- und Kreisstraßen.

#### **Zu 8.2.6 (Luftverkehrsrecht)**

Der Entwurf des Erlasses widmet sich in diesem Kapitel dem Luftverkehrsrecht. Dazu finden sich auch Ausführungen, wann von einer harten Tabuzone auszugehen ist. Dies ist dann der Fall, wenn eine entsprechende Entscheidung des Bundesamtes für Flugsicherung (BAF) positiv vorliegt. Wenn die Gemeinde jedoch entsprechende Konzentrationszonen plant, so sieht es häufig so aus, dass gar keine entsprechenden Entscheidungen vorliegen. Die behördliche Beratungspraxis des Bundesamtes für Flugsicherung soll allerdings so aussehen, dass man unter Hinweis auf die Deutsche Flugsicherung (DFS) so gut wie immer einen 15 km Radius je Flugsicherungsanlage freihalten sollte. Sollte das BAF – entgegen anderslautenden Presseberichten - davon generell unter gewissen Voraussetzungen Abstand nehmen, dann ist es dem Land unbenommen, entsprechende schriftliche Erklärungen vom BAF zu verlangen.

Der Entwurf des Windenergieerlasses spricht auf Seite 74 lapidar von "einer Empfehlung mit Vorschorgecharakter". Dies relativiert doch sehr die sicherheitsrelevante Problematik (siehe dazu auch noch nachfolgend die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 20.11.2014). Auch der Hinweis auf die internationale Zivilluftfahrtorganisation auf dieser Seite des Erlasses am Ende des dritten Absatzes dürfte nicht der Praxis des Bundesamtes entsprechen. Es empfiehlt sich, sich im Falle des Vorhandenseins einer solchen Flugsicherungsanlage stets mit dem Bundesamt für Flugsicherheit in Verbindung zu setzen. Vermisst werden in dem Entwurf die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Düsseldorf (Urteil vom 24.07.2014, 11 K 3648/12), die wichtige Entscheidung des OVG Niedersachsen vom 22.01.2015 (12 ME 39/14) sowie Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25.11.2014 (4 B 37.14). Die Entscheidung des OVG Niedersachsen macht deutlich, dass eine Entscheidung des Bundesamtes für Flugsicherheit nicht abgewogen werden kann. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes zeigt auf, dass Windenergieanlagen in solchen Zonen verboten werden können, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Beeinträchtigung der Sicherheit der Luftfahrt verursacht wird. Eine besonders unzumutbare Beeinträchtigung des Luftverkehrs ist für die Verhinderung der Errichtung einer Windenergieanlage aber danach gerade nicht erforderlich. Das macht deutlich, dass die Gerichtsbarkeit der Flugsicherheit einen sehr hohen Stellenwert beimisst. Vor diesem Hintergrund dürfte es schwer sein, dass entsprechende Entscheidungen des Bundesamtes rechtsfehlerhaft sind. Vor diesem Hintergrund kann der letzte Satz im

dritten Absatz auf Seite 74 nur dann so stehen bleiben, wenn es ein ausdrücklich positives Votum von Seiten dieser Einrichtungen gibt.

Wir bitten Sie, unsere Anregungen im weiteren Verfahren zu berücksichtigen und unsere Änderungsvorschläge in den Entwurf aufzunehmen.

Mit freundlichen Grüßen  
In Vertretung



Detlef Raphael  
Beigeordneter  
des Städtetages Nordrhein-Westfalen



Dr. Marco Kuhn  
Erster Beigeordneter  
des Landkreistages Nordrhein-Westfalen



Rudolf Graaff  
Beigeordneter  
des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen