

08.05.2019

STELLUNGNAHME

ZUR ÄNDERUNG DES LANDESENTWICKLUNGSPLANS (LEP NRW)

Landesverband
Erneuerbare Energien
NRW e.V.

Corneliusstraße 18
40215 Düsseldorf

T 0211/93676060
F 0211/93676061

info@lee-nrw.de
www.lee-nrw.de

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME
17/1490**

Alle Abg

Inhaltsverzeichnis

Grundsätzliche Einschätzung	3
Kritik und Einordnung im Einzelnen	4
1. Siedlungsraum und Freiraum – Ziffer: 2.-3.....	4
a) Biogasanlagen	4
b) Entwicklung und Nutzung von Umwelttechnologien nicht behindern	6
2. Nutzung von militärischen Konversionsflächen – Ziffer: 7.1-7	7
3. Walderhaltung und Waldinanspruchnahme - Ziffer: 7.3-1.....	7
4. Energiewende und Netzausbau – Ziffer 8.2-7	12
5. Kraft-Wärme-Kopplung – Ziffer 10.1-4 und Halden und Deponien als Standorte für die Nutzung erneuerbarer Energien – Ziffer 10.2-1.....	12
6. Vorranggebiete für die Windenergienutzung – Ziffer: 10.2-2	12
7. Abstand von Bereichen/Flächen von Windenergieanlagen – Ziffer: 10.2-3	14
a) Streichung des Umfangs der Flächenfestlegungen	14
b) Einführung eines „1.500-Meter-Abstandes“	15
8. Solarenergienutzung – Ziffer: 10.2-5	17
a) Ziel der Solarenergienutzung	17
b) Photovoltaik entlang von Infrastrukturachsen	17
c) Inanspruchnahme landwirtschaftlicher Nutzflächen	18
Anlagen.....	19

Grundsätzliche Einschätzung

Der Landesverband Erneuerbare Energien Nordrhein-Westfalen (LEE NRW) nimmt als Interessenvertretung der Wind-, Solar-, Bioenergie, Wasserkraft und Geothermie im Energieland NRW im Rahmen der Anhörung zur Änderung des Landesentwicklungsplans Nordrhein-Westfalen in der Fassung des Kabinettsbeschlusses vom 19. Februar 2019 wie folgt Stellung:

Der Änderungsentwurf zum Landesentwicklungsplan (LEP) ist weder in rechtlicher noch in wirtschaftspolitischer Weise geeignet, die mit den Änderungen angestrebten Ziele adäquat umzusetzen. Den drängenden klimapolitischen Herausforderungen wird er nicht ansatzweise gerecht. Im Hinblick auf die vorangestellte Stärkung der kommunalen Entscheidungsspielräume würden die angedachten Änderungen die Ziele eher untergraben. Damit einhergehend und vor dem Hintergrund der rechtlichen Grenzen des Plangebers wird gleichzeitig auch die Akzeptanz der Energiewende geschwächt. Vielmehr sind durch die – auch nach einer Änderung des LEP – rechtlich nicht haltbaren Äußerungen der Landesregierung zur Windenergie im Wald und zu „Mindestabständen“ Akzeptanzverluste bei der Bevölkerung zu erwarten. Gerade auch vor dem Hintergrund des durch Starkwetterereignisse, Trockenheit und Schädlingsbefall erheblich beeinträchtigten Waldes, stellt die Landesregierung hier falsche Weichen nicht nur für die Windenergiebranche, sondern auch für die Waldeigentümer. So müssen nach Angaben des Landesbetriebs Wald und Holz NRW mindestens 20.000 ha Wald in Nordrhein-Westfalen wieder aufgeforstet werden. Diese jahrzehntelange Herausforderung ist mit erheblichen finanziellen Einbußen für familiär geprägte Holzwirtschaftsunternehmen verbunden. Die Windenergie eröffnet den betroffenen Forstbetrieben hier die Möglichkeit, jene betriebswirtschaftlich kritische Zeit zu überbrücken, bis die Waldbestände wieder nachgewachsen sind.

In diesem Zusammenhang muss auch der wesentliche Charakter des Raumordnungsrecht und der Landesplanung verdeutlicht werden: So ist gerade die Landesplanung ungeeignet, um kurzfristige, tagespolitische Vorstellungen und darüber hinaus auch noch raumordnungsrechtlich höchst fragwürdige Ziel- und Grundsatzformulierungen umzusetzen. So wirken raumordnerische Festlegungen gerade durch ihre langen Zeiträume von 15 bis 20 Jahren. Die Überarbeitung des LEP nach nicht einmal zwei Jahren des Inkrafttretens der Novelle, steht dieser Ausrichtung des Raumordnungsrechts diametral entgegen und führt schon allein deshalb zu erheblicher Verunsicherung bei allen Normadressaten.

Die erneute Novellierung des LEP entzieht darüber hinaus auch dem Energiesektor das unverzichtbare Maß an Planungssicherheit. So sind fast sämtliche Verfahren im Energiebereich durch langjährige Projektierungszeiten geprägt und bedürfen daher in besonderer Weise eines verlässlichen planungsrechtlichen Rahmens. Eine so kurzfristige erneute Änderung des LEPs, bei gleichzeitig ambitionierten energie- und klimapolitischen Zielsetzungen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene, wirkt hier im höchsten Maße kontraproduktiv. Gleichzeitig widersprechen die angedachten Änderungen den landesregierungseigenen Zielen größtmöglicher Planungs- und Rechtssicherheit. Insgesamt ist bereits jetzt absehbar, dass durch die Änderung des

Landesentwicklungsplans in Form des vorliegenden Entwurfs in weiten Teilen die Rechtsunsicherheit wachsen wird.

Auch in energiepolitischer Hinsicht sind die angedachten Änderungen unzureichend oder kontraproduktiv, um die energiepolitischen Zielsetzungen des Bundes zu erreichen. Im Hinblick auf die Freiflächen-Photovoltaik sind die Änderungen marginal und lassen andere landesplanerische Möglichkeiten unberücksichtigt. Bei der Windenergie wird – durch den angedachten Grundsatz eines „1.500-Meter-Vorsorgeabstandes“ – ein Ausbaueinbruch offenbar bewusst angestrebt. Und das angesichts der ohnehin schon weitreichenden Folgen des EEG 2017 für den Ausbau der Windenergie. Die Gefährdung von Investitionen in Milliardenhöhe sowie eines Großteils der 18.000 Arbeitsplätze in der nordrhein-westfälischen Windenergiebranche wird die Folge sein, ohne dass die nach Aussagen der Landesregierung angestrebte Akzeptanzerhaltung für die Energiewende erreicht wird. Schlussendlich wird der vorliegende Entwurf durch seine Zielsetzung, die Windenergie nach Möglichkeit zu verhindern, nicht der Verantwortung Nordrhein-Westfalens mit seinem hohen landeseigenen Energiebedarf gerecht.

Das ist insbesondere deshalb fatal, weil auf diese Weise der dicht besiedelte Industrie- und Wirtschaftsstandort Nordrhein-Westfalen seiner bundesweiten Verpflichtung für die Energiewende, aber auch zum Erreichen der Ziele des Pariser Klimaabkommens nicht nachkommt. Gleichzeitig vergibt NRW hier die Chancen, aus dem Umbau der Energielandschaft breite Wertschöpfung, weitreichende Teilhabe sowie nachhaltige Arbeitsplätze zu generieren. Dabei zeigen die landeseigenen Potentialanalysen, dass das Bundesland bei Photovoltaik, Windenergie, Biomasse oder Geothermie über große Potentiale verfügt, die ohne eine übermäßige Flächeninanspruchnahme (siehe unten) genutzt werden könnten.

Kritik und Einordnung im Einzelnen

Die nachfolgende Kritik bzw. Einordnung zu den einzelnen Energieträgern richtet sich nach den Ziffern im Änderungsentwurf in Fassung des Kabinettsbeschlusses vom 19. Februar 2019:

1. Siedlungsraum und Freiraum – Ziffer: 2.-3

a) Biogasanlagen

Die mit den geplanten Änderungen verbundene Ausdehnung der Möglichkeiten für die Bauleitplanung im Freiraum wird grundsätzlich begrüßt. Dies gilt insbesondere für die mit Ziel 2-3 zweiter Spiegelstrich verbundenen bauleitplanerischen Möglichkeiten zur angemessenen Erweiterung vorhandener Betriebsstandorte, die gemäß der Erwidern der Landesregierung auf die Stellungnahme des LEE NRW im Rahmen der Verbändeanhörung, auch die Erweiterung von Standorten bestehender Biogasanlagen umfasst.

Leider wird dies in den geänderten Erläuterungen zu Ziel 2-3 LEP nicht klargestellt. Ausgehend von den Erläuterungen zu Ziel 2-3 des aktuell noch geltenden LEPs, die ein explizites Verbot von Bauleitplanung

für neue und bestehende Biogasanlagen im Freiraum formulieren, bedarf es hier mindestens einer klarstellenden Ergänzung des Erläuterungstextes:

„Mit dem zweiten Spiegelstrich wird es den Kommunen ermöglicht, angemessene Erweiterungen und Nachfolgenutzungen vorhandener Betriebsstandorte - *auch Standorte gewerblicher Biogasanlagen* - über eine Bauleitplanung zu sichern.

[...]

Bei Standorten landwirtschaftlicher Betriebe *oder von Biogasanlagen* kann eine angemessene Erweiterung aber funktional zugeordnete vorhandene oder neue Nutzungen beinhalten, die bei alleiniger Betrachtung nicht der landwirtschaftlichen Produktion *bzw. der Biogasproduktion* zuzurechnen sind, für die aber ein betrieblicher Zusammenhang mit der landwirtschaftlichen Betätigung *bzw. der Biogaserzeugung* begründet werden kann. Die Bauleitplanung muss dabei aber weiterhin durch einen landwirtschaftlichen Betrieb oder *eine Biogasanlage* geprägt sein (Hauptzweck). Bauleitplanerisch kommt daher regelmäßig nur die Planung eines Sondergebietes für den gesamten Betriebsstandort in Frage.

[...]

Eine angemessene Nachfolgenutzung wiederum liegt dann vor, wenn die vorhandene Infrastruktur ausreicht, um die geplante Nachfolgenutzung durchzuführen. Die Nachfolgenutzung ist jedoch nicht mehr angemessen, wenn die bisherige Nutzung des vorhandenen Betriebsstandortes erheblich verändert wird. Dies ist z. B. der Fall, wenn vorhandene Betriebsstandorte von Forstwirtschaft und Landwirtschaft einschließlich des Gartenbaus und der Fischerei gewerblich nachgenutzt werden sollen. Eine Ausnahme bildet hier der Weiterbetrieb von bestehenden ursprünglich privilegiert errichteten Biogasanlagen nach Aufgabe des ursprünglich rahmengebenden landwirtschaftlichen Betriebes.“

Im Hinblick auf Biomasseanlagen – und hier insbesondere Biogasanlagen – greifen die geplanten Änderungen aber weiterhin grundsätzlich zu kurz.

Zu den Herausforderungen, der Landwirtschaft in den nächsten Jahren zählt u.a., dass in diesem Sektor erhebliche THG -Einsparungen zu leisten sind, um die nationalen Klimaziele zu erreichen. Die zentrale Rolle in diesem Kontext kommt dabei dem klimaverträglichen Umgang mit Wirtschaftsdüngern (Gülle und Festmist) zu. Es besteht politisch wie fachlich Einigkeit darüber, dass diese notwendigen THG-Einsparungen (Methanemissionen) in der Landwirtschaft nur durch den massiven Ausbau der Vergärung von Gülle und Festmist in Biogasanlagen erreichbar sind.

Deshalb muss sichergestellt sein, dass die an Tierhaltungsanlagen anfallende Gülle auch vor Ort einer Vergärung zugeführt werden *kann*. Für Standorte von nicht (mehr) privilegierten Tierhaltungsanlagen ist dies mit dem vorliegenden Kabinettsentwurf jedoch nicht gesichert. Denn es wird nur für die eigentliche Tierhaltung die Möglichkeit für Bauleitplanung im Freiraum geschaffen, nicht aber für die gleichzeitige

Errichtung einer Biogasanlage. Dies ist aber notwendig, da eine nicht privilegierte Tierhaltungsanlage nach § 35 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 BauGB nicht Anknüpfungspunkt für eine privilegierte Biogasanlage sein kann.

Darüber hinaus ist die Frage, ob, in welcher Form oder unter welchen Bedingungen Biogasanlagen jenseits der Privilegierungsgrenzen zulässig sein sollen, regelmäßig nur vor dem Hintergrund der jeweiligen konkreten Situation vor Ort zu beurteilen. Den erforderlichen Detaillierungsgrad in Betrachtungsebene und Fallgestaltungen kann auf der landesplanerischen Ebene nicht abgebildet werden. Die Gestaltungsmöglichkeiten der Bauleitplanung, die den Kommunen im Rahmen ihrer Planungshoheit bereits vielfältige Möglichkeiten der (Fein-)Steuerung geben, bieten die Chance, Biogasprojekte jenseits der Grenzen von § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB im Einklang mit den Zielen des Freiraumschutzes sowie den Ansprüchen und Bedürfnissen aller vor Ort Beteiligten entwickeln zu können. Das setzt jedoch voraus, dass den Kommunen die Möglichkeit der Bauleitplanung für neue Biogasprojekte nicht bereits auf der landesplanerischen Ebene abgeschnitten wird!

Im Ergebnis wird daher die bereits in den vorangegangenen Stellungnahmen vorgeschlagene Änderung von Ziel 2-3 bei dem im Entwurf vorgesehenen Spiegelstrich zu den Tierhaltungsanlagen weiterhin für erforderlich erachtet:

„(...)

-es sich um Tierhaltungs- oder Biomasseanlagen handelt, die nicht der Privilegierung gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 4 bzw. Nr. 6 BauGB unterliegen oder (...)

b) Entwicklung und Nutzung von Umwelttechnologien nicht behindern

Sowohl im Koalitionsvertrag von CDU und FDP, als auch mit dem gemeinsamen Papier von Bundesministerin für Ernährung und Landwirtschaft, Julia Klöckner, und Ministerin für Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, Ursula Heinen-Esser, hat die Landesregierung die Aufbereitung von Wirtschaftsdüngern als Perspektive zur Auflösung der Zielkonflikte zwischen den Erfordernissen einer konkurrenz- und zukunftsfähigen Landwirtschaft und Gewässerschutz identifiziert.

Diese klare landespolitische Zielsetzung wird vollumfänglich unterstützt. Allerdings steht die erklärte Absicht im Widerspruch zu den mit dem LEP gebotenen Möglichkeiten, Standorte für die Realisierung solcher Projekte zu generieren.

Projekte bzw. Anlagen zur zentralen Aufbereitung von Gülle und Gärresten zu marktfähigen und transportwürdigen Düngemitteln – ob mit oder ohne in das Anlagenkonzept integrierte Biogaserzeugung – haben spezifische Standortanforderungen: Dazu zählt vor allem eine vertretbare Entfernung zu den naturgemäß im Freiraum liegenden Betrieben, in denen die aufzubereitende Gülle bzw. die aufzubereitenden Gärreste anfallen. Die Realisierung solcher Anlagen in regionalplanerisch festgelegten

Gewerbe- und Industrieansiedlungsbereichen (GIB) ist u.a. deshalb unrealistisch. Aufgrund der Maßgaben des Kreislaufwirtschaftsgesetzes, durch die solche Anlagen regelmäßig als Abfallbehandlungsanlagen einzuordnen sein werden, wären GIB aber aktuell die einzigen Standorte, die der LEP NRW mit dem „Ziel 8.3-2 Standorte für Abfallbehandlungsanlagen“ für solche Projekte offenlässt.

Deshalb ist im LEP die Möglichkeit zu schaffen, ausnahmsweise auch für diesen Anlagentyp Bauleitplanung im Freiraum zu betreiben. Denkbar wäre – in Verbindung mit einer entsprechenden Ausnahme in Ziel 8.3-2 – die Ergänzung des Entwurfs in der Erläuterung zu Ziel 2-3 Siedlungsraum und Freiraum um folgenden Aufzählungspunkt:

„- es sich um Anlagen zur zentralen Aufbereitung von Gülle und Gärresten zur Herstellung von marktfähigen Düngemitteln oder Bestandteilen von Düngemitteln handelt,“

2. Nutzung von militärischen Konversionsflächen – Ziffer: 7.1-7

In den Erläuterungen zu Ziffer 7.1-7 heißt es bisher:

„Bei größeren militärischen Konversionsflächen kann dies auch in einer gemeinsamen Nutzung mit Anlagen zur Gewinnung erneuerbarer Energie sinnvoll sein; diese sollen die Naturschutzzwecke jedoch nicht beeinträchtigen; flächenintensive Anlagen wie z. B. Photovoltaikanlagen sollen deshalb nur auf bereits versiegelten Flächen in Betracht kommen.“

Durch den letzten Halbsatz wird die Freiflächenphotovoltaik auf bereits versiegelte Konversionsflächen beschränkt. Durch die im Kabinettsentwurf vorgesehene Streichung der Beschränkung auf versiegelte Konversionsflächen würden sich neue Flächenpotentiale in NRW ergeben. Gerade die vergangenen EEG-Ausschreibungsrunden für Freiflächen-Photovoltaik haben gezeigt, dass es auch landesplanerische Einschränkungen auf versiegelte Flächen waren, die ein Hindernis bei der Entwicklung solcher Vorhaben dargestellt haben. So konnten Bundesländer mit weniger restriktiven Regelungen weit mehr Investitionen in Freiflächen-Photovoltaik umsetzen. In diesem Sinne begrüßen wir die Streichung der Beschränkung auf versiegelte Flächen.

Gleichzeitig sollte man vor dem Hintergrund der begrenzten Zahl an Konversionsflächen in NRW den Eindruck vermeiden, mit der angedachten Streichung könnte die Photovoltaik in NRW „entfesselt“ werden. So ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass eine Vielzahl dieser Flächen auch anderen Wiedernutzungsmöglichkeiten offenstehen.

3. Walderhaltung und Waldinanspruchnahme - Ziffer: 7.3-1

Nach dem aktuellen Ziel 7.3-1 dürfen Waldbereiche für entgegenstehende Planungen und Maßnahmen ausnahmsweise nur dann in Anspruch genommen werden, sofern hinsichtlich der angestrebten Nutzung ein Bedarf nachgewiesen ist, der außerhalb des Waldes nicht realisierbar ist und die Waldumwandlung

gleichzeitig auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt wird. Für die Windenergie gilt aktuell zusätzlich folgende Regelung:

„Die Errichtung von Windenergieanlagen ist möglich, sofern wesentliche Funktionen des Waldes nicht erheblich beeinträchtigt werden.“

Der LEE NRW lehnt die vorgesehene Streichung dieser sogenannten "Privilegierung" der Windenergie im Wald ab. Schon die derzeitige Regelung begrenzt die Windenergie auf die ökologisch weniger relevanten Nadelholzbestände und Wirtschaftswälder in NRW, sofern der Waldstandort nicht in seinen wesentlichen Funktionen berührt wird. In besonders schützenswerten und ökologisch wertvollen Laubwäldern ist auch mit dieser Regelung eine Windenergienutzung ausgeschlossen.

In rechtlicher Hinsicht hat der LEE NRW gegen die im Kabinettsentwurf gewählte Festlegung erhebliche Bedenken. Mit der angedachten Änderung soll im Wesentlichen zu der Formulierung zurückgekehrt werden, die bereits in der Vorgängerfassung des LEP zur Windenergienutzung im Wald zu finden war. So sieht der Kabinettsentwurf neben der oben erwähnten Streichung folgende Neufassung vor:

„Wald ist insbesondere mit seiner Bedeutung für die nachhaltige Holzproduktion, den Arten- und Biotopschutz, die Kulturlandschaft, die landschaftsorientierte Erholungs-, Sport- und Freizeitnutzung, den Klimaschutz und wegen seiner wichtigen Regulationsfunktionen im Landschafts- und Naturhaushalt zu erhalten, vor nachteiligen Entwicklungen zu bewahren und weiterzuentwickeln. Dazu werden in den Regionalplänen entsprechende Waldbereiche festgelegt, die in der Regel eine Inanspruchnahme durch entgegenstehende Nutzungen ausschließen.“

Der folgende Absatz bestimmt die Ausnahmeveraussetzungen näher:

„Ausnahmsweise dürfen Waldbereiche für entgegenstehende Planungen und Maßnahmen nur dann in Anspruch genommen werden, wenn für die angestrebten Nutzungen ein Bedarf nachgewiesen ist, dieser nicht außerhalb von Waldbereichen realisierbar ist und die Waldumwandlung auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt wird.“

Zunächst ist klarzustellen, dass die Vorschrift ausschließlich auf Waldbereiche anwendbar ist, die in der Regionalplanung als solche festgelegt worden sind. Insoweit hängt die Bedeutung der Vorschrift von der regionalplanerischen Festlegungspraxis ab.

Darüber hinaus erscheint aus unserer Sicht fraglich, ob es sich hier um ein Ziel der Raumordnung handelt. Nach der Formulierung handelt es sich um ein Regelziel mit Ausnahmeformulierung, die ihrerseits hinreichend bestimmt sein muss (BVerwGE 119, 54 (60)); BVerwGE 138, 301; BayVGh, Beschluss vom 03. 01.2013, Az. 1 NE 12.2151; Runkel in Spannowsky/Runkel/Goppel, § 3 ROG, Rn. 20). Vorliegend ist insbesondere zweifelhaft, ob die für den Zielcharakter notwendige Endabgewogenheit

bejaht werden kann. So hat das OVG Münster (Urteil vom 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE Rn. 59 zitiert nach juris) dem ähnlich formulierten Ziel im LEP 1995 die Zielqualität mangels abschließender Abgewogenheit abgesprochen. Dem Erfordernis einer abschließenden Abwägung ist nur genügt, wenn die landesplanerische Aussage auf der nachfolgenden Ebene keiner Ergänzung mehr bedarf.

Insoweit ist bereits unklar, wann ein Bedarf nachgewiesen ist. Denn der bisherige Grundsatz 10.2.- 3, der von der Regionalplanung mindestens festzulegende Flächenkulissen enthält, wird ersatzlos gestrichen und kann deshalb zur Bedarfsbestimmung nicht mehr herangezogen werden. Dementsprechend wird der Bedarf nun wohl erst aus Gebietsausweisungen in nachfolgenden Planungsentscheidungen ableitbar sein, was die Anforderungen an das Erfordernis der Endabgewogenheit eben nicht erfüllt (OVG Münster, Urteil vom 20.3.2009 – 10 A 1676/08, Rn. 94 zitiert nach juris; OVG Münster, Urteil vom 20.11.2018 – 2 A 1676/17, Rn. 73 zitiert nach juris),

Zudem darf der nachgewiesene Bedarf nicht anderweitig realisierbar sein. Nach der zitierten Rechtsprechung des OVG Münster (Urteil vom 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE Rn. 59 zitiert nach juris) zählt die Kategorie Wald zu den „weichen Tabukriterien“. Deren Bedeutung ist im Einzelfall vor dem Hintergrund des Substanzgebots zu bestimmen, da allein nach dem Willen des Plangebers die Errichtung von Windenergieanlagen ausgeschlossen werden soll. Im Gegensatz zu den harten Tabukriterien ist eine Windenergienutzung auf den Teilflächen aber tatsächlich und rechtlich möglich (BVerwG, Urteil. vom 11.4.2013 – 4 CN 2/12, Rn. 5 zitiert nach juris). Die Bestimmung dieser Kriterien und ihre Gewichtung ist zentrales Element der planerischen Abwägung und kann nicht generell-abstrakt festgelegt werden. Die anderweitige Realisierbarkeit hängt dementsprechend von nachfolgenden Planungsentscheidungen ab. Auch insoweit fehlt also der Ausnahmeregelung die Endabgewogenheit. Unabhängig davon ist die Vorschrift jedenfalls völlig ungeeignet, die kommunale Entscheidungskompetenz (vgl. Koalitionsvertrag S. 40) zu stärken – das Gegenteil ist der Fall.

Insoweit hilft auch die Begründung zu Z 7.3.-1 in der nach dem Beteiligungsverfahren geänderten aktuellen Fassung nicht weiter. Danach soll die Nutzung außerhalb des Waldes realisierbar sein, wenn eine zumutbare Alternative besteht. Diese sei anzunehmen, wenn der Mehraufwand in einem vertretbaren Verhältnis zur konkreten Beeinträchtigung des Waldes steht. Der Hinweis auf einen „Mehraufwand“ mag für die Zulassung im Einzelfall relevant sein, geht aber an der Wirklichkeit der planerischen Steuerung vor Ort vorbei. Die Begründung führt dazu im Hinblick auf die Planung weiter aus, dass die Zumutbarkeit alternativer Planungen auch gegeben ist, wenn der angestrebte Zweck in zeitlicher, räumlicher und funktionell-sachlicher Hinsicht nur mit Abstrichen am Zweckerfüllungsgrad erfüllt wird. Ab welchem Grad diese „Abstriche“ nicht mehr „zumutbar“ sind, bleibt völlig offen. Damit wird dem Schutz des Waldes eine quantitativ unbestimmte prioritäre Bedeutung in der Planung zugemessen, wie sie eben für einen Grundsatz, nicht für ein Ziel typisch sind. Es bleibt Aufgabe der Planung vor Ort, den Waldschutz mit anderen Belangen, die dem Ausbau der Windenergie entgegenstehen abzuwägen und daraus eine Flächenkulisse zu entwickeln, die den Interessen der Eigentümer und den rechtlichen Anforderungen des Substanzgebots genügt. Die rechtssichere Erfüllung dieser Aufgabe wird durch die undurchsichtigen Formulierungen des Z 7.3-1 erheblich erschwert.

Grundsätzlich sehen wir auch hier wieder die Gefahr, dass, wie bereits bei der früheren Formulierung des LEP 1995, auch diese Neuformulierung sowohl von regionalen Planungsträgern als auch von vielen Kommunen bei ihrer Bauleitplanung fehlerhaft ausgelegt wird. Aus dem darauffolgenden Scheitern der Flächennutzungsplanungen vor Gericht hatte der aktuelle LEP im Grunde die entsprechenden Konsequenzen gezogen. So hat das OVG Münster hierzu formuliert: „Dies bestätigt nicht zuletzt die Neufassung des Landesentwicklungsplanes NRW, die nach langem Planungsvorlauf am 8. Februar 2017 in Kraft getreten ist. Die vorgenannten Bestimmungen zur Waldnutzung werden im neuen Landesentwicklungsplan unter 7.3-1 Abs. 3 um den Passus ergänzt, dass die Errichtung von Windenergieanlagen (in Waldbereichen) möglich ist, sofern wesentliche Funktionen des Waldes nicht erheblich beeinträchtigt werden.“ (vgl. OVG NRW, Urteil vom 06.03.2018, Az. 2 D 95/15.NE, Rn. 111, zitiert nach www.justiz.nrw.de/nrwe). Insgesamt würde diese Änderung vor allem ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit für die Regionalplanung, die Kommunen sowie die Windenergieprojektierer und Waldeigentümer bedeuten.

Unabhängig von den rechtlichen Bedenken ist die Regelung auch unter akzeptanz- und waldwirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht nachvollziehbar. Die Eingriffe in den Wald durch eine dortige Windenergienutzung halten sich im Rahmen der Errichtung und des Betriebs von Windenergieanlagen erkennbar in Grenzen. Der Flächenverbrauch an umgewandelter Waldfläche ist dabei regelmäßig sehr gering und lag nach Angaben des Landesbetriebes Wald und Holz bei den bisher genehmigten Anlagen in NRW im Durchschnitt unter 0,4 ha.

Zur Einordnung: Bisher wurden in Nordrhein-Westfalen 83 Windenergieanlagen im Wald errichtet. Für den Bau und den Betrieb dieser Windenergieanlagen wurde insgesamt eine Waldfläche von 32,40 ha dauerhaft in Anspruch genommen.

Im Vergleich dazu hat allein der Orkan Friederike im Jahr 2018 Waldflächen in einer Größenordnung von 5000 ha zerstört (Zahlen des Umweltministeriums NRW). Weit schlimmer dürfte die Bilanz in diesem Jahr aussehen: So geht der Landesbetrieb Wald und Holz davon aus, dass in NRW mindestens 20.000 ha Wald wieder aufgeforstet werden müssen (Stand April 2019). Deutschlandweit müssen nach Angaben der Bundesregierung insgesamt 114.000 ha Wald wieder aufgeforstet werden.

Durch die Errichtung von Windenergieanlagen wird indessen kein Wald vernichtet, sondern nur temporär umgewandelt bei gleichzeitigem ökologischem Ausgleich an anderer Stelle. Nach Ablauf von rund 25 Betriebsjahren endet die Windenergienutzung durch die Anlage und damit die Nutzung der Fläche, woraufhin nach dem Rückbau der Anlage die Fläche wieder in das Ökosystem Wald eingegliedert wird. Auch für die Zukunft rechnet der Landesbetrieb Wald und Holz bei den modernen Anlagengrößen nur mit einem leicht erhöhten Flächenbedarf pro Anlage von insgesamt 0,50 ha bis 0,60 ha an befristeter Umwandlungsfläche, wobei sich die Befristung auf den Zeitraum bis zum Rückbau der Anlage nach 20 bis 25 Jahren bezieht.

Vor dem Hintergrund dieser Zahlenlage geht es bei der landesplanerischen Entscheidung nicht nur um eine Frage der Verhältnismäßigkeit, sondern auch um konkrete wirtschaftliche Möglichkeiten der Forstwirtschaft, diese Wiederaufforstung stemmen zu können. Die Windenergie kann hierbei einen langfristigen Beitrag leisten, der die Wiederaufforstung und auch eine umweltfreundliche Energieversorgung sicherstellt.

Positiv bei der Windenergienutzung im Wald wirkt sich dabei aus, dass in den forstwirtschaftlich geprägten Fichtenwäldern überwiegend vorhandene Forststraßen genutzt werden können, die gewöhnlich ausreichend dimensioniert sind. Damit ist die Größenordnung dessen, was innerhalb dieser Wirtschaftswälder an Baumbeständen geschlagen wird, im Verhältnis zu den regelmäßig ohnehin geschlagenen Bäumen, sehr gering. Hinzu kommt, dass der Eingriff in den Wald an anderer Stelle wieder auszugleichen ist. Dabei ist dies regelmäßig mit der Auflage verbunden, die in Anspruch genommenen Flächen in doppelter Größe und ökologisch höherer Wertigkeit auszugleichen. Mithin findet hier vielfach sogar eine Verbesserung der ökologischen Situation statt.

Eine weitgehende Tabuisierung des Waldes für die Windenergienutzung verhindert somit sogar in doppelter Hinsicht eine umweltpolitisch wünschenswerte Entwicklung (emissionsfreie Stromerzeugung, Vergrößerung und ökologische Aufwertung der Waldfläche). Klar ist, dass ohne die Nutzung ohnehin intensiv genutzter Wirtschaftswälder in NRW die Klimaschutzziele nicht erreichbar sind. Abgesehen davon sei erwähnt, dass auch die berechtigten Interessen der privaten Waldeigentümer an einer wirtschaftlichen Nutzung des Waldes, die auch von den einschlägigen Gesetzen des Bundes und des Landes geschützt sind, keine oder keine hinreichende Berücksichtigung im vorliegenden Änderungsentwurf gefunden haben.

Eine Streichung der sog. „Privilegierung der Windenergie im Wald“ aus dem Landesentwicklungsplan würde zu erheblichen Problemen führen. So müssten die Träger der Regionalplanung und die Gemeinden künftig bei Flächennutzungsplänen mit Waldnutzung wieder nachweisen, dass Gebiete für die Windenergienutzung außerhalb des Waldes nicht mit Mehraufwand realisierbar sind, der in einem vertretbaren Verhältnis zur konkreten Beeinträchtigung des Waldes steht. Entgegen der ausdrücklichen Zielsetzung der Landesregierung und des Koalitionsvertrages von CDU und FDP würde der planerische Gestaltungsspielraum der Kommunen damit erheblich eingeschränkt werden. Das gilt besonders für walddreiche Kommunen. Zugleich führt die Kombination von größeren Abständen zur Wohnbebauung und weitgehender Tabuisierung siedlungsferner Waldbereiche angesichts des Erfordernisses der Windenergie substantiell Raum zu geben zwangsläufig zu unlösbaren Konflikten.

Dem LEE NRW ist es nicht erklärlich, warum anstelle einer symbolhaften und rechtlich nicht haltbaren Tabuisierung sämtlicher Waldflächen nicht die Vorteile einer solchen Nutzung zumindest in Wirtschaftswäldern gesehen und über den LEP gefördert werden. Diese Vorteile liegen u.a. in einem tendenziell deutlich größeren Abstand zur Wohnbebauung, dem Vorhandensein eines ausgeprägten und gut ausgebauten Wegenetzes, einem deutlich geringeren Vorkommen von windenergiesensiblen

Vogelarten sowie der generell deutlich geringeren Sichtbarkeit und Wahrnehmbarkeit der Windanlagen als im Offenland.

Letztlich muss es im Sinne der Rechtssicherheit auch künftig im LEP den Trägern der Regionalplanung und den Kommunen in ihrer kommunalen Planungshoheit überlassen bleiben, wo sie in forstwirtschaftlichen Nutzflächen und weniger ökologisch bedeutsamen Waldgebieten Bereiche für die Nutzung der Windenergie ausweisen wollen. Sofern nämlich Kommunen Waldflächen in ihrer Konzentrationszonenplanung – vielleicht wegen der vorgesehenen Änderungen im LEP – voreilig als „harte“ Tabuzonen behandeln und für die Windenergienutzung ausschließen, dürfte dies als schwerer Abwägungsfehler zur Unwirksamkeit der Planungen führen. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass durch die Rechtsprechung festgestellt wurde, dass die planende Gemeinde das Risiko einer fehlerhaften Rechtsauslegung auch dann trifft, wenn die Gemeinde sich lediglich nach den entsprechenden Forderungen vorgelagerter Ebenen der Raumplanung gerichtet hat (vgl. Anlage 3, S. 8 f.).

Allein schon aus diesem Grund ist die Beibehaltung der aktuellen Regelungslage im LEP dringend geboten.

4. Energiewende und Netzausbau – Ziffer 8.2-7

Der LEE NRW begrüßt den Grundsatz 8.2-7 als sinnvolle Vorgabe für die Träger der Regionalplanung. Im Hinblick auf die Erläuterungen regen wir zur Vermeidung von Missverständnissen allerdings an, nicht nur von Höchstspannungsleitungen, sondern auch von Hochspannungsleitungen (110-kV-Freileitungen) zu sprechen, da diese ebenfalls raumbedeutsam sind. Ferner sollte in den Erläuterungen klargestellt werden, dass sich der Grundsatz lediglich auf Freileitungen, nicht jedoch auf erdverkabelte Stromleitungen bezieht, da diese mangels Raumbedeutsamkeit dem Raumordnungsrecht nicht unterfallen.

5. Kraft-Wärme-Kopplung – Ziffer 10.1-4 und Halden und Deponien als Standorte für die Nutzung erneuerbarer Energien – Ziffer 10.2-1

Die Abänderungen der Ziele 10.1.-4 und 10.2-1 jeweils zu einem Grundsatz erschließen sich uns nicht. Die diesbezügliche Begründung, dies diene der Deregulierung, vermag nicht zu überzeugen. Sowohl die Kraft-Wärme-Kopplung als auch die Nutzung von Halden und Deponien für Erneuerbare Energien, erfüllen als Ziel der Raumordnung wesentlich besser ihre Funktion. Als Grundsatz der Raumordnung ist hier eher zu befürchten, dass die Abwägung im Einzelfall weitaus komplizierter und damit rechtsunsicherer werden wird.

6. Vorranggebiete für die Windenergienutzung – Ziffer: 10.2-2

Gemäß Ziel 10.2-2 des aktuellen LEPs sind für die Windenergienutzung verpflichtend Gebiete proportional zum jeweiligen regionalen Potenzial als Vorranggebiete in den Regionalplänen festzulegen. Diese Festlegung orientiert sich an den im bisherigen LEP dargestellten Landeszielen, bis 2020 mindestens 15 Prozent der Stromversorgung durch Windenergie und bis 2025 mindestens 30 Prozent der nordrhein-westfälischen Stromversorgung durch Erneuerbare Energien zu decken.

Eine pünktliche Erreichung dieser **Mindestziele** ist erforderlich, wenn Nordrhein-Westfalen und auch Deutschland insgesamt die eigenen Klimaschutzvorgaben und die des Weltklimaabkommens von Paris erfüllen wollen. Letztere können nicht nur durch ein Mehr an Effizienz und ein Mehr an Digitalisierung erreicht werden. Zumal insbesondere die Sektorenkopplung und die Digitalisierung aller Lebensbereiche mit einem höheren Strombedarf einhergehen wird. Energie- und klimapolitisch bedarf es hier eines signifikanten Beitrages der Windenergie an Land. Hierbei hat gerade auch das Energieland NRW einen wesentlichen Beitrag zu leisten.

Der Grundsatz der Verpflichtung zur Flächenfestlegung für die Windenergienutzung in den einzelnen Planungsregionen stellt die landesplanerische Umsetzung eben dieser Klimaszutzziele dar. Der aktuelle LEP ist damit auch eine Umsetzung der geltenden Verpflichtungen aus dem Raumordnungsgesetz (ROG), dem Landesplanungsgesetz NRW (LPIG NRW) und dem Klimaschutzgesetz NRW. Hinzu kommt, dass die derzeitigen landeseigenen Klimaziele bereits jetzt hinter den neuen Zielen auf Bundes- und EU-Ebene zurückbleiben. Insofern muss die Landesregierung beantworten, inwiefern sie diesbezüglich noch dem Gebot des bundesfreundlichen Verhaltens gerecht wird.

Die in diesem Grundsatz festgelegte Flächenkulisse beruft sich dabei nicht auf eine politische Zielsetzung, sondern auf die Potentialstudie des LANUV NRW, nach der die – damaligen, heute an sich bereits überholten - Ausbauziele schon auf 1,6 Prozent der Landesfläche (ca. 54.000 ha) erreicht werden können. Dieses Ziel stellt dabei im Vergleich mit anderen Bundesländern noch nicht einmal eine besonders ambitionierte Marke dar, obwohl der Energiebedarf in NRW wesentlich höher ist, als in anderen Bundesländern. So sehen die Landesentwicklungspläne in Rheinland-Pfalz oder Hessen etwa 2 Prozent der Landesfläche für die Windenergie vor.

Mithin wurde für NRW im aktuellen LEP eine sorgfältig begründete und maßvolle landesplanerische Entscheidung getroffen. Auf deren Basis ist es den Trägern der Regionalplanung möglich, für ihre jeweilige Planungsregion abgewogene und in begründeten Fällen auch abweichende planerische Vorgaben für die nachgelagerte Ebene zu treffen. Dabei wird es den Trägern der Regionalplanung auch ermöglicht, eine erste Steuerung des Windenergieausbaus im eigenen Planungsgebiet vorzunehmen.

Die Streichung der Verpflichtung zur Ausweisung von Windvorrangzonen führt faktisch zur Aufgabe jeglicher räumlichen Steuerung der Windenergie auf Ebene der Regierungsbezirke bzw. des Regionalverbandes Ruhr. Dies führt indes nicht zwingend zu einer Erleichterung oder zu größeren Gestaltungsspielräumen bei den Gemeinden in ihren Flächennutzungsplanungen. Durch die Aufgabe jeglicher räumlichen Steuerung kommt den ohnehin schon komplexen Abwägungsprozessen bei der Ausweisung der Windkonzentrationszonen ein noch größeres Gewicht zu. Die notwendige Beachtung der Grundentscheidung des Bundesgesetzgebers, der Windenergie substantiell Raum zu geben einzuräumen, wird ohne jegliche regionalplanerische Vorgaben noch schwieriger und die Kommunen werden mit der überaus komplexen Herausforderung der Flächennutzungsplanänderung alleine gelassen.

So steigt die Gefahr, dass in diesen hoch komplexen Verfahren der Flächennutzungsplanaufstellung Fehler auftreten, die dann zu einer Unwirksamkeit des Planes führen. Hieraus folgt wiederum die Gefahr für die Gemeinde, die räumliche Steuerung über den weiteren Windenergieausbau auf dem Gemeindegebiet zu verlieren. Größere Gestaltungsspielräume bzw. die Berücksichtigung der jeweiligen kommunalen Besonderheiten werden aus unserer Sicht eher durch eine funktionierende Abstimmung zwischen den jeweiligen Planungsträgern im Sinne des Gegenstromprinzips gesichert. Die Richtigkeit dieser Aussagen zeigt sich darin, dass es im Regierungsbezirk Münster – jedenfalls nach Kenntnis des LEE NRW – kaum noch Klagen gegen kommunale Flächennutzungspläne gibt, seit dort der Regionalplan mit der Ausweisung von Vorranggebieten für die Windenergienutzung in Kraft getreten ist.

Schließlich gibt die Landesregierung mit der Aufgabe der räumlichen Steuerung auf der Regionalplanebene auch die Möglichkeit aus der Hand, den für die Erreichung der Klimaschutzziele notwendigen Windenergieausbau zu lenken. Die Erreichung der Landes- wie auch der Bundesziele – selbst jene für 2030 – werden vor dem Hintergrund der Geltungsdauer des LEP für NRW damit äußerst unwahrscheinlich.

In diesem Sinne kritisiert der LEE NRW die angedachte Änderung des Ziels 10.2-2 hin zu einem Grundsatz, der lediglich eine Möglichkeit zur Flächenausweisung einräumt, deutlich.

Ganz grundsätzlich ergeben sich auch rechtliche Bedenken gegen die angedachte Änderung der Festlegung. So stellt sich bereits die Frage, ob ein derartig ausformulierter Grundsatz, qua seines im Kern nicht vorhandenen Regelungsgehalts, überhaupt einen Grundsatz der Raumordnung darstellt. Denn mit der Aussage, dass in den Planungsregionen Gebiete für die Nutzung der Windenergie als Vorranggebiete festgelegt werden *können*, wird lediglich eine Wissensaussage abgegeben. Die vorgeschlagene Ziffer 10.2-2 des Kabinettsentwurfs stellt mithin keinen Abwägungsbelang dar und ist mithin auch kein Grundsatz im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG. Auch stellt sich insgesamt die Frage, ob der Plangeber mit dem vorgelegten Entwurf seiner Berücksichtigungspflicht des ROG gerecht wird. So sieht § 2 Abs. 1 ROG eine nachhaltige Raumentwicklung vor, die durch Festlegungen in den Raumordnungsplänen konkretisiert werden soll. Dabei sollen die Grundsätze der Raumordnung gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 4 ROG gerade auch den räumlichen Erfordernissen des Klimaschutzes Rechnung tragen sowie die räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau der erneuerbaren Energien schaffen.

7. Abstand von Bereichen/Flächen von Windenergieanlagen – Ziffer: 10.2-3

Der LEE NRW wendet sich entschieden gegen die angedachte Streichung des Grundsatzes zum Umfang der Flächenfestlegungen für die Windenergienutzung und die Formulierung eines 1.500-Meter-Abstandes.

a) Streichung des Umfangs der Flächenfestlegungen

Die Streichung des Grundsatzes 10.2-3, der bisher die Träger der Regionalplanung zu einer Festlegung von Vorranggebieten für die Windenergie in den Regionalplänen verpflichtete, setzt falsche energie- und

klimapolitische Signale für die planenden Kommunen. Zwar wird – zusammen mit der Änderung des Ziels 10.2-2 – die Regionalplanung durch eine dahingehende Änderung von jeglicher Verpflichtung zur raumplanerischen Steuerung der Windenergie befreit. Allerdings bleibt die Frage unbeantwortet, wie dies mit den gesetzlichen Vorgaben von § 2 Abs. 2 Nr. 4 Satz 5, Nr. 6 Satz 6 ROG, § 12 Abs. 3 Satz 1 LPIG NRW zu vereinbaren ist. Unabhängig davon werden so der planenden Gemeinde keinerlei Vorüberlegungen und erste raumplanerische Entscheidungen mehr an die Hand gegeben. Wie oben bereits dargelegt, wird dies in den komplexen und schwierigen Abwägungsentscheidungen absehbar zu mehr Fehlplanungen führen. Ungeachtet der finanziellen und akzeptanztechnischen Konsequenzen wird dies für alle Beteiligten ein erhebliches Maß an zusätzlicher Rechts- und Planungsunsicherheit bedeuten. Inwieweit dies die als Begründung für die Änderung angeführten Akzeptanzprobleme für die Windenergie verringern soll, ist nicht erkennbar.

b) Einführung eines „1.500-Meter-Abstandes“

Der im Änderungsentwurf neu formulierte Grundsatz 10.2-3 lautet:

„Bei der planerischen Steuerung von Windenergieanlagen in Regionalplänen und in kommunalen Flächennutzungsplänen soll zu allgemeinen Siedlungsbereichen und zu Wohnbauflächen den örtlichen Verhältnissen angemessen ein planerischer Vorsorgeabstand eingehalten werden; hierbei ist ein Abstand von 1.500 m zu allgemeinen und reinen Wohngebieten vorzusehen. Dies gilt nicht für den Ersatz von Altanlagen (Repowering)“.

Der LEE NRW lehnt diesen neuen Grundsatz strikt ab! Der hier im zweiten Satz formulierte pauschalisierte Vorsorgeabstand wird in den Abwägungsentscheidungen der kommunalen Bauleitplanung für erhebliche Verunsicherung und Fehl abwägungen sorgen. Wie in der Erläuterung zu Ziffer 10.2-3 richtig angeführt, ist die Kommune weiterhin verpflichtet, der Windenergie entsprechend den bundesrechtlichen Vorgaben substantiell Raum zu verschaffen. Tut sie dies nicht bzw. gewichtet sie den hier vorgeschlagenen Grundsatz zu stark oder gar als Ziel, wird ein dahingehender Flächennutzungsplan vor Gericht keinen Bestand haben.

Dies außer Acht lassend, versucht die Landesregierung offenbar durch die Formulierung einer derartigen Abstandsvorgabe Kommunen dazu zu bringen, ihre Planung unabgewogen an der 1.500-Meter-Formulierung auszurichten. Das Scheitern derartiger Planungen wird dabei in Kauf genommen, genauso wie der entsprechende Akzeptanzverlust in der Bevölkerung. Der Maßgabe des Koalitionsvertrages von CDU und FDP einer rechtssicheren Umsetzung eines 1.500-Meter-Abstandes kommt der vorliegende LEP-Entwurf nicht nach!

Ferner ist diese Formulierung auch geeignet, um in der Bevölkerung den falschen Eindruck zu erwecken, es gäbe nunmehr pauschal 1.500-Meter-Mindestabstände zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung. Dies ist gerade regelmäßig nicht möglich. Dies ist gerade rechtssicher nicht möglich.

Wie in dem in Anlage 1 enthaltenen Rechtsgutachten geschildert, nimmt die Begründungslast mit zunehmendem Abstand exponentiell zu.

Insgesamt dürfte ein in allen Gemeinden zugrunde gelegter Abstand von 1.500-Metern zusammen mit dem ebenfalls von der Landesregierung verfolgten Ziel eines weitestmöglichen Ausschlusses der Windenergie in Waldbereichen die Potentialfläche für die Windenergie in NRW massiv um mehr als 80 Prozent einschränken.¹ Damit dürften kaum neue Flächen in NRW ausgewiesen werden können. Zusätzlich ist zu beachten, dass die Zahl der wenigen verbleibenden Flächen in der tatsächlichen Nutzbarkeit dann nochmals erheblich durch genehmigungsrechtliche Vorgaben (Artenschutz, Flugsicherheit etc.) vermindert wird. NRW würde zusammen mit Bayern und der dort eingeführten „10H-Regel“ die strengsten Abstandsgebote in den deutschen Bundesländern setzen. Dabei zeigt die Entwicklung des Windenergieausbaus in Bayern mit gerade einmal 7 genehmigten Windenergieanlagen im Jahr 2017 und 12 genehmigten Windenergieanlagen im Jahr 2018, welche extrem negativen Folgen das Setzen pauschaler Abstandsvorgaben hat. Während in Bayern eine solche Vorgabe einst auf Basis der Länderöffnungsklausel erfolgte, würde eine solche erhebliche planungsrechtliche Beschränkung in NRW heute indes klar dem Bundesrecht widersprechen. (vgl. hierzu Anlage 1 und Anlage 2). Zwar verweist der Entwurf in seiner Begründung darauf, dass die Abstandsvorgabe anzuwenden ist, soweit die örtlichen Verhältnisse dies ermöglichen. Der Wortlaut der Regelung selbst gibt dies jedoch so mit „ist (...) vorzusehen“ nicht wieder und hat den Duktus einer Zielbestimmung der Raumordnung. Auch die zuletzt durchgeführte redaktionelle Änderung vermittelt weiterhin den Eindruck einer Zielbestimmung. Es erscheint kaum vorstellbar, dass es sich bei dieser Formulierung um ein Versehen handelt.

Damit verwundert der vorliegende Entwurf zur Änderung der Ziffer 10.2-3 schließlich nicht nur in rechtlicher, sondern auch rechtsstaatlicher Hinsicht. So ist mehr als fraglich, inwieweit ein 1.500-Meter-Abstand, als Grundsatz formuliert, rechtmäßig sein kann. Im Hinblick auf die Formulierung einer solchen Abstandsvorgabe als Ziel der Raumordnung kamen gleich zwei Rechtsgutachten zum Ergebnis, dass dies rechtssicher nicht möglich ist (vgl. Anlage 1 und Anlage 2). Genauso wie der LEE NRW bereits mit Vorlage eines umfassenden Gutachtens zur Frage eines 1.500-Meter-Abstandes zwischen Windenergie und Wohnbebauung dargelegt hat (vgl. Anlage 1), ist eine derartige Regelung bundesrechtlich nicht haltbar. Die im Kabinettsentwurf nunmehr vorgenommene Formulierung eines derartigen Abstandes als Grundsatz – und nicht mehr als Ziel der Raumordnung – ändert an dieser Einschätzung nichts. Ein bundesrechtswidriges Ziel wird auch als Grundsatz nicht rechtmäßig. Gleichzeitig widerspricht ein bezifferter Mindestabstand als Grundsatz der Raumordnung bereits der Funktionsweise eines Grundsatzes. Eine solch weitreichende Einschränkung stellt nach den Aussagen beider Gutachten eine

¹ So zeigt eine jüngst veröffentlichte Studie des Umweltbundesamtes, dass allein bei einem pauschalen Siedlungsabstand von 1.500-Metern bundesweit nur noch rund 14 bis 38 Prozent der heute ausgewiesenen Vorrangflächen für die Windenergie erhalten bleiben könnten. Vgl.: Plappert, Marie-Luise / Rudolph, Manuel / Vollmer, Carla (2019): Auswirkungen von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen – Auswertung im Rahmen der UBA-Studie „Flächenanalyse Windenergie an Land“ – herausgegeben vom Umweltbundesamt – abrufbar unter: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2019-03-20_pp_mindestabstaende-windenergieanlagen.pdf; Nimmt man diese Flächeneinbußen zahlenmäßig als Maßstab, kämen in NRW dann noch die von der Landesregierung verfolgten immensen Potentialeinbußen auf weniger ökologisch bedeutsamen Waldflächen hinzu.

landesrechtliche Verhinderungsplanung dar, eine rechtssichere Regelung ist daher aus unserer Sicht nicht erkennbar.

Insgesamt macht die Landesregierung mit diesem Grundsatz planenden Kommunen grundsätzlich zu berücksichtigende Vorgaben für die Bauleitplanung und bürdet ihnen damit bewusst auch ein erhebliches zusätzliches Planungs- und Kostenrisiko auf. Gleichzeitig übernimmt sie selbst aber keinerlei Verantwortung dafür, denn das Risiko der gerichtlichen Überprüfung eines auf einen so gestalteten LEP gestützten Bauleitplans liegt ausschließlich bei den Kommunen. Es entsteht der Eindruck, dass der Landesregierung durchaus bewusst ist, dass sie einen pauschalen 1.500-Meter-Abstand nicht verbindlich vorschreiben kann und sie deshalb die Formulierung so gewählt hat, dass bei Gemeinden ein Höchstmaß an Verunsicherung und der Irrtum einer verbindlichen Vorgabe entsteht. Alles mit dem Ziel, den Eindruck der Einhaltung von Wahlversprechen bzw. des Koalitionsvertrages zu erwecken. Dafür ist ein LEP jedoch kein geeignetes Mittel.

Eine andere Einschätzung ergibt sich auch nicht vor dem Hintergrund der Ausnahme der Abstandsvorgabe für Altanlagen. Die Reichweite dieser Regelung dürfte überdies sehr begrenzt sein. So sind auch im Rahmen des Repowerings von Altanlagen jeweils neue Genehmigungen nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz einzuholen. Damit gilt die Ausnahme faktisch nur bei bereits ausgewiesenen Windkonzentrationszonen. Rechtlich völlig unklar ist die Frage, wie bei der Aufstellung neuer Flächennutzungspläne zwischen „ersetzten“ Anlagen und „neuen“ Anlagen unterschieden werden soll.

8. Solarenergienutzung – Ziffer: 10.2-5

a) Ziel der Solarenergienutzung

Inwiefern eine positiv statt negativ formulierte Zielsetzung der Raumordnung zu einer verstärkten Nutzung und einem Ausbau der Solarenergie führen soll, erschließt sich dem LEE NRW nicht. Die Regelungswirkung des Ziels bleibt unverändert.

b) Photovoltaik entlang von Infrastrukturachsen

Notwendig für einen solchen verstärkten Ausbau wäre vielmehr u. a. eine Abänderung der aktuellen Zielformulierung zu Straßen und Schienenwegen. So heißt es hierzu bisher:

„Standorte entlang von Bundesfernstraßen oder Schienenwegen mit überregionaler Bedeutung“

In der Praxis wurden Freiflächenanlagen entlang von Schienenwegen vielfach unter Hinweis auf die nicht vorhandene überregionale Bedeutung durch einige Bezirksregierungen verhindert. Die im vorliegenden Kabinettsentwurf angedachte Konkretisierung ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, könnte aber in der Sache etwas erläuternder und weniger rechtlich formuliert werden. So heißt es in den Erläuterungen:

„Hingewiesen wird darauf, dass nicht-raumbedeutsame Solarenergieanlagen auf Bahndämmen und ähnlichen linienhaften Infrastrukturbegleitanlagen nicht den Bindungswirkungen der §§ 4 und 5 ROG unterliegen.“

Gerade auch im Hinblick auf die Nutzung der zahlreichen wenig befahrenen oder sogar stillgelegten Streckenabschnitte wäre eine deutlichere Formulierung hier wünschenswert. Es ist hierbei auch zu betonen, dass diese Streckenabschnitte vielfach keinen oder nur geringen ökologischen Nutzen haben und keiner anderen wirtschaftlichen Nutzung zuführbar sind.

c) Inanspruchnahme landwirtschaftlicher Nutzflächen

In den Erläuterungen zum Ziel der Solarenergienutzung wurde der folgende Satz hinzugefügt:

„Darüber hinaus wird die Inanspruchnahme von landwirtschaftlichen Nutzflächen nicht von der Zielfestlegung erfasst.“

Diese Einschränkung halten wir – auch vor dem Hintergrund der eigenen Äußerungen der Landesregierung zur Photovoltaik – für zu restriktiv. Auch wenn wertvolle landwirtschaftliche Flächen ein rares Gut sind und als solches einen hohen Schutz genießen sollten, sind verschiedene Anwendungsfälle denkbar, in denen Freiflächenanlagen auf landwirtschaftlichen Flächen sinnvoll sein können.

Das gilt beispielsweise für Flächen, die einer künftigen landwirtschaftlichen Nutzung im Rahmen von Rekultivierungsmaßnahmen erst wieder zugeführt werden sollen. So besteht nicht nur für (Boden-)Deponien nach dem Kreislaufwirtschaftsgesetz, für die derartige Möglichkeiten bereits jetzt in den Erläuterungen zu Ziel 10.2-5 ausdrücklich erwähnt sind, sondern z. B. auch für ausgebeutete Abgrabungsflächen eine erhebliche praktische Nachfrage, diese nach ihrer Wiederauffüllung zunächst für die Freiflächen-Photovoltaik zu nutzen.

Dabei erkennen wir durchaus, dass die Landwirtschaft seit längerem erheblich unter einer immer stärkeren Flächenkonkurrenz und einem zu großen Flächenverbrauch – gerade auch durch die Verpflichtung zur Ausweisung außerverhältnismäßig großer naturschutzrechtlicher Ausgleichsflächen – leidet.

Allerdings erscheint die obige Formulierung im Hinblick auf die Regelungsdauer des LEP und der technologischen Fortschritte zu restriktiv. So lassen sich perspektivisch Doppelnutzungen von Landwirtschaft und Photovoltaik auf Ackerflächen vorstellen (z.B. durch Solarzäune). Derartigen innovativen und sinnvollen Nutzungen steht die obige Erläuterung allerdings entgegen.

Ferner müssen wir im Hinblick auf eine derart flächenmäßig umfassende Erläuterung darauf hinweisen, dass unter diese auch Standorte fallen, die nach dem EEG 2017 möglicherweise als Standorte für Freiflächen-Photovoltaik vorgesehen werden. So stellt das EEG 2017 für Freiflächenphotovoltaik in den §§ 37 und 48 explizite Anforderungen. So sieht § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. i) EEG 2017 die Errichtung von

Solaranlagen auf Flächen vor, die als Grünland genutzt worden sind und in einem benachteiligten Gebiet liegen. Diese Flächenkulissen könnten nach unserem Verständnis von der oben zitierten angedachten Änderung des LEP umfasst werden. Eine dahingehende Regelungswirkung lehnt der LEE NRW deshalb ab, da die Freiflächenphotovoltaik auf diese Weise – ohne dass damit wertvolle landwirtschaftliche Flächen geschützt würden – erheblich und entgegen den Vorgaben des EEG 2017 eingeschränkt werden würde.

Daher empfehlen wir die Verordnungsermächtigung des § 37c Abs. 2 EEG 2017 (sog. „Länderöffnungsklausel“) zu nutzen, damit Freiflächenanlagen auf Acker- und Grünland in benachteiligten Gebieten errichtet werden können. Eine dies umfassende Ausnahmeregelung könnte im LEP durch eine beispielhafte Aufzählung unter Ziffer 10.2-5 eingefügt werden. Wir regen daher vor dem Hintergrund der regierungseigenen Ziele für die Photovoltaik die Aufnahme folgender Ergänzung an: „Eine Ausnahme liegt beispielsweise bei Flächen im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe h) und i) EEG 2017 vor“.

Anlagen

Anlage 1:

Rechtsgutachten „Möglichkeiten und Grenzen der einschränkenden Steuerung des Windenergieausbaus mit den Mitteln der Landespolitik“ von Prof. Dr. Klaus Joachim Grigoleit (TU Dortmund, Fakultät für Raumplanung, Fachgebiet Raumplanungs- und Umweltrecht)

Anlage 2:

Rechtsgutachten von Nils Wegner „Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten“, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 28 vom 14.07.2017

Anlage 3:

Rechtsgutachten „Windkonzentrationszonenplanung im Flächennutzungsplan und Änderung des Landesentwicklungsplans NRW“ von RA Franz-Josef Tigges vom 07.05.2018

Möglichkeiten und Grenzen der einschränkenden Steuerung des Windenergieausbaus mit den Mitteln der Landespolitik

Rechtsgutachten

im Auftrag des

Landesverbands Erneuerbare Energien NRW (LEE NRW)

erstellt von

Prof. Dr. Klaus Joachim Grigoleit

Dortmund, im September 2017

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ZUSAMMENFASSUNG	1
A. EINLEITUNG /AKTUELLER ANLASS	5
I. ANLASS	5
II. FRAGESTELLUNG	6
III. VORGEHEN	6
B. BESTANDSAUFNAHME	7
I. RECHTSGÜTERSCHUTZ IM BAUORDNUNGSRECHT	7
1. <i>Belichtung, Belüftung, Besonnung</i>	7
2. <i>Brandschutz</i>	8
3. <i>Standicherheit</i>	8
4. <i>Schutz vor Eisabwurf</i>	9
5. <i>Zusammenfassung</i>	10
II. RECHTSGÜTERSCHUTZ DURCH RAUMORDNUNG.....	10
1. <i>Belange des Immissionsschutzes</i>	12
a) Schall/Lärm	13
b) Licht	14
c) Schattenwurf.....	15
2. <i>Rücksichtnahmegebot und optisch bedrängende Wirkung</i>	16
3. <i>Kommunale Planungshoheit/gemeindliche Entwicklungsvorstellungen</i>	17
4. <i>Orts- und Landschaftsbild</i>	18
5. <i>Erholungswert der Landschaft</i>	18
III. RECHTSGÜTERSCHUTZ IM ZULASSUNGSVERFAHREN	19
IV. SCHUTZ DES WALDES	20
1. <i>Regelungen in den Landeswaldgesetzen</i>	21
2. <i>Regelungen in den landesweiten Raumordnungsplänen</i>	21
3. <i>Regelungen in Erlassen und Leitfäden</i>	24
4. <i>Zusammenfassung</i>	25
C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG	26
I. RECHTSMABSTÄBE	26
1. <i>Verfassungsrechtliche Vorgaben</i>	26
a) Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG	26
b) Grundsatz der bundesfreundlichen Kompetenzausübung	27
c) Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG	28
2. <i>Einfachrechtliche Vorgaben des Bundesrechts</i>	29
a) Vorgaben des Raumordnungsgesetzes (ROG)	29
aa) Gegenstromprinzip aus § 1 Abs. 3 ROG	29
bb) Leitvorstellung und Grundsätze der Raumordnung	30
cc) Abgewogenheit der Zielfestlegungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG)	31
b) Privilegierung der Windenergienutzung in § 35 Abs. 1 und 3 BauGB	32
aa) Bedeutung der Privilegierung in § 35 Abs. 1 BauGB	32
bb) Das Substanzgebot	33
cc) Privilegierung und „entgegenstehende Belange“, § 35 Abs. 3 BauGB	34
dd) Länderöffnungsklausel (§ 249 Abs. 3 BauGB).....	35
c) Vorgaben aus § 1 BWaldG.....	36
II. RECHTLICHE GRENZEN RESTRIKTIVER WINDENERGIEREGELUNGEN DES LANDES	37
1. <i>Abstandsvorgabe als Konkretisierung entgegenstehender Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB im Genehmigungsverfahren</i>	37
2. <i>Abstandsvorgabe als Ziel der Raumordnung im Genehmigungsverfahren</i>	37
3. <i>Abstandsvorgabe als Ziel der Raumordnung für die Gebietsausweisung</i>	40
a) Schädliche Umwelteinwirkungen.....	41

aa) Gewichtung des Immissionsschutzes in der Planung und Trennungsgebot aus § 50 BImSchG.....	41
bb) Schall/Lärm	43
cc) Licht	44
dd) Schattenwurf.....	45
b) optisch bedrängende Wirkung.....	45
c) Schutz des Orts- und Landschaftsbildes.....	46
aa) Ortsbild	46
bb) Landschaftsbild	47
cc) Fernsicht	48
d) Erholungswert der Landschaft	49
e) Zusammenfassung	51
4. <i>Abstandsvorgabe durch Verwaltungsvorschrift</i>	51
5. DER AUSSCHLUSS DES WALDES VON DER WINDENERGIENUTZUNG	52
a) Grenzen der raumordnerischen Steuerung	52
b) Waldrechtliche Abwägungsdirektiven	53
D. ERGEBNISSE.....	55
LITERATURVERZEICHNIS.....	58

Abkürzungsverzeichnis

Bundesländer-Kürzel

BB	Brandenburg
BE	Berlin
BW	Baden-Württemberg
BY	Bayern
HB	Hansestadt Bremen
HE	Hessen
HH	Hansestadt Hamburg
MV	Mecklenburg-Vorpommern
NI	Niedersachsen
NRW	Nordrhein-Westfalen
RP	Rheinland-Pfalz
SH	Schleswig-Holstein
SL	Saarland
SN	Sachsen
ST	Sachsen-Anhalt
TH	Thüringen

Abkürzungen

a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
Az.	Aktenzeichen
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Beschl.	Beschluss
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
Ent.	Entscheidung
Fn.	Fußnote
FNP	Flächennutzungsplan
G	Grundsatz der Raumordnung
H	Höhenmaß
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
Kap.	Kapitel
LEP	Landesentwicklungsplan (je nach Bundesland ggf. auch –programm)
LTB	Liste technischer Baubestimmungen
MBO	Musterbauordnung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Rn.	Randnummer
TA	Technische Anleitung
Urt.	Urteil
v.	vom
vgl.	vergleiche
VV	Verwaltungsvorschrift
Z	Ziel der Raumordnung

Werkbezeichnungen (bibliographische Angabe im Literaturverzeichnis)

B/K/L	Battis/Krautzberger/Löhr (Kommentar zum BauGB)
E/Z/B/K	Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Kommentar zum BauGB)

G/H/N Grabitz/Hilf/ Nettesheim (Kommentar AEUV/ EUV)
L/R Landmann/Rohmer (Kommentar zum Umweltrecht)
S/R/G Spannowsky/Runkel/Goppel (Kommentar zum ROG)

Zusammenfassung

Der zwischen CDU und FDP geschlossene Koalitionsvertrag für NRW enthält Aussagen zur Einschränkung der Zulässigkeit von Windenergieanlagen. Insbesondere werden ein Abstand von 1.500 Metern zu Wohngebieten sowie die restriktivere Handhabung von Waldflächen als Windenergiestandorte angestrebt. Das vorliegende Gutachten beantwortet die Frage, ob diese politischen Ziele rechtssicher umsetzbar sind. Dies ist im Ergebnis nicht der Fall.

Bestandsaufnahme geltender Regelungen in den Ländern

- Die vorgesehenen Einschränkungen zielen auf Eingriffe in das Eigentumsgrundrecht, die nur dann gerechtfertigt sein können, wenn sie sich selbst auf geschützte Rechtsgüter berufen können. Im Genehmigungsverfahren werden insoweit zur Abwehr der optisch bedrängenden Wirkung und aus Gründen des Immissionsschutzes (insb. Lärmschutz) typischerweise Abstände von 500-800 Metern für angemessen gehalten
- Die durch das Bauordnungsrecht aufgrund der dort inventarisierten Belange (Belichtung & Besonnung, Brandschutz, ggf. Eisabwurf) geforderten Abstände bleiben deutlich dahinter zurück. Für die Bestimmung des räumlichen Verhältnisses zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten sind diese Abstände deshalb regelmäßig nicht maßgeblich
- Raumordnungsrechtliche Vorgaben müssen sich bei der Ausweisung von Gebieten für die Windenergienutzung (z.B. Vorranggebiete) schon zur Durchführbarkeit ihrer Planung an dem zur Zulassung erforderlichen Abstandsmaß orientieren. Darüber hinausgehende Abstände sind nicht mehr mit den Erfordernissen der Gefahrenabwehr, sondern ausschließlich mit Belangen der Risikovorsorge zu begründen. Unter Verweis auf solche Belange haben mehrere Bundesländer das Abstandserfordernis durch Ziele der Raumordnung auf 1.000 Meter ausgeweitet. Der hier eingeflossene Vorsorgezuschlag erscheint nach Auswertung dieser Regelungen bereits großzügig.
- Pauschale Abstandsvorgaben, die nicht an die Gebietsausweisung, sondern an das Genehmigungsverfahren adressiert sind, bestehen bisher nur in Rheinland-Pfalz (1.000 m). Dagegen verweisen Rechtsprechung und einschlägige Verwaltungsvorschriften einhellig auf die erforderliche Einzelfallprüfung.

- Im Landesrecht finden sich bislang sehr unterschiedliche Regelungen zur Windenergienutzung im Wald. Während in einigen Ländern der Wald als geeignete Potenzialfläche für Windenergie eingestuft wird, schließen andere die Windenergienutzung im Wald vollständig oder weitgehend aus. Die bisherige Regelung in NRW stellt in diesem Zusammenhang keine besondere „Privilegierung“ der Windenergienutzung im Wald dar, sondern verfolgt einen ausgleichenden Weg.

Rechtsmaßstäbe für die Steuerung in den Ländern

- Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG sieht zwar Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) vor, diese müssen aber verhältnismäßig sein, d.h. ein legitimes Ziel verfolgen, zu dessen Erreichung das mildeste Mittel vorsehen und insgesamt zumutbar sein.
- Bei der Kompetenzausübung hat der Landesgesetzgeber gerade in der koordinierenden Raumplanung die räumlichen Anforderungen zu berücksichtigen, die sich aus gesetzlich fixierten Politikansätzen des Bundes ergeben. Versucht er diese mit Hilfe seiner koordinierenden Planungskompetenz zu unterlaufen, verstößt er gegen den Grundsatz der bundesfreundlichen Kompetenzausübung und gegen rechtsstaatliche Erfordernisse der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Eine auf Planungskompetenzen gestützte Landespolitik, die darauf gerichtet ist, die gesetzlich etwa in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB verankerten energiepolitischen Ziele des Bundes zu unterlaufen, ist deshalb verfassungswidrig.
- Raumordnungsrechtlich ist die Pflicht zur angemessenen Berücksichtigung gesamtstaatlicher Raumerfordernisse im Gegenstromprinzip (§ 1 Abs. 3 ROG) abgesichert. Daneben steuert der Bund die Raumordnung in den Ländern auch durch die Leitvorstellung der Raumordnung (§ 1 Abs. 2 ROG) und durch Grundsätze der Raumordnung (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 und 6 ROG). Schließlich ist zu beachten, dass verbindliche Ziele der Raumordnung abgewogen sein müssen und deshalb einer erheblichen Differenzierungslast ausgesetzt sind.
- Die Privilegierung der Windenergienutzung im Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) ist eine bodenrechtliche Grundentscheidung des Bundes und bindet auch die Raumordnung in den Ländern. Auch diese ist deshalb verpflichtet, der Windenergie im Außenbereich substantiell Raum zu schaffen (Substanzgebot) und das gesteigerte Gewicht windenergetischer Belange in die Abwägung einzustellen. Demgegenüber ermöglichte die Länderöffnungsklausel (§ 249 Abs. 3 BauGB) nur eine zeitlich

befristete Begrenzung der Privilegierung, nicht aber den Ausschluss der Windenergienutzung im Außenbereich.

- Für Windenergienutzung im Wald hat das Land die Vorgaben aus § 1 BWaldG zu beachten, der zwischen Nutz-, Schutz- und Erholungsfunktionen des Waldes unterscheidet und einen Ausgleich mit den Belangen der Waldbesitzer verlangt.

Grenzen restriktiver Windenergieregelungen des Landes

- Pauschale Abstandsvorgaben können weder unmittelbar bundesrechtlichen Genehmigungsansprüchen aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 BauGB entgegengehalten werden, noch als Ziel der Raumordnung über die Raumordnungsklausel in § 35 Abs. 3 Satz 2 HS 1 BauGB solche Genehmigungsansprüche aushebeln. Im Genehmigungsverfahren sind vielmehr die Verhältnisse und Belange im konkreten Einzelfall maßgeblich, die nicht in pauschalen Zielformulierungen abgebildet geschweige denn abgewogen werden können. Solche Zielausweisungen wären deshalb unwirksam und dem Verdacht der Verfassungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen den Grundsatz bundesfreundlicher Kompetenzausübung ausgesetzt.
- Abstandsvorgaben zur Steuerung raumordnerischer oder bauleitplanerischer Gebietsausweisungen haben sich vor allem am Schutz der öffentlichen Belange aus § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB zu orientieren. Besonderes Gewicht kommt insoweit bis zur Grenze der Gefahrenabwehr den immissionsschutzrechtlichen Belangen zu (§ 50 BImSchG). Ihr Gewicht nimmt jedoch mit wachsender Entfernung von der Gefahrenschwelle in den Vorsorgebereich erheblich ab und ist jenseits der bisher geläufigen Abstandsvorgaben (1.000 m) kaum noch geeignet, das Gewicht der Privilegierungsentscheidung aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zu überwiegen.
- Das in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB verankerte Rücksichtnahmegebot schützt zwar auch vor der optisch bedrängenden Wirkung von Windenergieanlagen. Diese rechtfertigt jedoch nach der Rechtsprechung des OVG Münster nur einen Abstand von ca. 600 m und kann jedenfalls auch unter Vorsorgegesichtspunkten nicht für Abstände über 1.000 m hinaus herangezogen werden.
- Abstandsvorgaben sind demgegenüber regelmäßig bereits ungeeignet, das Orts- und Landschaftsbild bzw. den Erholungswert der Landschaft zu schützen. Diese Belange können deshalb pauschale Abstandsvorgaben von vornherein nicht begründen.

- Raumordnerische Zielaussagen zum Ausschluss von Wald als Standort von WEA sind nur zur Steuerung von Eignungsgebietsausweisungen im Rahmen eines räumlichen Gesamtkonzepts zulässig und werden im Übrigen in der jüngsten Rechtsprechung des OVG Münster als unzulässige Verhinderungsplanung gewertet.
- Bei der Steuerung von Eignungsgebieten im Wald und im Genehmigungsverfahren stehen die differenzierenden Vorgaben im Hinblick auf die Nutz-, Schutz- und Erholungsfunktion des Waldes aus § 1 BWaldG und die Erforderlichkeit eines verhältnismäßigen Ausgleichs von Eigentümerinteressen einem pauschalen Verweis auf den Waldschutz entgegen. Vielmehr müssen die jeweils konkret betroffenen Waldfunktionen herangezogen und mit den Eigentümerbelangen in Ausgleich gebracht werden. Dabei ist gegebenenfalls auch die klimaschützende Bedeutung der Windenergienutzung in Anschlag zu bringen.

A. Einleitung /aktueller Anlass

Das nachfolgende Gutachten im Auftrag des Landesverbands Erneuerbare Energien NRW (LEE NRW) soll vor dem Hintergrund aktueller Politikansätze Möglichkeiten und Grenzen landespolitischer Ansätze zur Einschränkung der Windenergienutzung erläutern und einer rechtlichen Prüfung unterziehen.

I. Anlass

Die NRW-Landtagswahl am 14. Mai 2017 hat eine Regierungsmehrheit für Christdemokraten und Liberale ergeben. CDU und FDP haben daraufhin einen Koalitionsvertrag für die von 2017 bis 2022 reichende Legislaturperiode geschlossen. Dieser enthält Aussagen zur Einschränkung der Zulässigkeit von Windenergieanlagen. Insbesondere heißt es darin (S.41):

„Wir gehen davon aus, dass bei Neuanlagen eine Abstandsregelung von 1.500 Meter zu reinen und allgemeinen Wohngebieten rechtssicher umsetzbar ist. Wir wollen den rechtlichen Rahmen voll ausschöpfen.“

Die Umsetzung der Änderungen, zu denen auch die Aufhebung der „Privilegierung der Windenergieerzeugung im Wald“ (S. 42) gehört, soll unter Berücksichtigung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz erfolgen. Durch die weit reichende Einschränkung der Windenergienutzung will die Koalition den aus ihrer Sicht angemessenen Anwohner-, Landschafts- und Naturschutz sicherstellen.

Der Ausbau der onshore-Erzeugungskapazität aus Windenergie ist nicht nur in NRW ein kontrovers diskutiertes landespolitisches Thema. Zuletzt haben auch die neuen Landesregierungen von Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein in ihren Koalitionsverträgen Aussagen zur künftigen Handhabung der Windenergie getroffen. Die rheinland-pfälzische Regierung hat sich auf die Ausweitung räumlicher Ausschlusskriterien verständigt, die gem. Koalitionsvertrag (S. 56) landesplanerisch abgesichert werden sollen. Zu diesen Kriterien gehört auch ein Mindestabstand von 1.000 Metern zwischen der Wohnbebauung und neu zu errichtenden Windenergieanlagen. Im Wesentlichen sind die im Koalitionsvertrag vorgesehenen Maßnahmen durch die dritte Teilfortschreibung des Landesentwicklungsprogramms umgesetzt worden¹.

Die schleswig-holsteinische Landesregierung strebt zur Gewährleistung des Schutzes der Bevölkerung ebenfalls ein neues Abstandskriterium von 1.000 Metern zu Siedlungen an, betont

¹ Die entsprechende Verordnung ist im Gesetz- und Verordnungsblatt vom 20. Juli 2017 (GVBl. Nr. 11, S. 162 ff.) verkündet worden und am folgenden Tag in Kraft getreten.

aber gleichzeitig, dem weiteren Ausbau der Windenergie ausreichend Raum zur Verfügung zu stellen.²

II. Fragestellung

Die NRW-Landesregierung hat in ihrem Koalitionsvertrag angekündigt, bei der Einschränkung des Windenergieausbaus und hier insbesondere bei der Festlegung von Mindestabständen zu Wohngebieten die rechtlichen Möglichkeiten voll auszuschöpfen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der Ausleuchtung dieser Möglichkeiten, nach Größe und Grenzen des von der Landesregierung nutzbaren Spielraums. Daraus ergibt sich unmittelbar die Leitfrage der nachfolgenden Begutachtung:

Kann die im Koalitionsvertrag vorgesehene restriktive Handhabung des Ausbaus der Windenergie – insbesondere hinsichtlich des angestrebten Abstands zu Siedlungsflächen und dem restriktiveren Umgang mit Waldflächen – rechtssicher umgesetzt werden?

Dabei ist im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass die Errichtung von Windenergieanlagen grundsätzlich als Ausübung grundrechtlich geschützter Eigentumsfreiheit zu werten ist und sich deshalb einschränkende Maßgaben als verhältnismäßiger Schutz konkurrierender Rechtsgüter ausweisen müssen. Bei Maßnahmen des Landes sind zudem die kompetenzrechtlichen Grenzen im Bundesstaat zu wahren.

III. Vorgehen

Förderung und Steuerung erneuerbarer Energie aus Windkraft folgt in Bund und Ländern einer Vielzahl teils erheblich divergierender Regelungen. Dieses Regelungsgeflecht soll in der folgenden Bestandsaufnahme auf den ihm zugrundeliegenden Rechtsgüterschutz auf den verschiedenen Ebenen der bundesstaatlichen Regulierung analysiert werden. (nachfolgend B.). Daran anschließend sind die für eine Steuerung des Landes geltenden Rechtsgrenzen des Verfassungsrechts und des einfachen Bundesrechts darzustellen (nachfolgend C. I.) und schließlich zur Beantwortung der Fragestellung heranzuziehen (nachfolgend C. II.). Schließlich werden die Ergebnisse der Begutachtung zusammengefasst (D).

² Koalitionsvertrag SH, S.58.

B. Bestandsaufnahme

Die Länder verfolgen in verschiedenen Bereichen Ansätze der einschränkenden Windenergiesteuerung. Sowohl in die Vorgaben des Bauordnungsrechts, als auch in die gesamtplanerische Abwägung und die Vorhabengenehmigung fließen Rechtsgüter ein, die nicht zuletzt zu Abstandserfordernissen führen.

I. Rechtsgüterschutz im Bauordnungsrecht

Das im Polizeirecht wurzelnde Bauordnungsrecht dient der Gefahrenabwehr. Im Mittelpunkt der Landesbauordnung steht die Abwehr von Gefahren, die von der Existenz und nicht erst vom Betrieb einer baulichen Anlage ausgehen. Auch Windenergieanlagen sehen die Bauordnungen regelmäßig als Quelle einiger dieser Gefahren an, zu deren Abwehr auch Abstandsflächen vorgehen werden.

1. Belichtung, Belüftung, Besonnung

Baukörper sind durch ihre Massivität dazu geeignet, ihrer unmittelbaren Umgebung die Zufuhr von Luft und Licht, insbesondere Sonneneinstrahlung, zu entziehen. Die Landesbauordnungen begegnen dieser Gefahr durch die Vorgabe von Abständen, die Gebäude zur Grundstücksgrenze bzw. zueinander einhalten müssen (vgl. z.B. § 6 BauO NRW). Zwar gehören Windenergieanlagen nicht zu den Gebäuden³, wohl aber zu den sonstigen baulichen Anlagen, von denen Wirkungen wie von Gebäuden ausgehen (vgl. z.B. Art. 6 Abs. 1 S. 2 BayBO), die also wie Gebäude dazu geeignet sind, ihrer Umgebung Licht-, Luft- und Sonnenzufuhr zu nehmen.

Wegen der besonderen baulichen Umstände von WEA enthalten die Bauordnungen insoweit Sonderregelungen⁴ oder die Handhabung der Abstandsflächen wird in Verwaltungsvorschriften zur Windenergie⁵ geregelt. In Bayern ist das Abstandsmaß richterrechtlich entwickelt worden und wird im Windenergieerlass bloß wiedergegeben.⁶

Die verschiedenen Regelungen der Länder bemessen die Abstandsflächen auf der Grundlage der Nabenhöhe der WEA und dem Radius des Rotorblattes. Für eine Anlage mit Nabenhöhe 150 m und einem Rotorradius von 60 m ergeben sich dabei Abstandsflächen zur

³ Gebäude sind selbstständig nutzbar, überdeckt, können von Menschen betreten werden und sind geeignet oder bestimmt, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen. Die explizite Herausnahme von Windenergieanlagen aus dem Gebäudebegriff in § 2 Abs. 2 S. 2 BauO ST ist insofern deklaratorisch.

⁴ Vgl. z.B. § 6 Abs. 10 BauO NRW, § 5 Abs. 5 Nr. 3 LBO BW.

⁵ Siehe z.B. Rundschreiben RP, S. 23.

⁶ Vgl. Windenergieerlass BY, S. 16; BayVGH, Urt. v. 28.07.2009, 22 BV 08.3427, juris, Rn. 21 ff.

Wohnbebauung von 60 m (§ 5 Abs. 5 Nr. 3 BauO BW) bis 270 m (Bayern). In NRW ergibt sich nach § 6 Abs. 10 BauO NRW ein Abstand von 105 m.

Kein im typischen Sinne bauordnungsrechtliches Abstandserfordernis begründet dagegen Art. 82 BayBO, durch den die bayerische Landesregierung – als bundesweit einzige – Gebrauch von der Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB gemacht hat. Die dort vorgesehene „10-H-Regel“ bestimmt lediglich eine Abstandsfläche, innerhalb derer die bundesrechtliche Privilegierung der Windenergie (§ 35 Abs. 1 BauGB) nicht zur Anwendung kommt.⁷ Die Gefahrenabwehr durch Sicherstellung hinreichender Belichtung, Belüftung und Besonnung spielt hier keine Rolle. Eingeordnet ist Art. 82 BayBO deshalb nicht beim übrigen Abstandsrecht (Art. 6 BayBO), sondern unter den Ausführungsbestimmungen zum BauGB.

2. Brandschutz

Die bauordnungsrechtliche Gefahrenabwehr i.S.d. Generalklausel umfasst auch den Brandschutz. Abstandserfordernisse ergeben sich dabei aus der Gefahr brennender baulicher Anlagen für ihre Umgebung. Das Bauordnungsrecht begegnet dieser Gefahr in erster Linie durch vorbeugende Regelungen (vgl. etwa § 17 BauO NRW)⁸. Im Übrigen dienen die genannten Abstandsflächen aber auch dem vorbeugenden Brandschutz, weil sie hinreichende Gewähr dafür bieten, dass ein Anlagenbrand nicht auf die Umgebung übergreift.⁹

3. Standsicherheit

Die Standsicherheit baulicher Anlagen gehört zum Kernbestand bauordnungsrechtlicher Gefahrenabwehrbelange:

„Jede bauliche Anlage muss im Ganzen und in ihren Teilen sowie für sich allein standsicher sein. Die Standsicherheit anderer baulicher Anlagen und die Tragfähigkeit des Baugrundes des Nachbargrundstücks dürfen nicht gefährdet werden.“¹⁰

Wenn die bauliche Anlage selbst standsicher ist, kann sie zwar noch immer – insbesondere durch von ihr ausgelöste Erschütterungen oder Schwingungen, vgl. § 18 Abs. 3 BauO NRW – die Standsicherheit anderer baulicher Anlagen gefährden. Ihre Umgebung ist aber nicht mehr vor ihrem Zusammenbruch oder gar ihrem Umkippen zu schützen¹¹. Für das Abstandsrecht der

⁷ Siehe dazu C. I. 2. b). Privilegierung der Windenergienutzung in § 35 Abs. 1 und 3 BauGB.

⁸ I.S.d. BauO NRW sind Windenergieanlagen mit einer Höhe von über 30 Metern Sonderbauten (vgl. § 68 Abs.1 S. 3 Nr. 2 BauO NRW), für deren Genehmigung das vereinfachte Verfahren nicht in Frage kommt. Im stattdessen durchzuführenden Regelverfahren gelten besondere Anforderungen an die Antragsmaterialien. Neben die Brandschutzvorgaben des § 17 BauO NRW tritt hier noch das Erfordernis, mit dem Bauantrag ein Brandschutzkonzept einzureichen (vgl. § 69 Abs. 1 S. 2 BauO NRW).

⁹ Vgl. Windenergieerlass NRW, S. 53.

¹⁰ § 15 Abs. 1 BauO NRW

¹¹ Dasselbe gilt für die durch Bruch oder Abriss von Rotorblättern verursachte Gefahr, die bereits durch die bauliche Beschaffenheit der Windenergieanlage hinreichend abgewehrt wird. Jedenfalls ist nicht zu erwarten, dass von

Bauordnungen spielt der Belang der Standsicherheit insofern keine Rolle. Windenergieanlagen gehören aber gerade zu jenen Anlagen, die durch von ihnen verursachte Turbulenzen die Standsicherheit von Anlagen in ihrer Umgebung, insbesondere von weiteren Windenergieanlagen, unter Umständen beeinträchtigen können¹². Die Bundesländer haben technische Regelwerke, die sich mit der Abwehr dieser Gefahr auseinandersetzen, durch Verwaltungsvorschriften in den Rang technischer Baubestimmungen erhoben, die zu beachten sind¹³. Diese Regelwerke enthalten auch Abstandserfordernisse, die Windenergieanlagen untereinander sowie in ihrem Verhältnis zu anderen baulichen Anlagen vergleichbarer Höhe betreffen¹⁴. Nicht bzw. nur in sehr wenigen Ausnahmefällen betroffen ist insofern die Wohnbebauung. Einer modernen Windenergieanlage vergleichbare Höhen erreicht die Siedlungs- und insbesondere die Wohnbebauung ohnehin nur selten und wenn, dann typischerweise nicht an der Siedlungsgrenze hin zum Außenbereich. Windenergiespezifische Abstände, die mit Belangen der Standsicherheit begründet werden, berühren also – anders als der Belichtungs- und Brandschutzabstand – regelmäßig nicht das Verhältnis von Windenergieanlagen zu Wohngebieten.

4. Schutz vor Eisabwurf

Die Rotorblätter von Windenergieanlagen können bei entsprechender Witterung Eis ansetzen. Durch die Drehbewegung kann dieses Eis in Entfernungen von bis zu mehreren hundert Metern geschleudert werden. Das Abstandsflächenrecht der Landesbauordnungen berücksichtigt diese, grundsätzlich dem Regelungskreis des Bauordnungsrechts zuzuordnende Gefahr in der Regel nicht¹⁵. Abstandserfordernisse zu Verkehrswegen und Gebäuden ergeben sich diesbezüglich vielmehr aus den technischen Baubestimmungen. In nicht besonders eisgefährdeten Regionen wird allgemein das Anderthalbfache der Anlagengesamthöhe als ausreichend erachtet¹⁶. Eine insgesamt 210 Meter hohe Windenergieanlage muss demnach in 315 Metern Entfernung auch

einer Windenergieanlage mit typengeprüfter Statik eine erhebliche Havariegefahr ausgeht (vgl. Hinsch in Handbuch Windenergie, Kap. 3, Rn.. 184).

¹² „Wird eine Windenergieanlage in [Haupt-] Windrichtung vor einer bereits bestehenden Windenergieanlage errichtet, kann sie durch Erhöhung der Turbulenzintensität einen schnelleren Verschleiß von Anlagenteilen der nachgesetzten Anlage bewirken und damit auf Dauer deren Standsicherheit beeinträchtigen“ (Windenergieerlass NRW, S. 53; eigene Ergänzung). Siehe dazu auch Hinsch in Handbuch Windenergie, Kap. 3 Rn.. 170 ff.

¹³ Vgl. z.B. für NRW Windenergieerlass NRW, S. 53 sowie für Rheinland-Pfalz Rundschreiben RP, S. 23. Zur Praxis der Inkorporation privater technischer Regelwerke als technische Baubestimmungen durch Verwaltungsvorschrift siehe Koch/Hendler, Baurecht, S. 382.

¹⁴ Vgl. dazu Windenergieerlass NRW, S. 54. Bereits bei Unterschreitung mehrfacher Rotorabstände können insoweit standsicherheitsrelevante Auswirkungen in Betracht kommen.

¹⁵ Die Eisabwurfgefahr kann unter den in der bauordnungsrechtlichen Generalklausel aufgeführten Belang der öffentlichen Sicherheit und Ordnung subsumiert werden (so beispielsweise Rundschreiben RP, S. 29). Allerdings handelt es sich auch hier um eine betriebs- und nicht um eine anlagebedingte Gefahr. Zur Nichtberücksichtigung im Abstandsrecht vgl. Rundschreiben RP, S. 30.

¹⁶ Vgl. dazu für NRW die Liste technischer Baubestimmungen (LTB), Anlage 2.7/12.

zur Wohnbebauung errichtet werden. Der Schutz vor Eisabwurf kann aber auch durch technische Maßnahmen wie Abschaltvorrichtungen und Rotorblattbeschichtung oder –beheizung bewirkt werden¹⁷, deren Wirksamkeit gutachterlich nachzuweisen ist¹⁸.

5. Zusammenfassung

Bauordnungsrechtlich typische Belange der Gefahrenabwehr, die Abstandserfordernisse zwischen Windenergieanlagen und Wohngebieten auslösen, sind die Sicherstellung von Belichtung, Belüftung und Besonnung sowie der Schutz vor übergreifenden Bränden. In überaus seltenen Ausnahmefällen könnte darüber hinaus der Belang der Standsicherheit zu Abstandserfordernissen führen. Der Gefahr des Eisabwurfs wird entweder durch ein Abstandserfordernis oder durch geeignete technische Maßnahmen begegnet.

In der Praxis kommen die bauordnungsrechtlich geforderten Abstände im Verhältnis zwischen Windenergieanlagen und Wohngebieten regelmäßig nicht zum Tragen; sie werden durch weiterreichende Vorgaben überlagert. Die klassischen Belange der bauordnungsrechtlichen Gefahrenabwehr scheiden danach für die Begründung der in Nordrhein-Westfalen vorgesehenen Abstandsvorgaben aus. Würde die nordrhein-westfälische Landesregierung das Bauordnungsrecht als Vehikel für die von ihr angestrebte Ausweitung des einzuhaltenden Abstands nutzen, so müsste sie Belange der Gefahrenabwehr in dieses Rechtsgebiet einführen, die ihm bislang fremd sind. Dies würde der materiellen Konvergenz der Landesbauordnungen zuwiderlaufen und dem im Koalitionsvertrag niedergelegten Ziel widersprechen, die nordrhein-westfälische Landesbauordnung, gerade mit Blick auf das Abstandsflächenrecht, stärker an die Musterbauordnung anzugleichen.¹⁹

II. Rechtsgüterschutz durch Raumordnung

Im Planungssystem der Bundesrepublik wird die überörtliche Raumordnung gemeinsam mit der kommunalen Bauleitplanung zur Gesamtplanung gezählt, die auf ihrer Gebietsebene alle raumrelevanten Anforderungen koordiniert und bestimmten Flächen bestimmte Funktionen bzw. Nutzungen zuweist²⁰. Gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 ROG ist in den Bundesländern jeweils ein landesweiter Raumordnungsplan aufzustellen. In ihren Landesplanungsgesetzen haben die Länder konkretisierende Vorschriften, etwa die Zuständigkeit zur Planaufstellung betreffend,

¹⁷ Vgl. z.B. Rundschreiben RP, S. 30.

¹⁸ Vgl. LTB a.a.O. Fn. 16.

¹⁹ Der einschlägige § 6 MBO enthält keine Spezialvorschrift bzgl. Windenergieanlagen. Zum Ziel der Angleichung unter expliziter Nennung des Abstandsrechts vgl. Koalitionsvertrag NRW, S. 29.

²⁰ Siehe dazu z.B. den Katalog der durch § 8 Abs. 5 u. 7 ROG zur Verfügung gestellten Instrumente, die sich in der typischen Gliederung eines Raumordnungsplans in Aussagen zur Siedlungsstruktur, zum Freiraum, zum Verkehr, zur Energieerzeugung usw. niederschlagen.

erlassen. So legt § 3 LPIG NRW die Aufgaben der Landesplanungsbehörde fest, zu denen auch die Erarbeitung des Landesentwicklungsplans gehört.

Regelmäßig setzen sich Raumordnungspläne auch mit den räumlichen Anforderungen und Auswirkungen der Energieerzeugung aus erneuerbaren Quellen, insbesondere mit jenen der Windenergie, auseinander. Sofern die Raumordnung den Windenergieausbau einschränkende Zielaussagen trifft, erfolgt dies als Ergebnis einer umfassenden, überfachlichen Abwägung. Häufig werden die in diese Abwägung einfließenden Belange in der planerischen Festlegung geradezu „verbacken“. Die im Abwägungsergebnis zusammenlaufenden Fäden sind dann nur schwer wieder zu entwirren und sauber voneinander zu trennen. So begründet die hessische Landesplanung den von ihr als Ziel der Raumordnung festgelegten Mindestabstand von 1.000 Metern zwischen Vorranggebieten für die Windenergienutzung und der Wohnbebauung der Siedlungsgebiete wie folgt:

Bei Einhaltung des Abstandes kann „generell davon ausgegangen werden, dass von den Windenergieanlagen auch bei noch zunehmender Anlagenhöhe keine optisch bedrängende Wirkung zu Lasten der Wohnnutzung ausgeht und somit das Gebot der Rücksichtnahme nicht verletzt wird. Die Vorsorge nimmt dabei auf Gesichtspunkte des vorbeugenden Immissionsschutzes, der Bedrängungswirkung, der Lichtreflex- und Schattenwirkung, der Berücksichtigung von räumlichen Entwicklungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinden, etwa auch im Hinblick auf potenzielle Siedlungserweiterungsgebiete, Bezug.“²¹

Andere Bundesländer begründen ihre raumordnerischen Vorgaben in ähnlicher Weise²². Dabei nennt die Begründung die für das Abstandserfordernis sprechenden Belange zwar umfassend, teils aber auch doppelt in unterschiedlichen Zusammenhängen (bedrängende Wirkung) und auf hohem, durchaus nicht selbsterklärenden Aggregationsniveau (vorbeugender Immissionsschutz). Vor diesem Hintergrund unternehmen die folgenden Erläuterungen den Versuch, den raumordnerischen, auf die einschränkende Windenergiesteuerung ausgerichteten Rechtsgüterschutz zu systematisieren.

Auf Ebene der Landesplanung findet in der Regel keine Ausweisung von Vorrang- oder Eignungsgebieten für die Windenergienutzung statt. Stattdessen werden – überwiegend, aber nicht ausschließlich immissionsschutzrechtlich motivierte – Abstandsvorgaben als Ziele der Raumordnung für die Gebietsausweisung getroffen, die dann erst auf der nachgeordneten Ebene der Regionalplanung erfolgt.²³ Über das Abstandsmaß von 1.000 Metern zur

²¹ Zweite Verordnung über die Änderung des LEP HE 2000 v. 27.06.2013, Begründung zu Z 3 b. Die Entwurfsfassung für das gegenwärtig laufende dritte Änderungsverfahren zum LEP 2000 enthält diese Begründung wortgleich (vgl. Entwurf LEP HE 2017, S. 82).

²² Vgl. z.B. Richtlinie MV 2012, S. 4

²³ Siehe z.B. LEP HE a.aO. Fn. 21.

Wohnnutzung geht bislang nur Rheinland-Pfalz hinaus und auch dies nur im Rahmen einer Ausnahmebestimmung (1.100 Meter für Windenergieanlagen ab 200 Metern Gesamthöhe)²⁴. Soweit landesplanerische Abstandserfordernisse, wie im geltenden LEP NRW²⁵, fehlen oder sich auf die nicht bezifferte Grundsatzforderung nach hinreichenden²⁶ Abständen beschränken, kommt eine Steuerung der Regionalplanung durch Verwaltungsvorschriften in Frage²⁷. Diese verzichten allerdings zumeist auf starre Vorgaben und beschränken sich auf die Angabe von Regelwerten, die begründet unter- oder überschritten werden können²⁸.

Auch der Windenergieerlass der damaligen schwarz-gelben NRW-Landesregierung von 2005 hat einen entsprechenden Ansatz verfolgt. Im Abschnitt „Vorbeugender Immissionsschutz in der Planung“ hat dieser einen 1.500 Meter-Abstand planerisch gesicherter Gebiete der Windenergienutzung zu reinen Wohngebieten vorgesehen, der „auf der sicheren Seite“²⁹ liegen sollte. Zugrunde gelegtes Szenario ist die Errichtung eines Windparks mit sieben Anlagen der seinerzeit maßgeblichen Zwei-MW-Klasse. Ausdrücklich weist der Erlass an dieser Stelle darauf hin, dass der im Einzelfall erforderliche Abstand aufgrund der „Anlagenart, der Anlagenzahl und der Schutzwürdigkeit der betroffenen Gebiete“ variieren kann. Entsprechend könne ein derartiger Abstand zu allgemeinen Wohngebieten nur im Falle größerer Anlagenfelder und weiterer Vorbelastungen erforderlich sein. Eine weniger auf die Flexibilität der einzelnen Planung abstellende Regelung ist bereits damals auf erhebliche rechtliche Bedenken gestoßen³⁰.

1. Belange des Immissionsschutzes

Wie das Bauordnungsrecht, so dient auch das Immissionsschutzrecht an erster Stelle der anlagenbezogenen Gefahrenabwehr. Diese zielt hier allerdings nicht auf die bloße Existenz einer baulichen Anlage als Gefahrenquelle, sondern auf deren Betrieb als mögliche Quelle

²⁴ Vgl. LEP IV RP, Ziel 163 h; vgl. dazu auch unten B. III. Rechtsgüterschutz im Zulassungsverfahren. Ansonsten beträgt der Abstand auch in Rheinland-Pfalz 1.000 Meter.

²⁵ Der LEP NRW delegiert lediglich die Vorranggebietsausweisung an die Regionalplanung, sieht für diese aber keine Mindestabstände vor (LEP NRW 2016, Ziel 10.2-2). Nach dem Willen der Landesregierung soll die Regionalplanung künftig aber nicht mehr zur Ausweisung von Vorranggebieten verpflichtet sein (vgl. Koalitionsvertrag NRW, S. 42).

²⁶ So z.B. LEP Sachsen 2013, G. 5.1.5

²⁷ Je nach Bundesland werden diese Vorschriften als (Windenergie-) Erlass (z.B. NRW), Rundschreiben (z.B. RP) oder auch als Richtlinie (z.B. MV) bezeichnet.

²⁸ Vgl. z.B. den 1.000 m-Wert im gemeinsamen Erlass BE/BB zu Gebieten der §§ 3-7 BauNVO; mit gleicher Handhabung, allerdings 800 m Abstand Rundschreiben RP, S. 25. Die Verwaltungsvorschrift wird allerdings an dieser Stelle bereinigt werden müssen, da sie nicht mit dem seit Juli 2017 rechtskräftigen Raumordnungsziel 163 h (siehe Fn. 24) übereinstimmt. Eine Ausnahme bildet MV, die dortige Richtlinie setzt 1.000 m zu WR, WA, MD und MI als hartes Ausschlusskriterium fest (vgl. RL MV: 3).

²⁹ Windenergieerlass NRW 2005: 32.

³⁰ Vgl. Beckmann/Ketteler, Gutachterliche Stellungnahme 2005, S. 15 und 18 f.

schädlicher Umwelteinwirkungen³¹. Dabei sind Immissionen Umwelteinwirkungen z.B. durch Licht und Geräusche (vgl. § 3 Abs. 2 BImSchG), die dann als schädlich bezeichnet werden, wenn sie „nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen“ (§ 3 Abs. 1 BImSchG). Als Teil des Umweltrechts ist das Immissionsschutzrecht über die bloße Gefahrenabwehr hinaus der Risikoabwehr, also dem Vorsorgeprinzip, verpflichtet.³²

Die Belange des Immissionsschutzes zählen zu den Abwägungsbelangen der Raumordnung³³ sowie zu jenen öffentlichen Belangen, die der Privilegierung der Windenergie im baurechtlichen Außenbereich entgegengehalten werden können³⁴. Als windenergiespezifische Immissionen kommen Geräusche bzw. Schall (soweit potenziell schädlich: Lärm), Licht und Schattenwurf in Betracht. Wie im Gefahrenabwehrbereich des Bauordnungsrechts, stellen Abstandserfordernisse auch hier nur eines von mehreren Mitteln wirksamen Rechtsgüterschutzes dar.

a) Schall/Lärm

Beim Betrieb von Windenergieanlagen entstehen Geräusche. In erster Linie handelt es sich dabei um das „Windgeräusch der sich drehenden Rotorblätter“³⁵, hinzu treten die von den mechanischen Bauteilen wie Getriebe und Generator verursachten Geräusche. Die technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm) enthält auf die Gebietstypen der BauNVO bezogene Schallgrenzwerte, deren Einhaltung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren sicherzustellen ist³⁶. Dieser Anforderung begegnet die vorgelagerte Raumplanung mitunter durch die Umwandlung der in Dezibel angegebenen Schallgrenzwerte in pauschalierte Abstandserfordernisse zwischen den planerisch für die Windenergienutzung vorgesehenen Flächen und den durch Wohnnutzung gekennzeichneten Baugebietstypen. Hinsichtlich der Zielrichtung dieser Abstände ist zu unterscheiden zwischen der bloßen Einhaltung des immissionsschutzrechtlich vorgegebenen Standards einerseits sowie der darüber hinausgehenden planerischen Vorsorge andererseits. Entsprechend groß ist die

³¹ Vgl. § 1 BImSchG sowie Jarass, BImSchG, § 1, Rn. 3 und Dietlein in L/R, Umweltrecht, § 1 BImSchG, Rn. 8. Als Anlage i.S.d. BImSchG sind allerdings nicht nur bauliche Anlagen, sondern z.B. auch ortsveränderliche Maschinen zu verstehen, vgl. § 3 Abs. 5 BImSchG.

³² Vgl. § 1 Abs. 2 BImSchG sowie unten C. I. 2. c) Vorsorge und Vorbeugung.

³³ S.u. C. I. 2. a) Vorgaben des Raumordnungsgesetzes (ROG).

³⁴ S.u. C. I. 2. b) Privilegierung der Windenergienutzung in § 35 Abs. 1 und 3 BauGB.

³⁵ Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Rn. 195.

³⁶ Als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift entfaltet die TA Lärm eine im gerichtlichen Verfahren zu beachtende Bindungswirkung, sie ist in der Genehmigungspraxis wie ein Gesetz anzuwenden (vgl. BVerwG, Urt. v. 29.08.2007, 4 C 2/07, juris, Rn. 12). Zu den Grenzwerten vgl. TA Lärm Ziffer 6.

Bandbreite der landesplanerischen Abstandsregelungen im Vergleich der Bundesländer, soweit diese überhaupt entsprechende Regelungen getroffen haben.

Bei einer bloßen räumlichen Umsetzung der immissionsschutzrechtlichen Schädlichkeits- bzw. Zumutbarkeitsschwelle ist auf der Grundlage der aktuell geltenden Berechnungsstandards von erforderlichen Abständen zur Wohnnutzung von 500-800 Metern auszugehen.³⁷ Im unteren Bereich dieses Rahmens bewegen sich etwa die Stadtstaaten Hamburg und Bremen.³⁸ Einige Bundesländer betrachten den Immissionsschutz und damit insbesondere den Lärmschutz auch unterhalb der Zumutbarkeitsschwelle noch als vorrangigen Belang und sehen deshalb einen pauschalen Vorsorgeabstand von 1.000 Metern als Ziel der Raumordnung vor. Typisch und umfassend hinsichtlich dessen Begründung ist der geltende hessische LEP.³⁹ Die eine solche Zielfestlegung stützenden Belange verschmelzen dabei zu einer Begründungsmasse, die es dem Planadressaten nicht ermöglicht, den räumlichen Anteil eines Belangs an der über das Schutzniveau hinausreichenden Vorsorge zu beziffern.

b) Licht

Das durch die Rotorbewegung verursachte periodische Reflektieren des Sonnenlichts (Diskoeffekt) „trat vor allem bei Anlagen aus den Anfängen der Windenergienutzung auf, als die Rotorblätter noch glänzend lackiert wurden“⁴⁰. Moderne Anlagen vermeiden das Auftreten des Diskoeffekts durch matte Beschichtung oder Lackierung. Das Reflektieren spielt entsprechend bei der Immissionsbewertung keine Rolle mehr⁴¹ und eignet sich nicht für die Begründung von Abstandserfordernissen.

Bauwerke, deren Höhe 100 Meter überschreitet, bedürfen gem. § 14 Abs. 1 LuftVG zur Baugenehmigung der Zustimmung der Luftfahrtbehörden. In Verbindung mit § 12 Abs. 4 LuftVG fordern die Luftfahrtbehörden für entsprechend hohe Windenergieanlagen stets die Befeuerng in Form rot blinkender Gefahrenfeuer, die vor allem bei Dunkelheit „ein auffälliges

³⁷ Diese Spanne geht auf Erfahrungen aus Genehmigungsverfahren zurück und bezieht sich auf Anlagen von 200 m Gesamthöhe und ca. 3 MW installierter Leistung (vgl. Richtlinie MV 2012, S. 4). Begründet wird dieses Abstandserfordernis zutreffend mit den Lärm- bzw. Schallimmissionen sowie der bedrängenden Wirkung. Zweifelhafte erscheint der zusätzliche Verweis auf den Schattenwurf, der sich kaum für die entfernungsmaßige Pauschalierung eignet (s.u. B. II. 1 c) Schattenwurf).

³⁸ Die folgenden Angaben beziehen sich jeweils auf die Methodik zur Konzentrationszonenplanung im Rahmen des Flächennutzungsplans, der in den Stadtstaaten gem. § 1 Abs. 1 S. 2 ROG zugleich die Funktion eines Raumordnungsplans erfüllen kann. In HH: 500 m zu Siedlungsgebieten (vgl. 133. FNP-Änderung HH, 2013, Anlage 1.1, S. 32); HB: 620 m zum reinen Wohngebiet, 420 m zum allgemeinen Wohngebiet (vgl. Anhang Begründung FNP HB, 2014, S. 298).

³⁹ LEP HE, a.a.O. Fn. 21

⁴⁰ Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Rn. 209.

⁴¹ Entsprechend bereits im Jahre 2009 Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis; Windenergieerlass BW 2012, S. 29 – „kein Problem mehr“

und weithin sichtbares Element⁴² darstellen. Den insofern entstehenden Lichtimmissionen wird regelmäßig nicht durch Abstandserfordernisse begegnet. Die vom Bundesverkehrsministerium erlassene allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen (AVV Luftfahrtkennzeichnung) sieht vielmehr den Einsatz vielfältiger technischer Maßnahmen der Verminderung bzw. Vermeidung (z.B. Reduzierung der Befeuerung bei guter Sicht, Abschirmung der Lichtstrahlen nach unten) vor⁴³.

c) Schattenwurf

Die Rotordrehbewegung kann periodischen Schattenwurf verursachen, der von den betroffenen Anliegern nicht grenzenlos hinzunehmen ist. Das OVG Greifswald hat diesbezüglich einen Maßstab entwickelt⁴⁴, der durch die Rechtsprechung mittlerweile weithin als Faustformel anerkannt wird⁴⁵. Demnach sollen Wohngebäude dem Schattenwurf nicht mehr als 30 Stunden im Jahr und nicht mehr als 30 Minuten am Tag ausgesetzt sein. Berechnet wird die entsprechende Belastung unter worst case-Bedingungen (Annahmen maximaler Sonnenscheindauer, durchgängigen 24 Stunden-Betriebs der Anlage sowie durchgängiger Positionierung der Rotorscheibe zwischen Sonne und Gebäude)⁴⁶, sodass der tatsächlich auftretende Schattenwurf auf ca. 8 Stunden pro Jahr begrenzt bleibt. Für diese Berechnung spielt auch die Entfernung zwischen der Windenergieanlage und dem Immissionsort eine Rolle; insbesondere lässt die Schattenintensität mit zunehmender Entfernung nach⁴⁷. Der Charakter des genutzten Maßstabs als Faustformel und die zahlreichen zu berücksichtigenden Faktoren (Topographie, Anordnung von Windenergieanlage, Wohnnutzung und Gang der Sonne) verlangen aber nach einer Einzelfallbetrachtung. Die Beurteilung „mit der Stoppuhr“⁴⁸ – und damit auch die mit dem Maßband – scheidet aus. Insofern ist nicht ersichtlich, wie sich der rechtlichen Handhabung der Schattenwurfproblematik pauschale, für die raumordnerische Zielfestlegung geeignete Abstandserfordernisse entnehmen ließen. Zudem wird der Schattenwurfproblematik im Regelfall durch Abschaltautomatiken begegnet⁴⁹. Die Abstandserwägungen hinsichtlich der Schattenintensität betreffen insofern weniger die zur

⁴² Vgl. Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Rn. 210.

⁴³ Vgl. zusammenfassend Windenergieerlass NRW, S. 26

⁴⁴ Beschl. v. 08.03.1999, 3 M 85/98, juris

⁴⁵ So etwa in OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.03.2004, 1 ME 45/04, juris; die Faustformel liegt auch den vom Länderausschuss für Immissionsschutz 2002 verabschiedeten „Hinweisen zur Ermittlung und Beurteilung optischer Immissionen von Windenergieanlagen“ zu Grunde, vgl. deren S. 5.

⁴⁶ Vgl. Hinsch in Handbuch Windenergie, Kap. 3, Rn. 181.

⁴⁷ Vgl. OVG Lüneburg, a.a.O. Fn. 45, Rn. 10.

⁴⁸ Vgl. OVG Lüneburg, a.a.O. Fn. 45, Rn. 13.

⁴⁹ Vgl. Länderausschuss für Immissionsschutz, a.a.O. Fn. 45, S. 3 f.

Genehmigung erforderlichen Distanzen, sondern zielen eher auf die Bestimmung der im Einzelfall erforderlichen Abschaltzeiten.

2. Rücksichtnahmegebot und optisch bedrängende Wirkung

§ 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB bestimmt unter Verweis auf schädliche Umwelteinwirkungen, dass die Belange des Immissionsschutzes der Windenergie im Außenbereich entgegenstehen können. Das BVerwG hat die Vorschrift an dieser Stelle weiter ausgelegt; sie enthält demnach über ihren Wortlaut hinaus das bodenrechtliche Rücksichtnahmegebot als unbenannten öffentlichen Belang, der sich auch auf sonstige nachteilige Auswirkungen eines Vorhabens erstreckt⁵⁰. Der Rücksichtnahmemaßstab des § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB kommt nicht nur im Verhältnis von Außenbereichsbauwerken untereinander, sondern auch in deren Beziehung zur angrenzenden (Wohn-) Bebauung des Innenbereichs zur Anwendung⁵¹. Die Frage der optisch bedrängenden Wirkung von Windenergieanlagen wird anhand dieses, an den allgemeinen Zielen des Bodenrechts orientierten Maßstabs⁵² unabhängig davon gemessen, ob es sich bei der Bedrängung noch um eine Immission i.w.S. oder eine sonstige nachteilige Auswirkung vollständig eigener Art handelt.

Die Lehre von der bodenrechtlichen Rücksichtnahme kennt die Kategorie der optisch bedrängenden Wirkung, die sich bei Gebäuden vor allem als erdrückende oder erschlagende Wirkung äußert. Die baulichen Dimensionen eines Gebäudes erscheinen hier „derart übermächtig, dass das ‚erdrückte‘ Gebäude oder Grundstück nur noch überwiegend wie eine von einem herrschenden Gebäude dominierte Fläche ohne eigene baurechtliche Charakteristik wahrgenommen wird, oder das Bauvorhaben das Nachbargrundstück regelrecht abriegelt, d.h. dort ein Gefühl des Eingemauertseins oder eine Gefängnishofsituation hervorruft.“⁵³ Windenergieanlagen sind aufgrund ihres baulichen Zuschnitts nicht geeignet, die Wahrnehmung des „Eingemauertseins“ zu erwecken. Die von ihnen ausgehende bedrängende Wirkung erkennt das BVerwG vielmehr in einer Überlagerung und Vereinnahmung⁵⁴, die maßgeblich durch große Anlagenhöhen und die Rotordrehbewegung als Unruheelement⁵⁵ verursacht wird.

⁵⁰ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 11.12.2006, 4 B 72/06, juris, Rn. 8 m.w.N.

⁵¹ BVerwG, Urt. v. 28.10.1993, 4 C 5/93, juris, Rn. 15 – „über Gebietsgrenzen hinweg“.

⁵² Vgl. § 1 Abs. 5 BauGB. Dazu zählt der Beitrag zur Sicherung einer menschenwürdigen Umwelt, der insbesondere durch den bauleitplanerischen Immissionsschutz erbracht wird (vgl. Battis in B/K/L, BauGB, § 1 Rn. 46).

⁵³ OVG NRW, Urt. v. 09.08.2006, 8 A 3726/05, juris, Rn. 69 ff.

⁵⁴ OVG NRW, a.a.O. Fn. 53, Rn. 92.

⁵⁵ OVG NRW, a.a.O. Fn. 53, Rn. 74. Die Drehbewegung kann insofern schon nach kurzer Zeit, erst Recht aber auf Dauer unerträglich werden, weil sie irritierend wirkt und die Konzentrationsfähigkeit herabsetzt.

Das OVG NRW hat zur Handhabung dieses Komplexes einen Abstandsmaßstab entwickelt, der – ähnlich der Faustformel für Schattenwurf – bloße Anhaltswerte liefert, die eine Einzelfallprüfung nicht ersetzen. So soll eine bedrängende Wirkung in der Regel vorliegen, wenn die Entfernung zwischen Windenergieanlage und Wohnnutzung das Zweifache der Anlagenhöhe unterschreitet. In der Regel zu verneinen ist sie hingegen, wenn die Entfernung mindestens das Dreifache der Anlagenhöhe beträgt. Abstände, die innerhalb der Spanne zwischen dem Zwei- und Dreifachen der Anlagenhöhe liegen, erfordern eine besonders intensive Einzelfallprüfung⁵⁶. Unter Annahme einer Anlagengesamthöhe im Bereich von 200 Metern ist die bedrängende Wirkung also unterhalb von 400 Metern Abstand zur Wohnbebauung regelmäßig zu bejahen und oberhalb von 600 Metern Abstand regelmäßig zu verneinen. Aufgrund der Vielzahl zu berücksichtigender Faktoren (neben der Höhe der Anlage auch Rotordurchmesser, Ausrichtung von Räumen/Fenstern/Terrassen, Hauptwindrichtung, Topographie, ggf. Vorbelastung durch bereits vorhandene Windenergieanlagen)⁵⁷ gilt dies aber eben nur in der Regel. Deshalb und wegen der gem. § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB gebotenen Berücksichtigung auch der übrigen öffentlichen Belange hat das OVG NRW eine „starre Abstandsregelung“ ausdrücklich abgelehnt⁵⁸.

3. Kommunale Planungshoheit/gemeindliche Entwicklungsvorstellungen

Zum Begründungshorizont raumordnerischer Vorsorgeabstände zwischen Windenergieanlagen und Wohngebieten zählt auch die „Berücksichtigung von räumlichen Entwicklungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinden, etwa auch im Hinblick auf potenzielle Siedlungserweiterungsgebiete“⁵⁹. Zum „Technologiezuschlag“, der die Erwartung künftig steigender Anlagenhöhen in die Abstandsbemessung einführt, gesellt sich also ein „Entwicklungszuschlag“. Die raumordnerische Gebietsausweisung soll der Gemeinde noch Raum zur ggf. von ihr beabsichtigten Siedlungserweiterung unter Wahrung der immissionsschutzrechtlichen Anforderungen lassen. Geschützt werden hier also die kommunale Planungshoheit sowie gemeindliche Entwicklungsvorstellungen, die als teilräumliche Erfordernisse im Rahmen des Gegenstromprinzips⁶⁰ durch die Raumordnung berücksichtigt werden. Unklar bleibt auch hier, welcher räumliche Anteil am Vorsorgeabstand auf den Belang zurückzuführen ist.

⁵⁶ OVG NRW, a.a.O. Fn. 53, Rn. 91-93.

⁵⁷ OVG NRW, a.a.O. Fn. 53, Rn. 77-85.

⁵⁸ OVG NRW, a.a.O. Fn. 53, Rn. 77. Siehe dazu weiterführend die rechtliche Würdigung unter C. II. 3. b) optisch bedrängende Wirkung.

⁵⁹ S.o. LEP HE, B. II. Rechtsgüterschutz durch Raumordnung; a.a.O. Fn. 21.

⁶⁰ Vgl. § 1 Abs. 3 ROG, siehe dazu unten C. I. 2. a) Vorgaben des Raumordnungsgesetzes (ROG).

4. Orts- und Landschaftsbild

§ 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB bestimmt, dass die Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes privilegierten Nutzungen des Außenbereichs entgegengehalten werden kann. Insofern kann die Raumordnung, etwa in der Gebietskategorie „Vorranggebiet Landschaft“ die Errichtung entsprechender Vorhaben – auch diejenige von Windenergieanlagen – ausschließen.

Trotz der vieldiskutierten Auswirkungen von Windenergieanlagen gerade auf das Orts- und Landschaftsbild, stützt die Raumordnung Abstandserfordernisse zwischen Windenergieanlagen und Wohngebieten soweit ersichtlich bislang nicht auf diese Belange. Zur Frage, ob dies gleichwohl möglich wäre sowie zur sauberen Trennung der mit diesen Belangen in Zusammenhang stehenden Problemkreise s.u. C. II. 3. c) Schutz des Orts- und Landschaftsbildes.

5. Erholungswert der Landschaft

Der Erholungswert der Landschaft kann den im Außenbereich privilegierten Nutzungen gem. § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB entgegengehalten werden. Insofern kann die Raumordnung, etwa in der Gebietskategorie „Vorranggebiet Erholung“ die Errichtung entsprechender Vorhaben – auch diejenige von Windenergieanlagen – ausschließen. Damit schützt sie allerdings dezidiert nur Teile des Außenbereiches und nicht die Beziehung zwischen Außen- und Innenbereich.

Im Regelfall steht dieser Belang somit nicht in direktem Zusammenhang mit Siedlungsgebieten, sodass sich keine Erwägungen mit Blick auf Siedlungsabstände an ihn knüpfen lassen. Dies kann allerdings anders sein, sobald ein unmittelbarer funktionaler Bezug zwischen einer Landschaft mit hohem Erholungswert und angrenzenden Siedlungsflächen besteht. Nur dort, wo ein solcher Bezug erkennbar vorliegt, kann der Erholungswert der Landschaft möglicherweise Einfluss auf Siedlungsabstände zu Windenergieanlagen im Sinne eines „Umfeldzuschlags“ nehmen.⁶¹

Die hier beispielgebende Abstandsbegründung des LEP Hessen stellt nicht explizit auf den Erholungswert bestimmter Landschaftsteile ab⁶². In anderen Bundesländern wird der Belang zumindest indirekt aufgegriffen. So werden die gem. BauNVO ausgewiesenen Sondergebiete Erholung hinsichtlich des Abstandserfordernisses bei der raumordnerischen Gebietsausweisung der Wohnnutzung mitunter gleichgestellt⁶³.

⁶¹ Siehe dazu unten C. II. 3. d) Erholungswert der Landschaft.

⁶² S.o. LEP HE, B. II. Rechtsgüterschutz durch Raumordnung; a.a.O Fn. 21. Entsprechende Erwägungen könnten aber in den angeführten vorbeugenden Immissionsschutz eingeflossen sein, soweit der Plangeber eine besondere Sensibilität von Erholungsflächen hinsichtlich schädlicher Umwelteinwirkungen angenommen hat.

⁶³ Vgl. z.B. Richtlinie MV 2012, S. 4 sowie Rundschreiben RP, S. 25.

III. Rechtsgüterschutz im Zulassungsverfahren

Der Rechtsgüterschutz auf der Zulassungsebene richtet sich nach den materiellrechtlichen Vorgaben, die im Genehmigungsverfahren Geltung beanspruchen. Windenergieanlagen von mehr als 50 Metern Höhe zählen zu den gem. § 4 Abs. 1 BImSchG (i.V.m. der 4. BImSchV, Anhang 1 Nr. 1.6) genehmigungsbedürftigen Anlagen und müssen somit das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren durchlaufen. Im Zentrum des Rechtsgüterschutzes stehen entsprechend der Schutz und auch die Vorsorge vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch das BImSchG sowie die ergänzenden Verordnungen und Verwaltungsvorschriften.

Der das Verfahren abschließende Verwaltungsakt ist gem. § 13 BImSchG mit Konzentrationswirkung ausgestattet. Er schließt andere, die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen wie die Baugenehmigung ein. Dabei bleibt die Konzentration rein formeller Natur. Ein eigenes Baugenehmigungsverfahren ist zwar nicht erforderlich, die materiellen Anforderungen des Baurechts werden aber vollständig in das gebündelte Verfahren inkorporiert. Für die Genehmigung von Windenergieanlagen im baurechtlichen Außenbereich gelten somit auch die durch § 35 BauGB formulierten Zulassungsvoraussetzungen.

Das Ergebnis der im Einzelfall gebotenen Prüfung der immissionsschutz- und baurechtlichen Belange hängt von zahlreichen situationsbezogenen Faktoren ab; die Prüfung muss notwendigerweise die Umstände des Einzelfalles würdigen. Weder bundes-, noch landesrechtlich existieren deshalb Abstandsvorgaben, die das Verhältnis zwischen Windenergieanlagen und Wohngebieten auf der Genehmigungsebene pauschal definieren. Die einschlägigen Verwaltungsvorschriften enthalten diesbezüglich nicht einmal Richtwerte.⁶⁴

§ 35 Abs. 3 S. 2 1. Hs BauGB bestimmt, dass raumbedeutsame Vorhaben⁶⁵ den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen dürfen. Die Landes- und Regionalplanung kann insofern durch ihre Zielfestlegungen Genehmigungsvoraussetzungen formulieren, die den unmittelbar durch § 35 BauGB gesetzten Anforderungen beitreten⁶⁶; der raumordnerische Rechtsgüterschutz wird auf diesem Wege mit der Zulassungsebene verzahnt. Mit Blick auf Windenergieanlagen betreffen die Zielaussagen typischerweise deren Ausschluss in Gebieten

⁶⁴ Darauf verzichtet z.B. der Windenergieerlass NRW, vgl. S. 48 ff., der insoweit dem Abstandserlass NRW, Anlage 2 Nr. 1.6 (2) folgt.

⁶⁵ Raumbedeutsam sind Windenergieanlagen in NRW ab einer Gesamthöhe von 100 Metern, vgl. Windenergieerlass NRW, S. 12.

⁶⁶ Zur Frage, wie groß die der Raumordnung hier eingeräumten Möglichkeiten sind, s.u. C. II. Rechtliche Grenzen restriktiver Windenergieregelungen des Landes.

mit bestimmten Freiraumfunktionen⁶⁷ sowie die Positivplanung z.B. durch die Sicherung von Vorranggebieten⁶⁸. Die Festlegungen verbleiben damit auf der Ebene der raumordnerischen Flächen- und Funktionskoordination.

Einen Sonderweg hat insoweit die Landesregierung von Rheinland-Pfalz eingeschlagen. Am 21. Juli 2017 ist dort die dritte Teilfortschreibung des LEP IV in Kraft getreten⁶⁹, die in Ziel 163 h nicht auf die planerische Gebietsausweisung als Anknüpfungspunkt von Abstandsvorgaben, sondern unmittelbar auf die Errichtung von Windenergieanlagen abstellt. Damit greift die Raumordnung über die Flächenausweisung hinaus und direkt in das Genehmigungsverfahren durch. Ziel 163 h sieht somit auch für Windenergieanlagen, die außerhalb von etwaigen Vorranggebieten errichtet werden sollen⁷⁰, einen Mindestabstand von 1.000 Metern zu Wohn- und Mischgebieten vor. Bei Windenergieanlagen von mehr als 200 Metern Gesamthöhe erhöht sich dieser Abstand gar auf 1.100 Meter.

Lediglich vage ist ersichtlich, auf welche Rechtsgüter sich dieses Ziel stützt. Die Begründung nennt „Emissionen“ und „starke Auswirkungen“ von WEA, die eine „bessere Vorsorge für die in der räumlichen Nähe [...] lebenden Menschen“⁷¹ gebieten. Der Konkretisierungsgrad bleibt damit noch hinter der hier beispielgebend verwendeten Begründung des hessischen 1.000 Meter-Ziels für Gebietsausweisungen zurück⁷². Nicht nur deshalb wirft der neue rheinland-pfälzische Steuerungsansatz, der starre Vorgaben dort einführt, wo bislang nicht einmal Richtwerte als sachgemäß galten, besondere rechtliche Bedenken auf (s.u. C. II. 2. Abstandsvorgabe als Ziel der Raumordnung im Genehmigungsverfahren).

IV. Schutz des Waldes

Der Koalitionsvertrag der neuen Landesregierung aus CDU und FDP in NRW sieht neben der Einführung von Abstandsflächen die Aufhebung der „Privilegierung der Windenergieerzeugung im Wald“ (S. 42) vor. Zur Beurteilung dieser Ankündigung erfolgt zunächst eine Bestandsaufnahme der Regelungen in den Ländern.

⁶⁷ S.o. B. II. 4. Orts- und Landschaftsbild und B. II. 5. Erholungswert der Landschaft.; möglich erscheint zudem der Ausschluss z.B. in regionalen Grünzügen.

⁶⁸ Daraus kann sich für das übrige Plangebiet wiederum der Ausschluss durch Ausweisung an anderer Stelle ergeben (vgl. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB), soweit diese Vorranggebiete nach außen mit der Wirkung von Eignungsgebieten (vgl. § 8 Abs. 7 ROG) ausgestattet werden oder durch eine kommunale Konzentrationszonenplanung ergänzt werden.

⁶⁹ GVBl. RLP 2017, S. 163; zu Ziel 163 h siehe S. 170.

⁷⁰ Dies ist jedenfalls im rheinland-pfälzischen Planungssystem möglich, da die Vorranggebiete keine Ausschlusswirkung nach außen besitzen. Sobald eine kommunale Konzentrationszonenplanung unterbleibt, können sich Genehmigungsanträge somit auch auf Flächen außerhalb der Vorranggebiete beziehen.

⁷¹ GVBl. RLP 2017, S. 172.

⁷² s.o. LEP HE, a.a.O Fn. 21.

Waldflächen werden in den Bundesländern ganz unterschiedlich gehandhabt, teils ist die Nutzung der Waldflächen für Windenergieanlagen ausgeschlossen⁷³, teils ausdrücklich erwünscht⁷⁴ und teils liegt der Nutzung eine Reihe von Voraussetzungen zu Grunde.⁷⁵ Die Unterschiedlichkeit der Regelungen spiegelt nicht zuletzt sehr divergente Rahmenbedingungen im Hinblick auf Landschaftskulissen, Waldanteile, Waldqualitäten, Eigentums- und Nutzungsverhältnisse wieder.

1. Regelungen in den Landeswaldgesetzen

Für die Errichtung von Windenergieanlagen im Wald ist regelmäßig eine sog. Umwandlungsgenehmigung erforderlich.⁷⁶ Diese regelt die Rodung des Waldes und die Umwandlung in eine andere Nutzungsart (vgl. § 9 Abs. 1 S.1 BWaldG). § 8 Abs. 1 S. 3 LWaldG ST lautet: „Eine Umwandlung zur Errichtung von Windenergieanlagen ist nicht zulässig.“ Auch das Landeswaldgesetz Schleswig- Holstein schließt die Umwandlung von Wald zur Errichtung von Windenergieanlagen mit einer Höhe von mehr als 10 Metern aus.⁷⁷ Soweit WEA im Wald für ihren Standort wie für die Zuwegung eine Umwandlungsgenehmigung benötigen, ist danach ihre Errichtung im Wald ausgeschlossen.

2. Regelungen in den landesweiten Raumordnungsplänen

Die landesweiten Raumordnungspläne berücksichtigen regelmäßig auch Belange des Waldschutzes.⁷⁸ In Schleswig- Holstein wird bei der Ausweisung von Eignungsgebieten die Nutzung des Waldes zur Errichtung von Windenergieanlagen wegen des regelmäßigen Entgegenstehens von Fachbelangen des Naturschutzes ausgeschlossen.⁷⁹ Diese Regelung betrifft zwar ausdrücklich nur die Ausweisung von Eignungsgebieten, Z 5 schließt aber die Errichtung von Anlagen außerhalb von Eignungsgebieten aus.⁸⁰ Eine Errichtung von Windenergieanlagen im Wald ist damit faktisch ausgeschlossen. Das Landesraumordnungsprogramm Niedersachsen führt zur Windenergie im Wald aus: „Wald soll wegen seiner vielfältigen Funktionen, insbesondere wegen seiner klimaökologischen Bedeutung, nicht für die Nutzung von Windenergie in Anspruch genommen werden. Flächen

⁷³ Z.B. § 8 Abs. 1 S. 3 LWaldG ST, § 9 Abs. 3 S. 3 LWaldG SH; s.u. B. IV. 1 Regelungen in den Landeswaldgesetzen.

⁷⁴ Bspw. G 163 c LEP RP, s.u. B. IV. 2 Regelungen in den landesweiten Raumordnungsplänen.

⁷⁵ Bspw. NRW (nach derzeitiger Rechtslage); s.u. B. IV. 2 Regelungen in den landesweiten Raumordnungsplänen.

⁷⁶ Vgl. Kloepfer, Umweltrecht, § 12 Rn. 585 ff.

⁷⁷ § 9 Abs. 3 S. 3 LWaldG SH.

⁷⁸ Bspw. LEP SH Ziffer 3.5.2. Ziel 5 und Ziel 8; LEP NRW Z 7.3 – 1; LEP RP G 163 c.

⁷⁹ LEP SH Ziffer 3.5.2. Ziel 8.

⁸⁰ LEP SH Ziffer 3.5.2. Ziel 5.

innerhalb des Waldes können für Windenergienutzung nur dann in Anspruch genommen werden, wenn

- weitere Flächenpotenziale weder für neue Vorrang- noch für neue Eignungsgebiete im Offenland zur Verfügung stehen und
- es sich um mit technischen Einrichtungen oder Bauten vorbelastete Flächen handelt.⁸¹

Die Windenergienutzung im Wald ist in Niedersachsen daher nur auf bestimmten Flächen möglich. Es handelt sich bei der Regelung nicht um einen generellen Ausschluss wie in Schleswig-Holstein.

Ausdrückliche Regelungen zugunsten der Errichtung von Windenergieanlagen im Wald finden sich im Landesentwicklungsprogramm Rheinland- Pfalz. G 163 c LEP RP sieht vor, dass mindestens 2% der bewaldeten Landesfläche für die Windenergienutzung zur Verfügung gestellt werden sollen. Einschränkungen erfährt dieser Grundsatz durch den Ausschluss von größeren zusammenhängenden Laubwaldbeständen ab 120 Jahren.⁸² Der derzeit gültige LEP NRW⁸³ führt in Z 7.3.-1 aus:

„Wald ist insbesondere mit seiner Bedeutung für die nachhaltige Holzproduktion, den Arten- und Biotopschutz, die Kulturlandschaft, die landschaftsorientierte Erholungs-, Sport- und Freizeitnutzung, den Klimaschutz und wegen seiner wichtigen Regulationsfunktionen im Landschafts- und Naturhaushalt zu erhalten, vor nachteiligen Entwicklungen zu bewahren und weiterzuentwickeln. Dazu werden in den Regionalplänen entsprechende Waldbereiche festgelegt. Ausnahmsweise dürfen Waldbereiche für entgegenstehende Planungen und Maßnahmen nur dann in Anspruch genommen werden, wenn für die angestrebten Nutzungen ein Bedarf nachgewiesen ist, dieser nicht außerhalb des Waldes realisierbar ist und die Waldumwandlung auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt wird.

Die Errichtung von Windenergieanlagen ist möglich, sofern wesentliche Funktionen des Waldes nicht erheblich beeinträchtigt werden.“

Die Inanspruchnahme des Waldes zur Errichtung von Windenergieanlagen hängt demnach maßgeblich mit der jeweiligen Funktion des Waldes zusammen, die durch das Vorhaben beeinträchtigt wird. In der Begründung zu Z 7.3 -1 LEP NRW werden, in Anlehnung an § 1 BWaldG, die besonderen Funktionen des Waldes erläutert:

„Wald ist wegen seines wirtschaftlichen Nutzens und seiner Bedeutung für die Umwelt, insbesondere für die dauerhafte Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes, das Klima, den

⁸¹ LROP NI, 4.2 Zif. 04, Satz 8.

⁸² LEP RP, Z 163 d.

⁸³ GV. NRW v. 25.1.2017, S. 123.

Wasserhaushalt, die Reinhaltung der Luft, die Bodenfruchtbarkeit, das Landschaftsbild und die Erholung der Bevölkerung, zu erhalten, erforderlichenfalls zu mehren und seine ordnungsgemäße Bewirtschaftung nachhaltig zu sichern (vgl. § 1 Bundeswaldgesetz).⁸⁴

Die Funktionen sind einer Waldfunktionkartierung entnehmbar. Gibt es eine solche nicht, sind die Funktionen des Waldes für den jeweiligen Standort im Einzelfall zu bestimmen.⁸⁵ Zur Erhaltung der genannten Funktionen ist für die Umwandlung von Wald in eine andere Nutzungsart gem. § 9 Abs.1 BWaldG, § 39 Abs.1 LFoG NRW eine Umwandelungsgenehmigung erforderlich.

Diese soll gem. der Begründung zu Z 7.3.-1 LEP NRW

„dann versagt werden, wenn die Erhaltung des Waldes im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, insbesondere wenn der Wald in der Gemeinde einen geringen Flächenanteil hat oder für die Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes, den Schutz natürlicher Bodenfunktionen im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes, die forstwirtschaftliche Erzeugung, das Landschaftsbild oder die Erholung der Bevölkerung von wesentlicher Bedeutung ist oder dem Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes dient und die nachteiligen Wirkungen der Umwandlungen nicht durch Nebenbestimmungen, insbesondere durch die Verpflichtung, Ersatzaufforstungen durch Saat oder Pflanzung vorzunehmen, ganz oder zum wesentlichen Teil abgewendet werden können.“

Bei der Entscheidung über die Erteilung der Waldumwandelungsgenehmigung sind von der Behörde daher detaillierte Kenntnisse zum betroffenen Gebiet erforderlich. Sie hat insbesondere auch in ihre Betrachtung einzubeziehen, „dass erst reife Waldökosysteme ihre Funktionen, insbesondere in Bezug auf den Arten- und Biotopschutz, in vollem Umfang erfüllen können und Ersatzaufforstungen für in Anspruch genommenen Wald deren verlorengegangene Funktionen nur bedingt ausgleichen können.“⁸⁶

Liegt der betreffende Standort innerhalb eines regionalplanerisch festgelegten Waldbereiches, so muss für die Nutzung ein Bedarf nachgewiesen werden, der nicht außerhalb des Waldes realisierbar ist und die Waldnutzung auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt sein. Es darf keine zumutbare Alternative⁸⁷ im Verhältnis zur konkreten Beeinträchtigung des Waldes, für den mit der Planung oder Maßnahme verfolgten Zweck außerhalb des Waldes bestehen. Besteht eine solche, ist die Umwandelungsgenehmigung zu versagen.

⁸⁴ LEP NRW ,Begründung zu Z 7.3.-1.

⁸⁵ LEP NRW ,Begründung zu Z 7.3.-1.

⁸⁶ LEP NRW ,Begründung zu Z 7.3.-1.

⁸⁷ Unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit kommen auch solche alternativen Planungen und Maßnahmen in Betracht, die den damit angestrebten Zweck in zeitlicher, räumlicher und funktionell-sachlicher Hinsicht nur mit Abstrichen am Zweckerfüllungsgrad erfüllen oder mit gering erhöhten Kosten einhergehen, vgl. LEP NRW , Begründung zu Z 7.3.-1.

Die im Koalitionsvertrag als „Privilegierung der Windenergie im Wald“ angesprochene Formulierung findet sich in der Begründung zu Z 7.3:

„Diese generelle Festlegung zu einer ausnahmsweisen Inanspruchnahme des Waldes durch andere Nutzungen wird zugunsten der Windenergienutzung im Wald geöffnet, weil in Nordrhein-Westfalen die Stromerzeugung auf einen stetig steigenden Anteil erneuerbarer Energien umgestellt wird und der Ausbau der Windenergienutzung dabei einen wesentlichen Beitrag leisten soll. Aufgrund der ungleichen Verteilung der Waldflächen gilt dies insbesondere für die walddreichen Regionen innerhalb von Nordrhein-Westfalen. Wald steht der Errichtung von Windenergieanlagen nicht entgegen, sofern dadurch wesentliche Funktionen des Waldes nicht erheblich beeinträchtigt werden.“⁸⁸

Die Erholungsfunktion des Waldes ist erheblich beeinträchtigt, wenn das Vorhaben Waldflächen mit einer überdurchschnittlichen Bedeutung für die Erholungs- und Freizeitnutzung, bspw. durch hohe touristische Erschließung, betrifft. In waldarmen Gebieten überwiegt dahingegen häufig die Bedeutung des Waldes für die Umwelt und das Landschaftsbild.⁸⁹

3. Regelungen in Erlassen und Leitfäden

Der Windenergieerlass von Baden-Württemberg stellt fest, dass „die Ausweisung von Flächen zur Windenergienutzung auch in Waldgebieten notwendig ist, um die Ausbauziele der Landesregierung bis 2020 sicherzustellen. Waldgebiete sind grundsätzlich für die Windenergienutzung geeignet.“⁹⁰

Ausgenommen hiervon sind Bann- und Schonwälder (§ 30 bzw. § 32 LWaldG) als Tabubereiche in Nr. 4.2.1 Windenergieerlass BW.⁹¹ Der besonderen Schutz- und Erholungsfunktion⁹² von Wäldern wird im Rahmen der Abwägung Rechnung getragen. Der Erlass führt weiter aus: „Die besonderen Waldfunktionen leiten sich aus den naturräumlichen Gegebenheiten, den entstehenden Nutzungskonflikten, den besonderen Anforderungen der Gesellschaft an den Wald oder naturschutzfachlichen Gründen her.“⁹³

Der Windenergieerlass NRW, in der aktuell geltenden Fassung vom 4.11.2015, sieht vor, dass bei der Darstellung von Gebieten für die Windenergienutzung in der Bauleitplanung Waldflächen im Einzelfall zu prüfen sind. Eine Ausweisung kommt nicht in Betracht, wenn es

⁸⁸ LEP NRW, Begründung zu Z 7.3.-1.

⁸⁹ LEP NRW, Begründung zu Z 7.3.-1.

⁹⁰ Windenergieerlass BW, 4.2.1. S. 14.

⁹¹ Windenergieerlass BW, 4.2.1. S. 14.

⁹² Windenergieerlass BW, 4.2.7. S. 20.

⁹³ Windenergieerlass BW, 4.2.7. S. 20.

sich um besonders wertvolle Gebiete (insbesondere standortgerechte Laubwälder, Prozessschutzflächen) handelt. Dahingegen sind von Schadenereignissen betroffene Gebiete, auch unter der Berücksichtigung der Beschränkung der Waldinanspruchnahme auf das unbedingt erforderliche Maß, geeignet. Konzentriert die immissionsschutzrechtliche Genehmigung die Waldumwandlungsgenehmigung, wird durch Nebenbestimmungen sichergestellt, dass der Verlust der Waldfunktionen im Regelfall durch Ersatzaufforstungen ausgeglichen wird.⁹⁴ Besondere Brandschutzbestimmungen sind ebenfalls möglich.⁹⁵

Der Leitfaden „Rahmenbedingungen für Windenergieanlagen auf Waldflächen in Nordrhein-Westfalen“⁹⁶ stellt die 2011 geänderten Rahmenbedingung für die Windenergienutzung im Wald dar.⁹⁷ Für nachgeordnete Forstbehörden besitzt der Leitfaden verwaltungsinterne Bindungswirkung, für Regionalplanungsbehörden und Gemeinden ist er eine reine Empfehlung und kann Hilfestellung bei der planerischen Abwägung leisten.⁹⁸ In der Einzelfallprüfung zur Beurteilung der Geeignetheit von Waldflächen und der Zulässigkeit von Windenergieanlagen auf diesen Flächen, müssen im Rahmen der Erteilung der Waldumwandlungsgenehmigung von der Forstbehörde verschiedenste Kriterien, wie z.B. der Waldanteil der Gemeinden und Städte, detaillierte Unterlagen über den konkreten Standort, dauerhaft freizuhaltende Flächen, Zuwegungen und Leitungstrassen, Landschafts- und Artenschutzbelange⁹⁹ geprüft werden.

4. Zusammenfassung

Im Landesrecht finden sich bislang sehr unterschiedliche, die divergenten Rahmenbedingungen spiegelnde Regelungen zur Windenergienutzung im Wald. Obwohl alle Länder den Waldschutz betonen, sehen einige Länder den Wald als geeignete Potenzialfläche für Windenergie, andere Länder schließen Windenergienutzungen im Wald vollständig oder weitgehend aus. Die bisherige Regelung in NRW stellt in diesem Zusammenhang keine besondere „Privilegierung“ der Windenergienutzung im Wald dar, sondern verfolgt einen ausgleichenden Weg.

⁹⁴ Windenergieerlass NRW, 5.1.1., S. 34.

⁹⁵ Windenergieerlass NRW, 5.2.3.2., S. 52 f.

⁹⁶ Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, 2012.

⁹⁷ Leitfaden „Rahmenbedingungen für Windenergieanlagen auf Waldflächen in Nordrhein- Westfalen“, S.5.

⁹⁸ Leitfaden „Rahmenbedingungen für Windenergieanlagen auf Waldflächen in Nordrhein- Westfalen“, S.6.

⁹⁹ Leitfaden „Rahmenbedingungen für Windenergieanlagen auf Waldflächen in Nordrhein- Westfalen“, S. 31 ff.

C. Rechtliche Würdigung

Den Koalitionsparteien in NRW kommt es ausweislich der Formulierungen im Koalitionsvertrag auf eine rechtssichere, aber die rechtlichen Möglichkeiten ausschöpfende Regelung der Windenergienutzung in Nordrhein-Westfalen an. Im Folgenden sind deshalb zunächst die rechtlichen Maßstäbe zusammenzustellen, die an eine restriktive Regelung der Windenergienutzung auf Landesebene anzulegen sind, und dann im einzelnen zu prüfen, ob die vorgesehenen Maßnahmen sich im Rahmen der dadurch begrenzten Zulässigkeit halten.

I. Rechtsmaßstäbe

Landesrechtliche Regelungen zur Windenergie müssen mit dem Bundesrecht vereinbar sein. Grenzen der Zulässigkeit von Landesregelungen ergeben sich deshalb zum einen aus dem Grundgesetz, zum anderen aus dem das Land bei entsprechenden Regelungen bindenden einfachen Bundesrecht.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

a) Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG

Die als Grundrecht geschützte Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) umfasst die freie Entscheidung des Grundstückseigentümers über die Nutzung seines Grundstücks. Als „Baufreiheit“ schützt das Grundrecht nach herrschender Ansicht insbesondere auch die Bebaubarkeit des Grundstücks mit baulichen Anlagen jeder Art. Die Beschränkung der Nutzbarkeit und Bebaubarkeit des Grundstücks stellt insoweit einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit dar, der als „Inhalts- und Schrankenbestimmung“ (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) zwar vorgesehen ist, aber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegt. Die Inhalts- und Schrankenbestimmung muss danach geeignet sein, ein legitimes Ziel zu erreichen, zur Zielerreichung erforderlich sein, d.h. das mildeste geeignete Mittel darstellen, und schließlich auch in Ansehung der Bedeutung der Einschränkung noch angemessen erscheinen.

Die beabsichtigten Abstandsregelungen ebenso wie die Einschränkungen der Windenergienutzung im Wald sind darauf gerichtet, die Errichtung von Windenergieanlagen auf Grundstücken innerhalb der vorgesehenen Abstände bzw. auf Waldgrundstücken auszuschließen. Sie stellen damit Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums dar, müssen sich deshalb auf ein geschütztes Rechtsgut berufen können und zu dessen Schutz erforderlich sein.

b) Grundsatz der bundesfreundlichen Kompetenzausübung

Aus dem Bundesstaatsprinzip (Grundsatz der Bundesfreundlichkeit) wie aus dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Gebot der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung¹⁰⁰ (Art. 20 Abs. 1 GG) leitet das BVerfG den Grundsatz der bundesfreundlichen Kompetenzausübung ab. Danach dürfen die Kompetenzen des Landes nicht so genutzt werden, dass dadurch vorfindliche Bundesregelungen unterlaufen oder konterkariert würden. Das BVerfG hat die grundlegenden Leitlinien zur Kompetenzausübung durch die Länder in einem Urteil entwickelt, das sich mit dem Verhältnis von Sachgesetzgebungskompetenz- und Steuergesetzgebungskompetenz befasst hat.¹⁰¹ Die Länder sind bei ihrer parlamentarischen Gesetzgebung und exekutiven Rechtssetzung zum bundesfreundlichen Verhalten verpflichtet.¹⁰² Das Bundesverfassungsgericht führt in seinem Urteil dazu aus:

„Die rechtsstaatlichen Vorgaben begründen im Rahmen der bundesstaatlichen Ordnung der Gesetzgebungskompetenzen zugleich Schranken der Kompetenzausübung. Der Steuergesetzgeber darf die vom Sachgesetzgeber getroffenen Entscheidungen nicht durch Lenkungsregelungen verfälschen, deren verhaltensbestimmende Wirkungen dem Regelungskonzept des Sachgesetzgebers zuwiderlaufen. Sobald der Sachgesetzgeber für einen Sachgegenstand Regelungen trifft, muß der Gesetzgeber diese bei steuerlichen Lenkungen beachten [...]. Würde der Bundesgesetzgeber etwa durch eine Lenkungssteuer mit Lenkungsdruck in einem vom Landesgesetzgeber geregelten Bereich des Kultusrechts gestaltend einwirken, überschritte er seine Steuerkompetenz, wenn er dadurch zu einer dem Regelungskonzept oder einer Einzelaussage des Landesgesetzgebers zuwiderlaufenden Verhaltensweise veranlassen würde. Umgekehrt dürfte der Landesgesetzgeber oder der kommunale Satzungsgeber nicht durch eine Lenkungssteuer in den Regelungsbereich des Bundesgesetzgebers einwirken, wenn dieser den steuerlich verfolgten Lenkungszweck ausgeschlossen oder gegenläufige Lenkungswirkungen oder Handlungsmittel vorgeschrieben hat.¹⁰³

Nur durch eine entsprechende Abstimmung zwischen Bund und Land kann auch sichergestellt werden, dass den jeweiligen Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen würden.¹⁰⁴

Die Verpflichtung zur Beachtung der bundesstaatlichen Kompetenzgrenzen und zur Ausübung der Kompetenz in wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme [...] wird durch das Rechtsstaatsprinzip in ihrem Inhalt verdeutlicht und in ihrem Anwendungsbereich erweitert. Das

¹⁰⁰ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art 20, Rn. 56 f.

¹⁰¹ BVerfG, Urt. v. 7.5.1998, 2 BvR 1991/95 und 2 BvR 2004/95.

¹⁰² Bauer in Dreier, GG, Art. 20, Rn. 45 f.

¹⁰³ BVerfG, a.a.O. Fn. 101, Rn. 59 f.

¹⁰⁴ BVerfG, a.a.O. Fn. 101, Rn. 58; Bauer in Dreier, GG, Art. 20, Rn. 51.

Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen. Welche der einen Widerspruch begründenden Regelungen zu weichen hat, bestimmt sich grundsätzlich nach dem Rang, der Zeitenfolge und der Spezialität der Regelungen. (...) ¹⁰⁵

Die vom Bundesverfassungsgericht im Verpackungssteuerfall entwickelten Aussagen sind keinesfalls spezifisch die Steuergesetzgebung betreffende Besonderheiten. Die Bundesfreundlichkeit, d.h. die wechselseitige Pflicht des Bundes und der Länder, bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen auf das Interesse des jeweils anderen Rücksicht zu nehmen, ist eine stets Beachtung verlangende Ausprägung des Bundesstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG. ¹⁰⁶ Gerade auf den hier zugrunde liegenden Konflikt zwischen dem für das Bodenrecht wie für die Energiewirtschaft sachlich zuständigen Bund und dem für die Landesplanung zuständigen Land lässt sich die Argumentation ohne weiteres übertragen. Verfolgt der Bund aufgrund seiner Kompetenzen eine Konzeption zur Förderung der Nutzung von Windenergie, so darf das Land seine raumordnerischen Koordinierungskompetenzen nicht dazu nutzen, diese bundesrechtliche Sachkonzeption zu unterlaufen. ¹⁰⁷

c) Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG

Art. 28 Abs.2 S.1 GG gewährleistet das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden im Rahmen der Gesetze. „Schränkt die Landes- oder Regionalplanung die Planungshoheit einzelner Gemeinden ein, so müssen überörtliche Interessen von höherem Gewicht den Eingriff rechtfertigen; der Eingriff in die Planungshoheit muss gerade angesichts der Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltung verhältnismäßig sein.“ ¹⁰⁸ Die Verhältnismäßigkeit einer Regelung ist nur gegeben, wenn Kommunen ihre Planungshoheit als Kern ihrer von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zugewiesenen Angelegenheiten rechtssicher ausüben können.

„Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Die darin liegende Garantie der Einrichtung gemeindliche Selbstverwaltung bedarf der gesetzlichen Ausgestaltung und Formung. Der Vorbehalt "im Rahmen der Gesetze" überläßt dem Gesetzgeber diese Ausgestaltung und Formung jedoch nicht beliebig. Zum einen setzt der Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie ihm eine Grenze; hiernach darf der Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung nicht ausgehöhlt werden. Aber auch außerhalb des

¹⁰⁵ BVerfG, a.a.O. Fn. 101, Rn.57 f.

¹⁰⁶ Grzeszick, in Maunz/Dürig, GG, Art 20, Rn. 119, 12., Bauer in Dreier, GG, Art. 20 Rn. 45

¹⁰⁷ Vgl. BVerfG, a.a.O. Fn.101, Rn. 58 f.

¹⁰⁸ BVerwG, Beschl. v. 9.4.2014, 4 BN 3/14, juris, Rn. 7.

Kernbereichs ist der Gesetzgeber nicht frei: Indem der Verfassungsgeber die Institution gemeindliche Selbstverwaltung nicht nur in ihrer überkommenen Gestalt aufgegriffen, sondern mit eigenen Aufgaben in den Aufbau des politischen Gemeinwesens nach der grundgesetzlichen Ordnung eingefügt hat, hat er ihr eine spezifische Funktion beigemessen, die der Gesetzgeber zu berücksichtigen hat.¹⁰⁹

Verhältnismäßig ist eine Regelung nur, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgt. Befindet die Regelung sich im Widerspruch zu Grundsätzen der bundesfreundlichen Kompetenzausübung verfolgt die Regelung bereits kein legitimes Ziel.¹¹⁰ Zugleich macht sie der Gemeinde wegen der Widersprüchlichkeit der rechtlichen Vorgaben eine rechtssichere Ausübung ihrer Planungshoheit unmöglich und bildet daher einen unzumutbaren Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie.¹¹¹

2. Einfachrechtliche Vorgaben des Bundesrechts

a) Vorgaben des Raumordnungsgesetzes (ROG)

Im Bereich der Raumordnung steht zwar den Ländern der planende Vollzug, nicht jedoch die Gesetzgebungskompetenz zu. Vielmehr hat der Bund in Ausübung seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG das Raumordnungsgesetz (ROG) erlassen, das zahlreiche Vorgaben für die Raumordnung der Länder enthält

aa) Gegenstromprinzip aus § 1 Abs. 3 ROG

Das die Raumordnung seit jeher prägende Gegenstromprinzip¹¹² ist in besonderer Weise geeignet, mögliche Konflikte zwischen verschiedenen Ebenen räumlicher Planung zu entschärfen. Seine normative Ausprägung findet es gegenwärtig in § 1 Abs. 3 ROG:

„Die Entwicklung, Ordnung und Sicherung der Teilräume soll sich in die Gegebenheiten und Erfordernisse des Gesamttraums einfügen; die Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Gesamttraums soll die Gegebenheiten und Erfordernisse seiner Teilräume berücksichtigen“.

Die überörtliche Gesamtplanung funktioniert demnach nicht als gleichgerichtetes top-down-System, sondern eben im Gegenstrom. Im Ergebnis bedeutet dies, dass jede Planungsebene die Entwicklungsvorstellungen der anderen Ebenen in ihrer Abwägung berücksichtigen muss. Nicht zuletzt daraus zieht die Bindungswirkung der Ziele der Raumordnung ihre Legitimation¹¹³.

¹⁰⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988, 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83, Rn. 40

¹¹⁰ S.o. C. I. 1. b) Grundsatz der bundesfreundlichen Kompetenzausübung.

¹¹¹ Batts, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, 21. Mai 2014; Ausschussdr. 18(16)58- C, S. 2.

¹¹² Runkel in S/R/G, ROG, § 1, Rn. 107. Das ROG existiert seit 1965.

¹¹³ Vgl. Runkel in S/R/G, ROG, § 1, Rn 111.

Als Anforderung an die Raumordnung auf Landes- und Regionalebene ergibt sich einerseits der Auftrag, „dass sie ihre Aufgabenstellung nicht nur bezogen auf die Gegebenheiten des Landes, sondern des Gesamttraums der Bundesrepublik Deutschland erfüllt.“¹¹⁴ Andererseits hat sie die städtebauliche Planung der Gemeinden in ihrer Abwägung zu berücksichtigen. Auch wenn – mangels umfassender Bundesraumordnungsplanung – die gesamträumlichen Anforderungen keinem integrierten Plandokument entnommen werden können, besteht kein Zweifel daran, dass in Gesetzen niedergeschlagene Politikansätze des Bundes in ihren Raumerfordernissen zu den „Gegebenheiten und Erfordernissen des Gesamttraumes“ zu zählen sind.

Der Wille zur Förderung erneuerbarer Energien stellt eine Konstante der Energiepolitik des Bundes der vergangenen 20 Jahre dar. Dieser Wille hat sich auch in gesetzgeberischen Wertungsentscheidungen niedergeschlagen, die gerade die Raumwirksamkeit des Ausbaus der Windenergienutzung aufgreifen und würdigen. Insbesondere die Privilegierungsentscheidung des § 35 BauGB gehört insofern zu den landesplanerisch zu verarbeitenden Gegebenheiten und Erfordernissen des Gesamttraums. Die nicht nur im BauGB hinterlegte¹¹⁵ Forderung des Bundes, die Errichtung von Windenergieanlagen im Außenbereich zu begünstigen, wird durch das Gegenstromprinzip zum hervorgehobenen Abwägungsbelang der Raumordnung und setzt damit dem planerischen Gestaltungsermessen des Landes Grenzen.

Auch die Entwicklungsvorstellungen der Gemeinde sind im Rahmen des Gegenstromprinzips zu berücksichtigen. Dies hat sich im bereits zitierten Begründungstext zum Vorsorgeabstand des LEP Hessen¹¹⁶ erkennbar niedergeschlagen, der Bezug nimmt auf die „räumlichen Entwicklungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinden, etwa auch im Hinblick auf potenzielle Siedlungserweiterungsgebiete“. Umgekehrt würde aber das Gegenstromprinzip ebenso verlangen, dass Entwicklungsvorstellungen der Gemeinde zum Ausbau der Windenergie auf ihrem Gebiet mit zumindest gleichem Gewicht in der Raumordnungsplanung berücksichtigt werden

bb) Leitvorstellung und Grundsätze der Raumordnung

Planungsinhaltliche Vorgaben an die Raumordnung in den Ländern bestehen in der Leitvorstellung (§ 1 Abs. 2 ROG) und den Grundsätzen (§ 2 Abs. 2 ROG) der Raumordnung. Leitvorstellung der Raumordnung ist eine nachhaltige Raumentwicklung, die die sozialen und

¹¹⁴ Runkel in S/R/G, ROG, § 1, Rn 109.

¹¹⁵ Vgl. z.B. auch das Energiekonzept der Bundesregierung, Kabinettsbeschl. v. 28.09.2010, S. 6 – Die Energiewende erfordert den „massiven Ausbau der Windkraftkapazitäten On- und Offshore.“

¹¹⁶ S.o. Zitat LEP HE, a.a.O. Fn. 21.

wirtschaftlichen Ansprüche an den Raum mit seinen ökologischen Funktionen in Einklang bringt und zu einer dauerhaften, großräumig ausgewogenen Ordnung mit gleichwertigen Lebensverhältnissen in den Teilräumen führt.¹¹⁷ Die Schaffung der räumlichen Erfordernisse für eine kostengünstige, sichere und umweltverträgliche Energieversorgung (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 S. 5 ROG) und der Ausbau der Erneuerbaren Energien aus Klimaschutzgründen (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 8 ROG) sind bundesgesetzliche, die Leitvorstellung konkretisierende Grundsätze, die mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die landes- und regionalplanerische Abwägung einzustellen sind.

cc) Abgewogenheit der Zielfestlegungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG)

Ziele der Raumordnung sind gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG

„verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen (§ 7 Abs. 2) textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums“.

Die entsprechende Etikettierung im Plandokument macht eine raumordnerische Aussage noch nicht zum Ziel; sie muss vielmehr den durch das ROG gesetzten Anforderungen an die Zielqualität genügen¹¹⁸. Insoweit wesentlich sind die Kriterien der sachlichen und räumlichen Bestimmtheit sowie der Abgewogenheit überhaupt und der abschließenden Abgewogenheit (Endabgewogenheit). Soweit übertragbar, gilt für die raumordnerische Abwägung die Lehre von der bauleitplanerischen Abwägung als Referenzgebiet¹¹⁹. Der in der Begriffsdefinition des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG als Verweis enthaltene § 7 Abs. 2 ROG ist erkennbar dem § 1 Abs. 7 BauGB nachgebildet. Öffentliche und private Belange sind demnach gegeneinander und untereinander abzuwägen. Aus dem Aufgabenzuschnitt der Raumordnung, der ein im Vergleich zur städtebaulichen Planung höheres Abstraktions- bzw. Aggregationsniveau erfordert, ergeben sich jedoch einige Besonderheiten für die raumordnerische Abwägung. Insbesondere sind Belange gem. § 7 Abs. 2 ROG nur abzuwägen, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene – typischerweise also in der Landes- oder Regionalplanung – „erkennbar und von Bedeutung“ sind.

¹¹⁷ Runkel in S/R/G, ROG, § 1, Rn. 95.

¹¹⁸ OVG NRW, Urt. v., 30.09.2009, 10 A 1676/08, juris, Rn. 82: „Erfüllt eine landesplanerische Regelung nicht die [...] inhaltlichen Voraussetzungen, so ist sie kein Ziel der Raumordnung. Anders lautende Bekundungen des Plangebers vermögen eine Planaussage nicht zu einem Ziel erstarken zu lassen.“

¹¹⁹ Vgl. Runkel in S/R/G, ROG, § 7, Rn. 22 m.w.N., ebenso Battis in B/K/L, BauGB, § 1, Rn. 87 – Abwägungsgebot „anhand der Bauleitplanung entwickelt“.

Mit Blick auf die hier gegenständlichen Vorgaben für die Windenergienutzung ergeben sich daraus eine Vielzahl unterschiedlicher Differenzierungsgebote¹²⁰, die zu berücksichtigen sind, will nicht der Plangeber zu verstehen geben, dass er die sich in diesem Zusammenhang geradezu aufdrängenden Unterscheidungsmerkmale für abwägungsirrelevant hält.

b) Privilegierung der Windenergienutzung in § 35 Abs. 1 und 3 BauGB

aa) Bedeutung der Privilegierung in § 35 Abs. 1 BauGB

Die privilegierte Zulässigkeit von bestimmten, in § 35 Abs.1 BauGB aufgeführten Vorhaben, durchbricht den Grundsatz, den Außenbereich von jedweder Bebauung freizuhalten.¹²¹ Im Juni 1994 verneinte das Bundesverwaltungsgericht die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich unter den seinerzeit vorhandenen Privilegierungstatbeständen.¹²² In der Folge kamen Genehmigungen für Windenergieanlagen fast vollständig zum Erliegen.¹²³ Der Gesetzgeber führte daraufhin 1996 in § 35 Abs.1 Nr. 7 BauGB (a.F.) die Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich ein.¹²⁴ Diese, die Rechtsprechung korrigierende Entscheidung des Gesetzgebers, bringt die bundesgesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, dass Windenergieanlagen gerade im Außenbereich errichtet werden sollen, um den Anteil der Erneuerbaren Energien an der Energieversorgung aus klimaschutz-, energie- und umweltpolitischen Gründen zu steigern und den Ausstoß von Kohlendioxid zu senken.¹²⁵ Nicht nur das öffentliche Interesse an der Zulassung von Windenergieanlagen, sondern gerade auch ihre Zuordnung zum Außenbereich, werden durch diese gesetzgeberische Entscheidung deutlich.

Die Privilegierungsentscheidung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 als bodenrechtliche Grundentscheidung des Bundes, spiegelt dessen energiepolitisches Gesamtkonzept wider. Schon wegen des Grundsatzes der bundesfreundlichen Kompetenzzusübung darf deshalb der Steuerungsansatz eines Landes nicht das Ziel verfolgen, Windenergieanlagen, die im bundesrechtlich normierten öffentlichen Interessen liegen, hinter die durch die Grundentscheidung gebotene Schwelle zurückzudrängen.

¹²⁰ Sofern z.B. die Gebietskategorien der BauNVO als Anknüpfungspunkte für die raumordnerische Abstandsbemessung angeführt werden, geschieht dies in den Ländern nicht einheitlich. Während die rheinland-pfälzische Regelung alle Wohn- und Mischgebietskategorien gleichbehandelt, unterscheidet Bremen selbst noch zwischen reinem und allgemeinem Wohngebiet.

¹²¹ Mitschang/Reidt in B/K/L, § 35 BauGB, Rn. 1.

¹²² BVerwG, Urt. v. 16.6.1994, 4 C 20.93, juris.

¹²³ BT Drs.13/1733 v. 21.6.1995, S.3.

¹²⁴ Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30.7.1996, BGBl. I 1189; Söfker in E/Z/B/K, § 35 BauGB, Rn. 9.

¹²⁵ BVerwG, Urt. v. 13.3.2003, 4 C 4.02, juris, Rn. 26; BT Drs. 13/4978, S. 1, 6.

bb) Das Substanzgebot

Als Kommunen mit Hilfe des sich aus § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ergebenden Planvorbehalt vielfach versuchten, die gesetzgeberische Wertung zu unterlaufen und die Windenergienutzung im Außenbereich zu marginalisieren, unterstrich das BVerwG die Bedeutung der gesetzgeberischen Privilegierung in der Planung: „Das Zurücktreten der Privilegierung in Teilen des Plangebiets lässt sich nach der Wertung des Gesetzgebers nur dann rechtfertigen, wenn die Gemeinde sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen.“¹²⁶ Der Gemeinde ist es daher nicht möglich, das gesamte Gemeindegebiet für die Windenergienutzung zu sperren. Eine „Feigenblattplanung, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinauslaufe“¹²⁷ darf nicht unter dem „Deckmantel“¹²⁸ der angeblich bloßen Steuerung von Windkraftanlagen erfolgen. Die Gemeinde muss „der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers Rechnung tragen und für die Windenergienutzung in substantieller Weise Raum schaffen“¹²⁹ (im Folgenden: Substanzgebot).

„§ 35 Abs. 3 S. 3. BauGB bietet keine Handhabe dafür, die Zulassung von Windkraftanlagen derart restriktiv zu steuern, dass die Gemeinde sich einseitig von dem Ziel leiten lässt, die Entfaltungsmöglichkeiten dieser Nutzungsart auf das rechtlich unabdingbare Minimum zu beschränken. Der Gesetzgeber gestattet es, das durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB rechtlich geschützte Nutzungsinteresse in der Konkurrenz mit anderen Abwägungsbelangen ggf. zurückzustellen. Ein solches "Wegwägen" ist indes rechtfertigungsbedürftig. Ist die Planung nicht durch Abwägungsoffenheit gekennzeichnet, sondern in einer bestimmten Richtung vorgeprägt, so sind Abwägungsdefizite vorprogrammiert.“¹³⁰

Will der Plangeber einen Ausschluss in Teilen des Gebiets erreichen, muss er dem Substanzgebot an anderer Stelle Vorrang einräumen. Missachtet der Plangeber die Anforderungen des Substanzgebotes und damit die Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers, liegt ein absoluter Abwägungsfehler (Disproportionalität) vor. Die Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers ist daher nur auf Teilflächen überwindbar, dem Substanzgebot muss in der Abwägung genügend Raum gegeben werden.

Auf der Ebene der Regionalplanung wendet das Bundesverwaltungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung das zur kommunalen Planung entwickelte Substanzgebot ebenfalls an.¹³¹ Das

¹²⁶ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002, 4 C 15/01, juris, Rn.28.

¹²⁷ BVerwG, a.a.O. Fn. 126, Rn. 29.

¹²⁸ BVerwG, a.a.O. Fn. 126, Rn. 29.

¹²⁹ BVerwG, a.a.O. Fn. 126, Rn. 29.

¹³⁰ BVerwG, a.a.O. Fn. 126, Rn. 29.

¹³¹ BVerwG, a.a.O. Fn.125, Rn. 14; BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 , 4 C 3.02, juris Rn. 20.

Bundesverwaltungsgericht führt, anknüpfend an das Urteil vom 17.12.2002¹³², ohne weitere Erläuterung¹³³ aus:

„§ 35 Abs.3 S.3 BauGB stellt die Errichtung von Windenergieanlagen (sowie anderer Vorhaben nach § 35 Abs.1 Nr. 2 bis 6 BauGB) im gemeindlichen Außenbereich unter einen Planungsvorbehalt, der sich an die Gemeinden als Träger der Flächennutzungsplanung und an die Träger der Raumordnungsplanung, insbesondere der Regionalplanung, richtet. (...) Eine gezielte (rein negative) "Verhinderungsplanung" ist dem Plangeber jedoch verwehrt. Er muss die Entscheidung des Gesetzgebers, Windenergieanlagen im Außenbereich zu privilegieren (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB), beachten und für die Windenergienutzung im Plangebiet in substantieller Weise Raum schaffen.“¹³⁴

Es ist daher von der unmittelbaren Anwendbarkeit des Substanzgebots auch auf der Ebene der Raumordnung ist daher auszugehen.

cc) Privilegierung und „entgegenstehende Belange“, § 35 Abs. 3 BauGB

Die Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers wirkt nicht absolut. Privilegierten Vorhaben des § 35 Abs. 1 BauGB und den sonstigen Vorhaben des § 35 Abs. 2 BauGB können die öffentlichen Belange des § 35 Abs. 3 BauGB entgegengehalten werden.¹³⁵ Die gesetzgeberische Wertung, die in § 35 Abs. 1 BauGB zum Ausdruck kommt, spiegelt sich jedoch auch in dem Verhältnis der Vorhaben zu den öffentlichen Belangen wider.

Sonstige Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 2 BauGB sind nur zulässig, soweit sie öffentliche Belange nicht beeinträchtigen.¹³⁶ Eine Beeinträchtigung „setzt voraus, dass das Vorhaben diese Belange berührt und sie dabei im Sinne einer Belastung oder Einwirkung beeinträchtigt.“¹³⁷ Demgegenüber sind gem. § 35 Abs. 1 BauGB privilegierte Vorhaben zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Bei privilegierten Vorhaben ist das Gewicht, welches der Gesetzgeber diesen Vorhaben im Außenbereich bemisst und durch das sie ein gesteigertes Durchsetzungsvermögen erfahren, in die Abwägung des Zwecks des Vorhabens mit dem jeweils entgegenstehenden öffentlichen Belang einzustellen.¹³⁸ Dabei ist von Bedeutung,

¹³² BVerwG, a.a.O. Fn. 126.

¹³³ Der begründungsbedürftige Transfer des Substanzgebots von der kommunalen Planung auf die Raumordnungsplanung wird durch das Bundesverwaltungsgericht ohne Erläuterung vorgenommen. Dieser lässt sich aber zumindest durch das Gebot der bundesfreundlichen Kompetenzzustimmung rechtfertigen (s.o. C. I. 1. b) Grundsatz der bundesfreundlichen Kompetenzzustimmung.

¹³⁴ BVerwG, a.a.O. Fn. 125, Rn. 14, 15; BVerwG, a.a.O. Fn.131, Rn. 20.

¹³⁵ § 35 Abs. 3 BauGB beinhaltet eine beispielhafte Aufzählung, die Belange sind daher nicht abschließend durch § 35 Abs. 3 BauGB erfasst, vgl. Söfker in E/Z/B/K, § 35, Rn. 75.

¹³⁶ Entgegen dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 BauGB besteht nach ständiger Rechtsprechung kein Ermessen bzgl. der Zulässigkeit eines Vorhabens; BVerwG, Urt. v. 29.4.1964, 1 C 30.62, juris, Rn. 8 f., Söfker in E/Z/B/K, § 35 BauGB, Rn. 73, m.w.N.

¹³⁷ Söfker in E/Z/B/K, § 35, Rn. 75.

¹³⁸ Weyreuther: Bauen im Außenbereich, S. 160; Söfker in E/Z/B/K, § 35, Rn. 60.

welcher öffentliche Belang berührt wird und welches Gewicht ihm im Einzelfall zukommt. Privilegierten Vorhaben kommt deshalb gegenüber den Belangen des § 35 Abs. 3 BauGB ein „gesteigertes Durchsetzungsvermögen“¹³⁹ zu, das der Gesetzgeber den sonstigen Vorhaben nicht zuerkennt.¹⁴⁰

Die Windenergienutzung im Außenbereich genießt als privilegiertes Vorhaben gegenüber den in § 35 Abs. 3 BauGB aufgezählten öffentlichen Belangen also eine Vorzugstellung.¹⁴¹ Diese Vorzugstellung ist auch bei der Aufstellung von Raumordnungszielen in die Überlegungen des Landes einzubeziehen.

dd) Länderöffnungsklausel (§ 249 Abs. 3 BauGB)

§ 249 Abs. 3 BauGB, eingeführt durch das „Gesetz zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen“¹⁴² vom 15.7.2014, stellt eine Länderöffnungsklausel dar, die länderspezifische Regelungen für Mindestabstände zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzungen ermöglichen sollte. Zur Begründung wurden die gewachsene Gesamthöhe von Windenergieanlagen, die mit der Entfernung zur Wohnbebauung steigende Akzeptanz und die unterschiedliche topographische Struktur der Bundesländer angeführt.¹⁴³ Den Ländern wurde durch die Änderung allein die Befugnis eingeräumt, den Privilegierungstatbestand des § 35 Abs.1 Nr. 5 BauGB von bis zum 31.12.2015 zu verkündenden Landesgesetzen abhängig zu machen. Weitergehende Einschränkungen der Zulässigkeit von Windenergieanlagen, etwa nach § 35 Abs. 1 Nr. 1-4 und Abs. 2 BauGB, sind von der Länderöffnungsklausel nicht erfasst¹⁴⁴ Innerhalb der Abstandsflächen sind Windenergieanlagen daher weiterhin als „sonstige Vorhaben“ i.S.d. § 35 Abs. 2 BauGB zulässig, wenn sie öffentliche Belange nicht beeinträchtigen.¹⁴⁵ Außerhalb der Abstandsflächen gilt weiterhin der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.

Die Befristung der Länderöffnungsklausel, die den Länder die Möglichkeit einräumt, die bodenrechtliche Kompetenzausübung des Bundesgesetzgebers aus § 35 BauGB und die damit verbundenen Wertungen in einem eng umrissenen Rahmen zu ändern, ist ein Hinweis auf die Bedeutung des § 35 BauGB aus Sicht des Bundesgesetzgebers. Dieser wollte den Ländern

¹³⁹ Weyreuther: Bauen im Außenbereich, S. 160.

¹⁴⁰ Söfker in E/Z/B/K, § 35, Rn. 75.

¹⁴¹ BVerwG, a.a.O Fn. 126, Rn. 25.

¹⁴² BGBI. I, S. 954.

¹⁴³ BR-Drs. 155/14 v. 11.4.2014, S. 1.

¹⁴⁴ BayVGH, Ent. v. 13.10.2016, - Vf. 18-VII-15; Mitschang/ Reidt in B/K/L: § 249 BauGB, Rn. 14.

¹⁴⁵ Trotz des Wortlautes der Vorschrift („kann“) besteht ein Rechtsanspruch auf die Zulassung des Vorhabens, wenn öffentliche Belange nicht beeinträchtigt werden, näher sie Mitschang/ Reidt in B/K/L, § 35, Rn. 66 m.w.N.

ausdrücklich keine unbefristete Möglichkeit der abweichenden Regelung der Privilegierung ermöglichen.

Die Einführung des § 249 Abs. 3 BauGB bestätigt daher, entgegen der auf den ersten Blick naheliegenden Annahme der Änderung der gesetzgeberischen Wertung, dass der Gesetzgeber der Verortung der Windenergie im Außenbereich hohe Priorität einräumt. Insbesondere hat der Bundesgesetzgeber den Ländern zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit eröffnet, Windenergieanlagen im Außenbereich pauschalierend auszuschließen.

Der bayerische Verfassungsgerichtshof hat mit Urteil vom 9. Mai 2016¹⁴⁶ die Regelungen in Art. 82 – 84 BayLBO auf Grundlage des § 249 Abs. 3 bestätigt.¹⁴⁷ Die Aufhebung der Privilegierung in dem nach Art. 82 Abs. 1 BayBO bestimmten Abstandsbereich steht demnach nicht im Widerspruch zum Regelungsgefüge des § 35 BauGB. Mindestabstände, bei denen Flächen verbleiben, die dem Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB unterfallen, sind zulässig, solange sie das durch die Privilegierungsentscheidung zum Ausdruck kommende Substanzgebot nicht komplett unterlaufen.¹⁴⁸

c) Vorgaben aus § 1 BWaldG

Für die Nutzung des Waldes durch Windenergieanlagen sind bundesrechtlich vor allem die Maßgaben des Bundeswaldgesetzes zu beachten. Zweck dieses Gesetzes ist es insbesondere, den Wald wegen seines wirtschaftlichen Nutzens (Nutzfunktion) und wegen seiner Bedeutung für die Umwelt, insbesondere für die dauernde Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes, das Klima, den Wasserhaushalt, die Reinhaltung der Luft, die Bodenfruchtbarkeit, das Landschaftsbild, die Agrar- und Infrastruktur und die Erholung der Bevölkerung (Schutz- und Erholungsfunktion) zu erhalten (§ 1 Nr. 1 BWaldG). Da hierfür in erster Linie die Waldbesitzer in Anspruch genommen werden, nennt § 1 Nr. 2 BWaldG andererseits die Förderung der Forstwirtschaft als weiteren Zweck des Gesetzes. Schließlich weist § 1 Nr. 3 BWaldG generalklauselartig darauf hin, dass „zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und den Belangen der Waldbesitzer“ ein Ausgleich herbeizuführen ist.

¹⁴⁶ BayVGH, Ent. v. 9. Mai 2016 - Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4- VIII-15.

¹⁴⁷ Mit Ausnahme des Art. 85 Abs. 5 BayBO, BayVGH, a.a.O. Fn. 146, Rn. 190. Der Art. 85 Abs. 5 BayBO enthielt die den Gemeinden auferlegte Pflicht, bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die für Vorhaben nach Abs. 1 einen geringeren als den Mindestabstand festsetzen wollen, im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken. Diese wurde Mangels Gesetzgebungskompetenz – eine derartige Regelung ist nicht von § 249 Abs. 3 BauGB gedeckt – als verfassungswidrig angesehen.

¹⁴⁸ BayVGH, a.a.O. Fn. 146, Rn. 125.

Der besondere Schutz des Waldes im Gemeinwohlinteresse stellt für die Waldbesitzer eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG)¹⁴⁹ dar. Um dessen Verhältnismäßigkeit sicher zu stellen sieht der Bundesgesetzgeber deshalb einen Ausgleich der Interessen vor. Zugleich differenziert er die öffentlichen Interessen am Wald abschließend zwischen Nutz-, Schutz- und Erholungsfunktion aus. An diese Grundentscheidungen des Bundesgesetzgebers ist das Land gebunden.

II. Rechtliche Grenzen restriktiver Windenergieregelungen des Landes

Im Folgenden bleibt zu prüfen, ob die Vorstellungen der Landesregierung NRW mit den genannten rechtlichen Vorgaben vereinbar sind und sich dementsprechend rechtssicher umsetzen lassen.

1. Abstandsvorgabe als Konkretisierung entgegenstehender Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB im Genehmigungsverfahren

Die Einführung eines Mindestabstandes von 1.500 Metern zwischen Wohngebieten und Windenergieanlagen wäre unproblematisch zulässig, wenn sie sich in einer zutreffenden, die Landesbehörden in nachfolgenden Verfahren entlastenden Konkretisierung entgegenstehender Belange nach § 35 Abs. 1 und 3 BauGB erschöpfen würde, also nur den Bereich am Siedlungsrand ausschliesse, in dem eine Windenergienutzung bereits nach § 35 BauGB unzulässig wäre. Dies erscheint jedoch angesichts der bisherigen, von den Gerichten gebilligten Rechtspraxis in allen Ländern und auch in NRW von vornherein ausgeschlossen und entspräche auch nicht der zum Ausdruck gebrachten Steuerungszweck der neuen Landesregierung.

Ist deshalb davon auszugehen, dass die Abstandsvorgabe über das Maß hinausgeht, in dem bereits nach geltendem Bundesrecht Windenergieanlagen am Siedlungsrand unzulässig sind, so verbietet sich insoweit ein unmittelbarer Zugriff der Landesregierung auf das Genehmigungsverfahren, weil diesem der bundesrechtliche Genehmigungsanspruch entgegensteht.

2. Abstandsvorgabe als Ziel der Raumordnung im Genehmigungsverfahren

Das Vorhaben der Landesregierung könnte darauf gerichtet sein, die Genehmigungsfähigkeit von WEA nach § 35 Abs. 3 Satz 2, 1. HS BauGB einzuschränken. Danach sind raumbedeutsame Vorhaben unzulässig, wenn sie den Zielen der Raumordnung widersprechen.

¹⁴⁹ siehe dazu oben C. I. 1. a) Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG.

Als Ziel der Raumordnung müsste die Abstandsvorgabe den Anforderungen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG genügen. Dass eine pauschale Abstandsvorgabe für die Zulassungsebene die Anforderungen an die Zielqualität erfüllen könnte, scheint jedoch nahezu ausgeschlossen.

Soweit das Ziel – wie offensichtlich von der neuen Landesregierung beabsichtigt - unterschiedslos Siedlungsabstände für Gebietsausweisungen und für das Genehmigungsverfahren festlegt, ergeben sich schon deshalb erhebliche Zweifel, weil dadurch das für die raumordnerische Abwägung wesentliche Merkmal der Anlagenzahl unterschlagen wird. Während durch Vorrang- oder Eignungsgebiete regelmäßig Flächen für die Errichtung ganzer Windparks gesichert werden, können die im Zulassungsverfahren zu prüfenden Vorhaben aus wenigen Anlagen oder sogar aus nur einer Anlage bestehen. Zum anderen ergibt sich die Notwendigkeit der Unterscheidung aus den zahlreichen im Genehmigungsverfahren, nicht aber in der Raumordnung zu würdigenden Problemkreisen.

Denselben Zielmaßstab an die Gebietsplanung und das Genehmigungsverfahren anzulegen, widerspricht zudem der inneren Logik, die der Gebietsfestlegung zugrunde liegt. Dass bestimmte Flächen von hervorragender Eignung als Vorranggebiet für die Windenergienutzung gesichert werden, bedeutet nicht, dass es darüber hinaus keine weiteren Flächen gibt, die sich zwar weniger gut, aber immer noch gut genug für diese Nutzung eignen. Es ist nicht ersichtlich, warum die hohen Anforderungen an besonders geeignete Gebiete auf diese Flächen eo ipso übertragen werden sollten.

Aber unabhängig von diesem Differenzierungsmangel ergeben sich durchgreifende Zweifel an pauschalen genehmigungsorientierten Abstandsvorgaben, weil sich hierfür kein sachgerechter raumordnerischer Maßstab finden lässt. In vorbehaltloser Einigkeit verweisen die Rechtsprechung und die Verwaltungsvorschriften der Länder mit Blick auf das Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen auf die Situationsbezogenheit zahlreicher Prüfbelange, die der Ableitung genereller Abstandserfordernisse im Wege steht¹⁵⁰. In seiner maßstabsbildenden Entscheidung zur optisch bedrängenden Wirkung von Windenergieanlagen konstatiert das OVG NRW:

„Die Einzelfallabwägung, ob eine solche Anlage bedrängend auf die Umgebung wirkt, hat sich [...] in einem ersten Schritt an der Höhe der Anlage zu orientieren. Eine starre – nach Metern bemessene – Abstandsregelung kann dem allerdings nicht hinreichend Rechnung tragen, da die Gesamthöhe moderner Windkraftanlagen sehr unterschiedlich ist. Von sehr hohen Anlagen geht naturgemäß eine andere optische Einwirkung aus als von Anlagen, die eine deutlich geringere

¹⁵⁰ Siehe dazu B. II. Rechtsgüterschutz durch Raumordnung; B. III. Rechtsgüterschutz im Zulassungsverfahren.

Höhe aufweisen. Eine starre Abstandsregelung würde überdies der nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB gebotenen Berücksichtigung aller Einzelfallumstände nicht gerecht.“

Durch den Verweis auf die – nicht einmal abschließende – Liste öffentlicher Belange des § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB erstreckt sich diese Aussage eben nicht nur auf den Belang der bedrängenden Wirkung, sondern auf den gesamten materiellen Verfahrenskontext der Genehmigungsebene. Angesichts der vorliegenden Zielbegründungen¹⁵¹ handelt es sich dabei zugleich um die wesentlichen, zielstützenden Abwägungsbelange der Raumordnung. Zur Klärung der Frage, ob und inwiefern diese Belange der privilegierten Windenergienutzung im Außenbereich entgegenstehen, sind starre, pauschale Abstandsvorgaben kein geeignetes Mittel. Setzt die Raumordnung gleichwohl solche Vorgaben, so schneidet sie die Einzelfallprüfung unter Verweis auf dieselben Gründe ab, aus denen sie im Genehmigungsverfahren für unerlässlich gehalten wird. Vor dem Hintergrund der einhellig vertretenen Gegenposition kann dies keine im Rahmen der planerischen Gestaltungsfreiheit zulässige Neubewertung darstellen. Das entsprechende Raumordnungsziel leidet vielmehr an mangelnder Abgewogenheit; bis zur Frage der Endabgewogenheit dringt es erst gar nicht vor.

Die situationsabhängigen, für die Genehmigungsentscheidung relevanten Ausprägungen der bau- und immissionsschutzrechtlichen Belange sind für die Raumordnung nicht erkennbar. Der durch eine Zielfestlegung für die Zulassungsebene aufgeworfene Differenzierungsbedarf ist somit raumordnerisch kaum zu decken. Hätte der ein solches Ziel setzende Plangeber die hier relevanten Belange korrekt ermitteln, einstellen und gewichten können, so wäre das Ergebnis seiner Abwägung jedenfalls kein pauschaliertes Abstandserfordernis gewesen. Die Zielqualität einer entsprechenden Planaussage ist mangels Abgewogenheit zu verneinen.

Dies gilt umso mehr, als die jüngere Rechtsprechung in § 35 Abs. 3 S. 2 HS. 1 BauGB eine Raumordnungsklausel sieht, die die strikte Bindung des Genehmigungsverfahrens an die Ziele der Raumordnung begründet¹⁵². Die Planaussage unterliegt damit nicht mehr dem Vorbehalt einer, im Genehmigungsverfahren vorzunehmenden, nachvollziehenden Abwägung¹⁵³. Zugebilligt hat das BVerwG den Raumordnungszielen diese Bindungswirkung nur deshalb, weil das ROG seit seiner Neufassung 1998 die Aufnahme auch der privaten Belange in die

¹⁵¹ Insbesondere LEP HE, a.a.O. Fn. 21.

¹⁵² Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.04.2015 – 4 CN 6/14, juris, Rn. 10 f.; weiterführend Erbguth, DVBl. 2017, 817.

¹⁵³ Dabei handelte es sich nicht um eine planerische Abwägung i.S. der erneuten Abwägung von raumordnerisch bereits verarbeiteten Belangen. Für diese ist im Zulassungsverfahren, das mit einer gebundenen Entscheidung endet, kein Platz. Die nachvollziehende Abwägung richtet sich lediglich auf die Frage, ob die gegebene Planaussage dem privilegierten Außenbereichsvorhaben tatsächlich i.S.d. § 35 Abs. 1 BauGB entgegensteht, vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 17.12.2002, 4 C 15/01, juris, Rn. 25; ebenso z.B. BVerwG, Urt. v. 20.01.1984, 4 C 43/81, juris, Rn. 18.

Abwägung verlangt und die vordem fehlende Berücksichtigung eigentumsbezogener Belange nunmehr gewährleistet ist. Das BVerwG hat die Bindungswirkung also erst unter Bedingung der Erweiterung einer ansonsten nicht zu beanstandenden raumordnerischen Abwägung der öffentlichen Belange vertreten. Keine Bindungswirkung im Rahmen des § 35 Abs. 3 S. 2 HS. 1 BauGB kann deshalb ein Ziel entfalten, dem nicht einmal die sachgerechte Ermittlung auch nur der öffentlichen Belange zugrunde liegt. Insofern unterliegt die Geltung der Raumordnungsklausel klaren juristischen Urteilkriterien. Die Vorschrift eignet sich nicht dazu, jedweder politischen Vorstellung, sei sie nur verfrachtet in ein als trojanisches Pferd dienendes Raumordnungsziel, zum Durchbruch zu verhelfen. Zu wahren bleiben vielmehr die an die Zielqualität gestellten Anforderungen.

3. Abstandsvorgabe als Ziel der Raumordnung für die Gebietsausweisung

Soweit die geplante Abstandsvorgabe nicht unmittelbar der Genehmigungssteuerung dienen soll, sondern darauf gerichtet ist, die Festlegung von Vorrang- oder Eignungsgebieten für Windenergie in der Regionalplanung oder die Ausweisung von entsprechenden Gebieten in der Bauleitplanung zu steuern, ergibt sich bereits aus dem Planungsvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eine im Ausgangspunkt andere Bewertung. Der Planungsvorbehalt dient gerade dazu, das rechtsgebundene Genehmigungsregime zugunsten einer gesamtplanerischen Steuerung aufzulockern, den jeweiligen Planungsbehörden also planerische Abwägungsspielräume einzuräumen, soweit dadurch das Substanzgebot nicht beeinträchtigt wird.¹⁵⁴

Schon im Hinblick auf in Vorranggebieten ausgeschlossene konkurrierende Nutzungen, insbesondere aber im Hinblick auf die Ausschlusswirkung von Eignungsgebieten im übrigen Plangebiet, bedarf es zur Bestimmung der Gebietsausweisung aber sachgerechter Kriterien, die sich vor dem Hintergrund der eigentumsrechtlichen Bedeutung der Gebietsausweisungen insbesondere am Rechtsgüterschutz zu messen haben.¹⁵⁵ Vor allem die Kriterien des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB sind insoweit als wesentliche Abwägungsbelange in die Planung einzustellen und mit dem bundesgesetzlichen Privilegierungsziel zugunsten der Windenergienutzung abzuwägen.¹⁵⁶ Abstandsvorgaben weisen sich in der dargestellten Praxis der Landesplanung deshalb vor allem als sachgerechtes Ergebnis dieser Abwägung aus.

¹⁵⁴ Vgl. dazu C. I. 2. b) Privilegierung der Windenergienutzung in § 35 Abs. 1 und 3 BauGB; ob die vorgesehene Abstandsvorgabe gewährleistet, dass in allen Planungsgebieten des Substanzgebot hinreichend gewahrt werden kann, erscheint zwar zweifelhaft, kann aber im Rahmen der rechtsgutachterlichen Befassung nicht abschließend beurteilt werden.

¹⁵⁵ S.o. B. II. Rechtsgüterschutz durch Raumordnung.

¹⁵⁶ S.o. C. I. 2. Einfachrechtliche Vorgaben des Bundesrechts.

Das von der neuen Landesregierung NRW vorgesehene Abstandsgebot ist also darauf zu überprüfen, ob es sich auf die öffentlichen Belange in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB stützen lässt und – bei Ausweisung von Eignungsgebieten – geeignet ist, das Gewicht der Privilegierung der Windenergie im Außenbereich aus § 35 Abs. 1 BauGB zu überwinden.

a) *Schädliche Umwelteinwirkungen*

Mit dem Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen i.S.d. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB werden zahlreiche Regelungen der Länder begründet.¹⁵⁷ Schädliche Umwelteinwirkungen sind Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen.¹⁵⁸ Der Belang steht dem privilegierten Vorhaben genehmigungsrechtlich entgegen, wenn den Betroffenen eine nachteilige Einwirkung nach den konkreten tatsächlichen Verhältnissen billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann.¹⁵⁹ Im Rahmen der planerischen Abwägung braucht diese Zumutbarkeitsschwelle nicht überschritten zu werden, es reicht hier vielmehr aus, dass der Belang mit in der Abwägung hinreichendem Gewicht beeinträchtigt wird.

aa) Gewichtung des Immissionsschutzes in der Planung und Trennungsgebot aus § 50

BImSchG

Belange des Immissionsschutzes gehören gem. § 2 Abs. 2 Nr. 6 ROG i.V.m. § 7 Abs. 2 ROG zum Abwägungsmaterial der Raumordnung. In der planerischen Praxis bedeutet dies, dass Flächen, die für die Errichtung emittierender Anlagen vorgesehen sind, von schutzwürdigen Gebieten hinreichend räumlich zu trennen sind¹⁶⁰; die Belange des Immissionsschutzes müssen sich bei der Abwägung insoweit regelmäßig durchsetzen. Eine weitere normative Ausprägung findet dieser Trennungsgrundsatz, gelegentlich auch als Abstandsgebot bezeichnet¹⁶¹, in § 50 BImSchG. Unter der amtlichen Überschrift „Planung“ bestimmt dieser in Satz 1 (unter Auslassung der hier nicht interessierenden Teile):

„Bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen sind die für eine bestimmte Nutzung vorgesehenen Flächen einander so zuzuordnen, dass schädliche Umwelteinwirkungen [...] auf die ausschließlich oder überwiegend dem Wohnen dienenden Gebiete [...] so weit wie möglich vermieden werden.“

¹⁵⁷ S.o. B. II. 1. Belange des Immissionsschutzes.

¹⁵⁸ BVerwG, Beschl. v. 23.12.2010, 4 B 36/ 10, juris, Rn.3; Mitschang/ Reidt in B/K/L, § 35 BauGB, Rn.79 m.w.N.

¹⁵⁹ Mitschang/ Reidt in B/K/L, § 35 BauGB, Rn. 78.

¹⁶⁰ Spannowsky in S/R/G, ROG, § 2 Rn 141 f.

¹⁶¹ Jarass, BImSchG, § 50, Rn. 1 m.w.N.

Rechtsdogmatisch wird § 50 BImSchG als Abwägungsdirektive für die Raumplanung eingeordnet¹⁶², er enthält ein „qualifiziertes Berücksichtigungsgebot“¹⁶³. Bewegt sich die Planung nah an der immissionsschutzrechtlichen Zumutbarkeitsschwelle, so muss sie sich besonders intensiv mit den durch das BImSchG geschützten Gütern auseinandersetzen und die Belange des Immissionsschutzes mit erhöhtem Gewicht in ihre Abwägung einbeziehen. § 50 BImSchG verstärkt damit den Grundsatz des § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 6 ROG¹⁶⁴. Auf diesem Wege wollte der Gesetzgeber ausweislich des Begründungstextes verhindern, dass durch eine nicht in ausreichendem Maße dem Trennungsgrundsatz folgende Raumplanung Immissionsschutzkonflikte geschaffen werden, die im Zulassungsverfahren nicht beherrschbar sind¹⁶⁵. Die vor diesem Hintergrund akzentuierten Immissionsschutzbelange können in der Abwägung nur dann überwunden werden, wenn die Planung sichergestellt hat, dass sie dem Genehmigungsverfahren keine unlösbare Aufgabe stellt. § 50 BImSchG ist damit nicht der Risiko-, sehr wohl aber der Gefahrenvorsorge verpflichtet; er zielt auf die Einhaltung des Schutzstandards durch Kohärenz von Planungs- und Genehmigungsverfahren.

Der Grundsatz, die für emittierende Anlagen in der Planung vorgesehenen Flächen von schutzwürdigen Bereichen räumlich zu trennen, ergibt sich bereits aus § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 6 ROG. Die Belange des Immissionsschutzes reihen sich damit, gleich allen anderen zu berücksichtigenden Belangen¹⁶⁶, in die gesamtplanerische Abwägung ein. Im Raumordnungsrecht kommt ihnen keine Sonderrolle zu, durch die sie etwa mit erhöhtem Gewicht ausgestattet würden. Zur Erfüllung des immissionsschutzrechtlichen Schutzstandards müssen sich diese Belange aber regelmäßig in der Abwägung durchsetzen. Die diesbezüglichen Versäumnisse der Planung hat der Gesetzgeber durch die Abwägungsdirektive des § 50 BImSchG korrigiert, die dem Immissionsschutz ein a priori erhöhtes Gewicht verleiht. Diese Verstärkung des Trennungsgrundsatzes des § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 6 ROG erweitert damit allerdings nicht die räumliche Tragweite der Immissionsschutzbelange in den Vorsorgebereich hinein, sondern dient lediglich der Durchschlagskraft dieser Belange mit dem Ziel der wirksamen Erfüllung des Schutzstandards im späteren Genehmigungsverfahren.

Sieht sich die Planung hingegen zuvorderst der Trennung durch großzügige Vorsorgeabstände verpflichtet, so kann sie sich nicht unter Berufung auf ein durch § 50 BImSchG pauschal erhöhtes Gewicht der für diese Abstände sprechenden Belange von der hier gleichermaßen

¹⁶² Vgl. Jarass, BImSchG, § 50, Rn. 1 sowie Schoen in L/R, Umweltrecht, § 50 BImSchG, Rn. 29.

¹⁶³ Schoen in L/R, Umweltrecht, § 50, Rn. 30.

¹⁶⁴ Vgl. Schoen in L/R, Umweltrecht, § 50 BImSchG, Rn. 61.

¹⁶⁵ BT-Drs. 7/179, S. 46.

¹⁶⁶ Siehe zu diesen Belangen insb. die – nicht abschließende – Liste in § 2 Abs. 2 ROG.

notwendigen Sorgfalt freizeichnen. Werden Abstände über das zur Einhaltung der Immissionsgrenzwerte erforderliche Maß hinaus in den Raum hinein ausgedehnt, ist die Abwägungsdirektive des § 50 BImSchG nicht anwendbar¹⁶⁷. Den für die Abstände sprechenden Belangen kommt gegenüber den widerstreitenden Belangen kein a priori erhöhtes Gewicht zu, sie fallen auf ihre Bedeutung als einfache Belange gem. § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 6 ROG zurück¹⁶⁸. Die raumordnerische Abwägungstätigkeit darf nicht unter Verweis auf einen insoweit überdehnten Trennungsgrundsatz verkürzt werden. Raumordnerische Festlegungen, die der Vorsorge gleichwohl Vorrang in Form extensiver Abstandserfordernisse einräumen, bedürfen der entsprechenden planimmanenten Begründung.

Zwar dürfen Immissionsschutzbelange auch unterhalb der Schädlichkeitsschwelle nicht einfach beiseite gewischt werden. Mit wachsender Entfernung zur Zumutbarkeitsschwelle erfolgt dies allerdings regelmäßig mit immer weiter sinkendem Gewicht¹⁶⁹. In Relation zum Gewicht der übrigen Belange ist dieses Gewicht dann nicht mehr als erhöht zu betrachten. Sofern überhaupt von einem erhöhten Gewicht bestimmter Abwägungsbelange die Rede sein kann, betrifft dies im Lichte der bundesrechtlichen Privilegierungsentscheidung – an die nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung auch die Raumordnung gebunden ist – die im Außenbereich für Windenergie streitenden Belange.¹⁷⁰

bb) Schall/Lärm

Die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte der TA Lärm erfordert im Rahmen des Zulassungsverfahrens unter Anwendung der aktuellen Berechnungsverfahren typischerweise Schutzabstände von 500 bis 800 Metern zu Siedlungsgebieten.¹⁷¹ Dieses Erfordernis muss die Raumordnung bei den von ihr vorgenommenen Gebietsfestlegungen mit erhöhtem Gewicht in die Abwägung einbeziehen. In der Praxis bedeutet dies, dass die Raumordnung, soll ihre

¹⁶⁷ Anders und unter Verkennung des Normcharakters als Abwägungsdirektive Rundschreiben RP, S. 24. § 50 BImSchG wird dort offensichtlich als eigentliche Quelle des Trennungsgrundsatzes und eben nicht als dessen Verstärkung verstanden.

¹⁶⁸ Schoen in L/R, Umweltrecht, § 50 BImSchG, Rn. 62 explizit für die Luftreinhaltung und insoweit übertragbar auf die Immissionsschutzbelange insgesamt: „keine gesetzliche Gewichtsverstärkung“ jenseits der Schädlichkeitsschwelle; ebenso Jarass, BImSchG, § 50, Rn. 40: „bildet dabei einen bloßen Abwägungsbelaug“

¹⁶⁹ § 50 S. 2 BImSchG fordert die Berücksichtigung der Vorsorgebelange explizit nur mit Blick auf die Luftreinhaltung. Dabei handelt es sich allerdings nur um eine Klarstellung. Die Rechtsprechung zur fachplanerischen Abwägung verlangt dieses Vorgehen für alle Immissionsschutzbelange (vgl. Schoen in L/R, Umweltrecht, § 50 BImSchG, Rn. 35). Vgl. z.B. für den Umgang mit Fluglärm BVerwG, Urt. v. 29.01.1991, 4 C 51/89, NVwZ-RR 1991, 601/603; BVerwG, Urt. v. 27.10.1998, 11 A 1/97, NVwZ 1999, 644; BVerwG, Urt. v. 04.04.2012, 4 C 8/09, Rn. 190. Vgl. des Weiteren für den Umgang mit elektromagnetischer Strahlung bei der Freileitungsplanung BVerwG, Urt. v. 17.12.2013, 4 A 1/13, juris, Rn. 38 f. Für die Handhabung von Immissionsschutzbelangen in der gesamtplanerischen Abwägung gilt diesbezüglich nichts anderes.

¹⁷⁰ S.o. C. I. 2. Einfachrechtliche Vorgaben des Bundesrechts.

¹⁷¹ Erfahrungswert aus Genehmigungen in MV, siehe dazu oben B. II. 1. a) Schall/Lärm.

Planung durchführbar bleiben, die Einhaltung des Schutzstandards mit Blick auf die ihrer Festlegung folgenden Genehmigungsverfahren sicherstellen muss.

Selbst vor dem Hintergrund dieser Anforderung halten einige Bundesländer für die Gebietsausweisung noch Abstände im Bereich von 500 Metern für hinreichend.¹⁷² Insofern ist davon auszugehen, dass ein am oberen Ende der Erfahrungsspanne liegender Abstand auf der Zulassungsebene bereits restringierende Faktoren wie höhere Anlagenzahl, besonders lärmempfindliche Nachbarschaft oder bestehende Vorbelastungen hinreichend abbildet. Über 800 Meter hinausgehende Abstände können dann in der Regel nicht mehr mit Erfordernissen der immissionsrechtlichen Gefahrenabwehr, sondern allenfalls noch unter Gesichtspunkten der Risikovorsorge begründet werden. In der Literatur wird die Sinnhaftigkeit vorsorgenden Lärmschutzes mit Blick auf Windenergieanlagen mitunter angezweifelt. Jedenfalls dann, wenn Herstellerangaben über entstehende Geräusche und Schallimmissionsprognosen auf den für sie jeweils geltenden Standards beruhen, „rechtfertigt sich nicht die Vergabe besonderer Sicherheitszuschläge oder sonstiger Unsicherheitsfaktoren, denn damit ist sichergestellt, dass schädliche Umwelteinwirkungen nicht erzeugt werden“¹⁷³. Eine darüber hinausgehende planerische Risikoabwehr ist dann – mangels verbleibenden Risikos – nicht mehr oder nur noch in geringem Umfang sachgerecht.

Soweit sich der raumordnerische Vorsorgeabstand von 1.000 Metern auf Erwägungen der Lärmhandhabung beruft¹⁷⁴, muss das Abstandsmaß deshalb bereits als großzügig bezeichnet werden. Der gem. Koalitionsvertrag angestrebte Abstand von 1.500 Metern kann jedenfalls nicht auf den vorsorgenden Lärmschutz gestützt werden.

cc) Licht

Lichtreflexe werden heutzutage durch matte Beschichtung oder Lackierung der Rotorblätter vermieden. Den durch die blinkenden Gefahrenfeuer hervorgerufenen Lichtimmissionen wird durch technische Maßnahmen entgegengetreten.¹⁷⁵ Lichtimmissionen sind somit regelmäßig irrelevant für Abstandserfordernisse sowohl im Genehmigungsverfahren als auch in der raumordnerischen Steuerung der Windenergie¹⁷⁶.

¹⁷² S.o. zur Handhabung in HB und HH, B. II. 1. a) Schall/Lärm.

¹⁷³ Hinsch, Handbuch Windenergie, Kap. 3, Rn. 179; ganz ähnlich VGH Kassel, Urt. v. 25.07.2011, 9 A 103/11, juris, Rn. 63.

¹⁷⁴ Dies ist zumindest implizit durch Verwendung des Immissionsschutzbegriffs der Fall, s.o. LEP HE, B. II. Rechtsgüterschutz durch Raumordnung; a.a.O. Fn. 21. Nicht erkennbar ist, in welchem räumlichen Ausmaß der Belang neben anderen (optisch bedrängende Wirkung, Siedlungserweiterung) zum Vorsorgezuschlag beiträgt.

¹⁷⁵ S.o. B. II. 1. b) Licht.

¹⁷⁶ Hessen (s.o. LEP HE, B. II. Rechtsgüterschutz durch Raumordnung; a.a.O. Fn. 21) stützt seinen Vorsorgeabstand dennoch explizit auch auf Lichtreflexe.

dd) Schattenwurf

Ebenso mangelt es pauschalen, auf die Gebietsausweisung bezogenen raumordnerischen Abständen an der Argumentationsgrundlage, soweit sie sich auf die Schattenwurfproblematik¹⁷⁷ beziehen. Zwar können sich vor diesem Hintergrund Abstandserfordernisse ergeben, diese sind aber im Rahmen einer Einzelfallprüfung im Genehmigungsverfahren zu beziffern.¹⁷⁸ Mittel der Wahl ist dort im Regelfall der Einsatz einer Abschaltautomatik, so dass die ggf. zu führende Diskussion über Abstände eher das zeitliche Ausmaß der Abschaltung, als die Genehmigungsfähigkeit der Anlage zum Gegenstand hat.

b) optisch bedrängende Wirkung

Zum in § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB verankerten Belang der schädlichen Umwelteinwirkungen tritt nach ständiger Rechtsprechung das planerische Rücksichtnahmegebot als unbenannter Belang¹⁷⁹. Mit Blick auf Windenergieanlagen ist insbesondere die Frage der bedrängenden Wirkung am Maßstab der Rücksichtnahme zu messen. Windenergieanlagen wird aufgrund ihrer Höhe und der Drehbewegung der Rotoren eine optisch bedrängende Wirkung beigemessen.¹⁸⁰ Grobe Anhaltswerte zur Bestimmung der optisch bedrängenden Wirkung hat das OVG NRW entwickelt¹⁸¹. Demnach ist diese Wirkung im Genehmigungsverfahren in der Regel zu verneinen, wenn der Abstand zwischen Windenergieanlage und Wohnbebauung mindestens das Dreifache der Anlagengesamthöhe beträgt. Starre Abstandsvorgaben für die Anlageneinweisung hält das OVG NRW hingegen für ungeeignet¹⁸².

Nicht abschließend geklärt ist, ob die Frage der bedrängenden Wirkung genuin boden- oder immissionsschutzrechtlicher Natur ist. Die Raumordnung wird diesen Belang jedenfalls dann, wenn ihre Planung hinsichtlich der vorgesehenen Nutzungen auch durchführbar sein soll, in ihre Abwägung einstellen müssen¹⁸³. Im Gegensatz zum richterrechtlichen Zeitmaßstab für den Schattenwurf liefern die Regelvermutungen des OVG NRW durchaus verwertbare Anhaltspunkte für erforderliche Gebietsabstände. Die Raumordnung setzt damit gerade keinen

¹⁷⁷ Hessen (s.o. LEP HE, B. II. Rechtsgüterschutz durch Raumordnung; a.a.O. Fn. 21) und Mecklenburg-Vorpommern nennen den Schattenwurf explizit (vgl. Richtlinie MV, 2012, S. 4), ohne zu erläutern, auf welchem Wege diesem Problemkreis ein pauschales Abstandserfordernis entnommen wurde.

¹⁷⁸ S.o. B. II. 1. c) Schattenwurf.

¹⁷⁹ BVerwG, Urt. v. 25.2.1977, IV C 22.75; BVerwG, a.a.O. Fn. 51, 4 C 5.93; Söfker, in EZBK, § 35, Rn. 89.

¹⁸⁰ S.o. B. II. 2. Rücksichtnahmegebot und optisch bedrängende Wirkung.

¹⁸¹ OVG NRW, Urt. v. 9.8.2006, 8 A 3726/05; nachfolgend bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 11.12.2006, 4 B 72/06; OVG NRW, Beschl. v. 24.6.2010, 8 A 2764/09; nachfolgend bestätigt durch: BVerwG, a.a.O. Fn. 158; zur Einzelfallprüfung ausführlich VGH München, Beschl. v. 1.12.2014, 22 ZB 14.1594, juris Rn. 15 f.

¹⁸² S.o. B. II. 2. Rücksichtnahmegebot und optisch bedrängende Wirkung.

¹⁸³ Insofern kommt es auf die dogmatische Einordnung nicht an. Die überfachliche gesamtplanerische Abwägung kann sowohl boden- als auch immissionsschutzrechtliche Belange in sich aufnehmen. Zur Abwägungsrelevanz der Belange des Immissionsschutzes vgl. auch C.I. 2. a) Vorgaben des Raumordnungsgesetzes (ROG).

der Sache unangemessenen „starren“ Abstand auf der Genehmigungsebene. Vielmehr leitet sie Anforderungen an Flächen ab, die sie als zur Windenergienutzung besonders geeignet kennzeichnet und stellt sicher, dass sich diese Nutzungsart auf den vorgesehenen Flächen im Zulassungsverfahren auch durchsetzen kann.

Unter Annahme gegenwärtig typischer und zukünftig noch steigender Anlagenhöhen erfordert die Problematik der bedrängenden Wirkung regelmäßig einen Abstand von 600 Metern zur Wohnnutzung, im Einzelfall aber auch mehr. Vorsorgend bzw. vorbeugend ergibt sich ein in jedem Fall „auf der sicheren Seite“ liegender Abstand also aus 600 Metern plus X. Dabei sind hinsichtlich des Zuschlags X die rechtlichen Grenzen zu beachten, die dem Vorsorgeprinzip gezogen sind. Soweit sich der planerische Vorsorgeabstand von 1.000 Metern auf Erwägungen zur bedrängenden Wirkung beruft¹⁸⁴, muss das Abstandsmaß angesichts der im Regelfall bereits hinreichenden 600 Meter bereits als großzügig bezeichnet werden. Selbst unter Einbezug künftig steigender Anlagenhöhen lässt sich der gem. Koalitionsvertrag angestrebte Abstand von 1.500 Metern jedenfalls nicht auf den Aspekt der optisch bedrängenden Wirkung stützen.

c) Schutz des Orts- und Landschaftsbildes

Der Schutz des Orts- und Landschaftsbildes gehört gem. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB zu den öffentlichen Belangen, die der Windenergie im Außenbereich entgegengehalten werden können. Maßstab für das mögliche Entgegenstehen des in Ortsbild einerseits und Landschaftsbild andererseits aufzuteilenden Belangs ist jeweils die Verunstaltung.

aa) Ortsbild

Eine bauliche Anlage im Außenbereich verunstaltet das Ortsbild, „wenn der Gegensatz zwischen der baulichen Anlage und dem Ortsbild von dem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend oder Unlust erregend empfunden wird.“¹⁸⁵ Hervorgerufen wird die Verunstaltung insbesondere der Ortssilhouette abhängig von Standort, Art oder Größe der Anlage¹⁸⁶. Entscheidend ist also die Betrachterperspektive, die „Draufsicht“ auf das Ortsbild insbesondere aus exponierten Lagen, die Sichtachsen zur Bebauung hin eröffnen. Für die pauschalierende Festlegung von Abstandsflächen ist der öffentliche Belang des Ortsbildes

¹⁸⁴ Dies ist erkennbar der Fall (s. LEP HE, B. II. Rechtsgüterschutz durch Raumordnung; a.a.O. Fn. 21). Nicht erkennbar ist, in welchem räumlichen Ausmaß der Belang neben anderen (Lärmimmissionen, Siedlungserweiterung) zum Vorsorgezuschlag beiträgt.

¹⁸⁵ Söfker in E/Z/B/K, § 35, Rn.100; zum „für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter“, auch als „gebildeter Durchschnittsmensch“ bezeichnet, vgl. BVerwG, Urt. v. 28.06.1955, I C 146/53, VerwRSpr 1956, 463/467.

¹⁸⁶ Mitschang/Reidt in B/K/L, BauGB, § 35, Rn. 89, m.w.N. zur Rechtsprechung.

demnach nicht geeignet. Zwar kann der Abstand zwischen Windenergieanlage und Siedlung im Einzelfall entscheidend für die Beurteilung sein. Erforderlich ist aber eine Würdigung des Einzelfalls auf der Genehmigungsebene. So kann eine Windenergieanlage selbst dann noch das Ortsbild verunstalten, wenn sie in großer, auch 1.500 Meter überschreitender Entfernung in einer Sichtachse errichtet wird. Andererseits kann auch eine sich deutlich näher an der Bebauung befindende Anlage für das Ortsbild ohne Bedeutung sein. Pauschalierende raumordnerische Abstandsvorgaben können die insoweit notwendige Würdigung z.B. der topographischen Situation nicht ersetzen.

Zwischen dem Schutz des Ortsbildes und dem Abstand zwischen Windenergieanlagen und Wohngebieten besteht kein Zusammenhang, der sich zur Ableitung auch nur von Anhaltswerten hinsichtlich regelmäßig notwendiger Abstände eignen würde. Insofern können auch raumordnerische Abstandsvorgaben nicht auf den Schutz des Ortsbildes gestützt werden.

bb) Landschaftsbild

Das Landschaftsbild wird verunstaltet, „wenn mit der Errichtung eines Vorhabens der städtebauliche und landschaftliche Gesamteindruck erheblich gestört würde.“¹⁸⁷ Eine Verunstaltung im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr.5 BauGB setzt voraus, dass das Bauvorhaben dem Landschaftsbild in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen ist und auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden wird.¹⁸⁸ Dies kann nur dann angenommen werden, wenn es sich um eine besonders schutzwürdige Umgebung oder um einen besonders groben Eingriff in das Landschaftsbild handelt¹⁸⁹. Im Mittelpunkt des mit dem Landschaftsbild verbundenen Schutzinteresses steht dessen wissenschaftlich kaum messbarer ästhetischer Wert¹⁹⁰.

Dass das Landschaftsbild durch die Existenz von Windenergieanlagen beeinträchtigt werden kann, ist nicht in Frage zu stellen. Eine pauschalierende Abstandsregelung ist jedoch nicht geeignet, eine Verunstaltung des Landschaftsbildes auszuschließen. „Ob die Schwelle der Verunstaltung überschritten ist, hängt von den konkreten Umständen der jeweiligen Situation ab.“¹⁹¹ Entscheidend für die Beurteilung ist auch hier die Betrachterperspektive, diesmal allerdings nicht als „Draufsicht“ wie beim Ortsbild, sondern umgekehrt als „Raussicht“ in die Landschaft. Windenergieanlagen können das Landschaftsbild im Einzelfall auch noch in mehr

¹⁸⁷ Mitschang/Reidt in B/K/L, BauGB, § 35, Rn.89.

¹⁸⁸ OVG NRW, Urt. v. 18.11.2004, 7 A 3329/01, juris, Rn. 40.

¹⁸⁹ BVerwG, Beschl. v. 18.3.2003 – 4 B 7/03, juris, Rn. 5, m.w.N.

¹⁹⁰ Mitschang/Reidt in B/K/L, BauGB, § 35, Rn. 88.

¹⁹¹ OVG NRW, a.a.O. Fn. 188, juris, Rn. 40; übereinstimmend BVerwG, a.a.O. Fn. 189, Rn. 5: „In welcher Entfernung eine Windkraftanlage nicht mehr verunstaltend wirken kann, lässt sich [...] nicht abstrakt festlegen.“

als 1.500 Metern Entfernung zu Siedlungen verunstalten, während sie bei deutlich geringerer Entfernung unter Umständen im „toten Winkel“ der Betrachterperspektive verschwinden und das Landschaftsbild unberührt lassen. Darüber hinaus ergibt sich die Schutzwürdigkeit des Landschaftsbildes in vielen Fällen gerade nicht aus einem in Wohngebieten ankernden Betrachterstandpunkt heraus, die „Raussicht“ erfolgt aus wechselnden Perspektiven und benötigt kein Wohngebäude im Rücken¹⁹². Das Landschaftsbild würde also selbst dann, wenn pauschale Abstände ein grundsätzlich geeignetes Mittel zu seinem Schutz wären, nur ausschnittsweise durch Abstände erfasst, die an Wohngebiete gekoppelt sind.

Auch zwischen dem Schutz des Landschaftsbildes und dem Abstand zwischen Windenergieanlagen und Wohngebieten besteht kein Zusammenhang, der sich zur Ableitung auch nur von Anhaltswerten hinsichtlich regelmäßig notwendiger Abstände eignen würde. Insofern können auch raumordnerische Abstandsvorgaben nicht auf den Schutz des Landschaftsbildes gestützt werden.

cc) Fernsicht

Das Landschaftsbild wird geschützt aufgrund seines ästhetischen Werts. Im Einzelfall kann dieser Wert gerade im Panorama, in der Fernsicht über eine vielfältige und von Vorbelastungen weitgehend freie Landschaft bestehen¹⁹³. Auch in dieser Konstellation wird mit dem Landschaftsbild – hier eben in seiner Ausprägung als Fernsicht – aber weiterhin ein öffentlicher Belang ohne zwingenden Bezug zur Wohnbebauung geschützt. Eine schutzwürdige Fernsicht kann sich auch und gerade von entlegenen Plätzen aus bieten¹⁹⁴; die Schutzwürdigkeit als öffentlicher Belang ergibt sich nicht zuletzt aus dem touristischen Wert¹⁹⁵. Insbesondere durch die als Unruheelement wahrgenommene Drehbewegung können Windenergieanlagen zur Verunstaltung einer Fernsicht führen. Erheblich ist auch hier aber nicht der Abstand vom Standpunkt des Betrachters, sondern z.B. die Frage, ob die sich drehenden Rotoren den Horizont überragen und dann „vor dem freien Himmel besonders auffällig in Erscheinung treten“¹⁹⁶.

¹⁹² Evident ist dies auch mit Blick auf die durch Landschaftsschutz motivierten planerischen Gebietsausweisungen. Ein raumordnerisches Vorranggebiet (Kultur-) Landschaft, das die Errichtung von Windenergieanlagen ausschließt, schützt regelmäßig nicht das von bestimmten Siedlungen aus sichtbare Landschaftsbild, sondern schlicht das Landschaftsbild innerhalb seiner Grenzen.

¹⁹³ Vgl. OVG NRW, a.a.O. Fn. 188, Rn. 45 ff. mit geradezu epischer Beschreibung des sich hier bietenden Ausblicks über das Sauerland.

¹⁹⁴ OVG NRW, a.a.O. Fn. 188, Rn. 46.

¹⁹⁵ OVG NRW, a.a.O. Fn. 188, Rn. 51.

¹⁹⁶ OVG NRW, a.a.O. Fn. 188, Rn. 48.

Raumordnerische Siedlungsabstände können das Landschaftsbild insgesamt und auch in seiner Ausprägung als Fernsicht nur erratisch, sozusagen als Beifang, schützen. Siedlungsunabhängige und gleichwohl schutzwürdige Ausschnitte des Landschaftsbildes bleiben unberücksichtigt, während siedlungsabhängige, aber keineswegs schutzwürdige Ausschnitte pauschal geschützt werden. Sobald die Planung diesen Belang zur Rechtfertigung solcher Abstände trotzdem im Munde führt, schützt sie tatsächlich etwas anderes, nämlich den freien, unverbauten Ausblick aus dem Innen- in den angrenzenden Außenbereich. Dabei handelt es sich nicht um einen öffentlichen Belang i.S.d. § 35 Abs. 3 BauGB. Auch die nachbarschützende Ausprägung des in dieser Norm enthaltenen Rücksichtnahmegebots erfasst diesen Lagevorteil nicht. Eine Baugenehmigung im Innenbereich vermittelt keinen Anspruch auf Konservierung des angrenzenden Außenbereichs, der grundsätzlich, aber vor dem Hintergrund der Privilegierungstatbestände des § 35 Abs. 1 BauGB eben nicht immer von Bebauung freizuhalten ist. Die unverbaute, von Sichtbeeinträchtigungen verschonte Fernsicht aus dem Wohngebäude stellt deshalb eine Chance, aber keine Rechtsposition dar¹⁹⁷. Sie kann der Nutzung der Windenergie im Außenbereich nicht entgegengehalten werden. In Planungs- und Genehmigungsverfahren muss dieser insoweit irrelevante Problemkreis von der ggf. im Rahmen des Landschaftsbildschutzes bedeutsamen Fernsicht sauber getrennt werden. Anhaltspunkte für pauschale Abstandsvorgaben lassen sich jedoch weder hier, noch dort entnehmen.

d) Erholungswert der Landschaft

Der Erholungswert der Landschaft schützt als öffentlicher Belang des § 35 Abs. 3 S.1 Nr. 5 BauGB die Erholungseignung der Landschaft¹⁹⁸ auch gegenüber privilegierten Außenbereichsvorhaben. Der Schutz des Erholungswertes der Landschaft entfaltet sich grundsätzlich unabhängig vom Abstand zur Wohnbebauung. Nicht die Beziehung der Landschaft zur Wohnbebauung ist Schutzzweck des § 35 Abs. 3 S.1 Nr. 5 BauGB, sondern die Freihaltung des Außenbereichs als Erholungsraum für die Allgemeinheit. Eine Beziehung zwischen dem Erholungswert der Landschaft und einem Siedlungsgebiet ist nur in bestimmten Konstellationen anzunehmen, die der planerischen Darlegung bedürfen. In der Bauleitplanung kann dies etwa Kur-, Klinik- oder Ferienhausgebiete betreffen, aus deren Ausweisung sich die besondere Sensibilität des angrenzenden Außenbereichs hinsichtlich dessen Erholungsfunktion ergibt. Die Raumordnung kann ihrerseits Vorranggebiete für Erholungszwecke ausweisen und

¹⁹⁷ BVerwG, a.a.O. Fn. 51, Rn. 24.

¹⁹⁸ Söfker in E/Z/B/K, § 35 BauGB, Rn. 98.

dies im Einzelfall damit begründen, dass diese Gebiete ihre Funktion gerade für die angrenzenden Siedlungsflächen übernehmen.

An die in dieser Weise herausstechenden Erholungsräume des unmittelbaren Siedlungsumfeldes ließe sich ein raumordnerischer „Umfeldzuschlag“ auf den Vorsorgeabstand zu Windenergieanlagen jedenfalls dann knüpfen, wenn die Erholungsfunktion vor dem Hintergrund der windkraftspezifischen Auswirkungen schutzwürdig erscheint. Dies ist durch den jeweiligen Plangeber zu prüfen und kann hier nicht geklärt werden. Ansätze eines Umfeldschutzes enthält die Begründung des Vorsorgeabstands für Mecklenburg-Vorpommern, der Nachweis über die Schutzwürdigkeit wird dort jedoch nicht geführt¹⁹⁹. Die Raumordnung kennt Umfeldzuschläge von 200 Metern jedenfalls mit Blick auf Abstände zwischen Siedlungen und Hochspannungsfreileitungen²⁰⁰.

Zur generellen Ausweitung des bisherigen Abstandshöchstmaßes von 1.000 Metern auf 1.200 Meter eignet sich der Umfeldschutz aber selbst dann nicht, wenn sich die vorangehend skizzierten Erholungsräume als schutzwürdig erweisen. So dürften diese sensiblen, an den Innenbereich grenzenden Erholungszonen des Außenbereichs im Regelfall nicht für eine Siedlungserweiterung in Frage kommen. Diese aber ist in der vorliegenden Abstandsbemessung vorbeugend bereits enthalten²⁰¹. Umgekehrt dürfte die Schutzwürdigkeit des Siedlungsumfeldes dort typischerweise zu verneinen sein, wo eine Siedlungserweiterung in den bisherigen Außenbereich hinein in Frage kommt. Insoweit ist nicht von der Kumulation, sondern der (in etwa) Neutralisierung dieser Belange auszugehen. Es ergibt sich kein Abstand von 1.200 Metern unter Berufung auf Siedlungserweiterung *und* Umfeldschutz, sondern ein Abstand von 1.000 Metern unter Einbezug *entweder* der Siedlungserweiterung *oder* des Umfeldschutzes. Die Raumordnung ist insoweit zu differenzierender Betrachtung und präziser Ansteuerung der jeweiligen räumlichen Konstellation aufgefordert.

Auf den Erholungswert der Landschaft können demnach Siedlungsabstände nur gestützt werden, wenn ein funktionaler Zusammenhang zwischen einer Erholungsfläche und einem benachbarten Siedlungsgebiet vorliegt (notwendige Bedingung). Zusätzlich ist zu begründen,

¹⁹⁹ Einen Umfeldzuschlag gibt es dort jedoch nicht. Bauleitplanerisch als Sondergebiete gekennzeichnete Erholungs-, Tourismus- und Gesundheitsgebiete werden den Wohngebieten unter Verweis auf ihre besondere Sensibilität aber gleich- und damit auf einen Abstand von 1.000 Metern gestellt (vgl. Richtlinie MV, 2012, S. 4).

²⁰⁰ „Bei einem Abstand von 200 m zu den Leitungen liegen die elektromagnetischen Auswirkungen auf dem Niveau der allgegenwärtigen Grundbelastung und sind insoweit nicht mehr messbar. Eine weitere Verdoppelung zur Wohnbebauung im Innenbereich berücksichtigt die typischen wohnumfeldnahen Aktivitäten (Nutzung von Spiel- oder Sportplätzen, ortsrannae Wanderwege) und trägt damit vorsorgend auch zum Schutz und Erhalt des nahen Wohnumfeldes bei“ (LROP NI 2008 – Lesefassung inkl. Erläuterungen – S.148).

²⁰¹ S.o. B. II. Rechtsgüterschutz durch Raumordnung.

dass das insoweit mit besonderen Erholungsfunktionen ausgestattete Siedlungsumfeld angesichts der windenergiespezifischen Auswirkungen schutzwürdig erscheint (hinreichende Bedingung). Da sich der Umfeldschutz und die im Vorsorgeabstand von 1.000 Metern bereits berücksichtigte Möglichkeit zur Siedlungserweiterung regelmäßig ausschließen, ergibt sich aber auch unter Einbezug eines Erholungszuschlags keine generelle Ausweitung des Abstandsmaßes. Eine Abstandsvorgabe von 1500 Metern zur Wohnbebauung lässt sich somit nicht auf Erwägungen zur Erholungsfunktion bestimmter siedlungsnaher Räume stützen.

e) Zusammenfassung

Öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB sind notwendig und geeignet, um raumordnerische Festlegungen zur Steuerung von Gebieten zur Nutzung der Windenergie zu begründen. Die Abstandsvorgaben der Länder berufen sich vorrangig und umfassend auf solche Belange und begründen damit einen Gebietsmindestabstand von bis zu 1.000 Metern von der Wohnbebauung. Die Überprüfung ergibt, dass die Belange aus § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB nur zum Teil durch Abstandsvorgaben geschützt werden können. Selbst soweit dies der Fall ist, erscheinen bereits die gebräuchlichen 1.000 Meter sehr weitgehend. Darüber noch hinausgehende Abstandserfordernisse, wie sie im Koalitionsvertrag NRW vorgesehen sind, lassen sich nicht mehr auf die Belange des § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB stützen. Schon gar nicht kann deren Gewicht noch die Bedeutung der Privilegierung aus § 35 Abs. 1 BauGB überwiegen. Will die Landesplanung darüber hinausgehen, sieht sie sich einer detaillierten substantziellen Darlegungspflicht gegenüber, die sich auf bislang nicht erfasste Belange beziehen muss. Diese dürften aber, wie für den Umfeldzuschlag gezeigt, Vorbehalten unterliegen.

Die fehlende Begründungskraft der Belange des § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB hinsichtlich ausgedehnter Abstandsvorgaben kann nicht durch energie- oder wirtschaftspolitische Zielvorstellungen des Landes kompensiert werden, die eine Korrektur gesetzlich fixierter Politikansätze des Bundes für die Energiewende anstreben. Hier ist insbesondere auf die sich aus dem Grundsatz der bundesfreundlichen Kompetenzzusübung ergebenden Erfordernisse hinzuweisen.

4. Abstandsvorgabe durch Verwaltungsvorschrift

Mit Ausnahme Mecklenburg-Vorpommerns sind die von den Ländern in den einschlägigen Verwaltungsvorschriften genannten Siedlungsabstände Richtwerte, die auf der Ebene der Regionalplanung bei der Gebietsausweisung begründet unter- oder überschritten werden

können. Mit Blick auf die Genehmigungsebene verweisen die Vorschriften bloß auf die notwendige Einzelfallprüfung²⁰².

Mit der Angabe eines bloßen Anhaltswertes bliebe die Landesregierung NRW hinter dem von ihr im Koalitionsvertrag erklärten Ziel zurück. Zu dessen Umsetzung käme nur die Verankerung eines verbindlichen Abstandskriteriums in Betracht. Ob eine Verwaltungsvorschrift die regionalplanerische Abwägung überhaupt derart zu binden vermag, muss hier nicht geklärt werden. Die Vorgabe würde jedenfalls implizit – durch ihre Anwendung bei der Gebietsausweisung – oder explizit – durch ihre Aufnahme in den Katalog der Raumordnungsziele – zu Zielfestlegungen der Regionalplanung führen. Diese unterliegen den bereits erörterten Anforderungen an die Zielqualität²⁰³, die qua Verwaltungsvorschrift nicht verkürzt werden können.

5. Der Ausschluss des Waldes von der Windenergienutzung

Landesregelungen zur Windenergienutzung im Wald sind einerseits an die privilegierende Entscheidung des Bundesgesetzgebers in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, andererseits an die bundesrechtlich in § 1 BWaldG geregelten differenzierenden Grundlagen des Schutzes und der Nutzung des Waldes gebunden.

a) Grenzen der raumordnerischen Steuerung

Auch die raumordnerische Beplanung von Waldflächen ist an die Privilegierungsentscheidung des Bundes aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, insbesondere an die Konstruktion des Planungsvorbehalts nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, gebunden.²⁰⁴ Daraus ergibt sich, dass der planerische Ausschluss von Windenergie nur zulässig ist, wenn er zugleich in ein gesamträumlich konsistentes Konzept mit der Ausweisung von Eignungsgebieten eingebunden ist. Eine isolierte Zielfestlegung, die Waldflächen grundsätzlich von der Nutzung durch Windenergieanlagen ausnimmt, wird vom OVG Münster als unzulässige reine Negativplanung eingestuft.²⁰⁵

Umgekehrt wird restriktiven Vorgaben der Raumordnung zur Errichtung von WEA auf Waldflächen die Einstufung als Ziel der Raumordnung abgesprochen. Insbesondere die in der Länderpraxis verbreitete Vorgabe, dass Waldflächen nur dann in Anspruch genommen werden dürfen, wenn auf anderem Weg der Windenergienutzung nicht hinreichend Raum gegeben werden könnte, wird vom OVG Münster mangels hinreichender Endabgewogenheit die

²⁰² S.o. B. II. Rechtsgüterschutz durch Raumordnung.

²⁰³ C. I. 2. a) Vorgaben des Raumordnungsgesetzes (ROG).

²⁰⁴ OVG Münster, Az. 10 D 82/13.NE, juris, Rn. 30 ff.

²⁰⁵ OVG Münster, a.a.O. Fn. 204, Rn. 32.

Zielqualität abgesprochen.²⁰⁶ Solche raumordnerischen Vorgaben sind deshalb nur als Grundsätze in weitere Abwägungsentscheidungen einzustellen, bleiben also überwindbar und ermöglichen keine rechtssichere Steuerung.

Die raumordnerische Einschränkung der windenergetischen Nutzung von Waldflächen lässt sich angesichts dessen nur im Rahmen von verbindlichen Vorgaben für die Eignungsgebietsplanung rechtssicher bewerkstelligen. Im Übrigen muss die verbindliche Steuerung der Waldnutzung dem einzelnen Genehmigungsverfahren vorbehalten bleiben.

b) Waldrechtliche Abwägungsdirektiven

Die verbleibende Steuerungsmöglichkeit der Raumordnung, wie die Steuerung im Genehmigungsverfahren, ist an die aus § 1 BWaldG sich ergebenden Vorgaben gebunden. Daraus ergibt sich zum einen, dass sich waldspezifische Nutzungsrestriktionen auf die in § 1 Nr. 1 BWaldG genannten Nutz-, Schutz- und Erholungsfunktionen des Waldes stützen lassen müssen. Die offenbar verbreitete Auffassung, dass Waldflächen eo ipso vor Veränderungen und „waldfremden“ Nutzungen zu schützen wären, lässt sich vor diesem Hintergrund rechtlich nicht halten.

Zum anderen sind die vorgesehenen Restriktionen jeweils mit dem in § 1 Nr. 3 BWaldG ausdrücklich aufgeführten Belangen der Waldbesitzer auszugleichen. Jedenfalls soweit der Waldbesitzer (§ 4 BWaldG) ein Privater ist, wird dadurch die Verhältnismäßigkeit der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG)²⁰⁷ sichergestellt.

Aus diesen spezifisch waldrechtlichen Abwägungsdirektiven ergibt sich, dass im Hinblick auf die geschützten Eigentümerbelange sorgfältig zu prüfen ist, ob einer windenergetischen Waldnutzung in einem bestimmten Waldgebiet hinreichend gewichtige Waldschutzbelange entgegenstehen. Insoweit wird eine Differenzierung unerlässlich sein. So wird etwa die Erholungsfunktion des Waldes regelmäßig durch die Errichtung von Windenergieanlagen beeinträchtigt werden und deshalb einer entsprechenden Nutzung entgegenstehen, wo Waldflächen vorrangig gerade der Erholung dienen. Ähnliches wird bei alten, naturbelassenen Waldbeständen mit hohem Totholzanteil zugunsten der ökologischen Schutzfunktion des Waldes angenommen werden können. Umgekehrt werden in einem in Monokultur betriebenen Nutzwald weder die Erholungsfunktion noch der Schutz des Naturhaushalts und der Biodiversität einer windenergetischen Nutzung entgegenzuhalten sein, so dass im Einzelfall zu

²⁰⁶ OVG Münster, a.a.O. Fn. 204, Rn. 25 ff.

²⁰⁷ S. dazu oben C. I. 1. a) Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG.

überprüfen ist, ob der Ausbau der Windenergienutzung oder der Erhalt von Wald als Klimasenke in einer Klimaschutzbilanz Vorrang beanspruchen kann.

Die danach bundesrechtlich vorgegebene waldspezifische Differenzierung muss im Falle der Eignungsgebietsausweisung bereits auf der Ebene der Raumordnung geleistet werden, weil andernfalls eine entsprechende Zielausweisung nicht hinreichend abgewogen wäre. Im Zulassungsverfahren sind die Belange des § 1 BWaldG als sonstige öffentliche Belange in die Bewertung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 Satz 1 BauGB einzustellen und zu prüfen, ob sie im Einzelfall nicht nur beeinträchtigt, sondern (angesichts der Privilegierung der Windenergie²⁰⁸) auch in Ansehung der Eigentümerinteressen einer Genehmigung entgegenstehen. Entsprechendes gilt selbstverständlich für die Ermessensausübung im Rahmen der Umwandlungsgenehmigung.

Insgesamt ergibt sich daraus, dass pauschalierende Aussagen über die Nutzung des Waldes zur Errichtung von Windenergieanlagen entgegen der Absicht der Koalitionsregierung in NRW keinen rechtssicheren Steuerungsansatz bieten, dass vielmehr nur für die Ausweisung von Eignungsgebieten und für das Genehmigungsverfahren Steuerungsmöglichkeiten bestehen, die jeweils die spezifisch betroffenen Funktionen des Waldes adressieren und gegen das Eigentümerinteresse zu einem verhältnismäßigen Ausgleich bringen. Dabei wird gerade in NRW die regional sehr unterschiedliche Verteilung von Waldanteilen zu berücksichtigen und wegen des signifikant hohen Anteils des Nutzwaldes in Privateigentum dem Schutz der Eigentümerrechte ein hoher Stellenwert beizumessen sein.

²⁰⁸ S. dazu oben C. I. 2. b) Privilegierung der Windenergienutzung in § 35 Abs. 1 und 3 BauGB

D. Ergebnisse

Die im Koalitionsvertrag vorgesehene restriktive Handhabung des Ausbaus der Windenergie in NRW ist nicht rechtssicher umsetzbar. Dies gilt sowohl für den von der Landesregierung angestrebten Abstand von 1.500 Metern zwischen Windenergieanlagen und Wohngebieten als auch für die „Entprivilegierung“ des Waldes als Windenergiestandort. Bei der restriktiven räumlichen Steuerung der Windenergienutzung verfügt die Landespolitik lediglich über einen begrenzten Spielraum, der weder die pauschale Vorgabe eines derart großen Abstands, noch die undifferenzierte Einschränkung der Nutzbarkeit des Waldes ermöglicht.

Rechtliche Vorgaben hinsichtlich der Nutzbarkeit von Flächen stellen Inhalts- und Schrankenbestimmungen des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums dar und müssen sich deshalb ihrerseits auf Rechtsgüter stützen, die einen solchen Eingriff rechtfertigen. Jedenfalls gerechtfertigt sind insofern Abstandserfordernisse, die sich auf die Abwehr der von Anlage und Betrieb von Windenergieanlagen ausgehenden Gefahren berufen. Hierzu sind auf der Genehmigungsebene unter Annahme einer Anlagengesamthöhe von 200 Metern Abstände von regelmäßig 600, im Einzelfall von bis zu 800 Metern zu Siedlungsgebieten hinreichend. Damit ihre Planung durchführbar ist, muss sich auch die Raumordnung bei der Ausweisung von Gebieten für die Windenergienutzung (z.B. Vorranggebiete) an diesem Abstandsmaß orientieren. Darüber hinausgehende Abstände sind nicht mehr mit den Erfordernissen der Gefahrenabwehr, sondern ausschließlich mit Belangen der Risikovorsorge zu begründen. Unter Verweis auf diese Belange haben mehrere Bundesländer das Abstandserfordernis durch Ziele der Raumordnung auf 1.000 Meter ausgeweitet. Dieser Vorsorgezuschlag erscheint nach Auswertung dieser Regelungen bereits großzügig.

Mit der Privilegierung der Windenergie im baurechtlichen Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) hat der Bundesgesetzgeber eine Sachentscheidung getroffen, die nach der Rechtsprechung des BVerwG die Einhaltung des Substanzgebots durch die kommunale Planung und die Regionalplanung und eine angemessene Gewichtung der Belange der Windenergienutzung verlangt. Setzt sich das Land mit restriktiven, nicht auf den Schutz hinreichend gewichtiger Rechtsgüter gestützten Regelungen über die bundesrechtliche Sachkonzeption hinweg, so verstößt es damit gegen den Grundsatz der bundesfreundlichen Kompetenzausübung.

Die durch das Substanzgebot gesetzte Grenze hin zur Abwägungsdisproportionalität ist auch durch die Landesplanung zu achten. Im Rahmen des planerischen Gegenstromprinzips (§ 1 Abs. 3 ROG) ist die Privilegierungsentscheidung aber bereits vor dem Erreichen dieser Grenze mit

hohem Gewicht in die Abwägung der Landesplanung einzustellen. Im Gegensatz dazu nimmt das Gewicht der gegen die Windenergienutzung gerichteten Belange stark ab, je weiter sich Abstandsanforderungen von der Grenze der Abwehr von Umweltbeeinträchtigungen in den Bereich der Risikovorsorge entfernen. Vor diesem Hintergrund besteht ein erhöhtes Begründungserfordernis für ein Abwägungsergebnis, das den Belangen der Risikovorsorge gleichwohl Vorrang einräumt.

Insbesondere ist einer entsprechenden, als Ziel der Raumordnung bezeichneten Planaussage die Zielqualität nur dann zu bescheinigen, wenn sie die vorangehend skizzierten Bindungen der planerischen Gestaltungsfreiheit beachtet. Nur innerhalb dieses Rahmens können die in § 35 Abs. 3 BauGB aufgeführten öffentlichen Belange der Windenergienutzung entgegengehalten werden. Daraus ergibt sich, dass ein pauschales raumordnungsrechtliches Abstandsgebot nicht unmittelbar, auch nicht über die Raumordnungsklausel in § 35 Abs. 3 Satz 2 HS 1 BauGB, geeignet ist, die Vorhabenzulassung zu steuern. Denn die im Einzelfall maßgeblichen Verhältnisse und Belange können durch ein pauschales Abstandsgebot nicht adäquat abgebildet, geschweige denn hinreichend abgewogen werden. Einem pauschalen Abstandsgebot ist deshalb die Anerkennung als Ziel der Raumordnung zu versagen. Selbst eine Berücksichtigung einer entsprechenden Vorgabe im Rahmen der Abwägung wäre wegen des Verdachts verfassungswidriger Kompetenzausübung zweifelhaft.

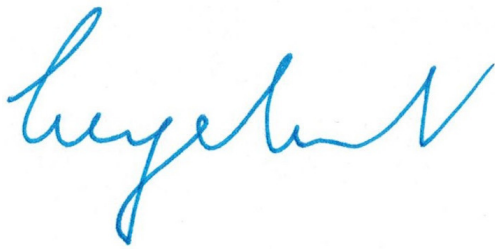
Für die Steuerung der regionalplanerischen oder bauleitplanerischen Gebietsausweisung ist maßgeblich, welche Abstandsgebote noch von hinreichend gewichtigen Belangen gedeckt werden und deshalb das rechtsfehlerfreie „Wegwägen“ der bundesrechtlichen Windenergieprivilegierung ermöglichen. Die bislang bestehenden, einen Abstand von bis zu 1.000 Metern fordernden Regelungen berufen sich bereits auf alle diesbezüglich in Frage kommenden Belange. Insofern ist nicht ersichtlich, wie ein Abstandserfordernis von 1.500 Metern darüber hinaus sachlich begründet werden könnte. Die erhöhte Begründungslast bezüglich des Vorranges von Vorsorgebelangen gegenüber der bundesgesetzlichen Privilegierungsentscheidung wächst mit der Ausdehnung des Abstands immer weiter. Angesichts des schon großzügig erscheinenden Vorsorgezuschlags wird diese Last jenseits von 1.000 Metern kaum mehr zu schultern sein. Eine entsprechende Regelung ist deshalb unzulässig und setzt sich zumindest dem Verdacht der Verfassungswidrigkeit wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz bundesfreundlicher Kompetenzausübung aus.

Raumordnerische Zielaussagen zum Ausschluss von Wald als Standort von WEA werden in der jüngsten Rechtsprechung des OVG Münster als unzulässige Verhinderungsplanung

gewertet, wenn sie nicht in ein gesamträumliches Planungskonzept, das den Anforderungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB genügt, eingebettet sind. Steuerungsmöglichkeiten bestehen deshalb raumordnerisch nur im Hinblick auf landesplanerische Vorgaben für Eignungsgebietsausweisung und im Übrigen im Zulassungsverfahren.

Dabei ist das Land an die sachgesetzliche Regelung des Bundes in § 1 BWaldG gebunden, der differenzierende Vorgaben im Hinblick auf die Nutz-, Schutz- und Erholungsfunktion des Waldes und die Erforderlichkeit eines verhältnismäßigen Ausgleichs von Eigentümerinteressen macht. Daraus ergibt sich, dass sich restriktive Vorgaben nicht eo ipso auf den Waldschutz stützen lassen, sondern die jeweils betroffenen Waldfunktionen heranziehen und mit den Eigentümerbelangen in Ausgleich bringen müssen. Dabei ist gegebenenfalls auch die klimaschützende Bedeutung der Windenergienutzung in Anschlag zu bringen.

Dortmund, September 2017

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Leyh' or similar, written in a cursive style.

Literaturverzeichnis

Appel, Ivo: Europas Sorge um die Vorsorge – Zur Mitteilung der Europäische Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, NVwZ 2001, 395

Battis, Ulrich/Krautzberger, Michael/Löhr, Rolf-Peter (u.A.): Baugesetzbuch, Kommentar, 13. Auflage 2016.

Beckmann, Edmund; Ketteler, Gerd: Gutachterlicher Stellungnahme „Aktuelle Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen“ vom 09. November 2005, abrufbar unter:

https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/GB_I/I.5/PBGD/Ausarbeitungen_14._Wahlperiode/20052006/Windkraft.pdf

CDU/FDP 2017: Koalitionsvertrag für Nordrhein-Westfalen 2017-2022, NRW Koalition, abrufbar unter:

https://www.cdu-nrw.de/sites/default/files/media/docs/vertrag_nrw-koalition_2017.pdf (1.8.2017).

Dreier, Horst: Kommentar zum Grundgesetz, Band II, 3. Auflage 2015.

Erbguth, Wilfried: § 35 Abs. 3 S. 2 Halbs. 1 BauGB als Raumordnungsklausel? DVBl 2017, 817-823.

Epiney, Astrid; Furrer, Andreas: Umweltschutz nach Maastricht- Ein Europa der drei Geschwindigkeiten? EuR (Zeitschrift) 1992, S. 369

Ernst, Werner/Zinkahn, Willy/Bielenberg, Walter/Krautzberger, Michael: Baugesetzbuch, Loseblatt-Kommentar, 124. EL Februar 2017, o.O.: C.H. Beck.

Gatz, Stephan: Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, Bonn 2009.

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin: Das Recht der europäischen Union, 60. EL 2016, München: C.H. Beck

Jarass, Hans: Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) Kommentar, 11. Auflage 2015.

Kloepfer, Michael: Umweltrecht, 4. Auflage, München 2016: C.H. Beck.

Koch, Hans-Joachim/Hendler, Reinhard: Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Auflage, 2009.

Koch, Hans Joachim: Umweltrecht, 2. Auflage, Köln, Berlin, München 2007.

Rengeling, Hans- Werner: Bedeutung und Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips im Europäischen Umweltrecht. DVBl. 2000, 1473

Schulz, Thomas: Handbuch Windenergie, Berlin 2015.

Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav: Umweltrecht Kommentar, 82. EL, Januar 2017.

LEP NRW: Landesentwicklungsplan Nordrhein-Westfalen, abrufbar unter:
https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/lep_nrw_14-12-16.pdf (1.8.2017).

LROP NS: Niedersächsisches Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft, Verbraucherschutz und Landesentwicklung, Verordnung über das Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen (LROP-VO), 8.5.2008, abrufbar unter:
https://www.ml.niedersachsen.de/themen/raumordnung_landesplanung/landesraumordnungsprogramm/grundlegende-novellierung-landes-raumordnungsprogramm-niedersachsen-2008-5319.html (1.8.2017).

Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman: Grundgesetz Kommentar, 79. EL, Dezember 2016.

MKULNV 2012: Leitfaden, Rahmenbedingungen für Windenergieanlagen auf Waldflächen in Nordrhein-Westfalen, abrufbar unter:
https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/PDFs/klima/leitfaden_wind_im_wald.pdf (1.8.2017).

Raschke, Marcel: Abstände zu Windenergieanlagen – pauschaler Schutz der Anwohner? ZfBR 2013, 632.

Spannowsky, Willy/Runkel, Peter/Goppel, Konrad: Raumordnungsgesetz Kommentar, 2010.

Weyreuther, Felix: Bauen im Außenbereich, Köln, Bonn, Berlin, München 1979.

Windenergieerlasse

- **Baden-Württemberg:** Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft, des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz, des Ministeriums für Verkehr und Infrastruktur und des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft, 9. Mai 2012 – Az.: 64-4583/404.
- **Bayern:** Bayerische Staatsregierung des bayrischen Ministerpräsidenten; Bayerische Staatskanzlei des bayrischen Staatsministeriums des Inneren, für Bau und Verkehr; Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Medien, Energie und Technologie; Bayerisches Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz; Bayerisches Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten; Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Soziales, Familie und Integration; Bayerisches Staatsministerium für Gesundheit und Pflege, 31. August 2016: Allgemeines Ministerialblatt Nr. 10, München, abrufbar unter:
<https://www.verkuendung-bayern.de/files/allmbl/2016/10/allmbl-2016-10.pdf> (1.8.2017).
- **Berlin/Brandenburg:** Gemeinsamer Erlass für Infrastruktur und Raumordnung und des Ministeriums für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Verbraucherschutz, 16. Juni 2009.
- **Hessen:** Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung 2017: 3. Änderung des Landesentwicklungsplans Hessen 2000, Entwurf für die Beteiligung nach § 10 ROG in Verbindung mit § 4 HLPg, abrufbar

unter:

https://landesplanung.hessen.de/sites/landesplanung.hessen.de/files/Online_Beteiligungsverfahren_LEP_Hessen.pdf (1.8.2017).

- **Mecklenburg-Vorpommern:** Ministerium für Energie, Infrastruktur und Landesentwicklung, Mecklenburg-Vorpommern 2012, Anlage 3 der Richtlinie zum Zwecke der Neuaufstellung, Änderung und Ergänzung regionaler Raumentwicklungsprogramm in Mecklenburg-Vorpommern, abrufbar unter: http://service.mvnet.de/_php/download.php?datei_id=56723 (1.8.2017).
- **Niedersachsen:** Das Ministerium für Umwelt, Energie und Klimaschutz, Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen an Land (Windenergieerlass), 24.2.2016 – MU-52-229211/1/300.
- **Nordrhein-Westfalen:** Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen; Ministerium für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen; Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen 2015: Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung, abrufbar unter: <https://www.umwelt.nrw.de/fileadmin/redaktion/PDFs/klima/windenergieerlass.pdf> (1.8.2017).
- **Rheinland-Pfalz:** Ministeriums für Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung, des Ministeriums der Finanzen, des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Ernährung, Weinbau und Forsten und des Ministeriums des Innern, für Sport und Infrastruktur Rheinland-Pfalz 2013: Hinweis für die Beurteilung der Zulässigkeit der Errichtung von Windenergieanlagen in Rheinland-Pfalz (Rundschreiben Windenergie), abrufbar unter: https://mwvlw.rlp.de/fileadmin/mwkel/Rundschreiben_28_05_2013_.pdf (1.8.2017).
- **Thüringen:** Thüringer Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft 2016: Erlass zur Planung von Vorranggebieten „Windenergie“, die zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten haben, abrufbar unter: https://www.thueringen.de/mam/th9/tmblv/landesentwicklung/windenergie/windenergieerlass_vom_21.6.2016_1_.pdf (1.8.2017).

Würzburger Berichte zum
Umweltenergierecht

**Abstände zwischen Windenergie-
anlagen und Siedlungsgebieten**

Regulatorische Möglichkeiten und Grenzen

Hintergrundpapier

erstellt von

Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

unter Mitarbeit von

Thorsten Müller und Frank Sailer

28

14. Juli 2017

Zitiervorschlag: *Nils Wegner*, Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 28 vom 14.07.2017.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail wegner@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE16790500000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung der Ergebnisse	1
A. Beobachtung: Forderung nach größeren Abständen zu Windenergieanlagen	3
B. Abstände zu Windenergieanlagen im geltenden Rechtsrahmen	3
I. Der Schutz bedrohter Arten, von Denkmälern und weiterer Schutzgegenstände	4
II. Der Schutz der betroffenen Bevölkerung	4
C. Möglichkeiten und Grenzen für die Umsetzung pauschaler Abstände	6
I. Bundesrechtliche Vorgaben und landesrechtliche Spielräume	7
II. Umsetzung von Abständen mithilfe planungsrechtlicher Instrumente in den Ländern	10
1. Umsetzung pauschaler Abstände durch raumordnerische Festsetzungen	10
a) Zugriff der Landesregierungen auf die Raumordnung	10
b) Planungsmethodische Anforderungen an die Umsetzung pauschaler Umstände mittels Konzentrationszonenplanungen	11
c) Grenze des Planvorbehalts – Zum Gebot der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen	12
2. Zeitliche Wirksamkeit planerischer Festsetzungen	15
D. Bedeutung des Rechtsrahmens für die Absichten in Schleswig-Holstein und Nordrhein- Westfalen	16
I. Größere Abstände bei mehr Fläche in Schleswig-Holstein	16
II. Austesten rechtlicher Grenzen in Nordrhein-Westfalen	18
E. Fazit	19

Zusammenfassung der Ergebnisse

- Schon der geltende Rechtsrahmen für Windenergieanlagen kennt zahlreiche Abstandsgebote für ihre Realisierung. Bereits heute findet deshalb ein Schutz Betroffener vor schädlichen Umwelteinwirkungen, wie etwa vor Lärm, oder einer optisch-bedrängenden Wirkung statt. Politische Initiativen für einen darüber hinausgehenden Schutz betreffen aus rechtlicher Sicht den Bereich der *Gefahrenvorsorge* bzw. den Schutz vor bloßen Unannehmlichkeiten unterhalb der Schädlichkeitsschwelle.
- Nach dem Auslaufen der Umsetzungsfrist für Regelungen im Anwendungsbereich der Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB steht den Landesgesetzgebern der dort ehemals eröffnete Regelungsspielraum nicht mehr offen. Die Länder sind vielmehr auf die planerische Umsetzung von Vorsorgeabständen unter Beachtung höherrangigen Rechts, insbesondere der Vorgaben der Privilegierungsregelung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB beschränkt. Der den Ländern verbleibende Regelungsspielraum beschränkt sich dabei im Wesentlichen auf planungsrechtliche Festlegungen.
- Bei der planerischen Festsetzung von Abstandsgeboten durch die Landesplanung ist das aus der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB folgende Gebot, der Windenergie „substanziell Raum“ zu verschaffen, zu beachten. Dies stellt eine absolute Grenze für die Länder bei der Ausweitung pauschaler Abstände dar. Über zwingende gesetzliche Anforderungen hinausgehende Vorsorgeabstände sind dabei als weiche Tabukriterien zu qualifizieren, die nur zulässig sind, wenn als Ergebnis des Abwägungsvorgangs ausreichend Flächen verbleiben, um Windenergieanlagen in einem Maße zu verwirklichen, dass der bundesrechtlichen Privilegierung genügt. Eine exakte Grenzziehung für die noch zulässige Flächenkontingentierung für Windenergieanlagen mithilfe von Abstandsangaben ist aber abstrakt nicht möglich, sondern kann nur im Einzelfall getroffen werden.
- Anstelle der Formulierung verbindlicher Ziele könnte die Landesplanung Abstände auch als Orientierungswerte, d. h. als Grundsätze der Raumordnung formulieren. Dies hätte zwar den Preis einer geringeren Bindungswirkung zur Folge. Doch wären die hieran gerichteten rechtlichen Anforderungen und damit das Risiko einer gerichtlichen Aufhebung der Planung und des dann drohenden weitgehend ungesteuerten Ausbaus geringer.
- Gegenüber den bislang geltenden Abständen wurde in den Koalitionsvereinbarungen in Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen mitunter eine deutliche Ausweitung der Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten vereinbart. Solche

Vorgaben sind weder für Planungsträger noch für Genehmigungsbehörden unmittelbar beachtlich, sondern bedürfen vielmehr zunächst einer rechtlich relevanten, insbesondere planungsrechtlichen Umsetzung unter Beachtung der vorgenannten Maßstäbe. Während jedoch in Schleswig-Holstein die Absicht der Fortsetzung des Windenergieausbaus deutlich wird und sich in der teilweise zu erkennenden Flexibilität der Vereinbarungen widerspiegelt, soll in Nordrhein-Westfalen eine Beschränkung der Windenergienutzung bis zu den Grenzen des rechtlich Zulässigen erfolgen. Einzelne Formulierungen lassen aber auch hier Spielräume für eine Flexibilisierung der landesplanerisch umzusetzenden Abstandsregelungen. Bei einem solchen Austesten der rechtlichen Spielräume besteht die konkrete Gefahr, dass Planungsentscheidungen aufgehoben werden, wenn die Grenzen des Zulässigen überschritten wurden, sodass die Windenergieanlagen dann im gesamten Außenbereich privilegiert errichtet werden könnten, soweit keine anderen Belange im Einzelfall entgegenstehen.

A. Beobachtung: Forderung nach größeren Abständen zu Windenergieanlagen

Im Rahmen der Koalitionsverhandlungen nach den Landtagswahlen in Schleswig-Holstein¹ und Nordrhein-Westfalen² wurde, wie auch schon bei der Regierungsbildung in Baden-Württemberg³ und Rheinland Pfalz⁴ darüber diskutiert, für die Zukunft die Abstände zwischen Siedlungsgebieten und Windenergieanlagen auf bis zu 1.500 m erheblich zu vergrößern. Dies hätte in diesen Ländern erhebliche Auswirkungen auf die Flächenverfügbarkeit für den weiteren Windenergieausbau⁵. Da Koalitionsvereinbarungen keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfalten⁶, jedenfalls nicht gegenüber den staatlichen Behörden oder gar privaten Dritten, bedürfen diese der gesetzlichen und/oder planungsrechtlichen Umsetzung. Anlässlich dieser Entwicklung soll im Folgenden zunächst an die schon heute bestehenden Abstandsvorgaben erinnert werden (B.), bevor die Möglichkeiten und auch die Grenzen für die Erweiterung derartiger Abstände aufgezeigt werden (C.). Auf dieser Grundlage soll schließlich eine erste kursorische Analyse der schlussendlich getroffenen Koalitionsvereinbarungen in Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen vorgenommen werden (D.).

B. Abstände zu Windenergieanlagen im geltenden Rechtsrahmen

Der gültige Rechtsrahmen für den Ausbau der Windenergieerzeugung kennt eine Vielzahl an Regelungen, welche die Einhaltung unterschiedlich großer Abstände zwischen Windenergieanlagen und bestimmten Schutzgegenständen verlangen.

¹ Vgl. zu den schließlich getroffenen Vereinbarungen der Koalitionäre: Das Ziel verbindet – weltoffen – wirtschaftlich wie ökologisch stark – menschlich, Koalitionsvertrag für die 19. Wahlperiode des schleswig-holsteinischen Landtages (2017-2022) zwischen der Christlich Demokratischen Union Deutschland, Landesverband Schleswig-Holstein, Bündnis 90/Die Grünen, Landesverband Schleswig-Holstein und der Freien Demokratischen Partei, Landesverband Schleswig-Holstein (im Folgenden: Koalitionsvertrag S-H), S. 57 f.

² Vgl. Koalitionsvertrag für Nordrhein-Westfalen, 2017-2022 (im Folgenden: Koalitionsvertrag NRW), S. 41 f.

³ Vgl. Baden-Württemberg gestalten: Verlässlich. Nachhaltig. Innovativ., Koalitionsvertrag für Bündnis 90/Die Grünen Baden-Württemberg und der CDU Baden-Württemberg 2016-2021, S. 50.

⁴ Koalitionsvertrag, Sozial gerecht – wirtschaftlich stark – ökologisch verantwortlich, Rheinland-Pfalz auf dem Weg ins nächste Jahrzehnt, Rheinland-Pfalz 2016-2021, S. 56 f. Zur Umsetzung vgl. die nun im Entwurf vorliegende 3. Teilfortschreibung des LEP IV, nach der ein Abstand zwischen 1.000 und 1.100 m von Windenergieanlagen zu bestimmten Baugebieten verankert werden soll, Verordnungsentwurf der Landesregierung vom 27.09.2016, S. 2 sowie Ziel 163 h, S. 13.

⁵ Zur Bedeutung der Abstände zu Siedlungsgebieten für die Flächenverfügbarkeit *BWE*, Potenzial der Windenergienutzung an Land, Kurzfassung, 2. Aufl. 2012, S. 16 f.; eine neuere Studie des BBSR legt für die Berechnung der Flächenpotentiale bei der Windenergie an Land einen einheitlichen Abstand von 1000 m zu Wohngebieten an. Rückschlüsse auf die Wirkungen einer Veränderung von Siedlungsabständen erlaubt dies nicht. Vgl. *BMVI*, Räumlich differenzierte Flächenpotentiale für erneuerbare Energien in Deutschland, *BMVI-Online-Publikation* 08/2015, S. 102.

⁶ Str., wie hier *Oldiges*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 65 Rn. 17; *Schröder*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 63 Rn. 18.

I. Der Schutz bedrohter Arten, von Denkmälern und weiterer Schutzgegenstände

Das Artenschutzrecht erfordert bspw. Abstände zu den Individuen und Populationen bestimmter geschützter Arten⁷, das Denkmalschutzrecht verlangt die Freihaltung bestimmter Sichtachsen und Abstände zu Denkmälern⁸ und das Luftsicherheitsrecht verpflichtet zur Freihaltung bestimmter Sicherheitsbereiche um Flugplätze⁹ und Radaranlagen¹⁰ herum. Schutzgüter sind hier bestimmte gefährdete Tier- und Pflanzenarten¹¹, Denkmäler als Kulturgüter¹² oder die Sicherheit und Leichtigkeit des Flugverkehrs¹³. Schon für sich genommen führt dies dazu, dass in großem Umfang Flächen nicht für die Windenergienutzung zur Verfügung stehen.

II. Der Schutz der betroffenen Bevölkerung

Während der Mensch in den vorgenannten Rechtsbereichen allenfalls mittelbar mitgeschützt wird, verlangt das Bauplanungs- und das Immissionsschutzrecht ganz unmittelbar zu seinen Gunsten bzw. zu Gunsten seiner Gesundheit ebenfalls die Einhaltung bestimmter Abstände zwischen Windenergieanlagen und planerisch ausgewiesenen oder faktischen Siedlungsgebieten einerseits sowie zu Einzelhäusern und Splittersiedlungen im planerischen Außenbereich andererseits.

So hat die Rechtsprechung zusätzlich zu den Geboten des bauordnungsrechtlichen Abstandsflächenrechts¹⁴, das Abstandsflächen vornehmlich aus Gründen der ausreichenden Belichtung und Belüftung von Gebäuden sowie aus Brandschutzgründen vorsieht¹⁵, aus dem bauplanungsrechtlichen Rücksichtnahmegebot das Verbot einer optisch-bedrängenden Wirkung entnommen, die aufgrund der Höhe von Windenergieanlagen und der Drehbewegung ihres

⁷ Siehe nur *Ruß*, Windenergie und Artenschutz – Größere Abstände für den Rotmilan nach dem neuen Helgoländer Papier und dem bayerischen Winderlass 2016, NuR 2016, 686 ff.

⁸ Siehe ausführlich hierzu *Fülbier*, Windenergieanlagen und Denkmalschutzrecht, ZNER 2017, 89 ff.

⁹ Vgl. zu den Bauschutzbereichen von Flughäfen § 12 LuftVG. Hierzu *Kämper*, Windenergieanlagen und Luftverkehr, in: Ziekow, Aktuelle Probleme des Luftverkehrs-, Planfeststellungs- und Umweltrechts 2012, 2013, 27 (32 ff.). Zu den auch ohne solche Schutzbereiche geltenden Abstandsgeboten zur Vermeidung von Gefahren für den Luftverkehr *Hinsch*, in: Schulz, Handbuch Windenergierecht, 2015, Kap. 3, Rn. 199 f.

¹⁰ Zu Konflikten zwischen Windenergieanlagen und Flugsicherungsanlagen *Federwisch/Dinter*, Windenergieanlagen im Störfeld der Flugsicherung, NVwZ 2014, 403 ff. sowie *Fülbier*, Urteilsanmerkung OVG Lüneburg, Urteil vom 3. Dezember 2014 – 12 LC 30/12 und zu VG Trier, Urteil vom 23. März 2015 – 6 K 869/14.TR, ZUR 2015, 432 ff. Vgl. außerdem zu Konflikten zwischen Windenergieanlagen und Wetterradaranlagen *Kümper*, Windkraft und Wetterradar in Konflikt, BauR 2017, 966 ff.

¹¹ *Schütte/Gerbig*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 44 Rn. 1.

¹² Zum Schutzgegenstand des Denkmals *Kloepfer*, Denkmalschutz und Umweltschutz, 2012, Rn. 201 ff.; *Martin/Krautzberger*, Denkmalschutz und Denkmalpflege, 4. Aufl. 2017, Teil C. I. 3., Rn. 15 ff.

¹³ *Wysk*, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz, 17. EL 2013, § 12, Rn. 7.

¹⁴ Hierzu *Hinsch*, in Schulz, Handbuch Windenergie, 2015, Kap. 3 Rn. 168 f.; *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013, Rn. 414 ff.

¹⁵ *Finkelnburg/Ortloff/Otto*, Öffentliches Baurecht, Bd. II, 6. Aufl. 2010, S. 30.

Rotors entstehen kann¹⁶. Daraus ergeben sich schon heute Mindestabstände zwischen Windenergieanlagen und der Wohnbebauung. Von einer solchen optisch-bedrängenden Wirkung ist jedoch nach den in der Rechtsprechung anerkannten Erfahrungssätzen regelmäßig dann nicht mehr auszugehen, wenn eine Windenergienutzung in einem Abstand zu Wohnnutzungen entsprechend der dreifachen Anlagenhöhe stattfindet, da Baukörperwirkung und Drehbewegung hier hinreichend in den Hintergrund treten. Mit dieser Rechtsprechung ist bereits eine dynamische Reaktion auf zunehmende Anlagengrößen im geltenden Recht verankert. Mit zunehmender Gesamthöhe vergrößert sich danach auch bereits der einzuhaltende Abstand, der bei modernen Anlagen schon heute über 600 m betragen kann¹⁷.

Auch aus dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) folgen konkrete Abstandsvorgaben für Windenergieanlagen. Zwar finden sich diese im Gesetz selbst nicht explizit, das Bundesimmissionsschutzgesetz statuiert aber ein allgemeines Gebot zur räumlichen Trennung miteinander unvereinbarer Nutzungen in § 50 BImSchG sowie ein Verbot schädlicher Umwelteinwirkungen in § 5 Abs. 1 BImSchG. Hieraus resultieren seinerseits konkrete Abstandspflichten, etwa aus Gründen des Lärmschutzes. Aus den zur Konkretisierung von § 5 Abs. 1 BImSchG im untergesetzlichen Regelwerk der TA-Lärm erlassenen Lärmgrenzwerten ergibt sich jeweils die Notwendigkeit, individuell zu bestimmende Abstände einzuhalten, die je nach Charakter der betroffenen baulichen Nutzung, d. h. nach der Eigenart verschiedener Baugebiete variieren¹⁸. Dabei genießen reine Wohngebiete etwa einen höheren Schutz als Gewerbe- und Industriegebiete, innerhalb derer gebietstypisch höhere Geräuschemissionen hinzunehmen sind. Verbleiben auch bei Einhaltung der schon nach gültigem Recht gebotenen Abstände Beeinträchtigungen, wie sie etwa zu bestimmten Zeiten des Jahres durch den Schattenschlag der Flügel von Windenergieanlagen hervorgerufen werden können, so werden diese regelmäßig nicht über eine Vergrößerung von Abständen, sondern etwa über Abschaltauflagen derart minimiert, dass ihre Auswirkungen unterhalb die Erheblichkeitsschwelle sinken und damit dem Bereich bloßer Belästigungen zuzurechnen sind¹⁹.

Der geltende Rechtsrahmen stellt damit auch schon heute über Abstandsvorgaben sicher, dass der Ausbau der Windenergie nicht zur Beeinträchtigung von Menschen durch schädliche Umwelteinwirkungen führt, d. h. keine Gefahren, erheblichen Nachteile oder erheblichen Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft verursacht. Unterhalb dieses auch grund- und menschenrechtlich²⁰ zu gewährleistenden und einfachrechtlich schon nach geltendem Recht gewährleisteten Schutzes können gleichwohl Auswirkungen des fortschreitenden

¹⁶ Siehe nur VGH München, Urteil vom 29.05.2009 – 22 B 08.1785, juris Rn. 15 = ZUR 2009, 497 ff.

¹⁷ OVG Münster, Urteil vom 9.08.2006 – 8 A 3726/05, Rn. 90 ff.; VGH München, Urteil vom 29.05.2009 – 22 B 08.1785, juris Rn. 19 = ZUR 2009, 497 ff.; VGH Mannheim, Beschluss vom 05.04.2016 – 3 S 373/16, juris Rn. 19 m. w. N.; siehe auch *Fülbier/Wegner*, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern, ZUR 2015, 149 (150).

¹⁸ *Hinsch*, in Schulz, Handbuch Windenergie, 2015, Kap. 3 Rn. 175 f.

¹⁹ Vgl. *Hinsch*, in Schulz, Handbuch Windenergie, 2015, Kap. 3 Rn. 180.

²⁰ Vgl. *EGMR*, Beschluss vom 22.10.2004 – 37664/04 (Fägerskiöld/Schweden); wegen der Genehmigung eines Windparks in räumlicher Nähe zu Wohnbebauung ist weiterhin anhängig beim EGMR die Rechtssache *Vecbaštika*

Ausbaus der Windenergie verbleiben, die von Menschen aufgrund ihrer besonderen Sensibilität oder auch ohne jede besondere Disposition als Belastung und Beeinträchtigung empfunden werden²¹. Insbesondere kann sich das Landschaftsbild in einer Weise verändern, die von vielen Menschen nicht als Entstehung neuer Kulturlandschaften eines post-fossilen Zeitalters²² in einem positiven, sondern vielmehr in einem negativen Sinne als „Verschandelung“ oder „Verspargelung“ der Natur empfunden wird.

Wird trotz der bestehenden rechtlichen Sicherungen gegen schädliche Umwelteinwirkungen in jüngster Zeit in mehreren Bundesländern politisch über die Einführung größerer Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten diskutiert, so geht es hier aus der rechtlichen Perspektive mithin nicht um die Gewährleistung des Schutzes gegen schädliche Umwelteinwirkungen, sondern nur um die Gewährleistung einer darüber hinausgehenden Vorsorge und die Bekämpfung von bislang als bloße Unannehmlichkeiten qualifizierte Beeinträchtigungen²³.

C. Möglichkeiten und Grenzen für die Umsetzung pauschaler Abstände

Bei der Einführung größerer Abstände zur Vorsorge und zum Schutz Einzelner vor Unannehmlichkeiten haben die Länder höherrangiges Recht zu beachten²⁴. Nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Länderöffnungsklausel nach § 249 Abs. 3 BauGB zählen hierzu insbesondere auch die Vorgaben der bundesrechtlichen Privilegierung der Windenergienutzung nach § 35

und andere gegen Lettland – 52499/11. Zur Konstellation solcher inner-ökologischen Konflikte im Eigentumsrecht siehe auch *G. Winter, Property and Environmental Protection*, in: Ders., *Environmental and Property Protection in Europe*, 2016, 1 (9 f.).

²¹ Diese können durchaus ernsthafter Natur sein. Ob körperliche Beschwerden dabei allerdings unmittelbar durch Einwirkungen von Windenergieanlagen bewirkt werden oder psychosomatischer Natur sind, ist nicht abschließend geklärt. Dies ändert zwar nichts am realen Leid der betroffenen Personen, würde aber vielfach die Eignung einer Erhöhung von Abständen als „Schutzmaßnahme“ in Frage stellen. Diese Problematik besteht etwa für Beschwerden, die von Betroffenen auf den durch Windenergieanlagen erzeugten Infraschall zurückgeführt werden. Nach dem insoweit keineswegs gefestigten Stand der Wissenschaft i. S. einer konsensualen Arbeitshypothese ist der durch Windenergieanlagen erzeugte Infraschall selbst im Nahbereich von 150 – 300 m Entfernung zu Anlagen nicht geeignet die Wahrnehmungsschwelle zu überschreiten. Dass Infraschall auch in diesem Bereich gleichwohl zu Beeinträchtigungen des Menschen führt, konnte bislang nicht nachgewiesen werden. Weitere Forschung wird insoweit allgemein für erforderlich gehalten. Siehe hierzu *Fülbier, Aktuelle Fragen zu Infraschall-Immissionen von Windenergieanlagen*, ZUR 2017, i. E. m. z. N.

²² Vgl. hierzu BfN/BBSR, *Kulturlandschaften gestalten! – Zum zukünftigen Umgang mit Transformationsprozessen in der Raum- und Landschaftsplanung*, 2011.

²³ Damit soll die Bedeutung solcherlei Beeinträchtigungen nicht negiert werden. Es stellt sich allerdings die Frage, ob derlei Beeinträchtigungen über eine Ausweitung von Abständen oder vielmehr über andere Instrumente zur Verbesserung ihrer Akzeptanz und damit die sich auch durch solche Belästigungen aufgeworfenen Fragen der Umweltgerechtigkeit adressiert werden sollten.

²⁴ Neben dem Verfassungsrecht zählt hierzu auch das einfache Bundesrecht. Dies folgt aus Art. 31 GG: „Bundesrecht bricht Landesrecht“, *Huber*, in: *Sachs, Grundgesetz*, 7. Aufl. 2014, Art. 31 Rn. 7.

Abs. 1 Nr. 5 BauGB (I.). Diese Beachtungspflicht äußert sich insbesondere in Restriktionen für eine planungsrechtliche Umsetzung erhöhter Abstände in den Ländern (II.).

I. Bundesrechtliche Vorgaben und landesrechtliche Spielräume

Bundesrechtliche Vorgaben über die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im planerischen Außenbereich setzen Länderregelungen über erhöhte Abstände zu Siedlungsflächen Grenzen. Dies gilt unabhängig davon, mit welcher Handlungsform ein Bundesland eigene Vorgaben für Abstände treffen will. Ob dies durch eine spezielle landesgesetzliche Regelung etwa im Landesraumordnungsrecht oder der Landesbauordnung, im Rahmen der Vorgaben des Landesentwicklungsplans zur Flächenbereitstellung für Windenergieanlagen für die nachgelagerte Regional- und Flächennutzungsplanung oder im Wege von Verwaltungsvorschriften wie Windenergieerlassen erfolgt, spielt dabei keine Rolle. Die Bundesländer können nur im Rahmen ihrer grundgesetzlichen Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen handeln und dürfen sich dabei inhaltlich nicht in Widerspruch zum Bundesrecht setzen.

Zentrale bundesrechtliche Vorgabe ist § 35 BauGB, der die Zulässigkeit baulicher Vorhaben im Außenbereich betrifft²⁵. Die planeretzende Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen dahingehend – wie dies etwa auch für land- und forstwirtschaftliche Betriebe der Fall ist – dass ihre bauplanungsrechtliche Zulässigkeit im Außenbereich nur dort nicht gegeben ist, wo diesen an einem bestimmten Standort ein öffentlicher Belang i. S. v. § 35 Abs. 3 BauGB „entgegensteht“. Es genügt mithin nicht, dass – wie bei nicht-privilegierten Vorhaben – ein öffentlicher Belang durch Bau und Betrieb einer Windenergieanlage lediglich „beeinträchtigt“ wird. Im Ausgangspunkt führt dies dazu, dass solche Anlagen an zahlreichen Standorten im Außenbereich zulässig sind, ohne dass diese Standorte zuvor in irgendeiner Weise individuell überplant und damit die Ansiedlung von Windenergievorhaben planerisch gesteuert wurde²⁶. Der Gesetzgeber geht hier davon aus, dass dem Konditionalprogramm des § 35 Abs. 1 BauGB hinreichende Steuerungskraft zukommt, um zwischen den möglicherweise entgegenstehenden öffentlichen Belangen einerseits und dem Interesse an der Verwirklichung des Vorhabens andererseits einen grundsätzlich angemessenen Ausgleich zu schaffen²⁷.

²⁵ Vgl. ausführlich zur Bedeutung von § 35 BauGB für Windenergienutzungen sowie zum Folgenden *Bruns/Fut-terlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien, 2016, S. 40 ff.

²⁶ *Fülbier/Wegner/Sailer*, Planungs- und genehmigungsrechtliche Anknüpfungspunkte als materielle Präqualifikationsmerkmale einer Ausschreibung für Windenergie an Land im „EEG 3.0“, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 3, 2015, S. 22; *Schröter*, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013, S. 145 ff.; *Kümper*, Zur Privilegierung erneuerbarer Energien in § 35 Abs. 1 BauGB: Funktionswandel der Privilegierung und Perspektiven planerischer Steuerung, ZfBR 2015, 224 (224 f.).

²⁷ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 11.07.2004 – 4 B 55/04, juris Rn. 3 f.; *Hinsch*, in: Schulz, Handbuch Windenergierecht, 2015, Kap. 3, Rn. 8.

Um aber auch eine weitergehende Steuerung zu ermöglichen, hat der Bundesgesetzgeber einen Weg eröffnet, gezielt die weit überwiegende Fläche in Plangebieten von Windenergieanlagen freizuhalten und Anlagenstandorte auf bestimmte Flächen zu beschränken. Damit soll ein im Steuerungsprogramm des § 35 Abs. 1, 3 S. 1 BauGB nicht angelegter weitergehender Schutz der Außenbereichsbelange wie etwa dessen Erholungsfunktion, ein verbesserter Schutz unzerschnittener Landschaftsräume oder anderer außenbereichstypischer und anderweitig störungssensibler Nutzungen wie insbesondere auch das Wohnen im beplanten und unbeplanten Bereich ermöglicht werden²⁸. Zu diesem Zweck hat der Bundesgesetzgeber das Instrument des Planvorbehalts in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zur Ermöglichung sog. Konzentrationszonenplanungen geschaffen, das nach seiner Vorstellung bei der Einführung im Jahr 1997 ein Gegengewicht zur Privilegierung von Windenergieanlagen bilden und damit die kommunale Planungshoheit stärken sollte²⁹. Mit Hilfe dieses Instruments ist es auf Raumordnungs- und Flächennutzungsplanebene den Planungsträgern möglich, weite Teile, d. h. regelmäßig mehr als 97 Prozent eines Plangebiets von Windenergieanlagen freizuhalten und diese auf geeigneten und möglichst konfliktarmen Flächen zu konzentrieren³⁰.

Das bundesrechtliche Planungsrecht sieht mithin bereits ein Instrumentarium vor, dessen sich die Planungsträger in den Ländern zum vorausschauenden Schutz auch von Wohnnutzungen bedienen können und sollen. Ein Ausweichen der Landesgesetzgeber auf andere Regelungsmaterien, um zu diesem Zwecke schärfere Standards vorzusehen, ist demgegenüber aus kompetenziellen Gründen nur in geringem Umfang möglich. Dies gilt, weil auch außerhalb des Bereichs des Bauplanungsrechts die Länder höherrangiges Bundesrecht zu beachten haben. So können die Länder etwa auch im Bereich des Immissions- und Luftverkehrsrechts aufgrund der grundsätzlich abschließenden Regelungen des Bundes bzw. aufgrund Fehlens einer ausdrücklichen Ermächtigung der Länder für abweichende Regelungen in diesem Bereich gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 und 11, Art. 72 Abs. 1 GG bzw. Art. 73 Abs. 1 Nr. 6, Art. 71 GG nicht aus ihrer Sicht gebotene strengere Regelungen zum Lärm- oder Belästigungsschutz aufstellen³¹. Allein im Bereich des Denkmalschutzrechts, das zu regeln kompetenziell teils dem Bund, teils den Ländern zusteht, haben die Länder einen gewissen, obgleich überaus beschränkten Spielraum³². Diese Kompetenz der Länder würde aber nicht die angestrebten pauschalen Abstände

²⁸ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 11.07.2004 – 4 B 55/04, juris Rn. 6. Zur nur eingeschränkten Tauglichkeit des Regimes des § 35 Abs. 1, 3 BauGB für den hier notwendigen Interessenausgleich siehe *Münkler*, Ansiedlungssteuerung im Außenbereich, *VerwArch* 2015, 475 (477).

²⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 19.02.2004 – 4 CN 16/03, juris Rn. 21; *Rojahn*, Umweltschutz in der raumordnerischen Standortplanung von Infrastrukturvorhaben – Gestaltungsmöglichkeiten und Kompetenzgrenzen, *NVwZ* 2011, 654 (660).

³⁰ *Sydow*, Neues zur planungsrechtlichen Steuerung von Windenergiestandorten, *NVwZ* 2010, 1534 (1534); *Kümper*, Zur Privilegierung erneuerbarer Energien in § 35 Abs. 1 BauGB: Funktionswandel der Privilegierung und Perspektiven planerischer Steuerung, *ZfBR* 2015, 224 (228).

³¹ Zur Kompetenzaufteilung für das Immissionsschutzrecht zwischen Bund und Ländern *Jarass*, *BlmSchG*, 11. Aufl. 2015, Einl. Rn. 29 ff.

³² Zur bislang nicht abschließend geklärten Abgrenzung der Kompetenzbereiche von Bund und Ländern zum bodenrechtlich begründeten städtebaulichen Umgebungsschutz einerseits und dem landesdenkmalrechtlichen Umgebungsschutz andererseits *Fülbi*, *Windenergieanlagen und Denkmalschutzrecht*, *ZNER* 2017, 89 (92 f.).

zur Wohnbebauung oder anderen abstrakt festgelegten Siedlungsgebieten, sondern nur punktuelle Regelungen im Hinblick auf bestimmte Denkmäler ermöglichen.

Nachdem Ende 2015 die Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB³³, die für den Bereich des Bauplanungsrechts eine punktuelle Rückübertragung der Regelungskompetenz auf die Länder bewirkte, außer Kraft getreten ist, kann die Geltung der Privilegierung von Windenergieanlagen insbesondere auch nicht mehr durch Landesgesetz auf Gebiete in einem bestimmten Abstand zu ausgewählten Siedlungsbereichen beschränkt werden³⁴. Einzig Bayern hatte von der Kompetenzeröffnung Gebrauch gemacht und die sog. „10 H-Regelung“ im bayerischen Landesrecht implementiert. Wenn dort derzeit auch noch ein erheblicher Zubau an Windenergieanlagen stattfindet, so ist aufgrund des inzwischen zu beobachtenden Rückgangs neuer Genehmigungsanträge ersichtlich, dass der Ausbau in Bayern in naher Zukunft weitgehend zum Erliegen kommen dürfte³⁵.

Auch die Nutzung anderer – untergesetzlicher – Instrumente durch die Länder zur Umgehung der aufgezeigten kompetenziellen Schranken ist nicht zulässig. Insbesondere kann über die in fast allen Ländern zum Einsatz kommenden sog. Windenergieerlasse, die ihrer Rechtsnatur nach norminterpretierende Verwaltungsvorschriften darstellen³⁶, keine Abweichung von bundesrechtlichen Vorgaben stattfinden. Geschieht dies gleichwohl, sind Planungsträger hieran rechtlich nicht gebunden. Halten sich Planungsträger dennoch an hier formulierte Aufforderungen ohne die notwendige eigene Abwägungsentscheidung entsprechend der Vorgaben des Bundesrechts vorzunehmen, so wären auf diese Weise zustandekommende Abstandsfestsetzungen rechtswidrig und gerichtlich angreifbar³⁷.

³³ Grundlegend hierzu *Grüner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB, NVwZ 2015, 108 sowie *Fülber/Grüner/Sailer/Wegner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 8 vom 29.07.2014.

³⁴ Zur konkreten Umsetzung in Bayern *Fülber/Wegner*, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern, ZUR 2015, 149 ff.

³⁵ Der derzeit noch hohe Zubau an Anlagen stützt sich ganz wesentlich auf bereits vor Einführung der „10 H-Regelung“ erteilte Genehmigungen, vgl. *FA-Wind*, Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2016, S. 11. Vgl. auch den insoweit vielsagenden Appell der Obersten Baubehörde in Bayern an die kommunalen Planungsträger, neue Flächen für die Windenergie auszuweisen, *Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern*, für Bau und Verkehr, Bauleitplanung für Windenergieanlagen, https://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/buw/baurechtundtechnik/merkblatt_f%C3%BCr_die_bauleitplanung.pdf.

³⁶ *Schwarzenberg/Ruß*, Die Windenergieerlasse der Länder, ZUR 2016, 278 (279), *Saurer*, Rechtswirkungen der Windenergieerlasse der Länder, NVwZ 2016, 201 (203), *Raschke*, Die Windenergieerlasse der Länder, in: *Müller/Kahl*, Energiewende im Föderalismus, Baden-Baden 2015, 261 (271), *Wegner*, SUP-Pflicht für Windenergieerlasse?, Würzburger Bericht zum Umweltenergie recht Nr. 27 vom 10. Mai 2017, S. 3 f.

³⁷ Vgl. OVG Schleswig, Urteile vom 20.01.2015 – 1 KN 6/13 u. a., Rn. 62 ff.; OVG Weimar, Urteil vom 08.04.2014 – 1 N 676/12, juris Rn. 84 sowie Urteil vom 27.05.2015 – 1 N 318/12, juris Rn. 92 und hierzu *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, ZfBR 2016, 548 (550 f.).

II. Umsetzung von Abständen mithilfe planungsrechtlicher Instrumente in den Ländern

Bei der Ausübung des bundesrechtlichen Planvorbehalts in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB mittels einer Konzentrationszonenplanung sind die durch die Rechtsprechung hieran gestellten Anforderungen zu beachten³⁸. Grenze für die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung pauschaler Abstände ist das Gebot, der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen. Hieran ist auch die Landesplanung gebunden (1.). Wird in einzelnen Bundesländern der Weg zu größeren Abständen über die Landes- und Regionalplanung beschränkt, so können Abstände dort erst ab einem bestimmten Zeitpunkt im Verfahren der Planaufstellung mithilfe sog. Plansicherungsinstrumente rechtlich gesichert und damit bereits mittelbar für die Genehmigung von Windenergieanlagen maßgeblich werden, wobei der in Schleswig-Holstein gewählte, verfassungsrechtlich umstrittene Weg eines Moratoriums insoweit schon aus rechtlichen Gründen nicht zweckmäßig wäre (2.).

1. Umsetzung pauschaler Abstände durch raumordnerische Festsetzungen

a) Zugriff der Landesregierungen auf die Raumordnung

Die planerische Steuerung der Windenergie findet in den Ländern im Rahmen einer Planungskaskade aus Raumordnungsplanung (Landesentwicklungsplanung und Regionalplanung) und kommunaler Bauleitplanung statt. Im Grundsatz vermag es die jeweils höhere Planungsebene die nachfolgenden Ebenen in verschiedener Weise zu binden. Organisatorisch ist die Landesentwicklungsplanung zumeist einem Landesministerium zugeordnet³⁹. Die Regionalplanung wird dagegen in der Regel durch Einheiten der Selbstverwaltung verantwortet. Ausnahmsweise, wie etwa in Schleswig-Holstein, wird aber auch diese durch unmittelbar staatliche Behörden ausgeführt⁴⁰. Wollen Landesregierungen Abstände planerisch unmittelbar oder mittelbar vorgeben, so wird dies deshalb in aller Regel über die Landesentwicklungsplanung, ausnahmsweise auch über die Regionalplanung erfolgen.

Der Landesplanung in den Ländern kommt die Aufgabe zu, landesweit bedeutsame raumrelevante Nutzungen zu steuern und die verschiedenen Raumnutzungsansprüche miteinander auf hoher Abstraktionsebene zu koordinieren⁴¹. Als höchste Planungsebene hat sie potentiell erhebliche Steuerungskraft⁴², da ihre Vorgaben alle nachfolgenden Ebenen binden können. Insbesondere ist auch die Windenergie aufgrund ihrer landesweiten Raumbedeutsamkeit der

³⁸ Dazu, dass dies in den letzten Jahren vielfach nicht gelungen ist und den hierfür maßgeblichen Fehlerquellen siehe *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen, *ZfBR* 2016, 548 ff.

³⁹ Zu den Zuständigkeiten in den Ländern siehe *Koch/Hendler*, *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*, 6. Aufl. 2015, § 5, S. 78 ff.

⁴⁰ Siehe § 5 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 4 LaPlG S-H.

⁴¹ Vgl. zur Rolle der hochstufigen Landesplanung *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 48 f. Vgl. auch VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 39.

⁴² *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 49.

Steuerung durch die Landesplanung grundsätzlich zugänglich⁴³. Erst Recht gilt dies für die Steuerung durch die Regionalplanung. Für die planerische Steuerung bedient sich die Landesplanung ausschließlich textlicher Festsetzungen entweder in Form letztabgewogener Ziele oder aber einfacher Grundsätze der Raumordnung⁴⁴. Der Unterschied besteht hier in der Bindungswirkung gegenüber nachfolgenden Planungsträgern. Nur letztabgewogene Ziele sind verbindlich und einer weiteren Abwägung und einem „Wegwägen“ nicht zugänglich⁴⁵. Grundsätze der Raumordnung sind dagegen lediglich von Planungsträgern auf nachfolgenden Planungsebenen zu „berücksichtigen“ und können im Einzelfall im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung zugunsten anderer gewichtiger Erwägungen zurückgestellt werden.

b) Planungsmethodische Anforderungen an die Umsetzung pauschaler Umstände mittels Konzentrationszonenplanungen

Die Vornahme einer Konzentrationszonenplanung über den Planvorbehalt gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB und damit auch die Festsetzung von Abständen von Gebieten für die Windenergie zu Siedlungsgebieten findet in den Ländern teils auf Regionalplanungs- und teils auf Ebene der kommunalen Flächennutzungsplanung statt. Unabhängig davon, auf welcher Ebene eine Konzentrationszonenplanung vorgenommen wird, ist den durch die Rechtsprechung hierfür entwickelten hohen Anforderungen zu genügen. Rechtstechnisch erfolgt eine Konzentrationsplanung durch die zielförmige Ausweisung bestimmter Gebiete bzw. Flächen für die Windenergie, verknüpft mit der Aussage, dass in dem restlichen Plangebiet die Windenergie in der Regel ausgeschlossen sein soll⁴⁶. Der Ausschluss selbst ergibt sich dann bei Vorliegen aller Voraussetzungen aus § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Erforderlich ist hierfür insbesondere, dass auf der Grundlage eines gesamträumlichen Planungskonzeptes im ersten Schritt eines gestuften Planungsprozesses durch Ausscheiden der sog. „harten Tabuzonen“, d. h. Gebiete, auf denen Windenergieanlagen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht realisiert werden können, die Potenzialflächen für die Windenergienutzung identifiziert werden. Sollen darüber hinaus aus planerischen Gründen weitere Gebiete nicht für eine Windenergienutzung in Frage kommen, so können diese anhand einheitlicher sog. „weicher Tabukriterien“ identifiziert und aus dem Planungsprozess ausgeschieden werden, bevor schließlich im Wege der Einzelbetrachtung der noch verbleibenden Potenzialflächen die schlussendlich für die Windenergie nutzbaren Gebiete auszuwählen sind.

⁴³ VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 39.

⁴⁴ Allgemein zu diesen Erfordernissen der Raumordnung *Koch/Hendler*, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. 2015, § 3 S. 52 ff. bzw. S. 56 ff.

⁴⁵ Es können jedoch bereits Ausnahmen von Zielen im Raumordnungsplan vorgesehen werden oder auf Grundlage eines förmlichen Zielabweichungsverfahrens auch von Zielen abgewichen werden, § 6 Abs. 1, 2 ROG.

⁴⁶ BVerwGE 117, 287 (294); Urteil vom 13.03.2003 – 4 C 4/02, juris Rn. 14. Auf Ebene der Regionalplanung geschieht dies durch die Festsetzung von Vorranggebieten mit der Wirkung von Eignungsgebieten gem. § 8 Abs. 7 S. 2 ROG. Zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Praxis in manchen Ländern, zum Zwecke der Konzentrationsplanung Eignungsgebiete gem. § 8 Abs. 7 S. 1 Nr. 3 ROG festzulegen, da hier die innergebietliche Zielwirkung str. ist, siehe *Haselmann*, Zur bauplanungsrechtlichen Ausschlusswirkung der raumordnerischen Gebietsarten, ZfBR 2014, 529 (532) sowie OVG Schleswig, Urteile vom 20.01.2015 – 1 KN 6/13 u. a., Rn. 58 m. w. N.

Der Planungsschritt der Reduzierung der Potenzialflächen mittels weicher Tabukriterien steht für die landesplanerische Festsetzung pauschaler Abstände im Mittelpunkt des Interesses. Er ist Teil der planerischen Abwägung, setzt mithin eine planerische Willensentscheidung voraus⁴⁷. Das Interesse an der Freihaltung von Gebieten ist dabei mit dem Interesse an der Realisierung von Windenergieanlagen abzuwägen. Den Planungsträgern kommt bei diesem Gewichtungsvorgang eine gewisse planerische Freiheit zu, deren Ausübung nur eingeschränkt gerichtlich überprüft wird. Die Planungsträger sind hier nicht darauf beschränkt, lediglich zwingende Vorgaben etwa des Immissionsschutzrechts planerisch nachzuvollziehen⁴⁸. Vielmehr dürfen sie auch bodenrechtlich relevante Vorsorgegesichtspunkte wie etwa künftig zunehmende Anlagenhöhen und damit etwa verbundene optische Beeinträchtigungen oder aber Entwicklungsmöglichkeiten von Kommunen berücksichtigen. Insoweit ist durchaus auch die Festlegung pauschaler Abstände möglich, denen gerade nicht eine Untersuchung der Raumverträglichkeit von Windenergieanlagen für jeden auf diese Weise ausgeschlossenen Standort zugrunde liegen muss⁴⁹.

c) Grenze des Planvorbehalts – Zum Gebot der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen

Die wirksame Ausübung des Planvorbehalts bedingt nach der Rechtsprechung nicht nur ein bestimmtes methodisches Vorgehen, sondern vor allen Dingen mit Blick auf das Planungsergebnis, dass der Windenergie ein Raum von einem Umfang eingeräumt wird, der in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht steht, den das Bundesrecht dem Interesse an der Windenergienutzung durch die Privilegierungsregelung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB beigemessen hat. Planungen, die hinter diesem Gebot der Mindestflächenbereitstellung zurückbleiben, verschaffen der Windenergie nicht den ihr zuzugestehenden substanziellen Raum⁵⁰ und sind deshalb als unzulässige Verhinderungs- oder Feigenblattplanung zu bewerten⁵¹.

Soweit sich die Landesentwicklungsplanung in der Vergangenheit darauf beschränkt hat, allgemeine Aussagen über die planerische Steuerung von Windenergie innerhalb eines Bundeslandes zu treffen, insbesondere diejenige Planungsebene zu bestimmen, auf der eine abschließende räumliche Steuerung der Windenergie vorzunehmen ist, geriet sie mit den an die Ausübung des Planvorbehalts gesetzten Anforderungen nicht in Konflikt. Determiniert sie jedoch bereits selbst mittels zielförmiger Festsetzungen diejenigen (Abstands-) Kriterien, die auf nachfolgenden Planungsebenen bei der Auswahl von Windkonzentrationszonen zugrunde zu legen sind, so hat auch sie das Gebot zu beachten, dass der Windenergie substanziell Raum zu

⁴⁷ Siehe hierzu *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien, 2016, S. 47.

⁴⁸ VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 46-48 = ZNER 2015, 580 ff.; BVerwGE 117, 287 (301 m. w. N.).

⁴⁹ VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 48 = ZNER 2015, 580 ff.

⁵⁰ Ausführlich zu dieser Anforderung *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien, 2016, S. 53 f.

⁵¹ St. Rspr., BVerwGE 117, 287 (295).

verschaffen ist⁵². Je zweifelhafter dies aufgrund der von ihr vorgesehenen Auswahlkriterien ist, umso detaillierter muss die von ihr vorzunehmende Abwägungsentscheidung und die dieser zugrunde liegenden Flächenuntersuchungen ausfallen. Der Hochzonung von Entscheidungen über konkrete Abstände auf die Ebene der Landesplanung folgen insoweit die Anforderungen an die wirksame Ausübung des Planvorbehalts⁵³. Werden diese nicht eingehalten, so ist das Planungsergebnis abwägungsfehlerhaft, der Landesentwicklungsplan damit aufhebbar. Im Falle der Aufhebung des Landesentwicklungsplans würde den hieraus entwickelten Regionalplänen ihre Grundlage i. S. v. § 8 Abs. 2 S. 1 ROG entzogen, sodass auch diese anfechtbar würden⁵⁴.

In dieser Bindung der Landesentwicklungsplanung an die Privilegierungsentscheidung zugunsten der Windenergie gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht nur als systematische Grundentscheidung, sondern auch an die hieraus folgenden Restriktionen im Einzelfall der Planung⁵⁵ liegt ein maßgeblicher Unterschied zu der weitergehenden Kompetenz, wie sie den Landesgesetzgebern noch durch § 249 Abs. 3 BauGB (Länderöffnungsklausel) rückübertragen wurde. Hier konnten die Länder den räumlichen Geltungsbereich der bundesrechtlichen Privilegierung der Windenergie selbst bestimmen und durften dabei lediglich die bundesrechtliche Grundentscheidung nicht vollständig rechtlich oder tatsächlich aushebeln⁵⁶. Im Falle der bayerischen 10 H-Regelung sah der Bayerische Verfassungsgerichtshof – aufgrund der zuvor selbst aufgestellten Maßstäbe in überraschender und letztlich nicht überzeugender Weise – diese Grenze selbst dadurch nicht erreicht, dass für moderne Windenergieanlagen nach Berücksichtigung auch anderweitiger Flächenrestriktionen lediglich 0,01 Prozent der Landesfläche verblieben⁵⁷.

Um wie viel weiter dagegen die Beschränkung der Landesplanung aufgrund des Gebots der Substanzialität der Raumverschaffung reicht, zeigt sich etwa anhand einer Entscheidung des VGH Kassel zum Landesentwicklungsplan in Hessen⁵⁸. Darin billigte dieser die Festlegung eines Abstandes zu bestehenden und geplanten Siedlungsgebieten⁵⁹ von 1.000 m im Sinne eines

⁵² OVG Schleswig, Urteile vom 20.01.2015 – 1 KN 6/13 u. a., juris Rn. 63 = ZUR 2015, 498 ff.; zustimmend *Willmann*, Genug ist genug? – Zur substanzialen Raumverschaffung für die Windenergie, NordÖR 2015, 307 (312); *Wegner*, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonenplanungen, ZUR 2015, 468 (473 f.).

⁵³ *Wegner*, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen, ZUR 2015, 468 (474).

⁵⁴ Zur Wirksamkeitsakzessorietät von Regionalplänen aufgrund des Entwicklungsgebots nach § 8 Abs. 2 S. 1 ROG *Kümper*, Die Unwirksamkeit des Landesentwicklungsplans in Brandenburg und ihre Auswirkungen auf die Regionalplanung und die Bauleitplanung, LKV 2014, 542 (544).

⁵⁵ Vgl. VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 58 = ZNER 2015, 580 ff.

⁵⁶ BayVerfGH, Urteil vom 09.05.2016 – Vf. 14-Vii-14; Vf. 3-III-15, Vf. 4-VIII-15, juris Rn. 125 = NVwZ 2016, 999 ff.

⁵⁷ BayVerfGH, Urteil vom 09.05.2016 – Vf. 14-Vii-14; Vf. 3-III-15, Vf. 4-VIII-15, juris Rn. 137 = NVwZ 2016, 999 ff. Kritisch zum Abstellen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs auf die Bruttoflächen unter Außerachtlassung anderer Restriktionen als der 10 H-Regelung für die Windenergie *Kindler*, Die 10H-Abstandsregelung für die Windenergienutzung, ZfBR 2016, 688 (688); a. A. *Ludwigs*, Die 10-H-Regelung für Windenergieanlagen auf dem Prüfstand der Bayerischen Verfassung, NVwZ 2016, 986 (988).

⁵⁸ Siehe die bereits angeführte Entscheidung des VGH Kassel vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N.

⁵⁹ Zur Zulässigkeit der Anknüpfung an den raumplanerisch geprägten Begriff der Siedlungsgebiete, VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 53 = ZNER 2015, 580 ff.

weichen Tabukriteriums⁶⁰ als zielförmige Vorgabe für die durch die Regionalplanung vorzunehmende Konzentrationsplanung. Dies auch deshalb, weil zugleich im hessischen Landesentwicklungsplan als Grundsatz der Planung eine Ausweisung von Flächen in der Größenordnung von 2 Prozent der jeweiligen Planungsregion ausgegeben wurde und für das Gericht kein Anhaltspunkt dafür bestand, dass diese Größenvorgabe aufgrund des Abstandsgebots für die Regionalplanung verfehlt und damit ggf. das Gebot von der Substanzialität der Raumverschaffung verletzt werden könnte⁶¹.

Wo genau die Grenze zwischen einer gebotenen substanziellen Raumverschaffung und einer unzulässigen Verhinderungsplanung liegt, ist damit jedoch nicht geklärt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist dies nicht abstrakt, sondern allein anhand einer wertenden Betrachtung unter Berücksichtigung etwaiger topographischer und weiterer Besonderheiten im Einzelfall zu beantworten⁶². Dies gilt auch für Festlegungen auf Ebene der Landesplanung. Insoweit hat die vorgenannte Entscheidung des VGH Kassel allenfalls indiziellen Charakter und lässt sich nicht ohne weiteres verallgemeinern. In anderen Ländern und Regionen kann deshalb durchaus auch ein demgegenüber leicht höherer Abstand noch zulässig sein, während in anderen Fällen etwa aufgrund einer besonders kleinteiligen Siedlungsstruktur und unter Abhängigkeit von dem gewählten Anknüpfungspunkt für den festgesetzten Abstand ggf. bereits ein Abstand von 1.000 m dazu führt, dass der Windenergie nicht mehr substanziell Raum verschafft wird. Die Rechtsprechung zieht hier für die Rechtskontrolle des Planungsergebnisses, d. h. der der Windenergienutzung zur Verfügung gestellten Flächen, verschiedene Verhältnisbildungen heran, von denen der Relation zwischen den ausgewiesenen Konzentrationsflächen zum Gesamtgebiet abzüglich der harten Tabuzonen wohl die größte Aussagekraft zukommt⁶³. Eine exakte numerische Grenzziehung erlaubt aber auch diese Technik nicht⁶⁴.

Um dem Risiko der Unwirksamkeit der Planung bei einem Herantasten an das gerade noch rechtlich Zulässige zu entgehen, könnte die Landesplanung auf die zielförmigen Festlegung pauschaler Abstände verzichten. Daneben kommt der Landesplanung nämlich weiterhin die Möglichkeit zu, Abstände als Orientierungswerte zu formulieren. Als Grundsätze der Planung käme diesen zwar eine geringere Bindungswirkung im Sinne einer Berücksichtigungspflicht nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG gegenüber nachfolgenden Planungsebenen zu, sodass sich dort verantwortliche Planungsträger über die Vorgaben im Einzelfall hinwegsetzen könnten. Zu-

⁶⁰ VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 57 = ZNER 2015, 580 ff. Ausführlich zu dieser Unterscheidung *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, *Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien*, 2016, S. 47 ff.

⁶¹ VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 50 f.

⁶² BVerwG, Urteil vom 24.01.2008 – 4 CN 2/07, juris Rn. 11; BVerwG, Urteil vom 20.05.2010 – 4 C 7/09, juris Rn. 28; OVG Bautzen, Urteil vom 19.07.2012 – 1 C 40/11, juris Rn. 55.

⁶³ VG Hannover, Urteil vom 24.11.2011 – 4 A 4927/09, juris Rn. 65; *Gatz*, *Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis*, 2. Aufl. 2013, Rn. 100; ausführlich hierzu auch *ders.*, in: *FA-Wind, Anforderungen an die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung*, 2016, S. 12 ff.

⁶⁴ Kritisch zur Maßstabslosigkeit dieser Verhältnisbildung *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, *Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien*, 2016, S. 54.

gleich wären die an die Formulierung solcher Orientierungswerte zu stellenden Anforderungen aber auch erheblich niedriger, da solcherlei raumordnerische Grundsätze nicht Gefahr liefen, das Gebot der Substantialität der Raumverschaffung zu verletzen. Zudem würden auch den Trägern der Regional- und ggf. der kommunalen Planung erheblich größere Spielräume für die Berücksichtigung von Besonderheiten im Einzelfall verbleiben.

2. Zeitliche Wirksamkeit planerischer Festsetzungen

Gegenüber einzelnen Vorhabenträgern entfalten landes- oder regionalplanerische Abstandsregelungen ihre rechtlichen Wirkungen über das für moderne Großwindenergieanlagen notwendige immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren. Planerische Festsetzungen sind von den Genehmigungsbehörden zwar erst ab ihrem Inkrafttreten im Genehmigungsverfahren zu beachten. Die Wirksamkeit solcher Festsetzungen kann jedoch auch vor ihrem Inkrafttreten mittels sog. Plansicherungsinstrumente garantiert werden.

Solche Instrumente finden sich sowohl auf Ebene der Raumordnung als auch auf den nachfolgenden Ebenen der kommunalen Bauleitplanung⁶⁵. Diese sollen verhindern, dass Pläne aufgrund ihrer häufig langwierigen Aufstellungsverfahren bei Erlass bereits durch die faktische Entwicklung im Plangebiet überholt sind und die planerischen Ziele damit nicht mehr verwirklicht werden können⁶⁶. § 14 Abs. 2 ROG gibt deshalb Raumordnungsbehörden u. a. die Möglichkeit, Genehmigungsbehörden die Entscheidung über die raumrelevanten Windenergievorhaben zu untersagen, „wenn sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet und wenn zu befürchten ist, dass die Planung oder Maßnahme die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde“. Die Untersagung kann sich mithin sowohl auf Pläne der Landes- als auch der regionalen Raumordnung beziehen. Als Gegenstand der Sicherung kommen allerdings allein künftige „Ziele“ der Raumordnung in Frage, nicht aber auch raumordnerische Grundsätze. Damit sich ein Ziel bereits in Aufstellung befindet, muss zudem jedenfalls ein Beschluss eines zuständigen Organs über den gebilligten Zielentwurf vorliegen⁶⁷. Erst, aber auch schon ab diesem Zeitpunkt können im Falle der befürchteten Vereitelung der Zielverwirklichung künftige Abstandsregelungen zur Ablehnung von Genehmigungsanträgen herangezogen werden.

Da auch bis zu einem ersten Beschluss über eine zielförmig gefasste Abstandsvorgabe – nicht zuletzt aufgrund der notwendigen Abarbeitung der oben wiedergegebenen Anforderungen – ein erheblicher Zeitraum verstreichen kann, kann das Bedürfnis entstehen, eine noch weitergehend vorgezogene Sicherung künftiger Planungen zu erreichen, wie dies in Schleswig-Holstein zuletzt nach der Aufhebung von Regionalplänen in mehreren Planungsregionen der Fall

⁶⁵ Neben der bundesrechtlichen Vorschrift in § 14 ROG finden sich auch in den Landesgesetzen spezielle, zumeist lediglich modifizierende Ermächtigungen zur Untersagung raumordnungswidriger Maßnahmen, vgl. § 18 LaplaG-SH sowie § 36 LaplaG-NRW.

⁶⁶ Goppel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 14 Rn. 18; Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. 2015, § 7 Rn. 4.

⁶⁷ Goppel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2010, § 14 Rn. 21.

war⁶⁸. Anders als jedoch in diesem Fall, in dem es der schleswig-holsteinischen Regierung um die Verhinderung eines planerisch ungesteuerten Ausbaus der Windenergie allein auf der Grundlage von § 35 Abs. 1, 3 BauGB ging, würden im Falle der planerischen Ausweitung bereits bestehender pauschaler Abstände bis zu deren Inkrafttreten bzw. bis zu deren Sicherbarkeit über die vorhandenen gesetzlichen Plansicherungsinstrumente schlicht die bislang geltenden Abstandsanforderungen fortgelten, nicht aber ein ungesteuerter Ausbau drohen. Angesichts der gegen das sog. Windenergieplanungssicherstellungsgesetz in Schleswig-Holstein mit seinem Windenergie-Moratorium geltend gemachten rechtlichen Bedenken⁶⁹, würde ein solches Vorgehen zudem ein erhebliches Risiko der gerichtlichen Aufhebung für den Landesgesetzgeber bergen⁷⁰.

D. Bedeutung des Rechtsrahmens für die Absichten in Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen

Wirft man in Kenntnis der vorstehend skizzierten Möglichkeiten und Grenzen insbesondere landesplanerisch und -gesetzlich festgesetzter pauschaler Abstände zwischen Windenergieanlagen und anderen baulichen Nutzungen einen ersten Blick auf die in Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen in den Koalitionsverträgen zwischen CDU, FDP und Grünen bzw. CDU und FDP diesbezüglich getroffenen Vereinbarungen, so werden erhebliche Unterschiede deutlich.

I. Größere Abstände bei mehr Fläche in Schleswig-Holstein

In Schleswig-Holstein sind zweierlei Abstandsregelungen vorgesehen: Zunächst ist in bestimmten, bisher nicht in den Entwürfen der neuen Regionalplanung für die Windenergie vorgesehenen Gebieten geplant, für Bestandsanlagen Repoweringmöglichkeiten vorzusehen und dabei die Abstände von Repoweringanlagen zu „Siedlungsbereichen mit Wohn- und Erholungsfunktion“⁷¹ auf 1.000 m sowie zu Splittersiedlungen im Außenbereich auf 500 m zu erhöhen. Mit der Öffnung der Flächen zum Repowering sollen also gleichzeitig Spielräume eröffnet werden, einen als notwendig empfundenen Schutz der Bevölkerung durch Neuordnung der

⁶⁸ Siehe die aufhebenden Urteile des OVG Schleswig vom 20.01.2015 – 1 KN 6/13 u. a. = ZUR 2015, 498 ff.

⁶⁹ Siehe insbesondere *Bringewat*, Recht- und Verfassungsmäßigkeit des Windenergieplanungssicherstellungsgesetzes (WEPSG), NordÖR 2016, 240 ff. Gegen solcherlei Bedenken siehe jedoch die Ausführungen des VG Schleswig, Beschluss vom 10.09.2015 – 6 A 190/13 = NVwZ-RR 2016, 212 ff. Eine gegen das Gesetz durch eine Kommune erhobene Landesverfassungsbeschwerde wurde durch das LVerfG S-H für unzulässig erachtet, ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz entsprechend verworfen, vgl. LVerfG S-H, Beschluss vom 17.06.2016 – LVerfG 3/15 = NVwZ-RR 2016, 801 ff.

⁷⁰ Dieser Vorbehalt gilt vorliegend allerdings allein für Nordrhein-Westfalen. In Schleswig-Holstein besteht das Windenergiemoratorium weiterhin fort. Die neuen Abstandsvorgaben sollen hier noch im laufenden Prozess der Überarbeitung der aufgehobenen Regionalpläne Berücksichtigung finden.

⁷¹ Nach der Baugebietstypik der BauNVO umfasst dies neben reinen und allgemeinen Wohngebieten auch Dorf- und Mischgebiete und Sondergebiete, die der Erholung dienen sowie gewisse weitere sonstige Sondergebiete.

Windenergieanlagen im Raum bei größeren Abständen zu gewährleisten⁷². Darüber hinaus ist vorgesehen, dass für alle übrigen Windenergiestandorte „zusätzlich zu den bestehenden Mindestabständen ein neues Kriterium für die Genehmigung verankert“⁷³ wird. Hier soll der Abstand bei Siedlungen die fünffache Anlagenhöhe bzw. 1.000 m, im Außenbereich die dreifache Anlagenhöhe bzw. 600 m betragen. Dabei ist unklar, ob dies eine dynamische Abstandsvorgabe in Abhängigkeit von der Anlagenhöhe (3 bzw. 5 H) oder eine pauschale Abstandsvorgabe (600 bzw. 1.000 m) sein soll.

Diese Abstände gehen zum Teil über die schon heute bundesrechtlich vorgesehenen Abstände zum Schutz der betroffenen Bevölkerung nicht unerheblich hinaus. Gleichzeitig erfolgt in Schleswig-Holstein aber auch ein deutliches Bekenntnis für eine Fortsetzung des Ausbaus der Windenergie, wenn auch betont wird, dass dieser künftig mit Augenmaß betrieben werden solle⁷⁴. Für den weiteren Ausbau wird zudem ein Flächenbedarf von 2 Prozent des Landesgebietes veranschlagt und anerkannt⁷⁵. Bereits dies lässt erkennen, dass die Koalition in Schleswig-Holstein eine Regelung innerhalb der ihr durch das Gebot der Substantialität der Raumverschaffung gezogenen Grenzen anstreben dürfte.

Wie die angekündigten Abstände rechtstechnisch umgesetzt werden sollen, scheint durch die Koalitionsvereinbarungen noch nicht abschließend entschieden, die hierauf bezogenen Passagen vielmehr als Prüfaufträge formuliert zu sein. Ob die angestrebte Repoweringlösung innerhalb der Regionalplanung oder über Ausnahmegenehmigungen im Einzelfall jenseits der Festlegungen ermöglicht werden soll, bleibt unklar. Damit ist auch offen, ob die geplanten Abstände Eingang in die Regionalplanung finden und falls dies der Fall ist, ob diese dem Abwägungsprozess in der Form weicher Tabukriterien einheitlich vorgegeben werden oder innerhalb der Einzelbetrachtung der Flächen auch individuell Lösungen festgelegt werden können. Insbesondere die Absicht, die neuen Abstände als „neues Kriterium für die Genehmigung“ zu verankern, wirft die Frage auf, wie dies möglich ist. Zum einen wäre hier lediglich eine Bekräftigung der Prüfung planungsrechtlich vorgegebener Abstände im Genehmigungsverfahren denkbar. Geht das „Kriterium für die Genehmigung“ dagegen darüber hinaus, so wird damit zumindest die Frage aufgeworfen, wie angesichts der abschließenden bundesrechtlichen Regelung des Genehmigungsverfahrens sowie der Sperrwirkung bundesrechtlicher Vorgaben für bauplanerische oder immissionsschutzrechtliche Abstände landesrechtlich eigenständige Abstandskriterien geregelt werden sollen.

⁷² Koalitionsvertrag S-H, S. 57 f.

⁷³ Koalitionsvertrag S-H, S. 58.

⁷⁴ Koalitionsvertrag S-H, 57.

⁷⁵ Koalitionsvertrag S-H, S. 57.

II. Austesten rechtlicher Grenzen in Nordrhein-Westfalen

Die Koalitionsvereinbarungen in Nordrhein-Westfalen zwischen CDU und FDP gehen bei der Beschränkung des künftigen Windenergieausbaus deutlich weiter. Danach sollen zur Bewahrung der Akzeptanz der „Nutzung der Windenergieanlagen“ und zur Sicherstellung eines angemessenen Anwohner-, Landschafts- und Naturschutzes für Neuanlagen möglichst Abstände von 1.500 m zu reinen und allgemeinen Wohngebieten einzuhalten sein⁷⁶. Neben der Absicht, solcherlei Abstände landesrechtlich umzusetzen, soll zudem auf Bundesebene die vollständige Abschaffung der Privilegierung von Windenergieanlagen verfolgt werden⁷⁷. Dies könnte nicht zuletzt auch den rechtlichen Schwierigkeiten für die Verwirklichung des vereinbarten Mindestabstands geschuldet sein, solange insbesondere das Gebot der Substantialität der Raumverschaffung die landesrechtlichen Regelungsspielräume beschränkt. Hieraus dürfte auch die zurückhaltende Formulierung der im Übrigen aber klar erkennbaren Absicht der neuen Regierungskoalition resultieren, die nicht ausdrücklich die Umsetzung des 1.500 m-Abstandes ankündigt, sondern lediglich ausdrückt, dass sie diesen für „rechtssicher umsetzbar“ hält und in einem weiteren Satz nachschiebt, dass der rechtliche Rahmen voll ausgeschöpft werden solle.

Stellt sich mithin während der durchzuführenden Planungsprozesse heraus, dass der Windenergie bei dem geplanten Abstand – zumal auch die Privilegierung der Windenergie an Waldstandorten im Landesentwicklungsplan aufgehoben werden soll⁷⁸ und damit weitere Flächen wegfallen – nicht mehr hinreichend Raum gewährt würde, so könnten im Einklang mit der Ankündigung in der Koalitionsvereinbarung die Abstände auf das rechtlich mögliche Maß zu reduzieren sein, um dem Verdikt der unzulässigen Verhinderungsplanung zu entgehen. Neben dieser relativierenden Formulierung, die durchaus noch Räume für die Flexibilisierung der bisher nur umrissenen Regelungen lässt, ist auch die Beschränkung der geplanten Abstandsregelung auf reine und allgemeine Wohngebiete zu beachten. Der darin enthaltene Verweis auf die Baugebietstypik der Baunutzungsverordnung klammert etwa die gerade in der kleinteiligen ländlichen Siedlungsstruktur weit verbreiteten Dorf- und Mischgebiete und erst recht Gewerbe- und Industriegebiete von der Abstandsregelung aus. Blicke es dabei, würde die angekündigte Regelung in Abhängigkeit von der vorfindlichen Siedlungsstruktur in Nordrhein-Westfalen möglicherweise einen geringeren Anwendungsbereich besitzen, als es auf den ersten Blick scheint.

⁷⁶ Koalitionsvertrag NRW, S. 41 f.

⁷⁷ Koalitionsvertrag NRW, S. 42. Vgl. insoweit auch den Entschließungsantrag der FDP Fraktion im Niedersächsischen Landtag auf Initiierung einer Bundesratsinitiative zur Abschaffung der Privilegierung der Windenergie im Baugesetzbuch, Nds.-Ldt., Drs. 17/7559 neu vom 25.04.2017. Siehe außerdem bereits den Gesetzesentwurf der Fraktion der FDP für ein Gesetz zur Änderung der hessischen Bauordnung (Hess. Ldt., Drs. 19/2070 vom 16.06.2015) zur Einführung einer 10 H-Regelung auch in Hessen sowie hierzu die Stellungnahme der Stiftung Umweltenergierecht vom 02.12.2015, abrufbar unter www.stiftung-umweltenergierecht.de/publikationen.

⁷⁸ Koalitionsvertrag NRW, S. 42 wohl in Bezug auf Ziffer 7.3-1 des LEP-NRW 2017.

E. Fazit

Dass sowohl die Vereinbarungen in Nordrhein-Westfalen als auch in Schleswig-Holstein hinsichtlich der Vergrößerung der Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten einen erheblichen Wegfall an Flächen für den Ausbau der Windenergie zur Folge haben können, ist offensichtlich. Erste Schätzungen gehen für Nordrhein-Westfalen bei Realisierung der politischen Ankündigungen von einer Verminderung der für die Windenergie nutzbaren Flächen um bis zu 80 Prozent aus⁷⁹. Was dies bedeutet, kann an der aktuellen Situation in Bayern ermessen werden. Nach jüngsten Zahlen ist hier nach Einführung der „10 H-Regelung“ bereits ein erheblicher Einbruch der Genehmigungsanträge für Neuanlagen zu verzeichnen⁸⁰. Eine solche Entwicklung könnte auch das Erreichen der Klimaschutzziele Deutschlands weiter erschweren, würde jedenfalls aber die Wettbewerbssituation in den bundesweit einheitlichen Ausschreibungen im EEG 2017 deutlich verändern.

Die landesrechtlichen Spielräume für die Erweiterung der schon heute in begrenztem Maße zulässigen pauschalen Abstände sind eher gering. Die Länder müssen die dargestellten Grenzen für die planungsrechtliche Umsetzung pauschaler Abstände einhalten. Dies sind die weitestgehend abschließenden bundesrechtlichen Vorgaben in den Bereichen des Bauplanungsrechts – hier insbesondere die planungsrechtliche Privilegierung der Windenergie und das Gebot der Substantialität der Raumverschaffung bei der Ausübung des Planvorbehalts nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB – einerseits sowie auch im Immissionsschutzrecht und weiteren Rechtsmaterien andererseits. Insoweit bestehen auch erhebliche Zweifel jedenfalls daran, dass der in Nordrhein-Westfalen beabsichtigte Abstand von 1.500 m zu reinen und allgemeinen Wohngebieten tatsächlich in zulässiger Weise umgesetzt werden kann, wenn dadurch die zur Verfügung stehende Fläche deutlich reduziert wird. Weniger Bedenken begegnen die in Schleswig-Holstein geplanten Abstände, da hier eine Ausweisung zusätzlicher Flächen und insgesamt eine Raumverschaffung in substanziellem Umfang geplant ist. Eine abschließende Bewertung allein auf Grundlage der Koalitionsvereinbarungen ist aber nicht möglich. Sowohl in Schleswig-Holstein als auch in Nordrhein-Westfalen sind Formulierungen enthalten, die es ermöglichen Abstände so festzulegen, dass sie rechtmäßig sein können, auch wenn sie dazu ggf. kleiner als dort nominell benannt ausfallen müssen. Festzuhalten ist, dass der Spielraum für planerisch festgelegte Mindestabstände größer ist, je größer die Fläche ist, die der Windenergienutzung gleichwohl zur Verfügung gestellt werden kann. Verkleinert sich die Fläche auch schon aus anderen Gründen, wie etwa dem generellen Ausschluss von Waldgebieten, dann reduziert sich auch das Potenzial zur gleichzeitigen Ausweitung von Abständen auf ein Niveau, das über das gesetzlich gebotene Mindestmaß hinausgeht.

Auch wenn es sich bei der Bemessung pauschaler Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsbereichen auch um eine politische Entscheidung über das Maß dessen handelt,

⁷⁹ Siehe RP-online vom 17.06.2017, „Das plant Schwarz-Gelb für NRW“, abrufbar unter: <http://www.rp-online.de/nrw/landespolitik/koalitionsvertrag-das-plant-schwarz-gelb-fuer-nrw-aid-1.6885832>.

⁸⁰ Hierzu bereits oben, Fn. 35.

was der Bevölkerung zu Zwecken des Klimaschutzes zugemutet werden soll, so ist die Entscheidung auf Landesebene doch gleichwohl weitgehend bundesrechtlich determiniert. Zudem sind die Entscheidungen nicht nur vor dem Hintergrund des Pariser Klimaschutzabkommens kritisch zu betrachten. Auch die Zweckmäßigkeit pauschaler Abstände zur Erhaltung der Akzeptanz der Windenergienutzung ist nicht ohne Zweifel. Erkenntnisse der Umweltpsychologie zeigen, dass pauschale Abstände zur Erhöhung von Akzeptanz nicht besser geeignet sind als andere Maßnahmen, denn es ist keine Korrelation zwischen Akzeptanz und Abständen empirisch messbar⁸¹. Die vorliegende Darstellung hat die originär rechtlichen Spielräume der Länder und die bundesrechtlichen Grenzen der Ausweitung pauschaler Abstände zu Windenergieanlagen aufgezeigt.

⁸¹ Vgl. *Hübner/Pohl*, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz? Ein umweltpsychologischer Studienvergleich, 2015, abrufbar unter https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Akzeptanz/FA-Wind_Abstand-Akzeptanz_Broschuere_2015.pdf.

JOHANNES ENGEMANN
Rechtsanwalt (bis 2007)

HANS BERKEMEIER
Rechtsanwalt (Notar a.D.)
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Familienrecht

HEINRICH SCHÄFERHOFF
Rechtsanwalt u. Notar
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Familienrecht

FRANZ-J. TIGGES
Rechtsanwalt u. Notar
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

THOMAS REMMERT
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht

ANDREAS SCHÄFERMEIER
Rechtsanwalt u. Notar
Fachanwalt für Insolvenzrecht

W. ANDREAS LAHME
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

GÜNTHER FILLINGER
Rechtsanwalt (Notar a.D.)

DR. OLIVER FRANK
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

JÖRG KLOCKE
Rechtsanwalt u. Notar
Fachanwalt für Verkehrsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

MARTINA BEESE
Rechtsanwältin

DR. MATHIAS SCHÄFERHOFF
Rechtsanwalt

KATHARINA VIEWEG-PUSCHMANN
LL.M.
Rechtsanwältin und Notarin
Maîtrise en droit

DANIEL BIRKHÖLZER
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

LARS STRAKELJAHN
Rechtsanwalt

**Kastanienweg 9
59555 Lippstadt**

Telefax: 02941 9700-50
www.engemann-und-partner.de

Bürozeiten:
Mo. – Fr. 8.00 - 13.00 Uhr
Mo. – Do. 14.00 - 18.00 Uhr
Fr. 14.00 – 17.00 Uhr
Sprechstunden nach Vereinbarung

**Engemann und Partner,
Rechtsanwälte mbB,**
Eingetragene Partnerschaft
Im Sinne des Partnerschafts-
gesellschaftsgesetzes
AG Essen PR 351

UST-ID: DE125689228

Windkonzentrationszonenplanung im Flächennutzungsplan und Änderung des Landesentwicklungsplans NRW

1. Ausgangssituation

Die Landesregierung hat am 17. April 2018 beschlossen, den LEP NRW zu ändern und die Öffentlichkeit sowie die in ihren Belangen berührten öffentlichen Stellen zu beteiligen. Die Öffentlichkeitsbeteiligung findet in der Zeit vom 07. Mai 2018 bis 15. Juli 2018 statt. Für Kommunen, die sich aktuell in ihrer Flächennutzungsplanung mit der Ausweisung / Änderung von Windkonzentrationszonen (Ausschlussflächenplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) befassen, können vor allem folgende beabsichtigte Änderungen von Bedeutung sein.

- Die im aktuell geltenden LEP enthaltene verpflichtende Vorgabe an die Regionalplanung, proportional zum jeweiligen regionalen Potential Gebiete für die Nutzung der Windenergie als Vorranggebiete in den Regionalplänen festzulegen, wird aufgegeben zugunsten einer fakultativen Planung („in den Planungsregionen können Gebiete für die Nutzung der Windenergie als Vorranggebiete in den Regionalplänen

festgelegt werden“.) Neu eingeführt wird in diesem Zusammenhang unter 10.2-3 ein „*Grundsatz, Abstand von Bereichen / Flächen von Windenergieanlagen*“ mit folgendem Wortlaut:

„Bei der planerischen Steuerung von Windenergieanlagen in Regionalplänen und in kommunalen Flächennutzungsplänen soll zu allgemeinen Siedlungsbereichen und zu Wohnbauflächen den örtlichen Verhältnissen angemessen ein planerischer Vorsorgeabstand eingehalten werden. Hierbei ist ein Abstand von 1.500 m zu allgemeinen und reinen Wohngebieten vorzusehen. Dies gilt nicht für den Ersatz von Altanlagen (Repowering).“

In der Begründung wird darauf hingewiesen, dass ein Grundsatz neu geschaffen werde, der empfehle, von Vorranggebieten für die Windenergienutzung einen entsprechenden Vorsorgeabstand einzuhalten. Soweit die örtlichen Verhältnisse dies ermöglichen, sei ein Abstand von 1.500 m einzuhalten.

- Im aktuell geltenden LEP ist ausgeführt, dass die Errichtung von Windenergieanlagen im Wald möglich ist, sofern wesentliche Funktionen des Waldes nicht erheblich beeinträchtigt werden. Dieser Satz wird im LEP-Entwurf ersatzlos gestrichen. Zur Begründung wird auf den Koalitionsvertrag verwiesen, in dem vereinbart sei, die kommunale Entscheidungskompetenz zu stärken und die Verpflichtung im Landesentwicklungsplan zur Ausweisung von Windvorrangzonen ebenso wie die Privilegierung der Windenergieerzeugung im Wald aufzuheben.

2. Rechtliche Stellungnahme

a) fortgeschrittene Planungen mit Abschluss vor Inkrafttreten der LEP-Änderung

Aktuell ist zu beobachten, dass mit dem LEP-Änderungsvorhaben eine erhebliche Verunsicherung bei den planenden Gemeinden hervorgerufen wird. Für solche Gemeinden, deren Planung voraussichtlich noch vor Inkrafttreten des neuen LEP in Kraft tritt, ist zunächst festzuhalten, dass das LEP-Änderungsvorhaben unbeachtlich ist. Das insoweit zu beachtende geltende Recht wird grundsätzlich allein durch den aktuell in Kraft befindlichen LEP bestimmt. Ausnahmen gibt es nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 ROG lediglich für in Aufstellung befindliche **Ziele der Raumordnung**. Wie im weiteren ausgeführt wird, werden „Ziele der Raumordnung“ durch die oben beschriebenen Änderungsvorhaben aber gerade nicht aufgestellt.

Kommunale Planungen, die vor der LEP-Änderung in Kraft treten und gleichwohl schon jetzt dessen künftige Änderungen als verbindliche Vorgaben und / oder als maßgebliche abwägungserhebliche Gesichtspunkte behandeln, setzen sich damit der Gefahr schwerwiegender Rechtsverletzungen aus, die zu ihrer Unwirksamkeit führen können.

b) andere Planungen (vorauss. Inkrafttreten nach erfolgter LEP-Änderung)

Der LEP-Änderungsentwurf hat damit von vornherein nur Bedeutung für solche Planungen, die voraussichtlich erst nach seinem Inkrafttreten beendet werden. Dazu gilt im Einzelnen:

aa) 1.500-m-Abstand

(1) Grundsätze und Ziele der Raumordnung

Für die Praxis der kommunalen Planung ist die Unterscheidung zwischen „Zielen“ und „Grundsätzen“ der Raumordnung außerordentlich wichtig. Während die Ziele der Raumordnung für die nachfolgende Bauleitplanung nach § 1 Abs. 4 BauGB eine unbedingte Beachtungspflicht einfordern, sind Grundsätze der Raumordnung in der planerischen Abwägungsentscheidung lediglich „zu berücksichtigen“, § 4 Abs. 1 S. 1 ROG. Sie stellen damit nur einen (von vielen) Abwägungsbelangen dar, der im Zuge der planerischen Abwägung auch „weggewogen“ werden kann. Grundsätze der Raumplanung sind daher nicht abwägungsfest und können das Ergebnis der planerischen Abwägung nicht vorherbestimmen.

(2) 1.500-m-Abstand als Grundsatz der Raumordnung

Der 1.500-m-Abstand unter 10.2-3 ist ein „Grundsatz der Raumordnung“. Das ist eindeutig.

Wegen der höchst unterschiedlichen Rechtsfolgen bestimmt § 7 Abs. 4 ROG, dass Ziele und Grundsätze der Raumordnung in den Raumordnungsplänen als solche zu kennzeichnen sind. Dem kommt der LEP-Entwurf nach und formuliert den Abstandsbelang ausdrücklich als „Grundsatz“. Das wird auch in der Begründung verdeutlicht („... wird daher ein Grundsatz neu geschaffen, der empfiehlt...“). Grundsätzlich sind raumordnerische Festlegungen zwar der Auslegung zugänglich. Die eindeutige Bezeichnung durch den Plangeber dürfte hier aber einer anderweitigen Auslegung von vornherein entgegenstehen, vgl. etwa Runkel in: Bielenberg u. a., § 3 ROG Rn. 10. Das gilt zumindest dann, wenn der Plangeber durch die Bezeichnung die von ihm gewollte Unverbindlichkeit zu erkennen gibt.

Der Einordnung als Ziel der Raumordnung stehen aber auch die übrigen Formulierungen des Entwurfs entgegen. Ziele der Raumordnung sind

nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG „*verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbaren, vom Träger der Raumordnung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen...*“. Der Festlegungstext lässt aber erkennbar einen Abwägungsspielraum und könnte ungeachtet der ohnehin anders lautenden Bezeichnung damit keineswegs als abschließend abgewogen gelten. Zwar wird im Festlegungstext auch formuliert, dass ein Abstand von 1.500 m zu allgemeinen und reinen Wohngebieten „*vorzusehen ist*“. Abgesehen davon, dass das ohnehin nicht für den Ersatz von Altanlagen (Repowering) gilt, wird das auch in der Begründung sogleich relativiert, da darauf hingewiesen wird, dass „ein Grundsatz“ neu geschaffen werde, der „empfehle“, von Vorranggebieten für die Windenergienutzung einen entsprechenden Vorsorgeabstand einzuhalten. Soweit die örtlichen Verhältnisse dies ermöglichen, sei ein Abstand von 1.500 m einzuhalten. Selbst wenn es also an einer klaren Bezeichnung als „Grundsatz“ der Raumordnung fehlte, ergäbe die Auslegung des Festlegungstextes, dass hier nur ein Grundsatz gemeint ist.

Allein dies entspricht auch den Vorgaben der Rechtsprechung. Ein Ziel der Raumordnung mit der Festlegung eines verbindlichen Vorsorgeabstandes wäre nach den Vorgaben der Rechtsprechung unwirksam und damit ohnehin unbeachtlich. So ist in der Rechtsprechung zwischenzeitlich mehrfach klargestellt worden, dass die Festsetzung isolierter Ausschlussbereiche für Windenergieanlagen dem Regelungszweck des § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 S. 3 BauGB widerspricht. Möglich ist nur eine sogenannte „kompensatorische Negativplanung“. Die Standortsteuerung von Windenergieanlagen ist nicht isoliert durch negative Inhalte von Flächennutzungsplänen oder Raumordnungsplänen möglich. Vielmehr muss der jeweilige Ausschluss dieser privilegierten Außenbereichsvorhaben in bestimmten Bereichen stets mit einer entsprechenden positiven Standortzuweisung in einem hierfür im Rahmen der Bauleitplanung oder der Raumplanung bestimmten Planungsraum verbunden sein, dazu vgl. nur OVG NRW, U. v. 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE -, ZNER 2015, 475 („Haltern“), und neuerdings U. v. 06.03.2018 – 2 D 95/15.NE („Bad Wünnenberg“) –

m.u.w.N. Da der LEP-Entwurf ausdrücklich auf eine Positivplanung zugunsten von Windenergieanlagen (Vorrangflächen) verzichtet, ist es ihm daher auch nicht möglich, einseitig Negativflächen, die grundsätzlich von Windenergieanlagen freizuhalten sind, zu bestimmen. Das könnte allenfalls für Flächen gelten, bei denen sich die Unmöglichkeit, Windenergieanlagen zu errichten, aus zwingenden tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ergibt (z. B. bebaute Flächen). Für Vorsorgeabstände gilt das aber eben nicht.

(3) Inhalt des Grundsatzes i.e.

Der 1.500-m-Abstand ist also als Grundsatz der Raumordnung keineswegs abwägungsfest. Welches Gewicht dieser Grundsatz als abwägungserheblicher Belang konkret einnehmen kann, bestimmt sich zunächst nach seinem Inhalt. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die Begründung des Entwurfs selbst einschränkt, dass ein 1.500-m-Abstand nur einzuhalten sei, soweit die örtlichen Verhältnisse dies ermöglichen. Für Repowering-Anlagen ist der Grundsatz von vornherein gänzlich unbeachtlich. Sind also unterhalb eines Abstandes von 1.500 m bereits Windenergieanlagen vorhanden, gerät eine Kommune, die an dieser Stelle die vorhandene Windvorrangfläche bestätigt oder – der „normativen Kraft des Faktischen“ folgend – das Vorhandensein von Altanlagen zum Anlass der Ausweisung einer Vorrangfläche nimmt, von vornherein nicht in irgendeinen Konflikt mit dem aufgestellten Grundsatz. Daneben spricht viel dafür, dass die Bestimmung auch für jenseits des 1.500-m-Abstandes stehende Altanlagen gilt, die durch innerhalb dieses Abstandes geplante Repowering-Anlagen ersetzt werden.

Im Übrigen sind eben die örtlichen Verhältnisse maßgebend. In diesem Zusammenhang ist insbesondere an die ständige Rechtsprechungspraxis zu erinnern, wonach das Gewicht der Windenergienutzung als privilegiertes Außenbereichsvorhaben erfordert, der Windenergienutzung eine substantielle Chance einzuräumen. Es liegt auf der Hand, dass die strikte Einhaltung eines 1.500-m-Abstandes bei vielen Gemeinden dazu führen würde, dass keine oder allenfalls äußerst

geringe Flächen für die Windenergienutzung übrig blieben. Auch dürfte es in vielen Fällen so sein, dass die Einhaltung von derartig großen Abständen nur möglich ist, wenn andere, ebenso schützenswerte Belange (z. B. Natur- und Landschaftsschutz, Erholungsgebiete, Grünzüge) zurückgestellt werden. Andererseits zeigt die Praxis, dass dem Schutz der Wohnbevölkerung vor Lärm- und Schattenimmissionen durch Windenergieanlagen auch bei weitaus geringeren Abständen hinreichend Rechnung getragen werden kann. Das gleiche gilt unter dem Gesichtspunkt eines Schutzes vor der sogenannten „optisch bedrängenden Wirkung“ durch Windenergieanlagen, dem nach der Rechtsprechung regelmäßig schon durch Einhaltung eines Abstandes zur Größe der dreifachen Gesamthöhe der WEA hinreichend Rechnung getragen wird.

Das alles verdeutlicht, dass es in der konkreten planerischen Situation einer sehr sorgfältigen Abwägung des jeweiligen Planungsträgers bedarf. Dem 1.500-m-Abstandsgrundsatz hier ein besonderes Gewicht zuzuordnen, unterläge großen rechtlichen Risiken.

bb) Windenergieanlagen im Wald

(1) Keine Zielqualität des LEP

Mit der vorgesehenen Streichung der im LEP 2017 enthaltenen „windenergiefreundlichen“ Festlegung kehrt der LEP-Entwurf der Sache nach auf das im LEP NRW 1995 unter B.III.3.2.1 formulierte „Ziel“ zurück, dass Waldgebiete für andere Nutzungen nur in Anspruch genommen werden dürfen, wenn die angestrebten Nutzungen nicht außerhalb des Waldes realisiert werden können und der Eingriff auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt bleibt. Indes hat das OVG NRW in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass diese Vorgabe des LEP NRW, die mithin auch für den aktuellen Entwurf gälte, **kein** Ziel der Raumordnung darstellt, mithin für nachfolgende Planungen keine unbedingte Beachtungspflicht auslöst, vgl. nur OVG NRW, U. v. 22.09.2015 und 06.03.2018, a.a.O. Das OVG macht deutlich, dass die für eine Qualität als „Ziel der Raumordnung“

erforderliche abschließende Abwägung durch den Plangeber fehle, weil im Einzelfall eine Inanspruchnahme des Waldes ausdrücklich zugelassen werde.

(2) Rechtswidrigkeit einer kompletten Waldsperrung

Das OVG hat in den zitierten Entscheidungen aber auch mehrfach deutlich gemacht, dass die Sperrung größerer Waldflächen durch Festlegung eines entsprechenden Ziels der Raumordnung ebensowenig möglich ist wie die Behandlung von Waldflächen als sog. "harte Tabuzonen" im Zuge der weiteren Planung.

„Die technische Entwicklung hat inzwischen vielmehr die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen in Wäldern grundsätzlich möglich gemacht. Der Senat schließt sich angesichts dessen der von den übrigen (Bau-)Senaten des erkennenden Gerichts im Einklang mit verschiedenen Obergerichten und in der Literatur ... vertretenen Auffassung an, wonach Waldflächen grundsätzlich keine harten Tabuzonen (mehr) sind.“ (OVG NRW, U. v. 06.03.2018, a.a.O., Rnr. 102).

Es hat darüber hinaus deutlich gemacht, dass die pauschale Qualifikation jeglicher Waldflächen als der Windenergienutzung von vornherein entzogen auch auf der Ebene der Raumplanung in rechtmäßiger Weise nicht mehr in Betracht kommen kann und dass der Träger der Landesplanung mit dem aktuell in Kraft getretenen LEP 2017 auch die daraus folgende „*notwendige Konsequenz*“ gezogen habe, indem bestimmt wurde, dass die Errichtung von Windenergieanlagen im Wald möglich ist, sofern wesentliche Funktionen des Waldes nicht erheblich beeinträchtigt werden (OVG NRW, a.a.O., Rnr. 134).

(3) Folgerungen

Aus allem folgt zweierlei: Die im LEP-Entwurf vorgesehene Rückkehr zum alten LEP 1995 löst für die nachfolgenden Planungen keine Zielbindung aus.

Die grundsätzliche Waldöffnung für die Windenergienutzung ist rechtlich notwendig und wird vom LEP-Entwurf ignoriert.

Daher gilt für die planende Gemeinde: Behandelt sie ihre Waldflächen in der Konzentrationsflächenplanung als harte Tabuzonen und liest sie die Vorgaben des LEP-Entwurfs als verbindliches Ziel zur unbedingten Walderhaltung, begeht sie einen schweren Abwägungsfehler, der regelmäßig zur Unwirksamkeit ihrer Planung führen dürfte.

Bei allem hat die Rechtsprechung wiederholt deutlich gemacht, dass die planende Gemeinde das Risiko einer fehlerhaften Rechtsauslegung selbst dann trifft, wenn sie sich entsprechenden Forderungen der vorgelagerten Ebene der Raumplanung nach Einhaltung vermeintlicher Zielvorgaben ausgesetzt sehe. Das ändere, so ausdrücklich das OVG (Urteil v. 06.03.2018, Rnr. 135), nichts an der objektiv rechtlichen Feststellung, dass Waldflächen nicht pauschal als harte Tabukriterien gewertet werden könnten und entsprechende Festlegungen auf der vorgelagerten Ebene der Raumplanung nicht wirksam seien. Dass damit die subjektive Verantwortung für den damit verbundenen Planungsfehler u. U. „verlagert“ werde, spiele im Zuge der gerichtlichen Feststellung der Fehlerfolge – Rechtswidrigkeit des Flächennutzungsplans – keine Rolle.

Lippstadt, den 07.05.2018

Franz-Josef Tigges
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht