

LANDTAG  
NORDRHEIN-WESTFALEN  
17. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME  
17/3953**

A02, A18



20. Mai 2021  
Stellungnahme

# ENTWURF ZUR ÄNDERUNG DES BAUGB-AG NRW

In der Version vom 21. April 2021

Landesverband  
Erneuerbare Energien  
NRW e.V.

Marienstraße 14  
40212 Düsseldorf

T 0211/93676060  
F 0211/93676061

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

## Inhaltsverzeichnis

<b>Grundsätzliche Einschätzung</b>	<b>3</b>
<b>Kritik und Einordnung im Einzelnen</b>	<b>6</b>
<b>(1) Zu § 2 Abs. 1: Regelungswirkung des 1.000 Meter-Abstands</b>	<b>6</b>
Regelungswirkung im formalen und faktischen Innenbereich	6
Regelungswirkung im Bereich von Außenbereichssatzungen	7
Anwendung auch auf zukünftige Bebauung	9
Ausdehnung der Regelungswirkung auf genehmigungsfreie Anlagen	10
Massiver Flächenverlust durch restriktive Auslegung	10
<b>(2) Zu § 2 Abs. 2: Auswirkungen auf Bauleitpläne</b>	<b>11</b>
Bestandsschutz für alle Bauleitpläne	11
Echte Sonderregelung für das Repowering schaffen	12
Stichtags-Frist zu kurz ausgestaltet	13
<b>(3) Zu § 2 Abs. 3 S. 1: Übergangsregelung für Investoren</b>	<b>14</b>
<b>(4) Zu § 2 Abs. 3 S. 2: Änderungen des ursprünglichen Anlagentyps</b>	<b>14</b>
<b>(5) Zu § 3: Berichtspflicht</b>	<b>15</b>

## Grundsätzliche Einschätzung

Der Landesverband Erneuerbare Energien Nordrhein-Westfalen (LEE NRW) nimmt als Interessenvertretung der Wind-, Solar-, Bioenergie, Wasserkraft und Geothermie im Energieland NRW zum Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Baugesetzbuches in Nordrhein-Westfalen (BauGB-AG NRW) in der Fassung vom 21. April 2021 wie folgt Stellung:

Mit dem vorliegenden Entwurf macht die Landesregierung von der Ermächtigungsgrundlage in § 249 Absatz 3 BauGB in maximalem Umfang Gebrauch, indem sie Mindestabstände von höchstens 1.000 Metern zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken einführt. Dabei nutzt die Landesregierung den Spielraum so umfassend, dass der **Mindestabstand von 1.000 Metern sowohl für fast alle Wohngebäude im Innenbereich als auch für Wohngebäude im Bereich von Außenbereichssatzungen** gelten soll. Begründet wird dies mit einer vermeintlichen akzeptanzsteigernden Wirkung solcher Abstände für die Windenergie. Tatsächlich wirkt der angedachte Regelungsbereich des BauGB-AG **derart restriktiv**, dass die Landesregierung damit nicht nur den Zubau neuer Anlagen und den Austausch von Altanlagen (Repowering) massiv erschwert, sondern die gerade in der Aktualisierung begriffenen nordrhein-westfälischen Klimaschutzziele sowie des Ausbauziel von 10,5 Gigawatt (GW) Wind in 2030 gemäß Energieversorgungsstrategie verfehlt. Anstatt für mehr Rechtssicherheit bei der räumlichen Steuerung der Windenergie zu sorgen, **reicht** die Landesregierung unter dem Deckmantel der Wahrung der kommunalen Planungshoheit **die Verantwortung und die mit den angedachten Regelungen verbundenen Rechtsunsicherheiten an die Kommunen weiter**.

Entgegen der Aussage im einleitenden Teil des Entwurfs, dass sich angesichts der wachsenden Anzahl und Gesamthöhe von Windenergieanlagen ein „Akzeptanzverlust, insbesondere in den Regionen, in denen die Windenergieanlagen vorrangig ausgebaut werden“ feststellen lässt, besteht **kein empirischer Zusammenhang zwischen höheren Abständen und einer steigenden Akzeptanz für die Windenergie**. Eine aktuelle Umfrage der Fachagentur Windenergie an Land (FA Wind) zeigt sogar, dass die Akzeptanz von vorhandenen Windenergieanlagen im eigenen Wohnumfeld mit 83 Prozent sehr hoch ist.<sup>1</sup> Die YouGov Umfrage im Auftrag der Agentur für Erneuerbare Energien (AEE) aus dem Dezember des vergangenen Jahres kommt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Vorbehalte gegen den Bau von Erneuerbare-Energien-Anlagen geringer sind, wenn die Bürgerinnen und Bürger bereits entsprechende Anlagen in ihrer Nachbarschaft stehen haben.<sup>2</sup> Eine landesweite repräsentative Umfrage des LEE NRW aus dem Herbst 2020 zeigt ebenfalls, dass 84 Prozent der Bürgerinnen und Bürger, in deren Nachbarschaft sich Windenergieanlagen befinden, einen schnellstmöglichen und

<sup>1</sup> FA Wind (2020): Umfrage zur Akzeptanz der Windenergie an Land. Herbst 2020.

[https://www.fachagenturwindenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/Akzeptanz/FA\\_Wind\\_Umfrageergebnisse\\_Herbst\\_2020.pdf](https://www.fachagenturwindenergie.de/fileadmin/files/Veroeffentlichungen/Akzeptanz/FA_Wind_Umfrageergebnisse_Herbst_2020.pdf).

<sup>2</sup> AEE (2021): Zustimmung für den Ausbau der Erneuerbaren Energien bleibt hoch. <https://www.unendlich-viel-energie.de/themen/akzeptanz-erneuerbarer/akzeptanzumfrage/zustimmung-fuer-den-ausbau-der-erneuerbaren-energien-bleibt-hoch>.

vollständigen Umstieg auf Erneuerbare Energien befürworten.<sup>3</sup> Insofern ist der Verweis auf etwaige Akzeptanzvorbehalte gegenüber der Windenergie – sowohl im Bund, als auch in Nordrhein-Westfalen – unbegründet.

Dass die Sicherung der Akzeptanz in der Bevölkerung nicht als Argument für die Einführung einer pauschalen Abstandsregelung angeführt werden kann, sollte der Landesregierung zudem bereits seit dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster (OVG) vom 20.01.2020<sup>4</sup> in Bezug auf den raumordnerischen Grundsatz eines 1.500-Meter-Abstandes im Landesentwicklungsplan (LEP) bekannt sein. Das OVG Münster bemängelt insbesondere ausdrücklich das Fehlen einer „*empirisch fundierten Herleitung oder einer sonstigen Begründung*“ und stellt hier unmissverständlich klar:

*Der landesplanerische Grundsatz beruht erklärtermaßen allein auf dem Aspekt der Sicherung einer „Akzeptanz in der Bevölkerung“, die jedoch schon wegen ihrer Unschärfe und fehlenden Greifbarkeit als solche weder ein raumordnerischer (vgl. § 2 ROG) **noch ein bauleitplanerisch tauglicher oder handhabbarer Belang** (vgl. § 1 Abs. 6 BauGB) ist (...) Letztlich steht hinter dieser Zahl offenbar nur ein **politischer Wille**, der indes keine sachgerechte Abwägung der nach Bundesrecht zu berücksichtigenden Belange ersetzt.“*

Stattdessen begründet die Landesregierung die Abstandsregelung mit dem Umstand, dass andere akzeptanzfördernde Maßnahmen, wie die bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung (BNK) erst Ende 2022 greifen und sich „die (optische) Entlastung von Bürgerinnen und Bürgern im Umfeld von Windenergieanlagen erst sehr viel später als intendiert einstellen.“ Insbesondere den Umwelt- und Energiepolitikern aller demokratischen Parteien sollte bekannt sein, dass der LEE NRW ein flächendeckendes BNK-Kooperationsprojekt gestartet hat, dem sich bereits mehr als zwei Drittel aller ausstattungspflichtigen Anlagen in Nordrhein-Westfalen angeschlossen haben und welches dazu beitragen wird, dass diese Regelung bereits weit vor Ende der Frist umgesetzt sein wird. Zudem kann eine temporäre Situation, deren Lösung unmittelbar bevorsteht, kein Argument für eine dauerhafte Flächenbeschneidung sein.

Die Erneuerbaren Energien werden im vorliegenden Gesetzesentwurf als entscheidende Säule der zukünftigen Energieversorgung NRWs bezeichnet, deren starkes Wachstum angestrebt werde. Es ist jedoch fraglich, wie die Landesregierung die eigenen Ziele bei dieser restriktiv wirkenden Anwendung der Länderöffnungsklausel (LÖK) zu erreichen gedenkt, zumal die Landesregierung noch immer **keine transparente Darstellung entsprechender Berechnungen** vorlegen konnte. Der bislang vom Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen (LANUV) auf Druck der Verbändelandschaft veröffentlichte Zwischenbericht für eine Potenzialstudie Windenergie basiert nicht nur auf Prämissen, die deutlich vom aktuellen Gesetzesentwurf abweichen, es wurden auch theoretische Annahmen zugrunde gelegt, die mit der heutigen Genehmigungspraxis nicht vereinbar

<sup>3</sup> Auch im Kreis Paderborn, welcher im Gesetzestext als „Windenergie-Schwerpunkt identifiziert wird, ist fast jeder Zweite stolz, dass der Kreis Vorreiter bei der Nutzung Erneuerbarer Energien ist. Dasselbe gilt für die Gemeinde Lichtenau, in der sich mehr als 170 Windenergieanlagen bei größter Akzeptanz drehen. Siehe hierfür: Stadt Lichtenau – Eine Erfolgsgeschichte durch Windkraft. <https://www.lichtenau.de/42-Stadtinformation-Wirtschaft-Energie/617-EnergiestadtLichtenau/430-Aktuelles/14743.Stadt-Lichtenau-%96-Eine-Erfolgsgeschichte-durch-Windkraft%21.html>.

<sup>4</sup> OVG Münster, Beschluss vom 20.01.2020 – Az. 2 D 100/17.NE (Brilon)

sind.<sup>5</sup> Bereits dort zeigt das „Restriktionsszenario“, welches ironischerweise die aktuelle restriktive Politik der Landesregierung widerspiegelt, dass bis zum Jahr 2030 nur eine potenziell installierbare Leistung von 4,9 GW möglich wäre. Dies ist nur die Hälfte dessen, was sich die Landesregierung selbst zum Ziel gesetzt hat und was für das Erreichen der für die Einhaltung der erst jüngst vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 24.03.2021 für maßgeblich erklärten Klimaziele von Paris noch immer zu wenig wäre.

Ein klares Bekenntnis zum Ausbau der Erneuerbaren Energien wäre eine **mindestens 2%ige Flächenausweisung für die Windenergie**, wie sie der LEE NRW bereits seit längerem fordert und wie sie zur Erreichung der Klimaschutzziele notwendig sind. Andere Länder zeigen sich hier wesentlich ambitionierter. Während Niedersachsen auf die Anwendung der LÖK verzichtet und sich weiterhin an der Technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm) orientiert, hat Schleswig-Holstein am 29. Dezember 2020 sogar Regionalpläne für die Windenergie beschlossen und mit 32.000 ha ca. zwei Prozent der Landesfläche für die Windenergie ausgewiesen. Auch Rheinland-Pfalz und Hessen haben das 2%-Flächenziel landesplanerisch verankert, in Baden-Württemberg hat dies Eingang in den Koalitionsvertrag gefunden.

Des Weiteren **gefährdet** die vorliegende Regelung nicht nur **NRWs Position als Energieland Nr. 1**, wenn sie den Fokus der zukünftigen Energieversorgung auf Importe legt und so unnötige Abhängigkeiten schafft. Neben der Gefährdung von ca. 20.000 Arbeitsplätzen in der Windbranche, **nimmt** die Landesregierung einer Vielzahl der an den Windparks **lokal Beteiligten**, wie etwa Kommunen, Stiftungen, Grundstückseigentümern und Landwirten sowie den Tausenden Bürgerinnen und Bürgern, die in echten Bürgerenergiegenossenschaften oder -gesellschaften an der Stromerzeugung durch Erneuerbare Energien mitwirken (wollen), **die Möglichkeit der Schaffung regionaler Wertschöpfung**. Neben den jährlichen Gewerbesteuereinnahmen erhalten etliche Kommunen seit Jahren über freiwillige Stiftungsmodelle der Anlagenbetreiber jährliche Ausschüttungen im fünf- bis sechsstelligen Bereich, mit denen soziale und infrastrukturelle Projekte in den Kommunen gefördert werden. Im Rahmen der Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG 2021) wurde unlängst die Verteilung des Gewerbesteueraufkommens zugunsten der Standortkommunen verbessert und eine rechtssichere Regelung für eine finanzielle kommunale Beteiligung etabliert, da der Bundesgesetzgeber verstanden hat, dass nicht höhere Abstände, sondern Beteiligung entscheidend für die Akzeptanz sind (vgl. § 36k EEG 2021).

Unternehmen, Bürgerinnen und Bürger unseres Landes fragen zunehmend grünen Strom aus Erneuerbaren Energien nach. Stadtwerke müssen diesen Strom anbieten, wenn sie Ihre Kunden nicht verlieren wollen. Wegen der restriktiven Handhabung der Regelungen zur Windkraft bleibt den Stadtwerken in NRW keine andere Möglichkeit als zunehmend in anderen Bundesländern, auf See oder im Ausland zu investieren, um ihre Stromerzeugung auf Erneuerbare Energien umzustellen. Diese Investitionen und die damit verbundene Wertschöpfung sind trotz abnehmender Wertschöpfung aus der auslaufenden Kohleverstromung in NRW von der Regierung anscheinend nicht gewollt.

<sup>5</sup> Für eine ausführlichere Bewertung des Zwischenberichts durch den LEE NRW siehe auch <https://www.lee-nrw.de/data/documents/2021/02/26/530-6038ede0739de.pdf>

## Kritik und Einordnung im Einzelnen

Die nachfolgende Kritik richtet sich nach den einzelnen Absätzen im Änderungsentwurf in der Fassung vom 21. April 2021.

### (1) Zu § 2 Abs. 1: Regelungswirkung des 1.000 Meter-Abstands

Die Ermächtigungsgrundlage des § 249 Abs. 3 BauGB eröffnet es dem Landesgesetzgeber Mindestabstände von höchstens 1.000 Metern zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken festzulegen. Windenergieanlagen, die diesen Abstand nicht einhalten, sind nicht mehr als privilegierte Vorhaben i.S.v. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zu betrachten. Dabei nutzt die Landesregierung diesen Spielraum maximal aus und verwendet die Abstandsregelung undifferenziert sowohl für durch Bebauungsplan formal ausgewiesene Baugebiete sowie für Gebiete im unbeplanten Innenbereich, sofern Wohngebäude dort nicht nur ausnahmsweise zulässig sind (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB-AG NRW). Darüber hinaus sind entsprechend § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 auch solche Wohngebäude im Außenbereich von einem 1.000-Meter-Mindestabstand erfasst, wenn sie sich im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB befinden. § 2 Abs. 1 S. 2 macht den Abstand dabei explizit auch zu zukünftiger Wohnbebauung erforderlich.

### Regelungswirkung im formalen und faktischen Innenbereich

Aus Sicht des LEE NRW bleibt weiterhin unverständlich, weshalb mit dem vorliegenden Entwurf pauschal 1.000 Meter zu allen Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB) sowie innerhalb bebauter Ortsteile (§ 34 BauGB) gelten sollen, ohne dass hier entsprechend der Schutzwürdigkeit der Wohnbebauung abgestuft wird. Der Gesetzgeber vergleicht die eigene Regelung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 BauGB-AG in der Gesetzesbegründung auf S. 12 f. selbst mit den Regelungen der TA Lärm – wobei die Allgemeine Verwaltungsvorschrift je nach Gebietskategorie der Baunutzungsverordnung (BauNVO) unterschiedliche Immissionswerte vorsieht.

Dem Verständnis folgend, dass der Schutz der Allgemeinheit vor schädlichen Umwelteinwirkungen nicht überall im gleichen Maße zu gewährleisten ist und Bewohner von bspw. Mischgebieten ein höheres Maß an Störungen hinzunehmen haben als Bewohner von Wohngebieten, sprechen wir uns nach wie vor **allenfalls** für eine **abgestufte Abstandsregelung** im Innenbereich aus. Hierbei kann ein **Abstand von maximal 1.000 Metern ausschließlich zu reinen und allgemeinen Wohngebieten** gelten. Bei anderen Baugebietskategorien verringert sich der Abstand entsprechend der Schutzwürdigkeit nach TA Lärm. Einen Vorschlag für eine zusätzliche Differenzierung innerhalb der Gebietskategorien, der auf die tatsächliche Anlagenhöhe abstellt, ist beispielhaft in der nachfolgenden Tabelle dargestellt.

Tabelle 1: Vorschlag für eine differenzierte Abstandsregelung nach BauNVO und Gesamthöhe.

BAUGEBIETSKATEGORIE	GESAMTHÖHE DER ANLAGE	MÖGLICHER MINDESTABSTAND
WR, WA (§§ 3,4 BauNVO)	≥ 250 m	1.000 m
	220-249 m	800 m
	180-219 m	600 m
WS, WB (§§ 2,4a BauNVO)	≥ 250 m	800 m
	220-249 m	600 m
	180-219 m	500 m
MD, MI, MU (§§ 5,6,6a BauNVO)	≥ 250 m	700 m
	220-249 m	600 m
	180-219 m	500 m

### Regelungswirkung im Bereich von Außenbereichssatzungen

Der LEE NRW nimmt zur Kenntnis, dass die Landesregierung auf die massive Kritik der Verbände an der rechtsunsicheren 10-Häuser-Regelung im Außenbereich reagiert und den entsprechenden Passus im Entwurf überarbeitet hat. Anstelle eines 1.000-Meter-Mindestabstands zu „*zulässigerweise errichteter zusammenhängender Bebauung mit mindestens zehn Wohngebäuden im Außenbereich*“ sieht der aktuelle Entwurf in § 2 Abs. 1 Nr. 2 BauGB-AG vor, dass die 1.000 Meter nunmehr zu Wohngebäuden „*im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Absatz 6 BauGB*“ gelten sollen.

Der Gesetzgeber stützt sich bei der Wahl dieses räumlichen Bezugspunktes auf die Argumentation, dass es sich bei Wohnbebauung im Bereich von Außenbereichssatzungen um geschützte Gebiete ähnlich den in Nr. 1 angeführten Flächen mit verstärkter Wohnbebauung handelt. Dies ist so jedoch nicht zutreffend. Mit der Aufstellung einer Außenbereichssatzung ermöglicht § 35 Abs. 6 S. 1 BauGB einer Gemeinde lediglich, dass gewissen bereits bestehenden Strukturen der Wohnbebauung nicht entgegengehalten werden kann, dass sie einer Darstellung im Flächennutzungsplan über Flächen für Landwirtschaft oder Wald widersprechen oder die Entstehung oder Verfestigung einer Splittersiedlung befürchten lassen. An der Einstufung als Außenbereich ändert sich dadurch nichts. Da die **Wohnnutzung** auch hier **nach wie vor außenbereichsfremd** ist, kann sie nicht dieselbe Schutzwürdigkeit genießen, wie Wohnnutzung im formalen und faktischen Innenbereich; der **Gleichklang des Schutzmaßstabes ist insofern nichtig**. Dies ergibt sich auch aus den unterschiedlichen Immissionswerten, die die TA Lärm für Außenbereichssatzungen im Vergleich zum

Innenbereich vorsieht. Entsprechend dem Beschluss des VG Münster vom 12.1.2017 (10 L 1846/16)<sup>6</sup> gilt für eine Außenbereichssatzung nur der Schutzanspruch für den Außenbereich von 45 dB(A) nachts. Auch in Bezug auf sämtliche sonstigen außenbereichstypischen Einwirkungen bleibt es bei dem verminderten Schutz der Wohnbebauung – auch im Geltungsbereich von Außenbereichssatzungen. Die Gleichstellung solcher Siedlungen mit reinen Wohngebieten des beplanten oder unbeplanten Innenbereichs ausschließlich für Windenergieanlagen stellt eine sachlich nicht zu rechtfertigende Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem und damit einen Verstoß gegen Art. 3 GG dar.

Vorhandene Außenbereichssatzungen, die mit der in § 35 Abs. 6 S. 2 BauGB genannten Zweckbestimmung erlassen worden sind, werden durch die vorgeschlagene Landesregelung zu einem Verbotsinstrument für Windenergie, ohne dass die satzungsgebende Kommune diese Konsequenz bei Erlass der Satzung gewollt hat, noch berücksichtigen konnte. Aufgrund der Tatsache, dass die Außenbereichssatzungsgebiete nicht bereits vor Inkrafttreten des BauGB-AG bestanden haben müssen, sondern Kommunen auch nach Inkrafttreten des Gesetzes entsprechende Gebiete mit einer solchen Satzung erlassen können, besteht aus unserer Sicht die zusätzliche Gefahr, **dass mit diesem Instrument aktiv Verhinderungsplanung gegen die Windenergie betrieben wird**. So genügt für den Erlass einer Außenbereichssatzung schon ein vereinfachtes Aufstellungsverfahren mit eingeschränkter Öffentlichkeitsbeteiligung. Je nach Siedlungsstruktur in einer Gemeinde, könnte der Anwendungsbereich der 1.000-Meter-Abstandsregelung somit massiv ausgeweitet und der Raum für die Windenergie weiter eingeschränkt werden. Dies resultiert aus dem Umstand, dass die Voraussetzungen für eine Außenbereichssatzung nicht klar umrissen sind. Im BauGB steht lediglich, dass bereits „*eine Wohnbebauung von einigem Gewicht vorhanden*“ sein muss und diese „*nicht landwirtschaftlich geprägt*“ sein darf.

Gerade in dünn besiedelten ländlichen Räumen kann diese Voraussetzung jedoch auch bei weniger als zehn Wohnhäusern (im Vergleich zum alten Entwurf) der Fall sein. So existieren bereits Urteile, bei denen eine Außenbereichssatzung auch für 4 oder 5 Wohnhäuser zulässig war, da diesen ein ausreichendes Gewicht zugestanden wurde.<sup>7</sup> **Mitunter wirkt die angedachte Regelung daher restriktiver als die ursprüngliche 10-Häuser-Regelung**. Da hier in jedem einzelnen Fall geprüft werden müsste, ob eine Außenbereichssatzung zulässig ist, dürfte zum jetzigen Zeitpunkt völlig unkalkulierbar sein, wie viel Raum für die Windenergie weiterhin bestünde – unabhängig vom Prüfaufwand für die jeweilige entsprechende Wohnbebauung. Durch den Umstand, dass auch die übrige Potenzialfläche nur in der Theorie besteht und aufgrund immissionsschutzrechtlicher Kriterien, der TA Lärm und Kriterien der optisch bedrängenden Wirkung durchaus geringer ausfallen dürfte, minimiert sich die verfügbare Fläche in einer solchen Gemeinde noch einmal zusätzlich. Darüber hinaus ergeben sich mit der angedachten Regelung **auch Fragestellungen in Bezug auf einen möglichen Eingriff in die kommunale Planungshoheit**, da die Gesetzesbegründung klar

<sup>6</sup> und dem im Hauptsacheverfahren ergangenen Urteil vom 17.08.2018 (10 K 4130/16), bestätigt durch das OVG NRW mit Beschlüssen vom 20.07.2017 (8 B 140/17) und vom 16.03.2020 (8 A 3609/18)

<sup>7</sup> OVG NRW, Az 7a 4415/03, Urteil vom 18.11.2004, VGH Bayern, 1BV 02.1727, Urteil vom 12.08.2003



ausführt, dass der 1.000-Meter-Abstand auch in das Planungsgebiet einer angrenzenden Gemeinde hineinragen könnte: „*Ob sich die betreffenden Wohngebäude in der Belegenheitsgemeinde befinden, in der die Windenergieanlage errichtet werden soll, oder in einer Nachbargemeinde, ist nicht von Bedeutung*“ (BauGB-AG, S. 13).

Eine stichprobenartige Befragung einzelner Projektierungsunternehmen in NRW zeigt deutlich, dass die Gefahr einer Beschneidung der Flächenkulisse durch Außenbereichssatzungen durchaus besteht. Allein die Stadt Ibbenbüren weist 17 Außenbereichssatzungen auf. In der Gemeinde Hövelhof existieren allein sieben Außenbereichssatzungen, wodurch bereits ein Großteil des Gemeindegebiets für die Windenergie ausgeschlossen ist. In der angrenzenden Gemeinde Delbrück existiert ebenfalls eine Außenbereichssatzung, deren Auswirkungen auch jenseits der Gemeindegrenze zum Tragen kommen könnte. Auch die Stadt Erwitte stellt derzeit eine Satzung auf, die bei einem 1.000-Meter-Abstand ggf. auch auf die benachbarte Gemeinde durchschlagen würde. Die Stadt Haltern am See, die Gemeinde Nachrodt-Wiblingwerde und die Stadt Velen haben Außenbereichssatzungen mit bereits 4-5 Wohnhäusern erlassen. Projektierer berichten von betroffenen Planungen (allein durch bereits erlassene Satzungen) im mittleren zweistelligen Megawatt-Bereich sowie von Kommunen, die weitere Außenbereichssatzungen planen würden, sollte das Gesetz so in Kraft treten.

Die Ausweitung des Regelungsbereiches auf Außenbereichssatzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB lassen sich insofern nicht abschließend bewerten, als derzeit keine Erhebung über die Anzahl bestehender Außenbereichssatzungen existiert und weil durch die zukunfts offene Ausgestaltung auch zukünftig zahlreiche weitere Außenbereichssatzungen hinzukommen können. Der Gesetzesentwurf bleibt somit auch an dieser Stelle in Bezug auf das Erreichen des 10,5 GW-Ausbauziels intransparent. Aufgrund der unklaren Anwendbarkeit und der Gefahr, dieses Instrument anstelle der geordneten städtebaulichen Entwicklung als Verhinderungsplanung zu nutzen, **fordern wir nachdrücklich, von einer pauschalen Abstandsregelung im Außenbereich abzusehen und hier weiter ausschließlich nach den Regelungen des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG), der TA Lärm und den Grundsätzen der optisch bedrängenden Wirkung zu verfahren.** Allenfalls dürfte der 1.000-Meter-Abstand auf bereits bestehende Satzungen und ohne Wirkung in eine Nachbargemeinde hinein verwendet werden.

### **Anwendung auch auf zukünftige Bebauung**

Der Anwendungsbereich des BauGB-AG bezieht sich ausdrücklich auch auf Bereiche, in denen Wohngebäude zukünftig errichtet werden können (§ 2 Abs. 1 S. 2 BauGB-AG). Dabei ist keineswegs abschließend geklärt, dass auch zukünftige Gebäude Anknüpfungspunkt der „*zulässigen baulichen Nutzung zu Wohnzwecken*“ entsprechend § 249 Abs. 3 BauGB sein können. Anstatt sich hier dem Risiko von Rechtsstreitigkeiten auszusetzen, sollte vielmehr nur auf die bestehende zulässige Bebauung abgestellt werden. Überhaupt stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit. Aus Sicht des LEE NRW ist es nicht zu rechtfertigen, dass die Genehmigung für Planungen von Bauprojekten

abhängig gemacht werden, die vielleicht erst in Jahrzehnten oder auch gar nicht realisiert werden und dies mit der Akzeptanz von etwas nicht Vorhandenem zu begründen, was somit faktisch nicht schutzwürdig ist. **Wir fordern daher, den entsprechenden Halbsatz in § 2 Abs. 1 S. 2 zu streichen.**

### **Ausdehnung der Regelungswirkung auf genehmigungsfreie Anlagen**

Der Gesetzesentwurf vom 21. April weicht auch insofern von der Vorgängerversion ab, als die Gesetzesbegründung auf S. 12 klar ausführt, dass der Geltungsbereich der 1.000 Meter auf alle Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ausgeweitet werden soll, unabhängig davon, ob sie immissionsschutzrechtlich oder baurechtlich genehmigt werden oder als Kleinwindenergieanlagen (KWEA) nach geltender Bauordnung genehmigungsfrei sind. Aus Sicht des LEE NRW ist die Ausweitung der Regelungswirkung auf KWEA schon allein aus dem Grund völlig unangemessen, als der Gesetzesentwurf die Einführung der Abstandsregelung mit der Akzeptanzfrage von WEA steigender Gesamthöhe begründet – eben dies trifft bei Kleinwindanlagen aber nicht zu. Zudem werden KWEA oftmals für private Haushalte oder landwirtschaftliche Betriebe (zum Eigenverbrauch) genutzt. Diese einer 1.000-Meter-Regelung zu unterwerfen ist unverhältnismäßig, da das betroffene Umfeld oftmals eben jene Akteure umfasst, die den Strom auch direkt nutzen. **Wir regen daher an, KWEA zwingend vom Anwendungsbereich der 1.000-Meter-Regelung auszunehmen.**

### **Massiver Flächenverlust durch restriktive Auslegung**

Ungeachtet der Rechtsunsicherheiten, die der derzeitige Regelungsbereich des § 2 Abs. 1 BauGB-AG entfalten würde, konterkariert dieser auch das landeseigene Ausbauziel bis 2030, da er die Flächenkulisse für die Windenergie derartig beschneidet, dass der jährlich erforderliche Zubau zur Erreichung der 10,5 GW in 2030 faktisch unmöglich gemacht wird. Zu berücksichtigen ist weiter, dass selbst die Ausbauziele der Energieversorgungsstrategie nicht ausreichen, um die Klimaschutzziele des Pariser Abkommens einzuhalten. Wie das **Bundesverfassungsgericht** in seinem **Beschluss vom 24.03.2021** (1 BvR 96/20 u.a.) zum deutschen Klimaschutzgesetz entschieden hat, folgt aus Art. 20a GG und den Freiheitsgrundrechten ein **grundrechtlich geschützter Anspruch Einzelner** auf Einhaltung dieses Klimaziels und die Verpflichtung des Staates, die dafür erforderlichen Maßnahmen generationengerecht zu ergreifen. Dazu zählt in besonderem Maße der Ausbau der Erneuerbaren Energien im Allgemeinen und der Windenergie im Besonderen. Dies gilt umso mehr als die NRW-Koalition unlängst mit dem Entschließungsantrag vom 18. Mai 2021 (Drs. 17/13843) angekündigt hat, die vorgesehenen neuen Bundesklimaziele für 2030 und 2040 sowie das neue Ziel der Treibhausgasneutralität bis 2045 landesseitig umzusetzen und hierfür das Klimaschutzgesetz NRW im laufenden Verfahren entsprechend zu ändern. Der vorliegende Gesetzesentwurf widerspricht dieser Verpflichtung massiv.

Die Argumentation der Landesregierung, dass „*ein Ausbau gegen den Willen der Bevölkerung vor Ort (...) nicht sachgerecht*“ sei (BauGB-AG, S. 9), ist somit nicht nur in Anbetracht der eingangs zitierten Akzeptanzstudien und des allgemeinen Zuspruchs für die Windenergie falsch. Das jüngste Urteil des BVerfG macht deutlich, dass klimapolitische Entscheidungen nicht auf spätere Zeiträume verschoben

werden dürfen und versäumte Klimapolitik justiziabel sein wird. Die Landesregierung kann sich bei ihrer Politik daher nicht von einer kleinen, aber lauten Minderheit leiten lassen, sondern muss verantwortungsbewusst voran gehen. Da der Klimawandel nicht an Gemeinde- und Landkreisgrenzen Halt macht, würde eine raumordnerische **2%ige Flächenausweisung für die Windenergie** im Landesentwicklungsplan (LEP) die richtigen Signale setzen.

Auch wenn der Gesetzesentwurf das Thema Wald nicht anspricht, besteht durch den rechtskräftigen LEP ein faktischer Waldausschluss in Nordrhein-Westfalen. Zusammen mit den angedachten Regelungen ist gerade in den walddreichen Kommunen Südwestfalens ein Zubau von Windenergieanlagen unmöglich. Auch wenn die Bauministerin öffentlich erklärt, ihre restriktive Haltung zu diesem Thema mit Verweis auf den angeblich geringen Waldanteil in NRW (27 %) nicht revidieren zu wollen, so muss doch eine allgemeine Möglichkeit der Abkehr für jene Kommunen geschaffen werden, deren Waldanteil bedeutsam höher ist. Gerade hier stellen Wirtschaftsforste bzw. vom Borkenkäfer geschaffene Kalamitätsflächen häufig nicht nur die einzigen Potenzialflächen dar, sondern wären auch eine Möglichkeit, den betroffenen Waldbauern eine ökonomische Grundlage zu schaffen, die Schadensflächen mit klimaresistenteren Baumarten wieder aufzuforsten. **Der LEE NRW wirbt daher eindringlich für ein Abrücken von faktischen Waldausschluss für die Windenergie.**

## **(2) Zu § 2 Abs. 2: Auswirkungen auf Bauleitpläne**

Der Gesetzgeber sah im Entwurf von vergangendem Dezember einen differenzierten Mindestabstand von mind. 720 m für Windkonzentrationszonen in geltenden Flächennutzungsplänen vor, sofern diese bis zu drei Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes wirksam geworden sind. Der LEE NRW hatte hier kritisiert, dass aufgrund des sachlichen Widerspruchs zwischen der individuellen dreifachen Höhe (3H) einer WEA und der pauschalen Annahme von 720 m eine Vielzahl von Konzentrationszonen nicht mehr zur Verfügung stünde. Der vorliegende Entwurf führt nun unter § 2 Abs. 2 BauGB-AG aus, dass der 1.000-Meter-Abstand keine Anwendung findet, „*wenn in einem Flächennutzungsplan für Vorhaben der in Absatz 1 beschriebenen Art*“ vor Inkrafttreten des Gesetzes „*eine Darstellung für Zwecke des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB erfolgt ist*“.

### **Bestandsschutz für alle Bauleitpläne**

Wir hatten bereits in Bezug auf den Entwurf vom 23. Dezember 2020 darauf hingewiesen, dass eine Ausnahmeregelung unbedingt alle Flächennutzungspläne umfassen müsste – also auch jene, die aufgrund der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des OVG Münster<sup>8</sup> die Voraussetzungen für eine wirksame Schlussbekanntmachung nicht einhalten und deshalb keine Ausschlusswirkung entfalten. In diesen Fällen würden entsprechende Pläne nicht die Wirkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herbeiführen.

<sup>8</sup> bestätigt durch das Urteil des BVerwG vom 29.10.2020, Az. 4 CN 2/19

Während sich der Gesetzestext so liest, als wären alle Bauleitpläne umfasst (weil die Darstellung nur für die Zwecke des § 35 Abs. 3 S. 3 erfolgt sein soll, diese somit nicht faktisch erfüllen muss), liest sich die entsprechende Gesetzesbegründung anders. Hier steht auf S. 16 geschrieben, „*dass ein wirksamer (Teil-) Flächennutzungsplan nach § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB erforderlich ist*“. Für einen vollumfassenden Bestandsschutz aller Pläne und Konzentrationszonen und somit eine Berücksichtigung der kommunalen Planungshoheit, sehen wir es als zwingend notwendig an,

**Gesetzestext und -begründung zugunsten aller Bauleitpläne im Gleichklang zu formulieren.**

Unverständlich erscheint auch der entsprechende Absatz der Begründung. Es heißt dort u. a., dass § 2 Abs. 2 des Entwurfs sich nur auf qualifizierte Flächennutzungspläne mit der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB beziehe „*und auch nur insofern, als dann die Wirkungen des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB entfallen.*“ Dies erweckt den Eindruck, als entfaltet die Regelungen des vorliegenden Gesetzentwurfs irgendwelche Wirkungen auf bestehende Flächennutzungspläne, mit denen die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeigeführt werden sollten. Um diesen offenkundigen Widerspruch auszuräumen, **regen wir deshalb an, in § 2 Abs. 2 den Teil „vor dem [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes]“ sowie den entsprechenden Absatz (S. 16) in der Begründung ersatzlos zu streichen.**

### **Echte Sonderregelung für das Repowering schaffen**

Die Landesregierung weist in der Gesetzesbegründung darauf hin, dass Städte und Gemeinden zukünftig Sonderbauflächen für die Windkraftnutzung ohne Konzentrationswirkung darstellen könnten und dies insbesondere als Instrument für das Repowering in Betracht kommen könnte. Dafür, dass in NRW angeblich gerade durch das Repowering eine Verdopplung des theoretischen Potenzials möglich wäre (siehe Gesetzesbegründung, S. 16), zeigt die Landesregierung wenig Ambitionen, den Kommunen mit dem vorliegenden Gesetz das dafür notwendige Werkzeug an die Hand zu geben. In der Gesetzesbegründung zum Bestandsschutz auf S. 16 des Gesetzentwurfs heißt es etwa:

*„Die Bauleitplanung kann auch als Instrument für das sogenannte Repowering von Windenergieanlagen in Betracht kommen, also den Ersatz einer oder mehrerer alter Windenergieanlagen nach Ablauf deren Nutzungsdauer durch eine neue, moderne, regelmäßig deutlich höhere und leistungsstärkere Windenergieanlage, auch an einem anderen Standort (auch in diesen Fällen kommt nämlich regelmäßig die 1 000 Meter-Regelung zur Anwendung).“*

Der hervorgehobene Klammerzusatz klingt nun so, als gäbe es überhaupt keinen Bestandsschutz für Repoweringprojekte und als sei für Repoweringprojekte regelmäßig der 1.000-Meter-Abstand anzuwenden.

Zudem handelt es sich bei den im Gesetzentwurf genannten Möglichkeiten (Bebauungspläne und Bebauungspläne mit besonderen Repoweringvorhaben) eben nicht um eine Abweichungsmöglichkeit für die Gemeinden, die durch dieses Gesetz geschaffen wird, sondern lediglich um planerische Mittel, die den Gemeinden bislang auch schon zugestanden haben und auch weiterhin zustehen werden. Stattdessen wird die Verantwortung für eine rechtssichere und dem substanziellen Raumerfordernis

genügende Flächenausweisung erneut nach unten auf die planenden Gemeinden verschoben, welche hierfür aktiv in ein Bauleitplanverfahren einsteigen müssten (wofür entsprechende zeitliche und finanzielle Ressourcen sowie eine erneute Beteiligung der Öffentlichkeit erforderlich würden).

Zudem muss davon ausgegangen werden, dass viele Gemeinden den landesweiten Mindestabstand gar nicht erst unterschreiten werden, um auf der „sicheren Seite“ zu sein. So müsste sich eine planungswillige Kommune stets rechtfertigen, weshalb sie entweder ihren bestehenden Flächennutzungsplan nicht an die neuen Regelungen angleicht oder aber Bebauungspläne aufstellt, mit denen sie den pauschalen Abstand von 1.000 Meter unterschreitet. Der Bestandsschutz wäre somit vielmehr theoretischer Natur. Die Praxis in Bayern, wo die Gemeinden auch auf die Möglichkeit einer Unterschreitung des dort grundsätzlich geltenden Abstands der zehnfachen Anlagengesamthöhe („10 H“) durch Aufstellung von Bebauungsplänen verwiesen sind, hat in den vielen Jahren seit Einführung der Regelung dort gezeigt, dass Gemeinden aus den verschiedensten Gründen diesen Weg nur in den seltensten Fällen gehen. Energiewende- und Klimaschutzziele werden so nicht erreicht. Eine echte Opt-Out-Regelung, die der Heterogenität in NRW gerecht wird und den Kommunen eine echte Wahl lässt, würde es ihnen freizustellen, pauschal und ohne ein zusätzliches Bauleitplanverfahren von den 1.000 Metern nach unten abzuweichen.

Die Landesregierung betont an verschiedenen Stellen die Relevanz von Repowering für das Erreichen der landeseigenen Ausbauziele. Konsequenterweise wäre es deshalb, Erleichterungen für das Repowering vorzusehen. Das würde auch dem von der Landesregierung immer wieder angeführten Akzeptanzargument entsprechen. Denn langjährig betriebene Windparks und -anlagen genießen in aller Regel Akzeptanz in der Bevölkerung. Diese erfasst in der Regel auch die Ertüchtigung und Leistungssteigerung vorhandener Anlagen – insbesondere, wenn sie mit einer Verminderung der Zahl der Windkraftanlagen einhergehen. **Deshalb sollten zumindest Repoweringvorhaben von der neuen Abstandsregelung in § 2 des Entwurfs gänzlich freigestellt werden. Mindestens aber sollte für Repoweringvorhaben in diesem Gesetz eine Regelung geschaffen werden** – z.B. in Anlehnung an Rheinland-Pfalz, wo nach Verordnung über das Landesentwicklungsprogramm Teilbereich Energie für Repoweringvorhaben ein verringerter Abstand gilt, der nach dem inzwischen veröffentlichten Koalitionsvertrag nochmals verkürzt wird.

### **Stichtags-Frist zu kurz ausgestaltet**

Bereits in der Stellungnahme zum ersten Entwurf des BauGB-AG hatte der LEE NRW bemängelt, dass die Stichtagsregelung für laufende Bauleitplanverfahren von drei Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes zu eng bemessen sei. Der vorliegende Entwurf verschärft diese Frist noch einmal, da nur solche Bauleitplanungen von der 1.000-Meter-Regelung unberührt bleiben sollen, die bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bestanden haben. Die Vielzahl der vom OVG Münster verworfenen Flächennutzungspläne zeigt eindeutig die Komplexität der gemeindlichen Planung auf. Viele Kommunen greifen aus diesem Grund auf externe und spezialisierte Planungsbüros zurück, was jedoch teilweise mit erheblichen Vorlaufzeiten verbunden ist. Eine so kurze Frist zum Bestandsschutz bestraft nun jene Kommunen, die in den vergangenen Jahren viel Zeit und Geld aufgewendet haben,

um einen rechtssicheren und endabgewogenen FNP zu erstellen, der der Windenergie ausreichend Raum verschafft. Entweder werden diese Planungen eingestellt und sämtliche Anstrengungen obsolet oder aber der kurzfristige Aktionismus führt zu nicht endabgewogenen und angreifbaren Flächennutzungsplänen, die letztlich Gegenstand von Gerichtsverfahren werden. **Mit Verweis auf die kommunale Planungshoheit und den Vertrauensschutz der Vorhabenträger fordern wir daher, die Frist zum Bestandschutz von Bauleitplänen mindestens auf sechs Monate ab Inkrafttreten des Gesetzes zu verlängern.**

### **(3) Zu § 2 Abs. 3 S. 1: Übergangsregelung für Investoren**

Mit § 2 Abs. 3 S. 1 BauGB-AG wird im Entwurf eine Übergangsfrist für laufende Projekte mit vollständigem Genehmigungsantrag bis zum 23.12.2020 eingeführt, die nicht von den Regelungen des § 2 Abs. 1 betroffen sind. Aus unserer Sicht ist es nicht nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber die Verbändekritik in Bezug auf den mangelnden Vertrauensschutz für Investoren mit dem vorliegenden Entwurf nicht aufgegriffen hat. Gerade in Bezug auf die Neuerung der Außenbereichssatzung und deren bislang nicht quantifizierbare Anwendung in NRW ist es dringend geboten, diesen Passus zu überarbeiten. Selbst wenn mit Inkrafttreten des § 249 Abs. 3 BauGB am 14. August 2020 eine landesrechtliche Umsetzung zu erwarten gewesen wäre, waren der Zeitpunkt der Umsetzung sowie die konkrete landesrechtliche Ausgestaltung ungewiss. Investoren konnten somit nicht wissen, ob und in welchem Ausmaß ihre Projekte von der Anwendung der Länderöffnungsklausel betroffen sein würden. Hinzukommt, dass die Vorbereitung von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsanträgen nicht nur mit ganz erheblichen Kosten (in häufig sechsstelliger Höhe) verbunden ist, sondern regelmäßig auch einen langen Zeitraum in Anspruch nimmt. Allein für die notwendigen Artenschutzgutachten ist wegen der notwendigen Kartierungen i. d. R. rund ein Jahr zu kalkulieren. Dem wird der hier vorgesehene Stichtag nicht gerecht.

Ebenso betrachten wir auch Vorbescheidsanträge nach wie vor als schutzwürdige Investitionen, da auch hier erhebliche Vorarbeiten mit entsprechendem Zeit- und Kostenaufwand erforderlich werden und Vorbescheidsanträge auf die Erteilung eines vorweggenommenen Teils der endgültigen Genehmigung gerichtet sind. **Daher sollte der Stichtag mindestens den Tag nach Inkrafttreten des Gesetzes umfassen und zudem auch Vorbescheidsanträge von der Übergangsregelung erfassen.**

### **(4) Zu § 2 Abs. 3 S. 2: Änderungen des ursprünglichen Anlagentyps**

Die Landesregierung ermöglicht es dem Anlagenbetreiber mit § 2 Abs. 3 S. 2 BauGB-AG, einen vor Inkrafttreten der Regelung genehmigten Anlagentyp unter gewissen Umständen auszutauschen, ohne dass für das Projekt die Mindestabstandsregelung von 1.000 Metern gilt. Diese Übergangsregelung gilt jedoch nur, sofern der neue Anlagentyp „am selben Standort mit gleicher, geringfügig höherer oder niedrigerer Höhe“ errichtet wird. Wenn die Landesregierung schon darauf abzielt, mit diesem Passus im Interesse des Anlagenbetreibers zu agieren, so sollte sie auch entsprechend **klarstellen, in welchen Fällen er hier Vertrauensschutz genießt, und die mögliche Änderung der Höhe konkret**

**benennen.** In Anlehnung an das Erneuerbare-Energien-Gesetz regen wir zudem eine gewisse **Flexibilisierung des Standorts** an, sodass entsprechend § 36f EEG 2021 die Anwendung der Mindestabstandsregelung auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Standort der ausgetauschten Windenergieanlage um höchstens die doppelte Rotorlänge vom ursprünglichen Standort abweicht.

### **(5) Zu § 3: Berichtspflicht**

Der vorliegende Entwurf enthält unter § 3 BauGB-AG eine Berichtspflicht der Landesregierung gegenüber dem Landtag, um nach Ablauf von fünf Jahren über die Auswirkungen des Gesetzes zu berichten. Aus Sicht des LEE NRW ist der **Evaluationszeitraum zu weit gefasst**, um gesetzlich zu intervenieren, wenn die jährlichen Genehmigungs- und Ausbautzahlen aufgrund der angedachten Regelungen das Erreichen der Klimaziele zu gefährden drohen. Zudem sieht der Entwurf keine spezifischen Maßnahmen vor, um auf etwaige negative Auswirkungen zu reagieren. Wir fordern daher, im § 3 bereits einen entsprechenden **Korrekturmechanismus zu etablieren**, der bspw. zum Tragen kommt, wenn bestimmte zu definierende jährliche Zwischenziele für den Windenergieausbau nicht erreicht werden.