
Gemeinsame Stellungnahme im öffentlichen Konsultationsverfahren zum LEP NRW

im Auftrag der

Alliander Netz Heinsberg GmbH

Energiekontor AG

ENNI Energie & Umwelt Niederrhein GmbH

Gemeinde Alpen

Gemeinde Finnentrop

Gemeindewerke Brüggen GmbH

Stadt Elsdorf

Kolpingstadt Kerpen

STAWAG Energie GmbH

durch die Rechtsanwälte

Daniel Richard und

Johannes Embacher

11.07.2018

Rödl & Partner GbR
Wirtschaftsprüfer Steuerberater Rechtsanwälte
Kranhaus 1, Im Zollhafen 18
50678 Köln
Telefon: +49 221 94 99 09-225
Telefax: +49 221 94 99 09-900
E-Mail: daniel.richard@roedl.com

Ministerium für Wirtschaft, Innovation,
Digitalisierung und Energie NRW
z.Hd. Frau Sabine Klaßmann-Voß
Haroldstraße 4
40213 Düsseldorf

Rödl & Partner GbR

**Wirtschaftsprüfer
Steuerberater
Rechtsanwälte**

Kranhaus 1, Im Zollhafen 18
50678 Köln
Telefon: +49 (221) 94 99 09-0
Telefax: +49 (221) 94 99 09-900
E-Mail: koeln@roedl.com
Internet: www.roedl.de

Ansprechpartner: Daniel Richard
Tel.-Durchwahl: +49 (221) 94 99 09-225
Fax-Durchwahl: +49 (221) 94 99 09-900
E-Mail: daniel.richard@roedl.com

Unser Zeichen
MP-DR / 2018-17554

11.07.2018

Inhalt

1	Ausgangssituation	3
1.1	Änderungen im LEP NRW-Entwurf vom 17.04.2018.....	4
1.1.1	Ersatzlose Streichung von Windvorhaben in Waldgebieten (Ziff. 7.3-1)	4
1.1.2	Ersatzlose Streichung der Pflicht zur Ausweisung von Windvorrangflächen (Ziff. 10.2-2)	4
1.1.3	Neueinführung von Abstandsflächen (Ziff. 10.2-3)	4
2	Gegenstand der Stellungnahme	6
3	Gutachterliche Stellungnahme	6
3.1.1	Europäische Rechtsgrundlagen und Ausbauziele	7
3.1.2	Deutschland verfehlt Klimaschutzziele 2020	8
3.1.3	Fazit	8
3.2	Frage der Vereinbarkeit des LEP NRW-Entwurfs vom 17.04.2018 mit nationalem Recht	9
3.2.1	Fehlende Regelungskompetenz des Landesgesetzgebers zur Einführung eines Mindestabstands für Windenergieanlagen.....	9
a.	Frage der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz im Bereich Luftreinhaltung – Keine Sperrwirkung durch BImSchG	10
b.	Frage der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz im Bereich Bodenrecht – Sperrwirkung durch § 249 Abs. 3 BauGB.....	11

Rödl & Partner

in Deutschland:

Ansbach, Bamberg, Bayreuth, Berlin, Bielefeld, Chemnitz, Dresden, Eschborn, Fürth, Hamburg,
Hannover, Herford, Hof, Jena, Köln, Kulmbach, Ludwigshafen, Mettlach, München, Münster,
Nürnberg, Plauen, Regensburg, Selb, Stuttgart, Ulm

international:

Äthiopien, Aserbaidschan, Brasilien, Bulgarien, VR China, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich,
Georgien, Großbritannien, Hongkong SAR, Indien, Indonesien, Iran, Italien, Kasachstan, Kenia,
Kroatien, Kuba, Lettland, Litauen, Malaysia, Mexiko, Moldau, Myanmar, Österreich, Philippinen,
Polen, Portugal, Rumänien, Russische Föderation, Schweden, Schweiz, Serbien, Singapur, Slowakei,
Slowenien, Spanien, Südafrika, Thailand, Tschechische Republik, Türkei, Ukraine, Ungarn, USA,
Vereinigte Arabische Emirate, Vietnam, Weißrussland, Zypern

Nürnberg

Prof. Dr. Christian Rödl, LL.M., RA, StB
Dr. Bernd Rödl†, WP, StB, RA
Dr. Peter Bömelburg, Dipl.-Kfm., WP, StB
Heinrich Hübschmann, Dipl.-Kfm., WP, StB
Wolfgang Kraus, Dipl.-Kfm., WP, StB
Köln
Martin Wambach, Dipl.-Kfm., WP, StB,
Umweltgutachter
Dr. Dirk Halm, RA

(1)	Abschließender Charakter des § 249 Abs. 3 BauGB.....	12
(2)	Zwischenfazit	13
3.2.2	Frage der konkurrierenden Gesetzgebung im Bereich der Raumordnung.....	13
3.3	Verstoß des LEP NRW-Entwurf gegen höherrangiges Recht	14
3.3.1	Verstoß gegen den Privilegierungstatbestand des § 35 BauGB i. V. m. der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BVerwG	14
a.	Frage der Aushebelung des Privilegierungstatbestandes für Windenergie durch Neuregelungen im Verbund	16
3.3.2	Frage der Aushebelung des Privilegierungstatbestandes für Windenergie durch die Regelung zu Abstandsflächen im LEP NRW-Entwurf.....	18
a.	Abstandsflächenregelung als verbindliches Ziel der Raumordnung.....	18
b.	Zwischenfazit.....	20
c.	Keine Aussagekraft des Windenergie-Erlass vom 22.05.2018.....	21
3.3.3	Fazit	21
3.4	Verstoß gegen die Ziele des § 1 EnWG sowie des EEG.....	21
4	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	23

1 Ausgangssituation

Die Landesregierung des Landes Nordrhein-Westfalen hat am 19.12.2017 im Rahmen des sogenannten Entfesselungspaketes II beschlossen, ein Änderungsverfahren für den seit dem 08.02.2017 geltenden Landesentwicklungsplan NRW (nachfolgend kurz: „**LEP NRW**“) einzuleiten. Der LEP NRW dient dazu, das Landesgebiet Nordrhein-Westfalens als zusammenfassenden, überörtlichen und fachübergreifenden Raumordnungsplan zu entwickeln, zu ordnen und zu sichern, um unterschiedliche Nutzungsanforderungen an den Raum aufeinander abzustimmen.

Am 17.04.2018 hat das Landeskabinett Änderungen für den LEP NRW beschlossen und den Änderungsentwurf zur öffentlichen Konsultation gestellt. Betreffend die Energieerzeugung und -versorgung in NRW sind Änderungen ausschließlich für den Bereich der Windenergie vorgesehen.

Vorausgegangen war dem Änderungsentwurf des LEP NRW die Einigung der neuen Landesregierung NRW, die sich in ihrem Koalitionsvertrag vom 26.06.2017¹ auf folgende Prämissen für die weitere Entwicklung der Windenergie verständigt hat:

„Der massive Ausbau der Windenergie stößt in weiten Teilen des Landes auf zunehmende Vorbehalte in der Bevölkerung. Wir wollen die Akzeptanz für die Nutzung der Windenergieanlagen erhalten.“

Vor diesem Hintergrund will die Landesregierung neue Abstandsregelungen zu Wohngebieten einführen und die Verpflichtung zur Ausweisung von Windvorrangzonen aufheben. Weiterhin heißt es im Koalitionsvertrag ausdrücklich:

„Auf Bundesebene verfolgen wir konsequent die Abschaffung der baurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen. Der Windenergieerlass wird im vorgenannten Sinne überarbeitet, um den angemessenen Anwohner-, Landschafts- und Naturschutz sicherzustellen.“

¹ Koalitionsvertrag für Nordrhein-Westfalen 2017-2022, S. 39.

1.1 Änderungen im LEP NRW-Entwurf vom 17.04.2018

Auf dieser Grundlage hat die Landesregierung folgende Änderungen im LEP-NRW-Entwurf vom 17.04.2018 betreffend die Windenergie vorgesehen:

1.1.1 Ersatzlose Streichung von Windvorhaben in Waldgebieten (Ziff. 7.3-1)

Im LEP NRW vom 08.02.2017 ist geregelt, dass die Errichtung von Windenergieanlagen möglich ist, sofern wesentliche Funktionen des Waldes nicht erheblich beeinträchtigt werden. Begründung für die ausnahmsweise Inanspruchnahme des Waldes war, dass die Stromerzeugung in NRW auf einen stetig steigenden Anteil erneuerbarer Energien, insbesondere Windenergie, umgestellt werden sollte und NRW mitunter über walddreiche Regionen verfügt. Die Vorschriften zur Zulässigkeit von Windvorhaben sollen in Gänze entfallen.

1.1.2 Ersatzlose Streichung der Pflicht zur Ausweisung von Windvorrangflächen (Ziff. 10.2-2)

Der LEP NRW vom 08.02.2017 enthält eine Verpflichtung für die Träger der Regionalplanung, Vorranggebiete für die Windenergienutzung auszuweisen. Gleichzeitig wird den betroffenen Planungsgebieten in NRW ein Ausbauziel (Fläche/ha) im Rahmen einer Sollvorschrift vorgegeben. Diese Regelungen entfallen gemäß LEP NRW-Entwurf vom 17.04.2018 bzw. werden durch folgenden Grundsatz ersetzt:

*„In den Planungsregionen **können** Gebiete für die Nutzung der Windenergie als Vorranggebiete in den Regionalplänen festgelegt werden.“*

[Hervorhebung nur hier]

1.1.3 Neueinführung von Abstandsflächen (Ziff. 10.2-3)

Unter Ziffer 10.2-3 LEP NRW-Entwurf wird folgende Regelung neu aufgenommen:

*„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 1500 Metern zu allgemeinen und reinen Wohngebieten vorzusehen. Dies gilt nicht für den Ersatz von Altanlagen (Repowering).“

[Hervorhebungen nur hier]

Ergänzend hierzu findet sich unter Bezugnahme auf Ziff. 10.2-3 folgende Klarstellung zur vorstehenden Regelung:

„Die Landesregierung hat sich zum Ziel gesetzt, den Ausbau der Windenergie neu zu gestalten und die Akzeptanz für die Windenergie als wesentlichen Bestandteil der Energiewende zu erhalten. Einen Beitrag dazu soll die Möglichkeit einer Abstandsregelung zu empfindlichen Wohnnutzungen leisten. Soweit die örtlichen Verhältnisse dies ermöglichen, ist ein Abstand von 1500 Metern zu reinen und allgemeinen Wohngebieten einzuhalten.

Bei Einhaltung eines solchen Vorsorgeabstandes kann generell davon ausgegangen werden, dass von den Windenergieanlagen bei immer noch zunehmender Anlagenhöhe keine optisch bedrängende Wirkung zu Lasten der Wohnnutzung ausgeht und somit das Gebot der Rücksichtnahme nicht verletzt wird. (...)

Die kommunale Bauleitplanung muss im Rahmen der Konzentrationszonendarstellung in den Flächennutzungsplänen der Windenergienutzung substantiell Raum schaffen. Ein pauschalisierter Vorsorgeabstand von [1.500m; Einfügung durch die Verfasser] ist in Abwägungsentscheidungen bei der Festlegung von Vorranggebieten in Regionalplänen und Konzentrationszonen in den Flächennutzungsplänen zu berücksichtigen. Weitere Ausführungen zu Vorsorgeabständen bietet der Windenergie-Erlass des Landes Nordrhein-Westfalen. (...)“

Am 08.05.2018 verabschiedete das Landeskabinett flankierend zum LEP NRW die Novelle des Windenergie-Erlasses. Ziel der Novelle sei die Neuausrichtung des Ausbaus der Windenergie unter Berücksichtigung der Neueinführung von Abstandsflächen von 1.500 Metern zu reinen Wohngebieten. Im Windenergie-Erlass findet sich unter Ziff. 8.2.1 zum Immissionsschutz folgende Aussage:

„Abstände zwischen Windenergieanlagen und sensiblen Nutzungen ergeben sich aus der Einhaltung der Werte der TA Lärm. So ergibt sich in einer beispielhaften Fallgestaltung ein Abstand von 1.500 m für eine Windfarm bestehend aus 5 Windenergieanlagen der 4 Megawatt-Klasse zu einem reinen Wohngebiet (Immissionsrichtwert nachts: 35 dB(A), schallreduzierte Betriebsweise nachts, Schallimmissionsprognose auf Basis des Interimsverfahrens). Ein derartiger Abstand kann auch bei allgemeinen Wohngebieten erforderlich werden, wenn größere Anlagenfelder und weitere Vorbelastungen vorliegen.“

2 Gegenstand der Stellungnahme

Gegenstand dieser gutachterlichen Stellungnahme ist die Vereinbarkeit der geplanten Neufassung des LEP NRW mit geltendem Recht. Geprüft haben wir zunächst die Vereinbarkeit der mit EU-Recht (hierzu unter Ziffer **3.1**). Im Anschluss sind wir der Frage nachgegangen, ob der Entwurf des LEP NRW gegen nationales Recht verstößt (hierzu unter Ziffer **3.2**). Untersucht haben wir insoweit erstens, ob dem Landesgesetzgeber NRW überhaupt eine entsprechende Regelungskompetenz zur Einführung des Mindestabstands zusteht (hierzu unter Ziffer **3.2.1**). Zweitens folgt die Prüfung eines Verstoßes des neuen LEP NRW gegen höherrangiges Recht und obergerichtliche Rechtsprechung (hierzu unter Ziffer **3.2.2**). Weiterhin sind wir der Frage nachgegangen, ob die geplanten Änderungen gegen die Ziele des § 1 EnWG und des EEG verstoßen. Abschließend folgt unsere Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse (hierzu unter Ziffer **4**).

3 Gutachterliche Stellungnahme

3.1 Frage der Vereinbarkeit der Reduzierung des Windenergieausbaus mit dem EU-Recht

Die Landesregierung NRW beabsichtigt, den Ausbau der Windenergie in NRW deutlich zurückzufahren. Im Rahmen der Koalitionsverhandlungen haben die Regierungsparteien betont, dass alleine mit der neuen Mindestabstandsregelung etwa 80% der verfügbaren Flächen im Land

für die Windenergie wegfallen würden². Insoweit stellt sich zunächst die Frage, ob die gewollte Reduzierung des Windenergieausbaus mit dem EU-Recht vereinbar ist.

3.1.1 Europäische Rechtsgrundlagen und Ausbauziele

Zuvörderst ist in Art. 194 AEUV geregelt, dass die Energiepolitik der Union die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen verfolgt.

Gemäß Art. 3 i.V. m. Anhang I Teil A der Richtlinie 2009/28/EG (nachfolgend: Erneuerbare-Energien-Richtlinie) soll der Anteil von erneuerbaren Energien am Gesamtenergieverbrauch im Jahr 2020 für Deutschland 18% betragen. Zudem soll der Anteil erneuerbarer Energien am Bruttoendenergieverbrauch der gesamten Union bis 2020 auf 20% ansteigen.

Ende 2016 hat die Europäische Kommission ein weiteres umfangreiches Gesetzgebungspaket – das sogenannte Winterpaket – verabschiedet. Am 17.01.2018 hat das Europäische Parlament drei Positionen zu energiepolitischen Dossiers aus dem Winterpaket angenommen.

Das Winterpaket enthält unter anderem eine Neufassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie nach dem Vorschlag COM(2016) 767. Diese sieht in Art. 3 Abs. 1 und 2 folgendes vor:

„Verbindliches Gesamtziel der Union für 2030

*(1) Die Mitgliedstaaten stellen gemeinsam sicher, dass der **Anteil von Energie aus erneuerbaren Quellen** am Bruttoendenergieverbrauch der Union **im Jahr 2030 mindestens 27 %** beträgt.*

(2) Die von den einzelnen Mitgliedstaaten zu leistenden Beiträge zu diesem übergeordneten Ziel für 2030 werden im Rahmen ihrer integrierten nationalen Energie- und Klimapläne im Einklang mit den Artikeln 3 bis 5 und Artikel 9 bis 11 der [Governance]Verordnung festgelegt und der Kommission mitgeteilt.“

[Hervorhebungen nur hier]

² Energie & Management, Ausgabe vom 19.07.2017, abrufbar unter: <https://www.energie-und-management.de>.

Bis 2030 sollen damit mindestens 27% des Gesamtenergieverbrauchs der EU aus erneuerbaren Quellen stammen. Dieses Ziel gilt verbindlich für die Europäische Union. Diese Vorschriften verdeutlichen den hohen Stellenwert, den die EU der Energiewende und insbesondere der Windenergie als Mittel zu einer erfolgreichen Energiewende zuspricht.

3.1.2 Deutschland verfehlt Klimaschutzziele 2020

Statt demzufolge verstärkt am Ausbau der Erneuerbaren Energien zu arbeiten, um das verbindliche Ziel noch zu erreichen, hat sich die Bundesregierung Anfang dieses Jahres dazu entschlossen, das nationale Klimaschutzziel 2020 für den Anteil erneuerbarer Energien von 18% aufzugeben. Denn laut Prognose des Bundesverbandes Erneuerbare Energie e.V. (BEE) aus dem Jahr 2017 wird der Anteil erneuerbarer Energien am Gesamtenergieverbrauch in Deutschland 2020 lediglich 16,7 % betragen.

Auch der am 13.06.2018 vorgelegte Klimaschutzbericht der Bundesregierung offenbart deutliche Schwächen. Hiernach wollte Deutschland seine Treibhausgas-Emissionen bis 2020 gegenüber 1990 um mindestens 40 Prozent reduzieren. Der vom Kabinett beschlossene Klimaschutzbericht 2017 besagt jedoch, dass derzeit nur rund 32 Prozent erreicht werden.

Die Windkraft an Land hatte im Jahr 2016 einen Anteil von 10% an der Bruttostromerzeugung.³ In NRW betrug der Anteil der Windenergie an der Bruttostromerzeugung mit einer Erzeugung von 6,5 Mrd. kWh lediglich 3,74%.⁴

Die Windenergie ist ein maßgeblicher Baustein für das Gelingen der Energiewende in Deutschland. Der Ausbau hat in NRW noch deutliches Potential. Zudem kommt NRW als viertgrößtes Bundesland der Republik im Bundesvergleich eine überragende Bedeutung für die Erreichung der Klimaschutzziele zu.

3.1.3 Fazit

Mit der Entscheidung der Landesregierung in NRW läuft Deutschland Gefahr bei Nichterreichen der o.g. EU-Vorgaben von der Kommission verklagt zu werden, so wie dies aktuell aufgrund der

³ Strommarkt der Zukunft, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de>.

⁴ <http://www.energiestatistik-nrw.de/energie/strom/stromerzeugung>.

Missachtung der EU-Grenzwerte für Stickoxide geschieht. Hierzu könnte sich die EU-Kommission unmittelbar auf Primärrecht gemäß Art. 194 AEUV berufen. Vergleichbare Änderungen zum Ausbau der Windenergie in anderen Mitgliedstaaten (bspw. Polen und Spanien) zeigen, dass es in diesem Zusammenhang zu umfangreichen Klagen in Nordrhein-Westfalen gegen die Änderungen kommen wird.

3.2 Frage der Vereinbarkeit des LEP NRW-Entwurfs vom 17.04.2018 mit nationalem Recht

Möglicherweise steht dem Vorhaben des Landesgesetzgebers auch das nationale Recht entgegen.

3.2.1 Fehlende Regelungskompetenz des Landesgesetzgebers zur Einführung eines Mindestabstands für Windenergieanlagen

Die Rechtswidrigkeit der Abstandsregelung im LEP NRW-Entwurf könnte sich zunächst daraus ergeben, dass der Landesgesetzgeber über keine Kompetenz zur Regelung von Abstandsflächen verfügt.

So kommt zunächst ein Verstoß gegen die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74, 72 Grundgesetz (GG) in Betracht, da der Landesgesetzgeber Regelungen zu Mindestabstandsflächen trifft, um Beeinträchtigungen durch Windenergieanlagen auszuschließen oder zu reduzieren. Hierzu hat der Bundesgesetzgeber jedoch an unterschiedlichen Stellen bereits inhaltliche Regelungen getroffen.

Abstandsregelungen wie im LEP NRW-Entwurf, die im Rahmen der Bauleitplanung zu beachten sind, gehören als Gegenstand der Luftreinhaltung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG zur konkurrierenden Gesetzgebung. Das ebenfalls tangierte Baugesetzbuch (BauGB) beruht ebenfalls auf der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Bodenrechts aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. In diesem Bereich haben gemäß Art. 72 Abs. 1 GG die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Ferner ergibt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für sonstige schädliche Umwelteinwirkungen durch Windenergieanlagen als Gegenstand des Rechts der Wirtschaft aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

Überdies kann sich eine Kompetenz der Landesregierung zur Änderung des LEP NRW auch nicht aus der Bauordnung des Landes NRW (BauO NRW) ergeben. Regelungen betreffend Abstandsflächen sind zwar in § 6 BauO NRW normiert und nehmen in § 10 BauO NRW auch konkret Bezug auf Windenergieanlagen. Allerdings handelt es sich dabei um bauordnungsrechtliche Regelungen, die vornehmlich dem Schutz des Grundstücksnachbarn dienen. Insoweit fällt die Festlegung von Mindestabständen zur Wohnbebauung nicht unter § 6 BauO NRW, da dies weder der Gefahrenabwehr noch dem unmittelbaren Nachbarschutz dient. Abstandsregelungen, die nicht grundstücks- oder nachbarbezogen sind, können nicht durch die Bauordnungen der einzelnen Länder normiert werden. Dies wird auch durch den Wortlaut des § 6 Abs. 2 S. 1 BauO NRW untermauert, nach dem die Abstandsflächen auf dem Grundstück selbst liegen müssen.

**a. Frage der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz im Bereich Luftreinhaltung
– Keine Sperrwirkung durch BImSchG**

Der Bundesgesetzgeber hat von seiner Kompetenz zur Festlegung von Abstandsflächen zum Zweck der Verhinderung schädlicher Umwelteinwirkungen i. S. d. BImSchG keinen Gebrauch gemacht.

Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern sind gemäß § 4 BImSchG i. V. m. der Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen (4. BImSchV) genehmigungsbedürftig. Das BImSchG enthält insoweit jedoch keine expliziten Abstandsregelungen, allenfalls könnten diese – beispielsweise im Falle von Geräuschimmissionen – aus dem Verbot schädlicher Umwelteinwirkungen in § 5 Abs. 1 BImSchG i. V. m. den Lärmgrenzwerten der TA Lärm abgeleitet werden.

Mit Hilfe des BImSchG könnten Abstände zum Zweck der Verhinderung schädlicher Umwelteinwirkungen i. S. d. BImSchG (z.B.: Lärm, Schatten, Infraschall), sonstiger Gefahren, erheblicher Nachteile und erheblicher Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft festgelegt werden, vgl. § 5 Abs. 1 BImSchG. Dies würde jedoch in Einzelfällen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens erfolgen.

Eine explizite gesetzliche Regelung liegt insoweit jedoch nicht vor. Deshalb entfaltet das BImSchG keine ausdrückliche Sperrwirkung gegenüber landesrechtlichen Regelungen.

b. Frage der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz im Bereich Bodenrecht – Sperrwirkung durch § 249 Abs. 3 BauGB

Der Bundesgesetzgeber hat den Ländern über die sogenannte Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB die Möglichkeit eingeräumt, Mindestabstandsregelungen für Windenergieanlagen zu treffen. Hiervon hat das Land NRW keinen Gebrauch gemacht. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob § 249 Abs. 3 BauGB über den 31.12.2015 hinaus eine Sperrwirkung für Vorhaben der Landesgesetzgeber trifft.

§ 249 Abs. 3 BauGB bestimmt wörtlich Folgendes:

„Die Länder können durch bis zum 31. Dezember 2015 zu verkündende Landesgesetze bestimmen, dass § 35 Absatz 1 Nummer 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten. Die Einzelheiten, insbesondere zur Abstandsfestlegung und zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen, sind in den Landesgesetzen nach Satz 1 zu regeln. Die Länder können in den Landesgesetzen nach Satz 1 auch Abweichungen von den festgelegten Abständen zulassen.“

[Hervorhebungen nur hier]

Optisch bedrängende Wirkungen von Windenergieanlagen werden nach dem BauGB beurteilt.⁵ Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Errichtung von Windenergieanlagen beurteilt sich nach den §§ 29 ff. BauGB. In der Regel, wenn kein qualifizierter Bebauungsplan vorliegt, sind die Vorhaben nach § 35 BauGB zu beurteilen. Windenergieanlagen gehören zu den im Außenbereich privilegierten Vorhaben gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und sind daher, wenn die ausreichende Erschließung gesichert ist, grundsätzlich zulässig, es sei denn, es stehen öffentliche Belange entgegen. Hieran knüpft § 249 Abs. 3 BauGB an und eröffnete den Ländern auf Grundlage von Landesgesetzen Mindestabstandflächen im Rahmen des Privilegierungstatbestandes des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB verbindlich zu berücksichtigen.

⁵ OVG Koblenz, Urteil vom 12.06.2003, Az. 1 A 11127/07.

Das BVerfG hat diesbezüglich in mehreren Entscheidungen ausgeführt, dass das Bodenrecht das Recht der städtebaulichen Planung, nicht aber das Recht der Gefahrenabwehr i. S. d. Polizei- und Ordnungsrechts betrifft. Dafür sowie für die äußere Gestaltung baulicher Anlagen seien die Länder mit ihrem Bauordnungsrecht zuständig.⁶

Mit § 249 Abs. 3 i.V. m. § 35 BauGB hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Bodenrechts Gebrauch gemacht. Ein Bundesgesetz löst die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG gegenüber dem Landesgesetzgeber in sachlicher Hinsicht insoweit aus, als es erschöpfende, d. h. abschließende Regelungen getroffen hat.⁷

(1) Abschließender Charakter des § 249 Abs. 3 BauGB

Fraglich ist, ob § 249 Abs. 3 BauGB abschließend ist. Ob eine bundesgesetzliche Regelung in diesem Sinne als abschließend zu bewerten ist, bedarf nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer Gesamtwürdigung des betreffenden Normenkomplexes. Eine erschöpfende Regelung ist namentlich dann anzunehmen, wenn ein Bundesgesetz bei umfassender Kodifizierung Vorbehalte oder Ermächtigungen zu Gunsten der Landesgesetzgebung enthält.⁸

Unseres Erachtens ist der Wortlaut der Norm zunächst dahingehend eindeutig, dass dem Landesgesetzgeber explizit eine Ermächtigung zur Regelung von Abstandsflächen eingeräumt ist. Diese Ermächtigung ist jedoch befristet. Das bedeutet, dass die Möglichkeit der Bundesländer, durch Landesgesetz eine Entprivilegierung von Windkraftanlagen vorzunehmen, die bestimmte Mindestabstände zu zulässigen baulichen Nutzungen nicht einhalten, nach Ablauf dieser Frist unwiderruflich vertan ist.⁹ Die zeitliche Befristung, für die sich die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände ausgesprochen hat, kann eine Verunsicherung der kommunalen Planungspraxis verhindern: Hintergrund ist, dass Städte und Gemeinden laufende oder beabsichtigte Planungen zur Steuerung der Windenergie an Land nicht weiterverfolgen werden,

⁶ BVerfG, Az. 1 PBvV 2/52; BVerfG, Az. 2 BvL 9/74.

⁷ Vgl. BVerfG, Urteil v. 22.10.2003 - 2 BvR 834, 1588/02 -, BVerfGE 109, 190, 229; Beschluss v. 29.03.2000 - 2 BvL 3/96 -, BVerfGE 102, 99, 114; Oeter in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 5. Aufl. 2005, Rn. 65 zu Art. 72 jew. m.w.N.

⁸ Degenhart, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Rdnr. 20 zu Art. 72 GG m.w.N.

⁹ Scheidler, Die Windkraft-Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern, S. 214 f.

solange nicht feststeht, ob überhaupt, wann und mit welchem Inhalt eine Länderregelung regulierend auf die kommunale Planung einwirken könnte.¹⁰

Liegt eine abschließende Regelung des Bundesgesetzgebers vor, tritt die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG für eine landesrechtliche Regelung in demselben Sachbereich unabhängig davon ein, ob die landesrechtlichen Regelungen den bundesrechtlichen Bestimmungen widerstreiten oder sie nur ergänzen, ohne ihnen zu widersprechen.¹¹

(2) Zwischenfazit

Damit erweist sich das BauGB insoweit für die Regelung von Abstandsregelungen als abschließend. Da die Regelung eine Frist für den Erlass entsprechender Gesetze bis spätestens zum 31.12.2015 vorsah, im Übrigen aber fort gilt, entfaltet die Vorschrift unsers Erachtens eine Sperrwirkung für weitere Vorstöße der Bundesländer im Hinblick auf die Festlegung von Mindestabstandsregelungen.

3.2.2 Frage der konkurrierenden Gesetzgebung im Bereich der Raumordnung

Fraglich ist in diesem Zusammenhang schließlich, ob der Landesgesetzgeber seine Kompetenz zur Regelung von Abstandsregelungen aus dem Raumordnungsrecht herleiten kann. Hierbei dürfte es sich zunächst um einen Fall der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG handeln, wonach die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Raumordnung dem Bund im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung zukommt. Es ist zunächst festzustellen, dass der Bund durch das Raumordnungsgesetz auch von dieser Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. Allerdings steht den Ländern in den Fällen der Raumordnung eine Abweichkompetenz gemäß Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG zu, wonach die Länder durch Gesetz abweichende Regelungen von den erlassenen Gesetzen des Bundes vornehmen können.

Fraglich ist insoweit zunächst, ob der LEP NRW als Rechtsverordnung ein förmliches Gesetz im Sinne des Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG darstellt. Diese werden – im Unterschied zu förmlichen

¹⁰ Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 14.03.2014, Az. 61.05.00.

¹¹ BVerfG, Urteil vom 22.10.2003, a.a.O., S. 230.

Gesetzen – nicht vom parlamentarischen Gesetzgeber nach den Art. 76 bis 82 GG erlassen, sondern von der Bundesregierung, einzelnen Bundesministern oder den Landesregierungen. Diesen muss jedoch aufgrund eines förmlichen Gesetzes, welches den Inhalt, das Ausmaß und den Zweck der erteilten Ermächtigung definiert, eine entsprechende Verordnungsermächtigung erteilt werden. Eine solche findet sich in § 13 Abs. 1 Nr. 1 Raumordnungsgesetz (ROG), wonach die Länder die Verpflichtung haben, einen Raumordnungsplan für das Landesgebiet aufzustellen. Gemäß § 2 Abs. 1 Landesplanungsgesetz NRW (LPIG) ist unter anderem der LEP ein Raumordnungsplan im Sinne des § 13 ROG. Insofern steht der Landesregierung zunächst die Kompetenz zum Erlass von Rechtsverordnungen nach Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG zu. Bei Rechtsverordnungen handelt es sich zumindest auch um materielle Gesetze, die nicht von Bundestag und Bundesrat erlassen werden. Sie sind dennoch als Gesetze im Sinne des Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG zu klassifizieren, da sie allgemein verbindlich sind und nicht wie Verwaltungsvorschriften rechtliche Verbindlichkeit nur innerhalb der Verwaltung entfalten.

3.3 Verstoß des LEP NRW-Entwurf gegen höherrangiges Recht

Selbst wenn man dem Landesgesetzgeber nach dem oben Gesagten die Kompetenz zubilligt, raumordnungsrechtliche Abweichungen von einem Bundesgesetz aufgrund von Rechtsverordnungen durchzusetzen, so ist es doch sehr fraglich, ob die geplanten Neuregelungen und Abweichungen im LEP NRW nicht gegen höherrangiges Bundesrecht und gegen die Rechtsprechung der Obergerichte verstoßen. Gemäß Art. 31 GG gilt bekanntlich der Grundsatz: „*Bundesrecht bricht Landesrecht*“. Etwaige Regelungen des BauGB und des Grundgesetzes könnten durch den LEP NRW-Entwurf verletzt werden. Nach dem Grundsatz des Art. 31 GG müssen die höherrangigen Rechtsregelungen den landesgesetzlichen Vorschriften jedoch vorgehen.

3.3.1 Verstoß gegen den Privilegierungstatbestand des § 35 BauGB i. V. m. der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BVerwG

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat sich in der Vergangenheit bereits häufig mit der Thematik der Abstandsflächen zu Windenergieanlagen auseinandergesetzt und in einer Vielzahl

von Entscheidungen Leitsätze aufgestellt, die im Zusammenhang mit Windenergieanlagen zu berücksichtigen sind. So führt das BVerwG in einer seiner Grundsatzentscheidungen¹² aus:

„Der Gemeinde ist es daher verwehrt, den Flächennutzungsplan als Mittel zu benutzen, das ihr dazu dient, unter dem Deckmantel der Steuerung Windkraftanlagen in Wahrheit zu verhindern. Mit einer bloßen „Feigenblatt“-Planung, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinausläuft, darf sie es nicht bewenden lassen. Vielmehr muss sie der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers Rechnung tragen und für die Windenergienutzung in substantieller Weise Raum schaffen.“

Entscheidend soll dementsprechend nach den Grundsätzen des BVerwG sein, dass der Windenergie vor dem Hintergrund des Privilegierungstatbestandes des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB substantiell Raum geschaffen wird. Dies wäre dann gerade nicht der Fall, wenn der Ausbau der Windenergie durch die Neuregelungen im LEP NRW beschränkt werden würde, d.h. seine Anwendung durch die Gemeinden zu einer Verhinderungsplanung führen würde.

Entscheidend ist vor diesem Hintergrund, ob die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und das Gebot zur substantiellen Raumverschaffung durch den LEP NRW-Entwurf noch ausreichend Berücksichtigung findet. Der Wortlaut des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB statuiert:

„Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dient.“

Aus der nachträglichen Änderung des BauGB, in dem die Privilegierung der Windenergie für Vorhaben im Außenbereich neu eingefügt wurde, lässt sich bereits auf die überragende Bedeutung schließen, die der Bundesgesetzgeber der Windenergie einräumen wollte. In der Gesetzesbegründung¹³ zum Privilegierungstatbestand heißt es, dass eine Privilegierung die Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien stärker begünstigen soll. Begründet wird die Einführung der Privilegierung damit, dass eine umwelt- und ressourcenschonende Energieversorgung eine verstärkte Anwendung erneuerbarer Energien erfordert. Erneuerbare Energien müssten neben der Energieeinsparung einen wichtigen und wachsenden Beitrag zum Schutz der Erdatmosphäre und des Klimas leisten, indem sie CO₂-Emissionen vermindern. Die

¹² BVerwG, Urteil vom 17.12.2002-4 C15/01 (Münster).

¹³ Gesetzesentwurf, BT-Drucksache 13/ 1733 vom 21.06.1995.

Begründung weist zudem auf Schäden durch fossile Energieträger und die sich aus der Nutzung dieser ergebende CO₂-Belastung hin. Die Aufnahme erneuerbarer Energien in den Privilegierungstatbestand bringe zum Ausdruck, dass sie Bestandteil öffentlicher Energieversorgung sein müssten wie konventionelle Stromerzeugungsanlagen. Des Weiteren sollten auch die Rechte der Gemeinden, denen kraft Verfassung die Planungshoheit zusteht, bestätigt werden.

Die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau¹⁴ stimmte dem Gesetzesentwurf zur Privilegierung der Windenergie zu und sah diesbezüglich auch dringenden Handlungsbedarf. So statuiert der entsprechende Bericht, dass es der Staat bei der Reduzierung des CO₂-Ausstoßes nicht bei Vernunfts-Appellen belassen dürfe, sondern auch selbst alles tun müsse, um Hindernisse für die Entwicklung und Anwendung erneuerbarer Energien zu beseitigen. Die Windenergie könne demnach einen wichtigen positiven Beitrag zum Klimaschutz leisten und müsse daher planungsrechtlich so gestellt werden, dass sie an geeigneten Standorten auch eine Chance dazu habe. Die Aufnahme der Windenergie in den Katalog der privilegierten Vorhaben sollte damit die Zulassung solcher Anlagen unter Beachtung des Planungswillens der Gemeinde im Außenbereich erleichtern. Die Gesetzesbegründung verdeutlicht somit die Wichtigkeit des Privilegierungstatbestandes und den Willen des Gesetzgebers, die Windenergie auszubauen, um den Klimawandel voranzubringen.

a. Frage der Aushebelung des Privilegierungstatbestandes für Windenergie durch Neuregelungen im Verbund

Im LEP NRW-Entwurf wird an unterschiedlichen Stellen auf die Windenergie Bezug genommen und es werden verschiedene Einschränkungen formuliert. So heißt es zum einen, dass Windvorhaben in Waldgebieten ersatzlos gestrichen werden, die Pflicht zur Ausweisung von Windvorrangzonen entfällt und neue Regelungen bezüglich der Abstandsflächen zu allgemeinen und reinen Wohngebieten in den künftigen LEP NRW aufgenommen werden sollen (vgl. ausführlich unter den Ziffern 1.1.1, 1.1.2 und 1.1.3).

Fraglich ist, ob die Landesregierung das Privileg für die Windenergie derart einschränken darf. Die Berechtigung könnte sich aus § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ergeben, der darauf abstellt, dass öffentliche Belange im Sinne von § 35 Abs. 1 einem Vorhaben in der Regel entgegenstehen, wenn

¹⁴ BT-Drucksache 13/4978.

hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Künftig besteht jedoch keine Verpflichtung mehr zur Ausweisung von Windvorrangzonen, so dass die gewollte Privilegierung von Windenergie im Außenbereich völlig ausgehebelt wird. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass der LEP NRW-Entwurf eine Ausnahme für Repowering Anlagen macht und für diese Vorhaben keine Abstandsflächenregelung von 1.500 Metern vorsieht. Dies stellt sich mithin als Ausnahme von der neuen Abstandsflächenregelung dar. Fraglich ist hierbei, ob eine ähnliche Ausnahme auch für Neuanlagen getroffen werden müsste. Dies erscheint vor dem Hintergrund einer Gleichbehandlung von Neu- und Altanlagen mehr als angezeigt. Es bestünde für die Landesregierung die Möglichkeit, Windvorrangzonen für Windenergieanlagen weiterhin als verbindlichen Auftrag für die Kommunen im LEP NRW vorzusehen. Durch die bereits mehrfach angesprochene Regelung, die die Ausweisung von Windvorrangzonen im neuen LEP NRW lediglich als „Kann-Vorschrift“ vorsieht, würde es zu einer – aus unserer Sicht nicht gerechtfertigten – Ungleichbehandlung zwischen Alt- und Neuanlagen kommen. Es lässt sich in diesem Zusammenhang gut vertreten, dass auch hierdurch der Grundsatz des BVerwG der Windenergie substantiell Raum zu verschaffen nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Hinzu kommt, dass mit den weiteren Einschränkungen eine Verringerung potentieller Flächen um ca. 80% bis 90% gewollt ist. Genau eine solche „Feigenblatt“-Planung der Gemeinden wollte die höchstrichterliche Rechtsprechung jedoch verhindern. Die Gemeinden sollen sich nicht darauf berufen können, dass der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ausreichend Rechnung getragen wird, wenn gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Windvorrangzonen in Regionalplänen festgelegt werden, diese aber faktisch nur eine Verhinderungsplanung darstellen.¹⁵

Zusammenfassend lässt sich statuieren, dass die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im LEP NRW-Entwurf nicht ausreichend Berücksichtigung findet und es sich vielmehr um eine Verhinderungsplanung im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG handelt. Die diesbezüglichen Regelungen des LEP NRW sind demzufolge wegen Verstoßes gegen Art. 31 GG unwirksam.

¹⁵ BVerwG, Urteil vom 11. April 2013-4 CN 2.12; BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002-4 C 15.01.

3.3.2 Frage der Aushebelung des Privilegierungstatbestandes für Windenergie durch die Regelung zu Abstandsflächen im LEP NRW-Entwurf

Fraglich ist weiterhin, ob auch die konkrete Regelung betreffend die Abstandsflächen im LEP NRW-Entwurf rechtswidrig sein könnte, da diese bereits für sich genommen den Tatbestand der Verhinderungsplanung erfüllt. Unter Ziffer 10.2-3 des LEP NRW-Entwurf heißt es:

„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 1500 Metern zu allgemeinen und reinen Wohngebieten vorzusehen. Dies gilt nicht für den Ersatz von Altanlagen (Repowering).“

Eine starre Regelung, die einen Mindestabstand von 1.500 Metern zu allgemeinen und reinen Wohngebieten vorsieht, kann möglicherweise nur als Verhinderungsplanung im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG angesehen werden.

a. Abstandsflächenregelung als verbindliches Ziel der Raumordnung

Hierfür ist erforderlich, dass die Abstandsflächenregelung ein Ziel der Raumordnung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG und damit eine verbindliche Vorgabe für raumbedeutsame Planungen darstellt. Auch eine als Soll-Vorschrift gefasste landesplanerische Aussage kann ein verbindliches Ziel der Raumordnung im Sinne der vorgenannten Vorschrift sein.¹⁶

Nach der Begriffsbestimmung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG sind Ziele der Raumordnung verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbaren, vom Träger der Landes- oder Regionalplanung abschließend abgewogenen textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums. Sie sind anders als Grundsätze der Raumordnung nicht bloß Maßstab, sondern als räumliche und sachliche Konkretisierung der Entwicklung des Planungsraumes das Ergebnis

¹⁶ BVerwG, Urteil v. 16.12.2010 – Az. 4 C 8/10, UPR 2011, S. 273 f.

landesplanerischer Abwägung. Einer weiteren Abwägung auf einer nachgeordneten Planungsstufe sind sie nicht zugänglich.¹⁷

Zunächst ist festzuhalten, dass der Landesgesetzgeber nach dem Wortlaut eine sogenannte Soll-Vorschrift normiert hat. Auf den ersten Blick ist diese Regelung widersprüchlich, da Ziffer 10.2-3 Satz 1 zunächst eine planerische Abwägung im Bereich zu Allgemeinen Siedlungsbereichen und zu Wohnbauflächen vorsieht. Diese Abwägung wird jedoch durch Satz 2 ausgehebelt, der für eine Abwägung gerade kein Raum lässt, soweit ein Vorsorgeabstand von 1.500 Metern zu allgemeinen und reinen Wohngebieten unterschritten wird. Vordergründig widersprechen sich diese beiden Regelungen. Möglicherweise kann dieser Konflikt auf Grundlage der Rechtsprechung des BVerwG zur Abgrenzung von Grundsätzen und Zielen des Raumordnungsrechts aufgelöst werden.

Ob die Einhaltung eines planerischen Vorsorgeabstandes von 1.500 Metern bei der „Einbettung“ im Rahmen einer Soll-Vorschrift als verbindliches Ziel klassifiziert werden muss, beurteilt sich nach der Rechtsprechung des BVerwG im Kern folgendermaßen.

Landesplanerische Aussagen in Gestalt einer Soll-Vorschrift erfüllen dann die Merkmale eines Ziels der Raumordnung, wenn die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Vorschrift auch ohne förmliches Zielabweichungsverfahren eine Ausnahme von der Zielbindung zulässt, im Wege der Auslegung auf der Grundlage des Plans hinreichend bestimmt oder doch bestimmbar sind. Dagegen entfalten Soll-Vorschriften, die dem nachgeordneten Planungsträger bei der Einschätzung, ob ein atypischer Fall vorliegt, einen eigenen Abwägungsspielraum einräumen, keinen Verbindlichkeitsanspruch. Mit dem Merkmal der Atypizität allein sind die Fallgestaltungen, bei denen die Regelvorgaben der Vorschrift nicht gelten sollen, nicht hinreichend bestimmt oder bestimmbar beschrieben. Der Plangeber muss vielmehr selbst Anhaltspunkte für die Reichweite atypischer Fälle liefern. Auch abstrakte Kriterien können zur Identifizierung einer landesplanerisch gebilligten Atypik und damit zur Bestimmbarkeit genügen. Lässt sich aus den Zielvorstellungen des Plangebers und dem Normzusammenhang der Regelung im Wege der Auslegung der atypische Fall bestimmen, kann die für die Ziele der Raumordnung vorausgesetzte Letztverbindlichkeit bejaht werden.¹⁸

¹⁷ BVerwG, Beschluss v. 20.08.1992 – Az. 4 NB 20.91, UPR 1992, 447; BVerwG, Urteil v. 16.12.2010 – Az. 4 C 8/10, UPR 2011, S. 273 f.

¹⁸ BVerwG, Urteil v. 16.12.2010 – Az. 4 C 8/10, UPR 2011, S. 273 f.

Vordergründig ist nach dem Wortlaut von Ziffer 10.2-3 Satz 1 des LEP NRW-Entwurf dem nachgeordneten Planungsträger ein Abwägungsspielraum eingeräumt. Es soll im Wege einer Abwägung ein den örtlichen Verhältnissen angemessener planerischer Vorsorgeabstand zu Allgemeinen Siedlungsbereichen und zu Wohnbauflächen eingehalten werden. Auf der anderen Seite legt Satz 2 der Neuregelung jedoch fest, dass „*hierbei*“ ein Abstand von 1500 Metern einzuhalten „*ist*“. Bei unklarem Wortlaut bedarf es nach der Rechtsprechung des BVerwG einer Auslegung der Vorschrift nach dem Normzusammenhang und den Zielsetzungen des Gesetzgebers. Unseres Erachtens spricht hier einiges dafür, dass ein Regel-Ausnahme-Verhältnis im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG gerade nicht vorliegt. Vielmehr verkehrt der Landesgesetzgeber durch die Normgestaltung das Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil. Die Abwägung durch den nachgeordneten Planungsträger ist nicht der Grundsatz.

Nach dem Normzusammenhang zwischen Satz 1 und Satz 2 ist eine Abwägung nebst Einhaltung der strengen Abstandsregelung unseres Erachtens ausgeschlossen, es sei denn, die Abwägungsentscheidung betrifft den Raum oberhalb eines Abstandes von 1.500 Metern. Allenfalls in diesem Bereich wäre für eine Abwägung Raum. Die Normintention des Landesgesetzgebers war zudem unmissverständlich. Ein Mindestabstand von 1.500 Metern soll zwingend eingehalten werden, um die Akzeptanz der Bevölkerung für Windvorhaben zu stärken. Eine Abwägung durch den nachgeordneten Plangeber ist unseres Erachtens faktisch ausgeschlossen, da Beeinträchtigungen oberhalb eines Vorsorgeabstandes von 1.500 Metern nicht zu befürchten sind (vgl. OVG NRW, Urteil v. 09.08.2006 – Az. 8 A 3726/05; Beschluss v. 23.10.2017 – Az. 8 B 565/17).

b. Zwischenfazit

Im Wege der Auslegung von Ziffer 10.2-3 nach dem Normzusammenhang und dem Willen des Landesgesetzgebers steht unseres Erachtens fest, dass die Einhaltung eines Vorsorgeabstandes von 1.500 Metern zur nächsten Wohnbebauung verbindlich ist und die Regelung derart zu verstehen ist, dass für eine weitergehende Abwägung von Beeinträchtigungen durch Windenergieanlagen auf Ebene der Kommunen kein Raum mehr ist. Es spricht deshalb vieles dafür, Ziffer 10.2-3 als Ziel der Raumordnung im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG anzusehen.

c. Keine Aussagekraft des Windenergie-Erlass vom 22.05.2018

Auch der am 22.05.2018 veröffentlichte Windenergie-Erlass des Landes NRW lässt keine andere Interpretation der geplanten Abstandsflächenregelung zu. Dieser enthält zwar Regelungen betreffend Abstandsflächenregelungen sowie den Bau und Betrieb von Windenergieanlagen in Waldgebieten, die deutlich „weicher“ als die des LEP NRW sind und einen Ausbau der Windenergie weiterhin gewährleisten würden. In diesem Zusammenhang muss aber auch der Regelungsgehalt des Windenergieerlasses berücksichtigt werden. Dieser stellt eine Verwaltungsvorschrift dar, die in abstrakt-genereller Form der Steuerung des Verwaltungshandelns nachgeordneter Behörden dient. Die Ermächtigung zum Erlass solcher Verwaltungsvorschriften beruht auf der Organisationsgewalt der beteiligten Ministerien. Es handelt sich um eine verwaltungsinterne Regelung und damit um einen Innenrechtssatz. Mithin können die Vorschriften des Windenergie-Erlass keine Außenwirkung entfalten. Das OVG Münster weist in einer Entscheidung vom 15.07.2002 darauf hin, dass ein ministerieller Erlass der gemeindlichen Bauleitplanung keine Pflichten auferlegen kann.

3.3.3 Fazit

Die Abstandsflächenregelung von 1.500 Metern ist mit guten Argumenten als verbindliches Ziel im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG zu qualifizieren. Sowohl diese Regelung isoliert betrachtet als auch die Neuregelungen im Bereich Windenergie im Verbund betrachtet höhlen den Privilegierungsbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB völlig aus. Nach Umsetzung des LEP NRW-Entwurf wird der Windenergie in NRW nicht mehr substantiell Raum verschafft, wie es der Gesetzgeber und die Rechtsprechung des BVerwG jedoch verlangen. Demzufolge liegt ein Verstoß gegen höherrangiges Bundesrecht vor. Wir halten die Neuregelungen aus diesem Grund für rechtswidrig.

3.4 Verstoß gegen die Ziele des § 1 EnWG sowie des EEG

Die Neufassung des LEP NRW steht sowohl den Zielen des § 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) als auch denen des Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) diametral entgegen.

So heißt es zum einen in § 1 Abs. 2 EEG 2017:

„Ziel dieses Gesetzes ist es, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch zu steigern auf

- 1. 40 bis 45 Prozent bis zum Jahr 2025,*
- 2. 55 bis 60 Prozent bis zum Jahr 2035 und*
- 3. mindestens 80 Prozent bis zum Jahr 2050.“*

Diese nationalen Zielvorgaben erfordern den stetigen Ausbau erneuerbarer Energien im Bundesgebiet. Durch die enorme Einschränkung der Windenergie in NRW, die der LEP NRW-Entwurf mit sich bringen würde, rückt das Erreichen dieser Ziele in weite Ferne.

Zum anderen erklärt § 1 Abs. 3 EEG 2017:

„Das Ziel nach Absatz 2 Satz 1 dient auch dazu, den Anteil erneuerbarer Energien am gesamten Bruttoendenergieverbrauch bis zum Jahr 2020 auf mindestens 18 Prozent zu erhöhen.“

Hierin ist somit die europarechtliche Vorgabe verflochten worden, die für Deutschland verpflichtend ist. Auch dieses Ziel droht – wie bereits dargestellt – zu scheitern, wenn der Ausbau der erneuerbaren Energien derart eingedämmt wird, wie dies der LEP NRW-Entwurf durch die diversen Beschränkungsregelungen vorsieht.

§ 1 Abs. 1 EnWG statuiert zudem:

„Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.“

Auch diese Vorschrift zeigt somit, dass erneuerbare Energien stetig gefördert werden sollten und fügt sich damit in die (inter-) nationalen Zielvorgaben ein.

Eine Eindämmung der Windenergie, die ein wichtiges Standbein der erneuerbaren Energien darstellt, wie sie im LEP NRW vorgesehen ist, würde demnach auch gegen diese nationalen Vorschriften verstoßen, die den Ausbau der erneuerbaren Energien gerade fördern wollen.

4 Zusammenfassung der Ergebnisse

Als Gesamtergebnis lässt sich festhalten, dass die Anpassung des LEP NRW sowohl die ausgewiesenen europäischen Vorgaben zum Ausbau der erneuerbaren Energien torpediert als auch nationale Ziele gefährdet und nationalen Regelungen entgegensteht.

Im Einzelnen:

- Die Bundesregierung hat ihre Klimaschutzziele für das Jahr 2020 bereits revidiert. Die Umsetzung des LEP NRW-Entwurf soll bewusst dazu führen, dass der Ausbau der Windenergie als tragende Säule der Energiewende künftig deutlich zurückgefahren wird. Das Nichterreichen der EU-Vorgaben für den Klimaschutz und für den Ausbau der erneuerbaren Energien stellt für die Bundesrepublik ein Risiko dar, von der EU-Kommission auf Grundlage von Art. 194 AEUV verklagt zu werden.
- Gravierender sind die Risiken für die Landesregierung NRW jedoch vor dem Hintergrund der rechtlichen Vorgaben im Bereich nationaler Gesetze. Zunächst ist insoweit festzustellen, dass die Landesregierung bereits keine Gesetzgebungskompetenz für die Regelung eines Mindestabstands von 1.500 Metern zur Siedlungs- und Wohnbebauung hat.
- Grundsätzlich kommt der Landesregierung zwar eine Kompetenz im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung gemäß §§ 72, 74 GG zu. Für die Materie des Bodenrechts gemäß § 74 Abs. 1 Nr. 18 GG hat der Bundesgesetzgeber in Bezug auf Abstandregelungen bereits eine abschließende Regelung in § 249 Abs. 3 BauGB getroffen. Diese Norm enthielt eine zeitlich befristete Ermächtigung zugunsten der Bundesländer, Mindestabstandsregelungen für die Windenergie zu treffen. Mit Ablauf des 31.12.2015 hat NRW diese Möglichkeit tatenlos verstreichen lassen.
- Daneben kann sich NRW auf den Kompetenztitel des Art 74 Abs. 1 Nr. 31 GG für die Raumordnung berufen. Unseres Erachtens hat der Landesgesetzgeber in materieller Hinsicht seine Kompetenz überschritten, da er den Privilegierungsstatbestand für Windenergieanlagen im Außenbereich gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB aushebelt.

- Das Verhältnis der Neuregelungen im LEP NRW-Entwurf zu der vorstehend benannten Privilegierung für Windenergievorhaben ist Kern der Rechtmäßigkeitsprüfung. Insoweit halten wir die Regelungen betreffend der Windenergie im Verbund (Einschränkung Vorhaben im Wald/keine Verpflichtung zur Ausweisung von Vorrangzonen/Mindestabstand) einerseits und auch die Mindestabstandsregelung von 1.500 Metern isoliert betrachtet andererseits für rechtswidrig. Der Gesetzgeber wollte infolge der Bedeutung des Ausbaus erneuerbarer Energien Windenergie fördern. Das Bundesverwaltungsgericht konstatierte darauf aufbauend frühzeitig, dass Windenergievorhaben substantiell Raum zu verschaffen ist. Diese Grundsätze will der Landesgesetzgeber bewusst aushöhlen und setzt sich damit in Widerspruch zu höherrangigem Recht. Sollte die Landesregierung dennoch an ihrem Entwurf festhalten wollen, so wäre es zumindest angezeigt, dass eine Gleichbehandlung von Altanlagen (Repowering) und Neuanlagen in den LEP NRW aufgenommen wird. Dies kann beispielsweise dadurch umgesetzt werden, dass die Verpflichtung zur Ausweisung von Windvorrangzonen im neuen LEP NRW weiterhin aufrecht erhalten wird.
- Der Versuch der Landesregierung trägt nicht, über eine Soll-Vorschrift eine Abwägungsentscheidung der Gemeinden im Einzelfall zu konstruieren. Zunächst ist insoweit festzuhalten, dass der Wortlaut von Ziffer 10.2-3 im Hinblick auf das Verhältnis der Einhaltung eines angemessenen Vorsorgeabstandes (Abwägung) und der Einhaltung eines verbindlichen Mindestabstandes von 1.500 Metern zu Wohngebieten nicht eindeutig ist. Nach Auslegung der Vorschrift und auf Grundlage der Rechtsprechung des BVerwG zur Abgrenzung von Grundsätzen und Zielen der Raumordnung sprechen unseres Erachtens gute Argumente dafür, die Einhaltung eines Mindestabstandes von 1.500 Metern weiterhin als Ziel der Raumordnung zu qualifizieren. Denn eine Abwägung der Kommunen ist nicht die Regel. Vielmehr ist für eine Abwägung faktisch kein Raum, da im Falle der Einhaltung eines planerischen Vorsorgeabstandes von mehr als 1.500 Metern keine weiteren Beeinträchtigungen drohen.
- Vor diesem Hintergrund liegt nach unserem Dafürhalten der Schluss auf eine Verhinderungsplanung im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG zu § 35 BauGB nahe. Da Art. 31 GG besagt, dass das höherrangige Bundesrecht (hier: § 35 BauGB) dem Landesrecht (hier: Ziffer 10.2-3 LEP NRW-Entwurf) vorgeht (Bundesrecht bricht

Landesrecht), kommen wir zu dem Ergebnis, dass die Neuregelungen betreffend die Windenergie unwirksam sind.

- Überdies ist auch ein Verstoß gegen die nationalen Zielsetzungen des § 1 EnWG sowie des EEG zu bejahen.

Nach alledem halten wir es für angezeigt, den Änderungsentwurf des LEP NRW vom 17.04.2018 zu verwerfen und die dargelegten Rechtsverstöße zu entfernen oder in geänderter Form in einem neuen Entwurf zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen



Daniel Richard
Rechtsanwalt



Johannes Embacher
Rechtsanwalt