

Würzburger Berichte zum  
Umweltenergierecht

**Abstände zwischen Windenergie-  
anlagen und Siedlungsgebieten**

*Regulatorische Möglichkeiten und Grenzen*

Hintergrundpapier

erstellt von

*Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)*

unter Mitarbeit von

Thorsten Müller und Frank Sailer

**# 28**

14. Juli 2017

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

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail [wegner@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:wegner@stiftung-umweltenergierecht.de)

Internet [www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)

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

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

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE16790500000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

## **Inhaltsverzeichnis**

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

## **Zusammenfassung der Ergebnisse**

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

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

## **A. Beobachtung: Forderung nach größeren Abständen zu Windenergieanlagen**

Im Rahmen der Koalitionsverhandlungen nach den Landtagswahlen in Schleswig-Holstein<sup>1</sup> und Nordrhein-Westfalen<sup>2</sup> wurde, wie auch schon bei der Regierungsbildung in Baden-Württemberg<sup>3</sup> und Rheinland Pfalz<sup>4</sup> darüber diskutiert, für die Zukunft die Abstände zwischen Siedlungsgebieten und Windenergieanlagen auf bis zu 1.500 m erheblich zu vergrößern. Dies hätte in diesen Ländern erhebliche Auswirkungen auf die Flächenverfügbarkeit für den weiteren Windenergieausbau<sup>5</sup>. Da Koalitionsvereinbarungen keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfalten<sup>6</sup>, jedenfalls nicht gegenüber den staatlichen Behörden oder gar privaten Dritten, bedürfen diese der gesetzlichen und/oder planungsrechtlichen Umsetzung. Anlässlich dieser Entwicklung soll im Folgenden zunächst an die schon heute bestehenden Abstandsvorgaben erinnert werden (B.), bevor die Möglichkeiten und auch die Grenzen für die Erweiterung derartiger Abstände aufgezeigt werden (C.). Auf dieser Grundlage soll schließlich eine erste kursorische Analyse der schlussendlich getroffenen Koalitionsvereinbarungen in Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen vorgenommen werden (D.).

## **B. Abstände zu Windenergieanlagen im geltenden Rechtsrahmen**

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

---

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

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

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

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

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

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

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

Das Artenschutzrecht erfordert bspw. Abstände zu den Individuen und Populationen bestimmter geschützter Arten<sup>7</sup>, das Denkmalschutzrecht verlangt die Freihaltung bestimmter Sichtachsen und Abstände zu Denkmälern<sup>8</sup> und das Luftsicherheitsrecht verpflichtet zur Freihaltung bestimmter Sicherheitsbereiche um Flugplätze<sup>9</sup> und Radaranlagen<sup>10</sup> herum. Schutzgüter sind hier bestimmte gefährdete Tier- und Pflanzenarten<sup>11</sup>, Denkmäler als Kulturgüter<sup>12</sup> oder die Sicherheit und Leichtigkeit des Flugverkehrs<sup>13</sup>. Schon für sich genommen führt dies dazu, dass in großem Umfang Flächen nicht für die Windenergienutzung zur Verfügung stehen.

## II. Der Schutz der betroffenen Bevölkerung

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

So hat die Rechtsprechung zusätzlich zu den Geboten des bauordnungsrechtlichen Abstandsflächenrechts<sup>14</sup>, das Abstandsflächen vornehmlich aus Gründen der ausreichenden Belichtung und Belüftung von Gebäuden sowie aus Brandschutzgründen vorsieht<sup>15</sup>, aus dem bauplanungsrechtlichen Rücksichtnahmegebot das Verbot einer optisch-bedrängenden Wirkung entnommen, die aufgrund der Höhe von Windenergieanlagen und der Drehbewegung ihres

---

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

<sup>8</sup> Siehe ausführlich hierzu *Fülbier*, Windenergieanlagen und Denkmalschutzrecht, ZNER 2017, 89 ff.

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

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

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

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

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

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

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

Rotors entstehen kann<sup>16</sup>. Daraus ergeben sich schon heute Mindestabstände zwischen Windenergieanlagen und der Wohnbebauung. Von einer solchen optisch-bedrängenden Wirkung ist jedoch nach den in der Rechtsprechung anerkannten Erfahrungssätzen regelmäßig dann nicht mehr auszugehen, wenn eine Windenergienutzung in einem Abstand zu Wohnnutzungen entsprechend der dreifachen Anlagenhöhe stattfindet, da Baukörperwirkung und Drehbewegung hier hinreichend in den Hintergrund treten. Mit dieser Rechtsprechung ist bereits eine dynamische Reaktion auf zunehmende Anlagengrößen im geltenden Recht verankert. Mit zunehmender Gesamthöhe vergrößert sich danach auch bereits der einzuhaltende Abstand, der bei modernen Anlagen schon heute über 600 m betragen kann<sup>17</sup>.

Auch aus dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) folgen konkrete Abstandsvorgaben für Windenergieanlagen. Zwar finden sich diese im Gesetz selbst nicht explizit, das Bundesimmissionsschutzgesetz statuiert aber ein allgemeines Gebot zur räumlichen Trennung miteinander unvereinbarer Nutzungen in § 50 BImSchG sowie ein Verbot schädlicher Umwelteinwirkungen in § 5 Abs. 1 BImSchG. Hieraus resultieren seinerseits konkrete Abstandspflichten, etwa aus Gründen des Lärmschutzes. Aus den zur Konkretisierung von § 5 Abs. 1 BImSchG im untergesetzlichen Regelwerk der TA-Lärm erlassenen Lärmgrenzwerten ergibt sich jeweils die Notwendigkeit, individuell zu bestimmende Abstände einzuhalten, die je nach Charakter der betroffenen baulichen Nutzung, d. h. nach der Eigenart verschiedener Baugebiete variieren<sup>18</sup>. Dabei genießen reine Wohngebiete etwa einen höheren Schutz als Gewerbe- und Industriegebiete, innerhalb derer gebietstypisch höhere Geräuschemissionen hinzunehmen sind. Verbleiben auch bei Einhaltung der schon nach gültigem Recht gebotenen Abstände Beeinträchtigungen, wie sie etwa zu bestimmten Zeiten des Jahres durch den Schattenschlag der Flügel von Windenergieanlagen hervorgerufen werden können, so werden diese regelmäßig nicht über eine Vergrößerung von Abständen, sondern etwa über Abschaltauflagen derart minimiert, dass ihre Auswirkungen unterhalb die Erheblichkeitsschwelle sinken und damit dem Bereich bloßer Belästigungen zuzurechnen sind<sup>19</sup>.

Der geltende Rechtsrahmen stellt damit auch schon heute über Abstandsvorgaben sicher, dass der Ausbau der Windenergie nicht zur Beeinträchtigung von Menschen durch schädliche Umwelteinwirkungen führt, d. h. keine Gefahren, erheblichen Nachteile oder erheblichen Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft verursacht. Unterhalb dieses auch grund- und menschenrechtlich<sup>20</sup> zu gewährleistenden und einfachrechtlich schon nach geltendem Recht gewährleisteten Schutzes können gleichwohl Auswirkungen des fortschreitenden

---

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

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

<sup>18</sup> *Hinsch*, in Schulz, Handbuch Windenergie, 2015, Kap. 3 Rn. 175 f.

<sup>19</sup> Vgl. *Hinsch*, in Schulz, Handbuch Windenergie, 2015, Kap. 3 Rn. 180.

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



Ausbaus der Windenergie verbleiben, die von Menschen aufgrund ihrer besonderen Sensibilität oder auch ohne jede besondere Disposition als Belastung und Beeinträchtigung empfunden werden<sup>21</sup>. Insbesondere kann sich das Landschaftsbild in einer Weise verändern, die von vielen Menschen nicht als Entstehung neuer Kulturlandschaften eines post-fossilen Zeitalters<sup>22</sup> in einem positiven, sondern vielmehr in einem negativen Sinne als „Verschandelung“ oder „Verspargelung“ der Natur empfunden wird.

Wird trotz der bestehenden rechtlichen Sicherungen gegen schädliche Umwelteinwirkungen in jüngster Zeit in mehreren Bundesländern politisch über die Einführung größerer Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten diskutiert, so geht es hier aus der rechtlichen Perspektive mithin nicht um die Gewährleistung des Schutzes gegen schädliche Umwelteinwirkungen, sondern nur um die Gewährleistung einer darüber hinausgehenden Vorsorge und die Bekämpfung von bislang als bloße Unannehmlichkeiten qualifizierte Beeinträchtigungen<sup>23</sup>.

### **C. Möglichkeiten und Grenzen für die Umsetzung pauschaler Abstände**

Bei der Einführung größerer Abstände zur Vorsorge und zum Schutz Einzelner vor Unannehmlichkeiten haben die Länder höherrangiges Recht zu beachten<sup>24</sup>. Nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Länderöffnungsklausel nach § 249 Abs. 3 BauGB zählen hierzu insbesondere auch die Vorgaben der bundesrechtlichen Privilegierung der Windenergienutzung nach § 35

---

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

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

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

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

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

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

## I. Bundesrechtliche Vorgaben und landesrechtliche Spielräume

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

Zentrale bundesrechtliche Vorgabe ist § 35 BauGB, der die Zulässigkeit baulicher Vorhaben im Außenbereich betrifft<sup>25</sup>. Die planersetzende Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen dahingehend – wie dies etwa auch für land- und forstwirtschaftliche Betriebe der Fall ist – dass ihre bauplanungsrechtliche Zulässigkeit im Außenbereich nur dort nicht gegeben ist, wo diesen an einem bestimmten Standort ein öffentlicher Belang i. S. v. § 35 Abs. 3 BauGB „entgegensteht“. Es genügt mithin nicht, dass – wie bei nicht-privilegierten Vorhaben – ein öffentlicher Belang durch Bau und Betrieb einer Windenergieanlage lediglich „beeinträchtigt“ wird. Im Ausgangspunkt führt dies dazu, dass solche Anlagen an zahlreichen Standorten im Außenbereich zulässig sind, ohne dass diese Standorte zuvor in irgendeiner Weise individuell überplant und damit die Ansiedlung von Windenergievorhaben planerisch gesteuert wurde<sup>26</sup>. Der Gesetzgeber geht hier davon aus, dass dem Konditionalprogramm des § 35 Abs. 1 BauGB hinreichende Steuerungskraft zukommt, um zwischen den möglicherweise entgegenstehenden öffentlichen Belangen einerseits und dem Interesse an der Verwirklichung des Vorhabens andererseits einen grundsätzlich angemessenen Ausgleich zu schaffen<sup>27</sup>.

---

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

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

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

Um aber auch eine weitergehende Steuerung zu ermöglichen, hat der Bundesgesetzgeber einen Weg eröffnet, gezielt die weit überwiegende Fläche in Plangebieten von Windenergieanlagen freizuhalten und Anlagenstandorte auf bestimmte Flächen zu beschränken. Damit soll ein im Steuerungsprogramm des § 35 Abs. 1, 3 S. 1 BauGB nicht angelegter weitergehender Schutz der Außenbereichsbelange wie etwa dessen Erholungsfunktion, ein verbesserter Schutz unzerschnittener Landschaftsräume oder anderer außenbereichstypischer und anderweitig störungssensibler Nutzungen wie insbesondere auch das Wohnen im beplanten und unbeplanten Bereich ermöglicht werden<sup>28</sup>. Zu diesem Zweck hat der Bundesgesetzgeber das Instrument des Planvorbehalts in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zur Ermöglichung sog. Konzentrationszonenplanungen geschaffen, das nach seiner Vorstellung bei der Einführung im Jahr 1997 ein Gegengewicht zur Privilegierung von Windenergieanlagen bilden und damit die kommunale Planungshoheit stärken sollte<sup>29</sup>. Mit Hilfe dieses Instruments ist es auf Raumordnungs- und Flächennutzungsplanebene den Planungsträgern möglich, weite Teile, d. h. regelmäßig mehr als 97 Prozent eines Plangebiets von Windenergieanlagen freizuhalten und diese auf geeigneten und möglichst konfliktarmen Flächen zu konzentrieren<sup>30</sup>.

Das bundesrechtliche Planungsrecht sieht mithin bereits ein Instrumentarium vor, dessen sich die Planungsträger in den Ländern zum vorausschauenden Schutz auch von Wohnnutzungen bedienen können und sollen. Ein Ausweichen der Landesgesetzgeber auf andere Regelungsmaterien, um zu diesem Zwecke schärfere Standards vorzusehen, ist demgegenüber aus kompetenziellen Gründen nur in geringem Umfang möglich. Dies gilt, weil auch außerhalb des Bereichs des Bauplanungsrechts die Länder höherrangiges Bundesrecht zu beachten haben. So können die Länder etwa auch im Bereich des Immissions- und Luftverkehrsrechts aufgrund der grundsätzlich abschließenden Regelungen des Bundes bzw. aufgrund Fehlens einer ausdrücklichen Ermächtigung der Länder für abweichende Regelungen in diesem Bereich gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 und 11, Art. 72 Abs. 1 GG bzw. Art. 73 Abs. 1 Nr. 6, Art. 71 GG nicht aus ihrer Sicht gebotene strengere Regelungen zum Lärm- oder Belästigungsschutz aufstellen<sup>31</sup>. Allein im Bereich des Denkmalschutzrechts, das zu regeln kompetenziell teils dem Bund, teils den Ländern zusteht, haben die Länder einen gewissen, obgleich überaus beschränkten Spielraum<sup>32</sup>. Diese Kompetenz der Länder würde aber nicht die angestrebten pauschalen Abstände

---

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

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

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

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

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

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

Nachdem Ende 2015 die Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB<sup>33</sup>, die für den Bereich des Bauplanungsrechts eine punktuelle Rückübertragung der Regelungskompetenz auf die Länder bewirkte, außer Kraft getreten ist, kann die Geltung der Privilegierung von Windenergieanlagen insbesondere auch nicht mehr durch Landesgesetz auf Gebiete in einem bestimmten Abstand zu ausgewählten Siedlungsbereichen beschränkt werden<sup>34</sup>. Einzig Bayern hatte von der Kompetenzeröffnung Gebrauch gemacht und die sog. „10 H-Regelung“ im bayerischen Landesrecht implementiert. Wenn dort derzeit auch noch ein erheblicher Zubau an Windenergieanlagen stattfindet, so ist aufgrund des inzwischen zu beobachtenden Rückgangs neuer Genehmigungsanträge ersichtlich, dass der Ausbau in Bayern in naher Zukunft weitgehend zum Erliegen kommen dürfte<sup>35</sup>.

Auch die Nutzung anderer – untergesetzlicher – Instrumente durch die Länder zur Umgehung der aufgezeigten kompetenziellen Schranken ist nicht zulässig. Insbesondere kann über die in fast allen Ländern zum Einsatz kommenden sog. Windenergieerlasse, die ihrer Rechtsnatur nach norminterpretierende Verwaltungsvorschriften darstellen<sup>36</sup>, keine Abweichung von bundesrechtlichen Vorgaben stattfinden. Geschieht dies gleichwohl, sind Planungsträger hieran rechtlich nicht gebunden. Halten sich Planungsträger dennoch an hier formulierte Aufforderungen ohne die notwendige eigene Abwägungsentscheidung entsprechend der Vorgaben des Bundesrechts vorzunehmen, so wären auf diese Weise zustandekommende Abstandsfestsetzungen rechtswidrig und gerichtlich angreifbar<sup>37</sup>.

---

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

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

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

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

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

## **II. Umsetzung von Abständen mithilfe planungsrechtlicher Instrumente in den Ländern**

Bei der Ausübung des bundesrechtlichen Planvorbehalts in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB mittels einer Konzentrationszonenplanung sind die durch die Rechtsprechung hieran gestellten Anforderungen zu beachten<sup>38</sup>. Grenze für die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung pauschaler Abstände ist das Gebot, der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen. Hieran ist auch die Landesplanung gebunden (1.). Wird in einzelnen Bundesländern der Weg zu größeren Abständen über die Landes- und Regionalplanung besprochen, so können Abstände dort erst ab einem bestimmten Zeitpunkt im Verfahren der Planaufstellung mithilfe sog. Plansicherungsinstrumente rechtlich gesichert und damit bereits mittelbar für die Genehmigung von Windenergieanlagen maßgeblich werden, wobei der in Schleswig-Holstein gewählte, verfassungsrechtlich umstrittene Weg eines Moratoriums insoweit schon aus rechtlichen Gründen nicht zweckmäßig wäre (2.).

### **1. Umsetzung pauschaler Abstände durch raumordnerische Festsetzungen**

#### **a) Zugriff der Landesregierungen auf die Raumordnung**

Die planerische Steuerung der Windenergie findet in den Ländern im Rahmen einer Planungskaskade aus Raumordnungsplanung (Landesentwicklungsplanung und Regionalplanung) und kommunaler Bauleitplanung statt. Im Grundsatz vermag es die jeweils höhere Planungsebene die nachfolgenden Ebenen in verschiedener Weise zu binden. Organisatorisch ist die Landesentwicklungsplanung zumeist einem Landesministerium zugeordnet<sup>39</sup>. Die Regionalplanung wird dagegen in der Regel durch Einheiten der Selbstverwaltung verantwortet. Ausnahmsweise, wie etwa in Schleswig-Holstein, wird aber auch diese durch unmittelbar staatliche Behörden ausgeführt<sup>40</sup>. Wollen Landesregierungen Abstände planerisch unmittelbar oder mittelbar vorgeben, so wird dies deshalb in aller Regel über die Landesentwicklungsplanung, ausnahmsweise auch über die Regionalplanung erfolgen.

Der Landesplanung in den Ländern kommt die Aufgabe zu, landesweit bedeutsame raumrelevante Nutzungen zu steuern und die verschiedenen Raumnutzungsansprüche miteinander auf hoher Abstraktionsebene zu koordinieren<sup>41</sup>. Als höchste Planungsebene hat sie potentiell erhebliche Steuerungskraft<sup>42</sup>, da ihre Vorgaben alle nachfolgenden Ebenen binden können. Insbesondere ist auch die Windenergie aufgrund ihrer landesweiten Raumbedeutsamkeit der

---

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

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

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

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

<sup>42</sup> *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 49.

Steuerung durch die Landesplanung grundsätzlich zugänglich<sup>43</sup>. Erst Recht gilt dies für die Steuerung durch die Regionalplanung. Für die planerische Steuerung bedient sich die Landesplanung ausschließlich textlicher Festsetzungen entweder in Form letztabgewogener Ziele oder aber einfacher Grundsätze der Raumordnung<sup>44</sup>. Der Unterschied besteht hier in der Bindungswirkung gegenüber nachfolgenden Planungsträgern. Nur letztabgewogene Ziele sind verbindlich und einer weiteren Abwägung und einem „Wegwägen“ nicht zugänglich<sup>45</sup>. Grundsätze der Raumordnung sind dagegen lediglich von Planungsträgern auf nachfolgenden Planungsebenen zu „berücksichtigen“ und können im Einzelfall im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung zugunsten anderer gewichtiger Erwägungen zurückgestellt werden.

#### **b) Planungsmethodische Anforderungen an die Umsetzung pauschaler Umstände mittels Konzentrationszonenplanungen**

Die Vornahme einer Konzentrationszonenplanung über den Planvorbehalt gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB und damit auch die Festsetzung von Abständen von Gebieten für die Windenergie zu Siedlungsgebieten findet in den Ländern teils auf Regionalplanungs- und teils auf Ebene der kommunalen Flächennutzungsplanung statt. Unabhängig davon, auf welcher Ebene eine Konzentrationszonenplanung vorgenommen wird, ist den durch die Rechtsprechung hierfür entwickelten hohen Anforderungen zu genügen. Rechtstechnisch erfolgt eine Konzentrationsplanung durch die zielförmige Ausweisung bestimmter Gebiete bzw. Flächen für die Windenergie, verknüpft mit der Aussage, dass in dem restlichen Plangebiet die Windenergie in der Regel ausgeschlossen sein soll<sup>46</sup>. Der Ausschluss selbst ergibt sich dann bei Vorliegen aller Voraussetzungen aus § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB. Erforderlich ist hierfür insbesondere, dass auf der Grundlage eines gesamträumlichen Planungskonzeptes im ersten Schritt eines gestuften Planungsprozesses durch Ausscheiden der sog. „harten Tabuzonen“, d. h. Gebiete, auf denen Windenergieanlagen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht realisiert werden können, die Potenzialflächen für die Windenergienutzung identifiziert werden. Sollen darüber hinaus aus planerischen Gründen weitere Gebiete nicht für eine Windenergienutzung in Frage kommen, so können diese anhand einheitlicher sog. „weicher Tabukriterien“ identifiziert und aus dem Planungsprozess ausgeschieden werden, bevor schließlich im Wege der Einzelbetrachtung der noch verbleibenden Potenzialflächen die schlussendlich für die Windenergie nutzbaren Gebiete auszuwählen sind.

---

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

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

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

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

Der Planungsschritt der Reduzierung der Potenzialflächen mittels weicher Tabukriterien steht für die landesplanerische Festsetzung pauschaler Abstände im Mittelpunkt des Interesses. Er ist Teil der planerischen Abwägung, setzt mithin eine planerische Willensentscheidung voraus<sup>47</sup>. Das Interesse an der Freihaltung von Gebieten ist dabei mit dem Interesse an der Realisierung von Windenergieanlagen abzuwägen. Den Planungsträgern kommt bei diesem Gewichtungsvorgang eine gewisse planerische Freiheit zu, deren Ausübung nur eingeschränkt gerichtlich überprüft wird. Die Planungsträger sind hier nicht darauf beschränkt, lediglich zwingende Vorgaben etwa des Immissionsschutzrechts planerisch nachzuvollziehen<sup>48</sup>. Vielmehr dürfen sie auch bodenrechtlich relevante Vorsorgegesichtspunkte wie etwa künftig zunehmende Anlagenhöhen und damit etwa verbundene optische Beeinträchtigungen oder aber Entwicklungsmöglichkeiten von Kommunen berücksichtigen. Insoweit ist durchaus auch die Festlegung pauschaler Abstände möglich, denen gerade nicht eine Untersuchung der Raumverträglichkeit von Windenergieanlagen für jeden auf diese Weise ausgeschlossenen Standort zugrunde liegen muss<sup>49</sup>.

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

Die wirksame Ausübung des Planvorbehalts bedingt nach der Rechtsprechung nicht nur ein bestimmtes methodisches Vorgehen, sondern vor allen Dingen mit Blick auf das Planungsergebnis, dass der Windenergie ein Raum von einem Umfang eingeräumt wird, der in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht steht, den das Bundesrecht dem Interesse an der Windenergienutzung durch die Privilegierungsregelung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB beigemessen hat. Planungen, die hinter diesem Gebot der Mindestflächenbereitstellung zurückbleiben, verschaffen der Windenergie nicht den ihr zuzugestehenden substanziellen Raum<sup>50</sup> und sind deshalb als unzulässige Verhinderungs- oder Feigenblattplanung zu bewerten<sup>51</sup>.

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

---

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

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

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

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

<sup>51</sup> St. Rspr., BVerwGE 117, 287 (295).

verschaffen ist<sup>52</sup>. Je zweifelhafter dies aufgrund der von ihr vorgesehenen Auswahlkriterien ist, umso detaillierter muss die von ihr vorzunehmende Abwägungsentscheidung und die dieser zugrunde liegenden Flächenuntersuchungen ausfallen. Der Hochzonung von Entscheidungen über konkrete Abstände auf die Ebene der Landesplanung folgen insoweit die Anforderungen an die wirksame Ausübung des Planvorbehalts<sup>53</sup>. Werden diese nicht eingehalten, so ist das Planungsergebnis abwägungsfehlerhaft, der Landesentwicklungsplan damit aufhebbar. Im Falle der Aufhebung des Landesentwicklungsplans würde den hieraus entwickelten Regionalplänen ihre Grundlage i. S. v. § 8 Abs. 2 S. 1 ROG entzogen, sodass auch diese anfechtbar würden<sup>54</sup>.

In dieser Bindung der Landesentwicklungsplanung an die Privilegierungsentscheidung zugunsten der Windenergie gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht nur als systematische Grundentscheidung, sondern auch an die hieraus folgenden Restriktionen im Einzelfall der Planung<sup>55</sup> liegt ein maßgeblicher Unterschied zu der weitergehenden Kompetenz, wie sie den Landesgesetzgebern noch durch § 249 Abs. 3 BauGB (Länderöffnungsklausel) rückübertragen wurde. Hier konnten die Länder den räumlichen Geltungsbereich der bundesrechtlichen Privilegierung der Windenergie selbst bestimmen und durften dabei lediglich die bundesrechtliche Grundentscheidung nicht vollständig rechtlich oder tatsächlich aushebeln<sup>56</sup>. Im Falle der bayerischen 10 H-Regelung sah der Bayerische Verfassungsgerichtshof – aufgrund der zuvor selbst aufgestellten Maßstäbe in überraschender und letztlich nicht überzeugender Weise – diese Grenze selbst dadurch nicht erreicht, dass für moderne Windenergieanlagen nach Berücksichtigung auch anderweitiger Flächenrestriktionen lediglich 0,01 Prozent der Landesfläche verblieben<sup>57</sup>.

Um wie viel weiter dagegen die Beschränkung der Landesplanung aufgrund des Gebots der Substanzialität der Raumverschaffung reicht, zeigt sich etwa anhand einer Entscheidung des VGH Kassel zum Landesentwicklungsplan in Hessen<sup>58</sup>. Darin billigte dieser die Festlegung eines Abstandes zu bestehenden und geplanten Siedlungsgebieten<sup>59</sup> von 1.000 m im Sinne eines

---

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

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

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

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

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

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

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

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



weichen Tabukriteriums<sup>60</sup> als zielförmige Vorgabe für die durch die Regionalplanung vorzunehmende Konzentrationsplanung. Dies auch deshalb, weil zugleich im hessischen Landesentwicklungsplan als Grundsatz der Planung eine Ausweisung von Flächen in der Größenordnung von 2 Prozent der jeweiligen Planungsregion ausgegeben wurde und für das Gericht kein Anhaltspunkt dafür bestand, dass diese Größenvorgabe aufgrund des Abstandsgebots für die Regionalplanung verfehlt und damit ggf. das Gebot von der Substantialität der Raumverschaffung verletzt werden könnte<sup>61</sup>.

Wo genau die Grenze zwischen einer gebotenen substanziellen Raumverschaffung und einer unzulässigen Verhinderungsplanung liegt, ist damit jedoch nicht geklärt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist dies nicht abstrakt, sondern allein anhand einer wertenden Betrachtung unter Berücksichtigung etwaiger topographischer und weiterer Besonderheiten im Einzelfall zu beantworten<sup>62</sup>. Dies gilt auch für Festlegungen auf Ebene der Landesplanung. Insoweit hat die vorgenannte Entscheidung des VGH Kassel allenfalls indiziellen Charakter und lässt sich nicht ohne weiteres verallgemeinern. In anderen Ländern und Regionen kann deshalb durchaus auch ein demgegenüber leicht höherer Abstand noch zulässig sein, während in anderen Fällen etwa aufgrund einer besonders kleinteiligen Siedlungsstruktur und unter Abhängigkeit von dem gewählten Anknüpfungspunkt für den festgesetzten Abstand ggf. bereits ein Abstand von 1.000 m dazu führt, dass der Windenergie nicht mehr substanziell Raum verschafft wird. Die Rechtsprechung zieht hier für die Rechtskontrolle des Planungsergebnisses, d. h. der der Windenergienutzung zur Verfügung gestellten Flächen, verschiedene Verhältnisbildungen heran, von denen der Relation zwischen den ausgewiesenen Konzentrationsflächen zum Gesamtgebiet abzüglich der harten Tabuzonen wohl die größte Aussagekraft zukommt<sup>63</sup>. Eine exakte numerische Grenzziehung erlaubt aber auch diese Technik nicht<sup>64</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

## **2. Zeitliche Wirksamkeit planerischer Festsetzungen**

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

Solche Instrumente finden sich sowohl auf Ebene der Raumordnung als auch auf den nachfolgenden Ebenen der kommunalen Bauleitplanung<sup>65</sup>. Diese sollen verhindern, dass Pläne aufgrund ihrer häufig langwierigen Aufstellungsverfahren bei Erlass bereits durch die faktische Entwicklung im Plangebiet überholt sind und die planerischen Ziele damit nicht mehr verwirklicht werden können<sup>66</sup>. § 14 Abs. 2 ROG gibt deshalb Raumordnungsbehörden u. a. die Möglichkeit, Genehmigungsbehörden die Entscheidung über die raumrelevanten Windenergievorhaben zu untersagen, „wenn sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet und wenn zu befürchten ist, dass die Planung oder Maßnahme die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde“. Die Untersagung kann sich mithin sowohl auf Pläne der Landes- als auch der regionalen Raumordnung beziehen. Als Gegenstand der Sicherung kommen allerdings allein künftige „Ziele“ der Raumordnung in Frage, nicht aber auch raumordnerische Grundsätze. Damit sich ein Ziel bereits in Aufstellung befindet, muss zudem jedenfalls ein Beschluss eines zuständigen Organs über den gebilligten Zielentwurf vorliegen<sup>67</sup>. Erst, aber auch schon ab diesem Zeitpunkt können im Falle der befürchteten Vereitelung der Zielverwirklichung künftige Abstandsregelungen zur Ablehnung von Genehmigungsanträgen herangezogen werden.

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

---

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

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

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

war<sup>68</sup>. Anders als jedoch in diesem Fall, in dem es der schleswig-holsteinischen Regierung um die Verhinderung eines planerisch ungesteuerten Ausbaus der Windenergie allein auf der Grundlage von § 35 Abs. 1, 3 BauGB ging, würden im Falle der planerischen Ausweitung bereits bestehender pauschaler Abstände bis zu deren Inkrafttreten bzw. bis zu deren Sicherbarkeit über die vorhandenen gesetzlichen Plansicherungsinstrumente schlicht die bislang geltenden Abstandsanforderungen fortgelten, nicht aber ein ungesteuerter Ausbau drohen. Angesichts der gegen das sog. Windenergieplanungssicherstellungsgesetz in Schleswig-Holstein mit seinem Windenergie-Moratorium geltend gemachten rechtlichen Bedenken<sup>69</sup>, würde ein solches Vorgehen zudem ein erhebliches Risiko der gerichtlichen Aufhebung für den Landesgesetzgeber bergen<sup>70</sup>.

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

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

### **I. Größere Abstände bei mehr Fläche in Schleswig-Holstein**

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

---

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

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

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

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

Windenergieanlagen im Raum bei größeren Abständen zu gewährleisten<sup>72</sup>. Darüber hinaus ist vorgesehen, dass für alle übrigen Windenergiestandorte „zusätzlich zu den bestehenden Mindestabständen ein neues Kriterium für die Genehmigung verankert“<sup>73</sup> wird. Hier soll der Abstand bei Siedlungen die fünffache Anlagenhöhe bzw. 1.000 m, im Außenbereich die dreifache Anlagenhöhe bzw. 600 m betragen. Dabei ist unklar, ob dies eine dynamische Abstandsvorgabe in Abhängigkeit von der Anlagenhöhe (3 bzw. 5 H) oder eine pauschale Abstandsvorgabe (600 bzw. 1.000 m) sein soll.

Diese Abstände gehen zum Teil über die schon heute bundesrechtlich vorgesehenen Abstände zum Schutz der betroffenen Bevölkerung nicht unerheblich hinaus. Gleichzeitig erfolgt in Schleswig-Holstein aber auch ein deutliches Bekenntnis für eine Fortsetzung des Ausbaus der Windenergie, wenn auch betont wird, dass dieser künftig mit Augenmaß betrieben werden solle<sup>74</sup>. Für den weiteren Ausbau wird zudem ein Flächenbedarf von 2 Prozent des Landesgebietes veranschlagt und anerkannt<sup>75</sup>. Bereits dies lässt erkennen, dass die Koalition in Schleswig-Holstein eine Regelung innerhalb der ihr durch das Gebot der Substantialität der Raumverschaffung gezogenen Grenzen anstreben dürfte.

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

---

<sup>72</sup> Koalitionsvertrag S-H, S. 57 f.

<sup>73</sup> Koalitionsvertrag S-H, S. 58.

<sup>74</sup> Koalitionsvertrag S-H, 57.

<sup>75</sup> Koalitionsvertrag S-H, S. 57.

## **II. Austesten rechtlicher Grenzen in Nordrhein-Westfalen**

Die Koalitionsvereinbarungen in Nordrhein-Westfalen zwischen CDU und FDP gehen bei der Beschränkung des künftigen Windenergieausbaus deutlich weiter. Danach sollen zur Bewahrung der Akzeptanz der „Nutzung der Windenergieanlagen“ und zur Sicherstellung eines angemessenen Anwohner-, Landschafts- und Naturschutzes für Neuanlagen möglichst Abstände von 1.500 m zu reinen und allgemeinen Wohngebieten einzuhalten sein<sup>76</sup>. Neben der Absicht, solcherlei Abstände landesrechtlich umzusetzen, soll zudem auf Bundesebene die vollständige Abschaffung der Privilegierung von Windenergieanlagen verfolgt werden<sup>77</sup>. Dies könnte nicht zuletzt auch den rechtlichen Schwierigkeiten für die Verwirklichung des vereinbarten Mindestabstands geschuldet sein, solange insbesondere das Gebot der Substantialität der Raumverschaffung die landesrechtlichen Regelungsspielräume beschränkt. Hieraus dürfte auch die zurückhaltende Formulierung der im Übrigen aber klar erkennbaren Absicht der neuen Regierungskoalition resultieren, die nicht ausdrücklich die Umsetzung des 1.500 m-Abstandes ankündigt, sondern lediglich ausdrückt, dass sie diesen für „rechtssicher umsetzbar“ hält und in einem weiteren Satz nachschiebt, dass der rechtliche Rahmen voll ausgeschöpft werden solle.

Stellt sich mithin während der durchzuführenden Planungsprozesse heraus, dass der Windenergie bei dem geplanten Abstand – zumal auch die Privilegierung der Windenergie an Waldstandorten im Landesentwicklungsplan aufgehoben werden soll<sup>78</sup> und damit weitere Flächen wegfallen – nicht mehr hinreichend Raum gewährt würde, so könnten im Einklang mit der Ankündigung in der Koalitionsvereinbarung die Abstände auf das rechtlich mögliche Maß zu reduzieren sein, um dem Verdikt der unzulässigen Verhinderungsplanung zu entgehen. Neben dieser relativierenden Formulierung, die durchaus noch Räume für die Flexibilisierung der bisher nur umrissenen Regelungen lässt, ist auch die Beschränkung der geplanten Abstandsregelung auf reine und allgemeine Wohngebiete zu beachten. Der darin enthaltene Verweis auf die Baugebietstypik der Baunutzungsverordnung klammert etwa die gerade in der kleinteiligen ländlichen Siedlungsstruktur weit verbreiteten Dorf- und Mischgebiete und erst recht Gewerbe- und Industriegebiete von der Abstandsregelung aus. Blicke es dabei, würde die angekündigte Regelung in Abhängigkeit von der vorfindlichen Siedlungsstruktur in Nordrhein-Westfalen möglicherweise einen geringeren Anwendungsbereich besitzen, als es auf den ersten Blick scheint.

---

<sup>76</sup> Koalitionsvertrag NRW, S. 41 f.

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

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

## **E. Fazit**

Dass sowohl die Vereinbarungen in Nordrhein-Westfalen als auch in Schleswig-Holstein hinsichtlich der Vergrößerung der Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten einen erheblichen Wegfall an Flächen für den Ausbau der Windenergie zur Folge haben können, ist offensichtlich. Erste Schätzungen gehen für Nordrhein-Westfalen bei Realisierung der politischen Ankündigungen von einer Verminderung der für die Windenergie nutzbaren Flächen um bis zu 80 Prozent aus<sup>79</sup>. Was dies bedeutet, kann an der aktuellen Situation in Bayern ermessen werden. Nach jüngsten Zahlen ist hier nach Einführung der „10 H-Regelung“ bereits ein erheblicher Einbruch der Genehmigungsanträge für Neuanlagen zu verzeichnen<sup>80</sup>. Eine solche Entwicklung könnte auch das Erreichen der Klimaschutzziele Deutschlands weiter erschweren, würde jedenfalls aber die Wettbewerbssituation in den bundesweit einheitlichen Ausschreibungen im EEG 2017 deutlich verändern.

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

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

---

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

<sup>80</sup> Hierzu bereits oben, Fn. 35.

was der Bevölkerung zu Zwecken des Klimaschutzes zugemutet werden soll, so ist die Entscheidung auf Landesebene doch gleichwohl weitgehend bundesrechtlich determiniert. Zudem sind die Entscheidungen nicht nur vor dem Hintergrund des Pariser Klimaschutzabkommens kritisch zu betrachten. Auch die Zweckmäßigkeit pauschaler Abstände zur Erhaltung der Akzeptanz der Windenergienutzung ist nicht ohne Zweifel. Erkenntnisse der Umweltpsychologie zeigen, dass pauschale Abstände zur Erhöhung von Akzeptanz nicht besser geeignet sind als andere Maßnahmen, denn es ist keine Korrelation zwischen Akzeptanz und Abständen empirisch messbar<sup>81</sup>. Die vorliegende Darstellung hat die originär rechtlichen Spielräume der Länder und die bundesrechtlichen Grenzen der Ausweitung pauschaler Abstände zu Windenergieanlagen aufgezeigt.

---

<sup>81</sup> Vgl. *Hübner/Pohl*, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz? Ein umweltpsychologischer Studienvergleich, 2015, abrufbar unter [https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Akzeptanz/FA-Wind\\_Abstand-Akzeptanz\\_Broschuere\\_2015.pdf](https://www.fachagentur-windenergie.de/fileadmin/files/Akzeptanz/FA-Wind_Abstand-Akzeptanz_Broschuere_2015.pdf).