

**Rechtliche Stellungnahme
zur Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie und
Landesplanung des Landtags Nordrhein-Westfalen
am 13. Dezember 2017**

**zum Antrag der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP „Windenergieaus-
bau in Nordrhein-Westfalen wieder in geordnete Bahnen lenken – Akzeptanz
für die Windenergie sichern“
(Drucksache 17/526 vom 05.09.2017)**

verfasst von

Thorsten Müller

Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

Frank Sailer

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME
17/189**

A18

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail mueller@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Würzburg, 11.12.2017

Inhaltsverzeichnis

A. Hintergrund	2
B. Stellungnahme aus rechtswissenschaftlicher Sicht.....	2
I. Rechtliche Grenzen für Abstandsvorgaben.....	2
1. Bundesrechtliche Vorgaben für landesrechtliche Abstandsregelungen.....	3
2. Spielräume der Länder und deren Grenzen	4
3. Alternative Möglichkeiten der Akzeptanzförderung	4
II. Verpflichtung zur bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung: Herausforderungen und Gesetzgebungskompetenz	5
III. Ermöglichung von Repowering	5
IV. Änderung des Windenergie-Erlasses NRW	6
1. Steuerung und Grenzen der Steuerung des Windenergieausbaus durch den Windenergie-Erlass NRW	6
2. Bewertung des Änderungsentwurfes.....	6
V. Änderung des Landesentwicklungsplans NRW	7
1. Aufhebung der Verpflichtung zur Ausweisung von Windvorrangzonen	7
2. Aufhebung der Privilegierung der Windenergienutzung im Wald.....	7
3. Berücksichtigung des Bürgerwillens zur Stärkung der kommunalen Ebene?.....	8
VI. Abschaffung der baurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen	8

A. Hintergrund

Der Bund hat sich im Interesse des Klima- und Umweltschutzes und einer nachhaltigen Entwicklung der Energieversorgung das Ziel gesetzt, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch auf mindestens 80 Prozent bis zum Jahr 2050 zu erhöhen. Für den Ausbau der Windenergie an Land sieht der Bundesgesetzgeber im EEG deshalb einen jährlichen Brutto-Zubau von 2.800 MW bis 2019 und 2.900 MW ab 2020 vor (§ 4 Nr. 1 EEG 2017). In Nordrhein-Westfalen hat vor diesem Hintergrund in den letzten Jahren ein deutlicher Zubau an Windenergieanlagen stattgefunden. Das Land hat sich zudem zu einem der wichtigsten Standorte gerade für Zulieferbetriebe der Windindustrie in Deutschland entwickelt.

Die neue Koalition aus CDU und FDP sieht gerade aufgrund des jüngsten Zubaus an Windenergieanlagen erhebliche Akzeptanzprobleme in der Bevölkerung. Bereits in ihrem Koalitionsvertrag haben die Regierungsparteien deshalb zahlreiche Maßnahmen angekündigt und nun in einem Antrag vom 05.09.2017¹ im Landtag konkretisiert, mit denen das Ziel verfolgt werden sollte, die Akzeptanz für den weiteren Ausbau sicherzustellen und den Ausbau unter Berücksichtigung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz für alle Beteiligte „wieder in geordnete Bahnen zu lenken“. Zu den im vorgenannten Antrag genannten Maßnahmen soll aus rechtswissenschaftlicher Sicht im Folgenden Stellung genommen werden.

B. Stellungnahme aus rechtswissenschaftlicher Sicht

Die hier aus rechtswissenschaftlicher Sicht vorgenommene Stellungnahme zu den durch die Regierungsfractionen angekündigten Maßnahmen gliedert sich dergestalt, dass zunächst die für sich stehenden inhaltlichen Maßnahmen eingeordnet werden (I.-III.). Dem nachfolgend werden auch diejenigen Maßnahmen näher betrachtet, die stärker instrumentell unterlegt wurden (IV.-VI). Verweise in den Fußnoten beziehen sich auf ergänzende Erläuterungen, die als Anhang zur Stellungnahme mit übersandt werden.

I. Rechtliche Grenzen für Abstandsvorgaben

Die Regierungsfractionen wollen laut ihrem Antrag erreichen, dass Neuanlagen in Zukunft mindestens einen Abstand von 1.500 Meter zu reinen und allgemeinen Wohngebieten einhalten

¹ Landtags-Drs. 17/526 vom 05.09.2017.

müssen. Eine rechtssichere Umsetzung dessen lässt sich mit den bundesrechtlichen Vorgaben aber wohl nicht vereinbaren.

1. Bundesrechtliche Vorgaben für landesrechtliche Abstandsregelungen

Das Bundesrecht setzt mit der bauplanungsrechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, dem hieraus für Konzentrationszonenplanungen abgeleiteten Substanzgebot und dem allgemeinen Abwägungsgebot Eckpunkte und Grenzen, die durch landesrechtlich vorgesehene pauschale Abstände zwischen bestimmten Siedlungsgebieten und Windenergieanlagen nicht unterlaufen werden dürfen².

Die Außenbereichsprivilegierung von Windenergieanlagen bewirkt zunächst für sich genommen, dass Windenergieanlagen grundsätzlich auch dann im Außenbereich zulässig sind, wenn keine windenergiespezifische Planung durch Kommunen oder Träger der Raumordnung stattgefunden hat, es sei denn, am konkreten Standort steht der Realisierung des Vorhabens eine der von § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB erfassten öffentlichen Interessen entgegen.

Als Gegengewicht zur allgemeinen Privilegierung von Windenergievorhaben hat der Bundesgesetzgeber jedoch den sog. Planvorbehalt nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB geschaffen. Hierüber ist es den Planungsträgern, insbesondere den Regionalplanungsträgern und Kommunen, mittels Konzentrationszonenplanungen möglich, Windenergieanlagen auf bestimmte Flächen im Plangebiet zu konzentrieren und dabei auch 98 Prozent und mehr des Plangebietes von Anlagen frei zu halten. Dass solche Planungen in den letzten Jahren in vielen Fällen nicht zur bezweckten Steuerung geführt haben, lag und liegt an der Fehleranfälligkeit solcher Pläne. Hintergrund ist dabei vor allem eine erst sukzessive entwickelte Judikatur, in der die für solche Planungen geltenden Anforderungen durch die Rechtsprechung konkretisiert wurde, sowie der hohe Anreiz für Betroffene, diese Pläne zu beklagen.

Bei Vornahme der Konzentrationszonenplanung selbst, aber auch bei der Festsetzung von Abstandsvorgaben durch die Landesplanung muss sowohl das allgemeine Abwägungsgebot beachtet werden, um im Einzelnen die Beschränkung von Eigentumsnutzungen durch die Planung zu rechtfertigen. Im Ergebnis muss zudem sichergestellt sein, dass der Windenergie weiterhin ein hinreichender, d. h. „substanzieller Raum“ verschafft wird, welcher dem Gewicht gerecht werden muss, das der Bundesgesetzgeber der Windenergienutzung durch deren Privilegierung eingeräumt hat.

Der bundesrechtliche Rahmen ist dabei von den Bundesländern unabhängig davon zu beachten, ob die angedachten Vorschläge mittels landesgesetzlicher Änderungen, speziell der Änderung

² Anhang, B. I. 1. a. und b., S. 6 ff.

des Landesentwicklungsplans oder der Änderung des Windenergie-Erlasses NRW umgesetzt werden.

2. Spielräume der Länder und deren Grenzen

Im Rahmen bundesrechtlicher Vorgaben eröffnen sich der Landesplanung durchaus gewisse Spielräume, pauschale Abstände auch unter dem Gesichtspunkt der raumordnerischen Vorsorge mit Blick auf die zunehmende Höhe von Windenergieanlagen und die Entwicklungsvorstellungen von Gemeinden vorzusehen³. Sie ist mithin nicht darauf beschränkt, den ordnungsrechtlich durch Bundesimmissionsschutzgesetz sowie Bauordnungs- und Bauplanungsrecht ohnehin vorgesehene Schutz, etwa vor den Lärmauswirkungen moderner Windenergieanlagen oder einer möglichen optisch-bedrängenden Wirkung, planerisch nachzuzeichnen.

Mit Blick auf die Zulässigkeit raumordnerischer Vorsorge und unter Berücksichtigung der Technologieentwicklung und den Entwicklungsinteressen der Kommunen hat die Rechtsprechung im Einzelfall auch Abstände von bis zu 1.000 Meter zu Siedlungsgebieten als zulässig betrachtet. Der im Antrag der Landtagsfraktionen der CDU und FDP vorgesehene Abstand von 1.500 Meter zu reinen und allgemeinen Wohngebieten lässt sich vor dem Hintergrund geltenden Bundesrechts aber vermutlich nicht rechtmäßig umsetzen. Ein solcher Abstand und die mit diesem verbundenen Eigentumsbeschränkungen lassen sich auch unter Vorsorgegesichtspunkten nicht mehr zum Schutz eines öffentlichen oder privaten Gutes begründen. Der mit der Abstands Vorgabe verbundene Ausschluss großer Flächen ließe es – auch vor dem Hintergrund der für Windenergie im Wald geplanten Beschränkungen – zudem nicht mehr zu, dass der Windenergie im Ergebnis noch in substantieller Weise Raum verschafft würde.

Ein so groß gefasster Siedlungsabstand dürfte zudem die Suchräume für sinnvolle, möglichst konfliktarme Flächen für die Windenergie derart einschränken, sodass deren Umsetzung fast zwangsläufig mit Gütern des Arten- und Landschaftsschutzes sowie auch dem Waldschutz in Konflikt gerät. Der Spielraum der Kommunen würde hierdurch nicht vergrößert, sondern pauschal stark verengt werden. Das Entwicklungsinteresse von Kommunen, Windenergiestandorte auf ihrem Gebiet zu entwickeln, würde dadurch vernachlässigt.

3. Alternative Möglichkeiten der Akzeptanzförderung

Es wird angeregt, entsprechend den Diskussionen in anderen Bundesländern, zur Steigerung der Akzeptanz von Windenergievorhaben und des Ausbaus der Windenergie insgesamt entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, um einerseits eine frühzeitige Einbindung der Öffentlichkeit in

³ Anhang, B. I. 1. c., S. 8 ff.

Planungs- und Genehmigungsverfahren sowie eine Teilhabe an den Gewinnen der Energiewende zu erreichen.

II. Verpflichtung zur bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung: Herausforderungen und Gesetzgebungskompetenz

Die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung (BNK)⁴ soll die Akzeptanz für die Windenergie fördern. Bislang gibt es jedoch nur wenige zertifizierte Systeme, die damit verbundenen Kosten sind sehr hoch und es ist zudem unklar, ob die erforderlichen Radar-Frequenzen bzw. Bänder frei sind und auch genutzt werden können. Eine flächendeckende Umsetzung steht daher noch vor großen Herausforderungen, die für eine freiwillige Maßnahme und gegen eine Verpflichtung sprechen könnten. Da eine Verpflichtung zur BNK – anders als eine freiwillige Option – zudem ein Grundrechtseingriff darstellt, ist insbesondere auch bei der Verpflichtung von Bestandsanlagen auf die Wahrung der Verhältnismäßigkeit sowie auch möglicher Bestandsschutzinteressen zu achten.

Bei einer verpflichtenden Anordnung auf Landesebene stellt sich außerdem die Frage, ob den Bundesländern hierfür überhaupt die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Die (Nacht-)Kennzeichnung ist eine in § 16a LuftVG erwähnte Maßnahme „zur Sicherheit des Luftverkehrs“ und basiert damit auf der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Luftverkehr (Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG). Die zurzeit noch freiwillige Option einer BNK findet sich in der auf dem LuftVG basierenden Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen (AVV) des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung. Es spricht daher vieles dafür, dass auch die BNK als Modalität der Kennzeichnungspflicht in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes fällt und damit den Ländern als Regelungsobjekt entzogen ist.

III. Ermöglichung von Repowering

Das Repowering⁵ lässt sich durch den Abbau rechtlicher Hemmnisse fördern, insbesondere durch gezielte planerische Ausweisungen und die Verknüpfung des Abbaus von Altanlagen mit der Zulässigkeit der Repoweringanlagen. Ob solche Angebotsplanungen letztlich auch durch Vorhabenträger angenommen werden, hängt aber maßgeblich von anderen als planungs- und genehmigungsrechtlichen Umständen, insbesondere den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Repoweringvorhaben und damit von der zukünftigen Wirkung der Ausschreibungen im EEG ab.

⁴ Anhang, B. II., S. 15 ff.

⁵ Anhang, B. III., S. 18 ff.

IV. Änderung des Windenergie-Erlasses NRW

Die Änderung des Windenergie-Erlasses NRW⁶ stellt nach der Vorstellung der Regierungskoalition einen ersten Schritt bei der Umsetzung der angekündigten Maßnahmen dar. Aus rechtlicher Sicht sind die Möglichkeiten einer Einflussnahme auf den Windenergieausbau gerade gegenüber den Planungsträgern jedoch begrenzt.

1. Steuerung und Grenzen der Steuerung des Windenergieausbaus durch den Windenergie-Erlass NRW

Der Windenergie-Erlass NRW stellt Verwaltungsbinnenrecht dar. Rechtliche Bindungswirkung kann er danach nur gegenüber den nachgeordneten (Genehmigungs-)Behörden des Erlassgebers entfalten. Aufgrund der landesgesetzlich vorgesehenen (fachlichen) Weisungsunabhängigkeit sowohl der kommunalen als auch der regionalen Planungsträger kann der Windenergie-Erlass NRW diesen gegenüber keine Rechtswirkungen entfalten. Vor diesem Hintergrund sollte die jeweilige Reichweite rechtlicher Bindungswirkung gerade für die Planungsträger als Adressaten des Erlasses klar erkennbar sein, um den Eindruck von Verbindlichkeit zu vermeiden, soweit diese tatsächlich nicht besteht. Andernfalls ist zu befürchten, dass Planungsträger den vermeintlich zwingenden Vorgaben folgen könnten und es so zu Abwägungsausfällen kommt, so dass die Planungen rechtswidrig sind. Dies hat die Rechtsprechung schon mehrfach entschieden.

2. Bewertung des Änderungsentwurfes

Die meisten bisherigen Änderungen im Windenergie-Erlass NRW sind jedenfalls bei einer ersten überschlägigen Betrachtung eher von geringerer Bedeutung für den Ausbau der Windenergie. Insbesondere wird auch der angekündigte Siedlungsabstand von 1.500 Meter lediglich anhand eines Beispiels illustriert, dieser aber nicht verbindlich vorgegeben.

Durchaus beträchtliche Konsequenzen könnten angesichts des hohen Deckungsgrads von Landschaftsschutzgebieten in Nordrhein-Westfalen allerdings von der ermessenslenkenden Anweisung ausgehen, bei Betroffenheit von Landschaftsschutzgebieten in bestimmten Konstellationen Landschaftspflege und Naturschutz höher zu gewichten als das mit dem Ausbau der Windenergie verfolgte Klimaschutzinteresse. Konzentrationszonenplanungen können hier in Zukunft möglicherweise nur noch in seltenen Fällen in die Befreiungslage hinein durchgeführt werden; nämlich dann, wenn die im Genehmigungsverfahren zuständige Fachbehörde von ihrem Ermessen im Einzelfall dergestalt Gebrauch macht, dass sie bereits im Planungsstadium ihre Bereitschaft zur Vornahme der späteren Befreiung erklärt.

⁶ Anhang, B. IV., S. 20 ff.

V. Änderung des Landesentwicklungsplans NRW

Nach dem Antrag soll die Landesregierung den Landesentwicklungsplan Nordrhein-Westfalen so ändern, dass die Kommunen gestärkt und die Verpflichtung zur Ausweisung von Windvorrangzonen und die Privilegierung der Windenergieerzeugung im Wald aufgehoben werden⁷. Auch bei der angelaufenen Änderung des Landesentwicklungsplans sind in vollem Umfang die bundesrechtlichen Maßgaben zu beachten.

1. Aufhebung der Verpflichtung zur Ausweisung von Windvorrangzonen

Die durch die Regierungsfraktionen angeregte Abschaffung der Verpflichtung von Kommunen, Windvorrangzonen ausweisen zu müssen, kann nur dergestalt umgesetzt werden, dass die regionalen Planungsträger überhaupt auf die zielförmige Ausgestaltung von Windvorranggebieten verzichten. Formal würde die Handlungsfreiheit der Kommunen dadurch in der Tat gestärkt. Aufgrund der bundesrechtlichen Privilegierung von Windenergievorhaben im Außenbereich hätten die Kommunen jedoch nach wie vor ein gesteigertes Interesse an der Steuerung der Windenergie. Bei der Ausführung entsprechender Planungen wären die Kommunen dabei ohne entsprechende bindende Vorgaben der Regionalplanung zudem stärker als bislang auf sich gestellt und könnten weniger als bislang auf die voraussichtlich nur noch eingeschränkt vorhandenen Vorarbeiten der Regionalplanung zurückgreifen.

2. Aufhebung der Privilegierung der Windenergienutzung im Wald

Der derzeit gültige LEP NRW 2017 sieht eine Inanspruchnahme der regionalplanerisch festgelegten Waldgebiete nur unter bestimmten engen Bedingungen für raumrelevante Vorhaben ausnahmsweise vor. Die Errichtung von Windenergieanlagen soll dabei aber bereits dann möglich sein, wenn wesentliche Funktionen des Waldes nicht erheblich beeinträchtigt werden (so die privilegiert mögliche Ausnahme des Z 7.3.-1) und nicht erst dann, wenn für ihre Errichtung ein Bedarf besteht, der nicht außerhalb des Waldes realisierbar ist und sich die Waldumwandlung auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt wird (so die allgemeinen restriktiven Anforderungen für eine Ausnahme nach Z 7.3.-1).

Eine Abschaffung der unter erleichterten Bedingungen möglichen Ausnahme für Windenergievorhaben im Wald führt dazu, dass diese nur noch wie alle anderen – nicht dem Klimaschutz dienenden – raumrelevanten Vorhaben unter engeren Ausnahmevoraussetzungen im Wald zulässig sind. Gleichwohl werden Planungsträger auch künftig die Waldflächen betrachten müssen, um der Windenergie noch hinreichend substanziell Raum verschaffen zu können, wenn sie die

⁷ Anhang, B. V., S. 26 ff.

Windenergie mittels Konzentrationszonenplanungen steuern wollen. Die Kombination aus der weitgehenden Sperrung von Waldflächen und zugleich hohen Siedlungsabständen dürfte es allerdings vielfach unmöglich machen, dem Substanzgebot zu genügen.

3. Berücksichtigung des Bürgerwillens zur Stärkung der kommunalen Ebene?

Eine weitere Stärkung der kommunalen Ebene über eine möglichst weitgehende Berücksichtigung des Bürgerwillens ist nur mittelbar und insoweit möglich, wie der Bürgerwille in raumordnerisch und städteplanerisch relevante Gesichtspunkte übersetzt werden kann (z. B. eine rechtlich unzulässige optisch bedrängende Wirkung). Allein die ablehnende Haltung Einzelner kann demgegenüber nicht die Einschränkung der grundrechtlich geschützten wirtschaftlichen Betätigung Dritter durch den Betrieb von Windenergieanlagen rechtfertigen.

VI. Abschaffung der baurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen

Die durch die Regierungsfractionen angeregte Abschaffung der bundesrechtlichen Privilegierung von Windenergievorhaben im Außenbereich gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB⁸ hätte eine Verlagerung der Entscheidung über die Fortsetzung des Windenergieausbaus im Interesse des Klimaschutzes auf die kommunale Ebene zur Folge. Sie würde es notwendig machen, dass zunächst Baurecht in jedem Einzelfall durch Bebauungspläne geschaffen werden müsste. Eine Konzentrationszonenplanung wäre bei Wegfall der Privilegierung – jedenfalls bei Fortbestand der bundesrechtlichen Konzeption im Übrigen – nicht länger möglich, aber auch nicht (mehr) nötig. Eine Zulassung einzelner Windenergieanlagen ohne einen Bebauungsplan über die planerisetzende Vorschrift des § 35 Abs. 2 BauGB wäre allenfalls in seltenen Ausnahmefällen möglich.

Mit dem Wegfall des Gebots der Windenergie substanziell Raum zu schaffen, das die Rechtsprechung zur Unterbindung einer bloßen Verhinderungs- und Feigenblattplanungen aus der Privilegierung von Windenergievorhaben ableitet, wäre es kaum noch möglich, Kommunen zu einer planerischen Ermöglichung einer Mindestzahl an Windenergiestandorten zu bringen. Mit der Verlagerung der planerischen Tätigkeit allein auf die kommunale Ebene würden zudem die Vorteile einer großräumigen Koordinierung des Windenergieausbaus – etwa für den Artenschutz und zur Erhaltung großräumiger Freiraumverbundsysteme – stark geschwächt werden.

Ob dies eine Steigerung der Akzeptanz für den Windenergieausbau zur Folge hätte, muss daher mehr als fraglich bezeichnet werden. Die Erfahrungen aus Bayern mit der dortigen 10 H-Regelung, die einer faktischen Abschaffung der Privilegierung der Windenergie weitestgehend gleich-

⁸ Anhang, B. VI., S. 30 ff.

kommt, zeigen, dass sich Kommunen mit der Schaffung von Baurecht für Windenergievorhaben schwer tun. In Bayern ist inzwischen die Zahl der Genehmigungsanträge für Windenergieanlagen vollständig eingebrochen⁹.

Um die Akzeptanz des Windenergieausbaus gerade auch auf kommunaler Ebene zu fördern, wird angeregt, das wichtige Steuerungsinstrument der Konzentrationszonenplanung zu stärken, um auf diesem Wege die kommunale Planungshoheit besser als bislang zu schützen und gleichzeitig nicht den weiteren Ausbau der Windenergie im Interesse des Klimaschutzes und auch nicht den Fortbestand der in Nordrhein-Westfalen wichtigen Zulieferindustrie für die Windbranche zu gefährden.

⁹ Zum Einbruch der Anträge für Windenergievorhaben in Bayern nach Einführung der 10 H-Regelung und damit faktischer Aufhebung der Privilegierung für Windenergie im Außenbereich siehe Drs. Bayerischer Landtag 17/17156 vom 06.10.2017.

Anhang
zur rechtlichen Stellungnahme
zur Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie und
Landesplanung des Landtags Nordrhein-Westfalen
am 13. Dezember 2017

**zum Antrag der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP „Windenergieaus-
bau in Nordrhein-Westfalen wieder in geordnete Bahnen lenken – Akzeptanz
für die Windenergie sichern“
(Drucksache 17/526 vom 05.09.2017)**

verfasst von

Thorsten Müller

Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

Frank Sailer

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail mueller@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Würzburg, 11.12.2017

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	3
B. Rechtliche Bewertung/Diskussion	4
I. Rechtliche Grenzen für Abstandsvorgaben.....	5
1. Bundesrechtliche Vorgaben für landesrechtliche Abstandsregelungen.....	6
a. Bestehende Schutz- und Abstandsvorgaben im genehmigungsrechtlichen Rahmen	6
b. Bundesplanungsrechtliche Vorgaben für Abstandsvorgaben im Landesrecht....	8
c. Spielräume der Länder und deren Grenzen.....	9
aa) Spielräume bei der Konzentrationszonenplanung.....	9
bb) Kein Durchgriff auf die Genehmigungsebene durch raumordnerische pauschale Abstandsvorgaben	13
cc) Zwischenfazit	13
2. Alternative Möglichkeiten der Akzeptanzförderung	14
a. Auch empirische Zweifel am Zusammenhang zwischen größeren Abständen und Akzeptanz	14
b. Öffentlichkeitsbeteiligung und finanzielle Teilhabe zur Akzeptanzsteigerung..	14
II. Verpflichtung zur bedarfsgerechten Befeuerung von Windenergieanlagen.....	15
1. Allgemeiner Hintergrund.....	15
2. Fehlende Gesetzgebungskompetenz der Länder.....	16
III. Ermöglichung von Repowering	18
1. Planungsrechtliche Erleichterungen	19
a. Ausweisung spezifischer Repoweringflächen	19
b. Abbau von Höhenbegrenzungen.....	20
2. Genehmigungsrechtliche Erleichterungen.....	20
3. Zwischenfazit.....	20
IV. Überarbeitung des Windenergie-Erlasses.....	21
1. Steuerung und Grenzen der Steuerung des Windenergieausbaus durch den Windenergie-Erlass NRW	21
2. Allgemeine Grenzen der Bindungswirkung eines Windenergieerlasses.....	22

a.	Rechtswirkungen gegenüber Genehmigungsbehörden	22
aa)	Allgemeine Bewertung des Windenergie-Erlass-Entwurfes NRW	23
bb)	Bedeutsame Änderung im Windenergie-Erlass-Entwurf zur Landschaftsplanung.....	23
b.	Begrenzte Rechtswirkungen gegenüber Planungsträgern.....	24
3.	Zwischenfazit.....	25
V.	Änderung des Landesentwicklungsplans	26
1.	Beachtung bundesrechtlicher Grenzen.....	26
2.	Nutzung landesrechtlicher Spielräume	27
a.	Aufhebung der Verpflichtung zur Ausweisung von Windvorrangzonen	27
aa)	Vorgaben Windgebietsplanungen im LEP 2017	27
bb)	Konsequenzen der Aufhebung der kommunalen Anpassungspflicht	27
b.	Aufhebung der Privilegierung der Windenergienutzung im Wald.....	28
aa)	Erleichterte Ausnahmemöglichkeit für Windenergienutzungen im Wald nach dem LEP 2017	28
bb)	Zulassungen von Windenergienutzungen im Wald unter noch engeren Voraussetzungen erhöht Planungsdruck auf hochwertigere Freiflächen.....	29
c.	Berücksichtigung des Bürgerwillens zur Stärkung der kommunalen Ebene nur bedingt möglich.....	30
VI.	Abschaffung der baurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen	31
1.	Konsequenzen einer Abschaffung der Privilegierung von Windenergievorhaben..	31
a.	Notwendigkeit zur einzelfallbezogenen Schaffung von „Baurecht“	31
b.	Wegfall des Gebots substanziell Raum zu schaffen	32
c.	Abhängigkeit allein von städtebaulichen Entwicklungsvorstellungen.....	32
d.	Wegfall der großräumigeren Konfliktlösungsmöglichkeit auf höheren Planungsebenen	33
e.	Weitgehender Ausbaustopp und Überforderung der kommunalen Ebene	33
2.	Alternative: Konzentrationszonenplanungen stärken	34
	Anhang 1: Liste weiterführender einschlägiger Veröffentlichungen der Stiftung Umweltenergierecht.....	36

A. Einleitung

Im Interesse des Klima- und Umweltschutzes und einer nachhaltigen Entwicklung der Energieversorgung soll auch zur Erfüllung internationaler Verpflichtungen der Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch auf mindestens 80 Prozent bis zum Jahr 2050 erhöht werden (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 EEG 2017). Eine tragende Säule in der Energiepolitik Deutschlands ist dabei der weitere Ausbau der Windenergie an Land als eine der kostengünstigsten Technologien¹. Bei der Onshore-Windenergie wird kurz- und mittelfristig das wirtschaftlichste Ausbaupotential im Bereich erneuerbarer Energien gesehen². Für die Windenergie an Land sieht das EEG einen jährlichen Brutto-Zubau von Windenergieanlagen mit einer installierten Leistung von 2.800 Megawatt in den Jahren 2017 bis 2019 und 2.900 Megawatt ab dem Jahr 2020 vor (§ 4 Nr. 1 EEG 2017). In Nordrhein-Westfalen wurde zuletzt eine erhebliche Zahl an neuen Windenergieanlagen zugebaut³. Durch die Umstellung der Förderung auf Ausschreibungsverfahren ist die Fortsetzung dieser Dynamik allerdings derzeit ungewiss. In Nordrhein-Westfalen sind derzeit etwa 18.500 Menschen in der Windindustrie samt ihren Zulieferbetrieben beschäftigt⁴. Damit nimmt das Land einen Spitzenplatz als Windindustriestandort in Deutschland ein⁵.

Für die Nutzung des Potenzials der Windenergie ist eine Vielzahl von Rechtsmaterien von Bedeutung, sei es das Raumordnungs- und Bauplanungsrecht, das Genehmigungsrecht oder das energierechtliche Förderrecht. Es handelt sich dabei um einen stark bundesrechtlich geprägten Rechtsrahmen, der den Ländern aber durchaus Handlungsspielräume belässt. Die neue Regierungskoalition in Nordrhein-Westfalen aus CDU und FDP hat bereits in ihrem Koalitionsvertrag⁶ angekündigt, den landesrechtlichen Spielraum nutzen und auf bundesrechtliche Änderungen des Rechtsrahmens für den Ausbau der Windenergie hinwirken zu wollen. Im Antrag in der

¹ Vgl. BT-Drs. 18/1304, S. 89: „Konzentration des weiteren Ausbaus auf die kostengünstigeren Technologien, d.h. insbesondere die Windenergie an Land und die Photovoltaik“; *BReg*, Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, Oktober 2011, S. 6 f., 9; *Schlesinger/Lindenberger/Lutz u. a.*, Energieszenarien für ein Energiekonzept der Bundesregierung, August 2010, S. 109 ff.

² Vgl. *BReg*, Energiekonzept (Fn. 1), S. 9; vgl. auch die Erläuterung zu 10.2-2 des derzeit gültigen LEP-NRW auf S. 106, wonach bislang auch in NRW die Windenergie als eine wesentliche Säule zur Erreichung der gesteckten Ziele im EE-Strombereich angesehen wird.

³ Siehe Deutsche Windguard, Status des Windenergieausbaus an Land in Deutschland, 1. Halbjahr 2017, S. 4, abrufbar unter www.windguard.de.

⁴ Siehe GWS Analyse: Beschäftigung in Deutschland durch Windenergie, März 2017, abrufbar auf der Homepage der Energieagentur NRW unter http://www.energieagentur.nrw/windenergie/ueberblick_windenergie.

⁵ Nordrhein-Westfalen ist nach Niedersachsen das Bundesland mit den deutschlandweit meisten Arbeitsplätzen im Windenergiebereich.

⁶ Vgl. Koalitionsvertrag für Nordrhein-Westfalen, 2017-2022 (im Folgenden: Koalitionsvertrag NRW), S. 41 f.

LT Drs. 17/526⁷ haben die Regierungsfractionen ihre Absichten u. a. dahingehend konkretisiert, dass sie die Landesregierung beauftragen wollen,

„den Windenergieausbau in Nordrhein-Westfalen wieder in geordnete Bahnen zu lenken, um die Akzeptanz in der Bevölkerung für die Windenergie zu sichern.

Dazu soll sie unter Berücksichtigung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz für alle Beteiligte:

- *in einem ersten Schritt den Windenergie-Erlass überarbeiten, damit die Handlungsspielräume des geltenden Bundes- wie Landesrechts größtmöglich und gleichzeitig rechtssicher für den angemessenen Anwohner-, Landschafts- und Naturschutz sowie den Schutz von Bestandsanlagen ausgeschöpft werden können;*
- *den Landesentwicklungsplan Nordrhein-Westfalen so ändern, dass die Kommunen gestärkt und die Verpflichtung zur Ausweisung von Windvorrangzonen und die Privilegierung der Windenergieerzeugung im Wald aufgehoben werden;*
- *die bedarfsgerechte Befuerung von Windenergieanlagen verpflichtend machen;*
- *Repowering ermöglichen, um bei steigender Gesamtleistung die Zahl neuer Anlagen zu beschränken und die Zahl von Altanlagen zu verringern und*
- *gegenüber dem Bund konsequent die Abschaffung der baurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen voranbringen.“*

B. Rechtliche Bewertung/Diskussion

Nach der ausdrücklichen Formulierung des Antrags der Landtagsfraktionen der CDU und FDP vom 05.09.2017 zielt dieser mittels Beschlussfassung darauf ab, die Landesregierung zu beauftragen, „den Windenergieausbau in Nordrhein-Westfalen wieder in geordnete Bahnen zu lenken, um die Akzeptanz in der Bevölkerung für die Windenergie zu sichern“. Der Antrag benennt für diesen Zweck verschiedene auf Landesebene umzusetzende allgemeine und teils auch konkrete inhaltliche Maßnahmen. In instrumenteller Hinsicht werden Änderungen des Windenergie-Erlasses Nordrhein-Westfalen und des Landesentwicklungsplans sowie die Abschaffung der bundesbaurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen gefordert.

⁷ Landtag Nordrhein-Westfalen, Drs. 17/526 der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP vom 05.09.2017 „Windenergieausbau in Nordrhein-Westfalen wieder in geordnete Bahnen lenken – Akzeptanz für die Windenergie sichern“.

Nachfolgend werden zunächst die konkret geforderten inhaltlichen Maßnahmen, wie die Forderung nach einem Abstand von 1.500 Meter zwischen reinen sowie allgemeinen Wohngebieten und neuen Windenergieanlagen (I.), die Verpflichtung zu bedarfsgerechter Befeuerung (II.) und die Ermöglichung von Repoweringvorhaben (III.) rechtswissenschaftlich eingeordnet und bewertet, bevor auch die stärker instrumentell unterlegten Forderungen näher beleuchtet werden (IV.-VI.).

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass sich die vorgeschlagenen Maßnahmen zur Sicherung der Akzeptanz des Windenergieausbaus durch seine Beschränkung wohl nicht – wie im Antrag der Landtagsfraktionen gefordert – rechtssicher umsetzen lassen. Von einem Bemühen um die Abschaffung der baurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen im Bundesrecht muss vor dem Hintergrund der in Bayern nach Einführung der 10 H-Regelung zu beobachtenden Erfahrungen abgeraten werden, da dies voraussichtlich auch in Nordrhein-Westfalen nicht zu dem von den Regierungsfractionen geforderten „fairen Ausgleich zwischen den Interessen aller Beteiligten“, sondern zu einer erheblichen Verringerung wenn nicht sogar einseitigen Beendigung des Windenergieausbaus führen würde. Es wird angeregt, Anstrengungen zu unternehmen, die Akzeptanz für den Ausbau der Windenergie über zielgerichtete Maßnahmen zu steigern, z. B. die frühzeitigere Einbindung der Öffentlichkeit in Planungs- und Genehmigungsverfahren, Möglichkeiten der finanziellen Teilhabe der Öffentlichkeit an den Gewinnen der Energiewende sowie eine Stärkung der Konzentrationszonenplanungen.

I. Rechtliche Grenzen für Abstandsvorgaben

Die Regierungsfractionen wollen laut ihrem Antrag erreichen, dass Neuanlagen in Zukunft mindestens einen Abstand von 1.500 m zu reinen und allgemeinen Wohngebieten einhalten müssen. Eine solche Abstandsvorgabe würde wohl nicht nur verhindern, dass der Windenergie in Nordrhein-Westfalen – entgegen der bundesrechtlichen Vorgabe – insgesamt in substantieller Weise Raum verschafft werden könnte. Fraglich wäre zudem auch, ob sich eine solche pauschale Vorgabe überhaupt unter Vorsorgegesichtspunkten rechtfertigen ließe und dem rechtsstaatlichen Abwägungsgebot Stand hielte. Die jedenfalls gegebene Verletzung des Substanzgebotes, d. h. der Verstoß gegen bundesrechtliche Vorgaben, läge unabhängig davon vor, durch welches landesrechtliche Instrument die Umsetzung der Abstandsvorgabe erfolgte⁸.

⁸ Ausführlicher hierzu bereits *Wegner*, Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 28 vom 14. Juli 2017, S. 7; *Fielenbach*, Windenergie im Koalitionsvertrag für Nordrhein-Westfalen 2017 bis 2022 – droht einer Flaute?, jurisPR-UmwR 6/2017 Anm. 1; *Grigoleit*, Möglichkeiten und Grenzen der einschränkenden Steuerung des Windenergieausbaus mit den Mitteln der Landespolitik, Rechtsgutachten im Auftrag des Landesverbands Erneuerbare Energien NRW (LEE NRW), September 2017.

1. Bundesrechtliche Vorgaben für landesrechtliche Abstandsregelungen

Bundesrechtliche Vorgaben über die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im planerischen Außenbereich setzen Länderregelungen zu pauschalen Abständen 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 Landesplanungsgesetz oder der Landesbauordnung,
- im Rahmen der Vorgaben des Landesentwicklungsplans⁹ zur Flächenbereitstellung für Windenergieanlagen für die nachgelagerte Regional- und Flächennutzungsplanung oder
- im Wege von Verwaltungsvorschriften wie Windenergieerlassen¹⁰ 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 setzen¹¹.

Danach ist es dem nordrhein-westfälischen Gesetzgeber schon aus kompetenziellen Gründen verwehrt, über landesrechtliche Regelungen eine Verschärfung der bundesrechtlich vorgesehenen immissions-, bauordnungs- und bauplanungsrechtlich vorgesehenen Schutzstandards, die ihrerseits die Einhaltung von Schutzabständen bedingen, zu verschärfen und damit das Regelungskonzept des Bundes zu unterlaufen¹².

a. Bestehende Schutz- und Abstandsvorgaben im genehmigungsrechtlichen Rahmen

Zentrale bundesplanungsrechtliche Regelung ist die Privilegierung von Windenergieanlagen im planerischen Außenbereich gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB¹³. Die Regelung bewirkt, dass Windenergieanlagen auch dann im Außenbereich bauplanungsrechtlich grundsätzlich zulässig sind und damit im Falle des Vorliegens aller sonstigen Voraussetzungen genehmigt werden müssen,

⁹ Im derzeit gültigen Landesentwicklungsplan NRW 2017 befinden sich die maßgeblichen Vorgaben in den Zielen 10.2.-1 bis 10.2-5.

¹⁰ Der Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergie-Erlass) von 2015 befindet sich derzeit im Änderungsverfahren. Für die Zwecke der hier vorgenommenen Untersuchung wurde der Stand der Fassung im Anhang zur Kabinettsvorlage vom August 2017 zugrunde gelegt.

¹¹ 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.

¹² Zur Rolle des Grundsatzes bundesfreundlicher Kompetenzausübung in diesem Zusammenhang siehe *Grigoleit*, Fn. 8, S. 27 f.

¹³ Ausführlich zu deren Bedeutung *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, *Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien*, 2016, S. 41 ff.

wenn eine individuelle windenergiebezogene Planung von Gemeinden oder Trägern der Raumordnung für das betroffene Gebiet bzw. die betroffenen Flächen nicht vorgenommen wurde¹⁴. Hintergrund ist, dass die Windenergie nur außerhalb geschlossener Siedlungsbereiche umgesetzt werden kann und daher auf dortige Standorte angewiesen ist¹⁵. Fehlt es an einer solchen Planung, findet die Koordination der Raumnutzungsansprüche allein im einzelfallbezogenen Genehmigungsverfahren über das in § 35 BauGB angelegte planersetzende Steuerungsprogramm statt (siehe sogleich)¹⁶.

Auch der stark bundesrechtlich geprägte Rechtsrahmen für die Genehmigung von Windenergienutzungen kennt allerdings zahlreiche Vorgaben zum Rechtsgüterschutz, welche die Einhaltung von Abständen von Windenergieanlagen zu den jeweiligen Schutzgegenständen erfordern. Hierzu zählen etwa auch Verbotstatbestände des Arten-¹⁷ und Denkmalschutz-¹⁸ oder auch des Luftverkehrsrechts¹⁹. Formell über das Genehmigungsverfahren sichergestellt, erfolgt deren materieller Schutz rechtstechnisch teilweise unmittelbar über die einschlägigen Fachgesetze oder aber die planersetzende Regelung des § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB, die den Schutz verschiedener öffentlicher Interessen bei Bau und Betrieb baulicher Vorhaben gewährleisten soll. Schon heute bestehen zudem auch zahlreiche Vorgaben zum Schutz des Menschen und seiner Gesundheit in Form von Abständen zu Siedlungsgebieten und Splittersiedlungen im Außenbereich. Ein Abstand geringerer Größe wird etwa durch das bauordnungsrechtliche Abstandsflächenrecht, größere Abstände durch die immissionsschutzrechtlichen Lärmgrenzwerte und das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme in Form des Verbots einer optisch bedrängenden Wirkung notwendig. Es handelt sich hierbei nicht um pauschale statische Abstandsvorgaben. Die einzuhaltenen Abstände sind vielmehr schon auf Grundlage geltenden Rechts bspw. umso größer, je höher eine Anlage ist, um für Anlieger nicht eine optisch bedrängende Wirkung zu erzeugen. Auf diese Weise werden bei modernen Windenergieanlagen Mindestabstände von 500-600 Meter zwingend erforderlich. Bereits das bestehende Genehmigungsrecht enthält insoweit Mechanismen,

¹⁴ Insbesondere ist es deshalb nicht erforderlich, dass die Kommunen erst mithilfe von Bebauungsplänen die planerische Grundlage für Windenergieanlagen schaffen. Diese gleichwohl mögliche Variante der Steuerung von Windenergieanlagen stellt deshalb auch einen relativ seltenen Fall in der Praxis dar.

¹⁵ Zur Entstehungsgeschichte der Außenbereichsprivilegierung siehe den Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen, Städtebau vom 01.03.96, BT-Drs. 13/3936.

¹⁶ Vgl. *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien, 2016, S. 42 f.; *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 61.

¹⁷ 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.

¹⁸ Siehe ausführlich hierzu *Fülbier*, Windenergieanlagen und Denkmalschutzrecht, ZNER 2017, 89 ff.

¹⁹ 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 Windenergie recht, 2015, Kap. 3, Rn. 199 f.

mit deren Hilfe eine automatische und dynamische Reaktion auf veränderte Eigenschaften von Windenergieanlagen erfolgt²⁰.

b. Bundesplanungsrechtliche Vorgaben für Abstandsvorgaben im Landesrecht

Für eine möglichst optimale Nutzung des Raums wird die Koordinierung der verschiedenen miteinander konkurrierenden Raumnutzungsansprüche allerdings regelmäßig nicht erst im Zulassungsverfahren, sondern bereits vorgelagert über eine kaskadenförmig ablaufende räumliche Gesamtplanung von der landesweiten Raumordnung (Landesentwicklungsplanung) über die Regionalplanung bis hin zur zweistufigen kommunalen Bauleitplanung stattfinden.

Um sowohl der kommunalen als auch der Ebene der Raumordnung eine weitergehende Steuerungsmöglichkeit zu eröffnen als sie durch die planeretzende Regelung des § 35 Abs. 1, 3 S. 1 BauGB ohnehin erfolgt, hat der Bundesgesetzgeber in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB den sog. Planvorbehalt geschaffen²¹. Durch dessen Ausübung auf Flächennutzungsplanebene oder der Ebene der Regionalplanung kann die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im ganz überwiegenden Teil des Außenbereichs, d. h. in etwa 98 % des jeweiligen Plangebiets²², ausgeschlossen und auf bestimmte geeignete und möglichst konfliktarme Flächen konzentriert werden.

Vom Instrument des Planvorbehalts kann bislang auch in Nordrhein-Westfalen dergestalt Gebrauch gemacht werden, dass auf Ebene der Regionalplanung zunächst allein im positiven Sinne Vorranggebiete für die Windenergie ausgewiesen und damit gegen anderweitige, der Windenergienutzung entgegenstehende raumrelevante Nutzungen gesichert werden. Auf Ebene der kommunalen Flächennutzungsplanung sind diese zielförmig festgelegten Gebiete dann durch entsprechende Darstellungen zu übernehmen. Im Übrigen können die Kommunen entweder weitere Flächen für die Windenergie darstellen oder aber eine Ausschlusswirkung außerhalb der Vorranggebiete über den Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB vorsehen²³. Windenergieanlagen sind dort dann im Regelfall unzulässig. Dass dieses Instrument der Konzentrationsflächenplanung trotz seiner Ausübung in der Vergangenheit nicht immer die beabsichtigte Steuerungswirkung gezeigt hat, lag und liegt an der Fehleranfälligkeit solcher Pläne infolge der Verschärfung der für

²⁰ Vgl. schon *Wegner*, Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 28 vom 14.07.2017, S. 4 ff.

²¹ Zu dessen Bedeutung BVerwG 117, 287 (293) sowie *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien, 2016, S. 43 ff. Zu den Problemen bei dessen Ausübung siehe *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – Analyse aktueller Gerichtsentscheidungen, ZfBR 2016, 548 ff.

²² Dies lässt sich im Umkehrschluss aus den überprüften Konzentrationsplanungen folgern, bei denen die Gerichte eine Raumverschaffung für Windenergievorhaben auch dann als hinreichend substantiell billigten, soweit diese unterhalb von 2 % der Fläche des Planungsgebiets lag.

²³ Vgl. Ziel 10.2-2 LEP NRW 2017

solche Planungen geltenden Anforderungen durch die Rechtsprechung und dem hohen Anreiz für einzelne Vorhabenträger diese Pläne zu beklagen.

c. Spielräume der Länder und deren Grenzen

Bei der Ausübung der bundesrechtlich vorgesehenen Planungsinstrumente, namentlich des Planvorbehalts des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, stehen den Bundesländern aber nicht unerhebliche Spielräume zu – auch um pauschale Abstandsvorgaben umzusetzen. Ein pauschaler Abstand von 1.500 Meter zu reinen und allgemeinen Wohngebieten würde die vorhandenen Grenzen jedoch überschreiten. Ein direkter Durchgriff auf das Genehmigungsverfahren zur Durchsetzung pauschaler Abstandsvorgaben ohne deren vorhergehende planerische Umsetzung ist nicht möglich.

aa) Spielräume bei der Konzentrationszonenplanung

Soll in Nordrhein-Westfalen ein landesweit geltender Mindestabstand zwischen Windenergievorhaben und bestimmten Siedlungsgebieten eingeführt werden, kann dies durch landesplanerische Vorgaben für die Ausübung des Planvorbehalts nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB geschehen. Die Ausübung des Planvorbehalts ist nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB sowohl der Ebene der Flächennutzungsplanung als auch der Raumordnung eröffnet. Dies gibt der Ebene der Landesplanung die Möglichkeit, die Ausübung über textlich festgesetzte Zielvorgaben oder Grundsätze der Raumordnung zu steuern. Während Grundsätze der Raumordnung aber durch nachfolgende Planungsträger im Rahmen der Abwägung überwunden werden können, sind Ziele der Raumordnung bindend und einer Abwägung nicht zugänglich.

Will die Landesraumordnung im Landesentwicklungsplan²⁴ Abstandsvorgaben für die Ausübung der Konzentrationszonenplanung auf Regional- bzw. Flächennutzungsplanebene festlegen, so hat sie dabei nicht zuletzt die methodischen und inhaltlichen Vorgaben der Rechtsprechung an die Konzentrationsplanung auf Flächennutzungs- und Regionalplanungsebene zu beachten. Diese Anforderungen folgen insoweit bei einer Hochzonung der Planung auf die Landesebene. Unter anderem hat deshalb auch die Landesplanung zwischen sog. harten und weichen Tabukriterien zu unterscheiden. Harte Kriterien sind solche, aufgrund derer eine Windenergienutzung auf einer bestimmten Fläche bereits von Gesetzes wegen oder aus tatsächlichen Gründen von vornherein ausgeschlossen sind²⁵. Erstere Variante ist etwa dort erfüllt, wo rechtlich zwingende Verbotstatbestände auf diesen Flächen erfüllt würden (z. B. Überschreitung immissionsschutzrechtlich zwingender Lärmgrenzwerte, Vorliegen einer optisch bedrängenden Wirkung etc.). Sol-

²⁴ Zur Ungeeignetheit des Windenergie-Erlasses für entsprechende Festlegungen siehe unten unter B.IV.2.b.

²⁵ BVerwG, NVwZ 2013, 519 (520).

len jedoch Vorgaben für darüber hinausgehende Abstandsvorgaben (d. h. für einen Abstand größer 500-800 Meter²⁶) gemacht werden, so muss dies über die Festlegung sog. weicher Tabukriterien geschehen²⁷. Solche Kriterien werden dann bei der Ausführung der Konzentrationsplanung dazu verwandt, aus dem Kreis von Potenzialflächen (Gesamtfläche des Plangebietes abzüglich harter Tabuzonen) vor einer Einzelbetrachtung bereits diejenigen Flächen herauszufiltern, die aufgrund einer planerischen Abwägungsentscheidung nicht für Windenergienutzungen ausgewiesen werden sollen. Schon bei der Festlegung der entsprechenden weichen Tabukriterien handelt es sich um eine Abwägungsentscheidung²⁸.

Bei der hier vorzunehmenden Abwägungsentscheidung ist daher das Interesse an der Freihaltung eines Gebiets von Windenergienutzungen mit dem Interesse an deren Realisierung abzuwägen. Bei dem vorzunehmenden Gewichtungsvorgang kommt dem Planungsträger eine gewisse planerische Freiheit zu, deren Ausübung nur eingeschränkt gerichtlich überprüft wird. Die Planungsträger sind hier nicht darauf beschränkt, lediglich zwingende Vorgaben etwa des Immissionschutzrechts planerisch nachzuvollziehen²⁹. Vielmehr dürfen sie auch bodenrechtlich relevante Vorsorgegesichtspunkte wie etwa künftig zunehmende Anlagenhöhen und damit etwa verbundene optische Beeinträchtigungen oder aber räumliche 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 muss³⁰.

Substantialität der Raumverschaffung als Grenze für landesrechtliche Abstandsvorgaben

Eine äußere Grenze für die Konzentrationszonenplanung ergibt sich aus dem von der Rechtsprechung entwickelten Gebot, der Windenergie – entsprechend der bundesrechtlichen Wertung in Form der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB – substanziell Raum zu verschaffen. Planungen, die hinter diesem Gebot der Mindestflächenbereitstellung zurückbleiben, sind als unzulässige Verhinderungs- oder Feigenblattplanung zu bewerten³¹.

Dass aber auch unter Geltung dieses Gebots durchaus erhebliche Abstandsgebote zu rechtfertigen sind, zeigt etwa eine Entscheidung des VGH Kassel zum Landesentwicklungsplan in Hessen³².

²⁶ Vgl. *Grigoleit*, S. 43.

²⁷ Hierzu siehe BVerwG, Urteil vom 11.04.2013 – 4 CN 2/12, juris Rn. 8.

²⁸ Siehe hierzu *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien, 2016, S. 47.

²⁹ 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.).

³⁰ VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 48 = ZNER 2015, 580 ff.

³¹ St. Rspr., BVerwGE 117, 287 (295).

³² Siehe die bereits angeführte Entscheidung des VGH Kassel vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N.

Darin billigte dieser die Festlegung eines Abstandes zu bestehenden und geplanten Siedlungsgebieten³³ von 1.000 Meter im Sinne eines weichen Tabukriteriums³⁴ als zielförmige Vorgabe für die durch die Regionalplanung vorzunehmende Konzentrationsplanung. Dies allerdings auch deshalb, weil zugleich im hessischen Landesentwicklungsplan als Grundsatz der Planung eine Ausweisung von Flächen in der Größenordnung von zwei 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 könnte³⁵.

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 beantworten³⁶. Dies gilt auch für Festlegungen auf Ebene der Landesplanung. Insofern 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 des gewählten Anknüpfungspunkts für den festgesetzten Abstand (z. B. soweit der Abstand auch zu gerade im ländlichen Bereich vielfach vorhandenen Dorfgebieten im Sinne der Baunutzungsverordnung einzuhalten ist) ggf. bereits ein Abstand von 1.000 Meter 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. Dabei kommt dem Verhältnis zwischen den ausgewiesenen Konzentrationsflächen zum Gesamtgebiet abzüglich der harten Tabuzonen wohl die größte Aussagekraft zu³⁷. Eine exakte numerische Grenzziehung erlaubt aber auch diese Technik nicht³⁸.

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ VGH Kassel, Urteil vom 23.09.2015 – 4 C 358/14.N, juris Rn. 50 f.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

Nach ersten Einschätzungen würde ein Abstand von 1.500 Meter zu reinen und allgemeinen Wohngebieten jedoch zu einem Wegfall der für die Windenergie grundsätzlich geeigneten Flächen in Nordrhein-Westfalen im Umfang von 80 Prozent führen³⁹. Schon deshalb wäre es wohl ausgeschlossen, dass der Windenergie im Übrigen noch in substantieller Weise Raum verschafft werden könnte. Berücksichtigt man zudem den Vorschlag der Regierungskoalition, auch die „Privilegierung“ der Windenergie im Wald⁴⁰ und damit auf denjenigen Flächen zu streichen, die bei großen Siedlungsabständen vor allem noch in Frage kommen würden, dürfte dem bundesrechtlichen Substanzgebot nicht mehr genügt werden können.

Das Abwägungsgebot als Grenze für Abstände

Über die äußere Grenze des Substanzgebotes hinaus müsste eine pauschale Abstandsvorgabe auf Landesplanungsebene auch die innere Grenze des Abwägungsgebots beachten. Auch diese ist bundesrechtlich, im Kern gar verfassungsrechtlich vorgegeben⁴¹. Da die Durchführung der Konzentrationszonenplanung auf Grundlage eines entsprechenden Abstandskriteriums zum Ausschluss weiter Flächen für die Windenergienutzung und damit zu entsprechenden Eigentumsbeschränkungen führen würde, sind schon an das Abstandskriterium selbst gewisse Anforderungen zu stellen. Es ist daher nur insoweit zulässig, wie der Abstand auch selbst einem Gut dienen soll, dessen Schutz das Interesse an der Windenergienutzung – zumal, wenn bereits eine Windnutzung stattgefunden hat und an deren Fortführung ein (Repowering-) Interesse besteht – überwiegt. Soweit das Abstandskriterium in der Form eines Ziels der Raumordnung vorgegeben werden soll, muss dieses zudem gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG abschließend abgewogen sein⁴².

Zur Rechtfertigung pauschaler Abstände kommen im Wesentlichen diejenigen Belange in Frage, die auch gem. § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB eine Versagung einzelner Vorhaben auf Genehmigungsebene tragen können, namentlich der Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen oder einer optisch bedrängenden Wirkung, der Schutz des Landschaftsbildes oder aber des Erholungswertes der Landschaft. Wie gezeigt sind Abstände zur Abwehr von Gefahren durch Umwelteinwirkungen von Windenergieanlagen, d.h. durch Lärmeinwirkungen oder Lichtreflexe und auch durch eine optisch bedrängende Wirkung, allenfalls in einer Größenordnung bis 800 Meter erforderlich. Darüber hinaus können pauschale Abstände allein unter dem Gesichtspunkt der raumordnerischen Vorsorge gerechtfertigt werden. Allerdings dürften sich auch unter Berücksichtigung eines „Technologieaufschlags“ und der künftigen Entwicklungsvorstellungen von Kommunen keine Abstände

³⁹ 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>, zuletzt abgerufen am 06.12.2017.

⁴⁰ Hierzu siehe unten unter B.V.2.b.

⁴¹ Zur verfassungsrechtlichen Fundierung des Abwägungsgebotes durch das Rechtsstaatsprinzip siehe nur *Söfker/Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 126 EL 2017, § 1 Rn. 179.

⁴² Siehe *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 3 Rn. 44 ff.

begründen lassen, die jedenfalls deutlich über 1.000 Meter hinausgehen⁴³. Der Schutz des Landschaftsbildes und auch des Erholungswertes der Landschaft ist seinerseits wiederum in hohem Grade kontextbezogen und bedarf der Betrachtung im Einzelfall. Ein pauschaler Abstand für das gesamte Land NRW kann auf dieser Grundlage hingegen wohl kaum gerechtfertigt werden⁴⁴.

bb) Kein Durchgriff auf die Genehmigungsebene durch raumordnerische pauschale Abstandsvorgaben

Daneben ist es zudem auch nicht möglich, eine pauschale Abstandsvorgabe in der Form eines Ziels der Raumordnung dergestalt festzusetzen, dass diese Vorgabe unmittelbar – d. h. ohne weitere planerische Umsetzung über den Planvorbehalt – geeignet ist, über die Raumordnungsklausel des § 35 Abs. 3 S. 2 HS. 1 BauGB einem privilegierten Windenergievorhaben entgegenzustehen⁴⁵.

Dies gilt schon deshalb, weil anderenfalls ohne Weiteres die durch die Rechtsprechung an eine wirksame Konzentrationszonenplanung gestellten Anforderungen unterlaufen werden könnten. Durch die zielförmige Formulierung einer Abstandsvorgabe könnte nämlich ein faktisches Ausschlussgebiet umschrieben werden, das dann über Genehmigungsverfahren im Einzelfall anstelle einer planerischen Festsetzung durchgesetzt würde. Eine solche Festsetzung würde auch selbst nicht den an Konzentrationsplanungen gestellten Anforderungen genügen können. Dafür fehlt es bereits an der positiven Wirkung eines solchen Ziels für die Sicherung von Flächen für die Windenergie. Nach der Rechtsprechung ist es für die Konzentrationsplanung nämlich gerade kennzeichnend, dass Ausschlusswirkung und Flächensicherung derart miteinander verknüpft sind, dass erstere nur dann gerechtfertigt ist, wenn letztere in ausreichendem Maße erfolgt. Dies aber würde eine bloße Festlegung eines Siedlungsabstandes nicht leisten.

cc) Zwischenfazit

Der Umsetzung eines Abstands von 1.500 m zwischen reinen und allgemeinen Wohngebieten steht sowohl das Gebot, der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen, entgegen als auch das rechtsstaatliche Abwägungsgebot da kein Gut ersichtlich ist, zu dessen auch vorsorgendem Schutz ein solcher Abstand pauschal erforderlich wäre. Die bundesrechtlichen Grenzen landesrechtlicher Spielräume gelten unabhängig davon, mit welchen Mitteln die Umsetzung einer Abstandsvorgabe erfolgen soll.

⁴³ So auch *Grigoleit*, Fn. 8, S. 51 und bereits *Wegner*, Abstände zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 28 vom 14.07.2017, S. 14.

⁴⁴ *Grigoleit*, Fn. 8, S. 46 ff.

⁴⁵ *Grigoleit*, Möglichkeiten und Grenzen der einschränkenden Steuerung des Windenergieausbaus mit den Mitteln der Landespolitik, Rechtsgutachten im Auftrag des Landesverbands Erneuerbare Energien NRW, September 2017, S. 38.

Ein so groß gefasster Siedlungsabstand würde zudem die Suchräume für sinnvolle, möglichst konfliktarme Flächen für die Windenergie derart einschränken, so dass deren Umsetzung fast zwangsläufig mit Gütern des Arten- und Landschaftsschutzes sowie auch dem Waldschutz in Konflikt gerät. Der Spielraum der Planungsträger und Kommunen würde hierdurch nicht vergrößert, sondern pauschal stark verengt werden. Das Entwicklungsinteresse von Kommunen, Windenergiestandorte auf ihrer Gemarkung zu entwickeln, würde dadurch vernachlässigt.

2. Alternative Möglichkeiten der Akzeptanzförderung

a. Auch empirische Zweifel am Zusammenhang zwischen größeren Abständen und Akzeptanz

Einer landesplanerischen Festsetzung pauschaler zielförmiger Abstandsvorgaben für die Durchführung der Konzentrationszonenplanung oder gar unmittelbar für die Genehmigungsebene stehen nicht nur rechtliche Gründe entgegen. Auch empirisch gibt es nach dem aktuellen Stand der Forschung starke Hinweise darauf, dass zwischen der Akzeptanz von Windenergieanlagen und der Größe von Abständen jedenfalls dann kein Zusammenhang besteht, wenn die Anlagen erst einmal stehen⁴⁶. Eine höhere Relevanz für die Akzeptanz attestiert die empirische Sozialforschung dagegen der möglichst frühzeitigen Einbindung betroffener Bürger in die Planungs- und Genehmigungsverfahren durch Möglichkeiten der Verfahrensbeeinflussung sowie der Gewährleistung von Möglichkeiten der finanziellen Teilhabe an den Gewinnen von Windenergievorhaben⁴⁷.

b. Öffentlichkeitsbeteiligung und finanzielle Teilhabe zur Akzeptanzsteigerung

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse werden deshalb derzeit in zahlreichen Bundesländern Überlegungen angestellt, insbesondere Instrumente zur Gewährleistung einer finanziellen Teilhabe zu schaffen. Vorreiter ist hier das Land Mecklenburg-Vorpommern mit dem dort geschaffenen Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz⁴⁸, das im Kern eine Pflicht der Vorhabenträger

⁴⁶ Siehe hierzu *Hübner/Pohl*, Mehr Abstand, mehr Akzeptanz? Ein Umweltpsychologischer Studienvergleich, FA-Wind, 2015.

⁴⁷ Insbesondere zu letzterem Aspekt siehe Siehe die Auswertung von vier Studien in: FA-Wind, Hübner/Pohl, Mehr Abstand- mehr Akzeptanz?, 2015, S. 20, Tabelle 3. Vgl. auch zuletzt *Ott/Keil*, Präferenzen der deutschen Bevölkerung zur Governance bei Windenergieanlagen an Land, ET 2017, Heft 9, 81 (84 f.), die einen Zusammenhang zwischen der selbst wahrgenommenen finanziellen Beteiligung und der Akzeptanz gegeben sehen. Vgl. zudem die Untersuchung des IKEM, *Ott/Rodi/Schäfer Stradowsky u.a.*, Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land, Oktober 2017, S. 6, wonach auch dort auf der Basis einer Metaanalyse davon ausgegangen wird, dass mithilfe finanzielle Teilhabe eine Reduzierung von Widerstand möglich ist. Kritisch dagegen zur Akzeptanzrelevanz einer finanziellen Teilhabe *Bovet/Lienhoop*, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei?, ZNER 2015, 227 (227).

⁴⁸ Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern, GVOBl. M-V 2016, S. 258.

statuiert, eine gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmöglichkeit bestimmter kaufberechtigter Bürger und Gemeinden oder alternativ ein Sparprodukt für Bürger bzw. eine Ausgleichsabgabe für Gemeinden zu gewährleisten. Zu nennen ist zudem das sog. Siegel „faire Windenergie“ wie es durch die Thega in Thüringen⁴⁹ vergeben wird, um über das öffentlichkeitswirksam vergebene Siegel und die diesem zugrundeliegende Siegelvereinbarung Standards guter Beteiligung und finanzieller Teilhabe durchzusetzen. Über die bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage des § 36g Abs. 7 EEG sind solche Maßnahmen kompetenziell inzwischen unproblematisch umsetzbar und könnten auch durch den Gesetzgeber in Nordrhein-Westfalen erwogen werden.

II. Verpflichtung zur bedarfsgerechten Befeuerung von Windenergieanlagen

Nach dem Antrag soll die Landesregierung die bedarfsgerechte Befeuerung von Windenergieanlagen verpflichtend machen.

1. Allgemeiner Hintergrund

Über eine bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung (BNK) von Windenergieanlagen soll die Akzeptanz gefördert werden⁵⁰. Allerdings gibt es derzeit nur wenige Anbieter von solchen Systemen, die durch die DFS Deutsche Flugsicherung zertifiziert wurden⁵¹. Daher konnten die Anbieter solcher Systeme bislang auch nur ganz wenige Einzel-Systeme installieren und entsprechende Erfahrungen sammeln. Die Kosten für solche Systeme sind außerdem noch sehr hoch. Erst bei großen Windparks dürften die Kosten pro kWh verhältnismäßig abnehmen. Vor diesem Hintergrund könnten z. B. für Mittelgebirgsregionen mit meist kleineren Windparks und großen Abständen zwischen den Windparks vermutlich starke Wettbewerbsnachteile entstehen, während sich Regionen im Flachland möglicherweise kostengünstiger steuern lassen. Letztlich stellt sich auch die Frage, ob überall in Deutschland die erforderlichen Radar-Frequenzen bzw. Bänder frei sind und auch genutzt werden können, was von der Bundesnetzagentur wohl bezweifelt wird. Ihr obliegt die Frequenzuteilung für Radare für die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen⁵².

Die Verpflichtung zu einer BNK stellt zudem ein Grundrechtseingriff – etwa in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG – dar und muss daher insbesondere verhältnismäßig sein. An dieser Stelle ist daher auch abzuwägen, ob der Zweck der Akzeptanzförderung die hohe Kostenbelastung des Anlagenbetreibers rechtfertigen kann. Aufgrund der Entfernung zu den Wohn- und Schlafräumen

⁴⁹ Thüringer Energie- und GreenTech-Agentur.

⁵⁰ Vgl. *Hübner/Pohl*, Akzeptanz und Umweltverträglichkeit der Hinderniskennzeichnung von Windenergieanlagen, Abschlussbericht, 30.04.2010.

⁵¹ Vgl. *FA Wind*, Bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen, Juni 2016, S. 9.

⁵² Siehe *BNetzA*, Verfügung 54/2017 aus dem Amtsblatt 12/2017.

von in der Regel über 800 Metern ist nach der Rechtsprechung jedenfalls aber weder von einer erheblichen Belästigung noch gar einer Gefahr einer Gesundheitsschädigung auszugehen⁵³, erst recht bei einer abgestimmten und synchronisierten Befeuerung⁵⁴. Bei der Verpflichtung von Bestandsanlagen wäre zusätzlich zu prüfen, ob und in welchem Umfang bei solchen nachträglichen Maßnahmen Bestandsschutzinteressen tangiert sein könnten.

2. Fehlende Gesetzgebungskompetenz der Länder

Für eine landesrechtliche Verpflichtung zur bedarfsgerechten Befeuerung müsste den Bundesländern die Gesetzgebungskompetenz zustehen. Dies erscheint insoweit fraglich als es sich hierbei um eine Sicherungsmaßnahme nach dem Luftverkehrsrecht handeln könnte, für die dem Bund nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zusteht.

Bislang ist die bedarfsgerechte Befeuerung nur als freiwillige Option geregelt und nur auf Bundesebene in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (AVV). Dort heißt es in Abschnitt 3 Nachtkennzeichnung unter 17.1:

Die Nachtkennzeichnung der Windenergieanlagen erfolgt durch Hindernisfeuer (Anhang 1), Hindernisfeuer ES (Anhang 1), Gefahrenfeuer, Blattspitzenhindernisfeuer (Anhang 2), Feuer W, rot (Anhang 3) oder Feuer W, rot ES (Anhang 3).

Und weiter in 17.4:

Der Einschaltvorgang erfolgt grundsätzlich über einen Dämmerungsschalter gemäß Nummer 8.1. Beim Einsatz des Feuer W, rot oder Feuer W, rot ES kann der Einschaltvorgang auf Antrag bedarfsgesteuert erfolgen, sofern die Vorgaben in Anhang 6 erfüllt werden. Für den Einsatz einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung ist die Zustimmung der zuständigen Luftfahrtbehörde erforderlich. Diese entscheidet aufgrund einer gutachtlichen Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation nach § 31b Absatz 1 Satz 1 LuftVG.

Die AVV erlaubt folglich eine bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung und enthält hierfür in Anlage 6 weitere luftverkehrsrechtliche Vorgaben. Sie basiert ihrerseits auf § 32 Abs. 6 Luftverkehrsgesetz (LuftVG) und dient gemäß Nr. 1.1. der Anwendung der § 12 Abs. 4 und der §§ 14 bis 17 LuftVG und damit dem Vollzug des Luftverkehrsgesetzes. Zwar wird die (Nacht-)Kennzeichnung im LuftVG nicht eigens geregelt. Sie kann jedoch von der Luftfahrtbehörde im Rahmen ihrer Zustimmung zur Baugenehmigung zur Wahrung der Sicherheit der Luftfahrt in Form einer Auflage

⁵³ Vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 13.07.2011 – 9 A 482/11.Z, juris Rn. 14.

⁵⁴ Vgl. OVG Saarlouis, Beschl. v. 04.05.2010 – 3 B 77/10, juris Rn. 44 ff.

zur Baugenehmigung gefordert werden (§ 12 Abs. 4 LuftVG). Dies gilt sowohl im Bauschutzbereich um einen Flughafen herum (§ 12 Abs. 4 LuftVG) als auch außerhalb dieses Bereiches bei Bauwerken ab einer Höhe von 100 Meter (§§ 14 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 4 LuftVG). Sind entsprechende Bauwerke bereits errichtet, kann eine Kennzeichnung als erforderliche Sicherungsmaßnahme im Wege eines Duldungsbescheides gefordert werden (§§ 16, 16a LuftVG). § 16a LuftVG nennt hierbei ausdrücklich die Kennzeichnung als Maßnahme „zur Sicherheit des Luftverkehrs“.

Der Bund hat für den Bereich des Luftverkehrs eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz (Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG) und hierauf gestützt das Luftverkehrsgesetz erlassen⁵⁵. Dies gilt insbesondere auch für die in § 16a LuftVG ausdrücklich genannte Kennzeichnung⁵⁶. Für eine Einordnung der BNK in diesen Kompetenzbereich könnte sprechen, dass dieser Kompetenztitel weit zu verstehen ist und nicht nur den reinen Luftverkehr, sondern das gesamte Luftfahrtwesen erfasst⁵⁷. Hierunter fällt daher der Luftverkehr als solches, die Bereitstellung der hierfür notwendigen Infrastruktur sowie die Abwehr der Gefahren, die entweder vom Luftverkehr ausgehen oder ihm spezifisch drohen⁵⁸. Lediglich die allgemeine Gefahrenabwehr soll nicht hierunter fallen⁵⁹. Zudem soll jedenfalls nicht ausgeschlossen sein, dass die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes die Beachtung von Belangen zulässt, welche durch das Landesrecht konkretisiert sind (z. B. Landschaftsschutz über § 6 Abs. 2 LuftVG)⁶⁰. Die (Nacht-)Kennzeichnung von Luftfahrtshindernissen stellt eine „erforderliche[n] Sicherungsmaßnahme[n] für die Luftfahrt“ dar (Kollisionsschutz)⁶¹ und ist daher ohne weiteres dem Kompetenztitel der Luftfahrt zuzuordnen. Für die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung dürfte nichts anderes gelten, da es sich letztlich nur um eine Modalität der Kennzeichnung handelt. Die Bedarfssteuerung ändert lediglich den Umfang der Kennzeichnung, nicht jedoch deren grundsätzliche Zweckrichtung. Auch beruht sie (weiterhin) maßgeblich auf luftverkehrssicherheitsrechtlichen Erwägungen. Dies zeigt nicht zuletzt auch Anhang 6 zur AVV, wonach hierfür eine Vielzahl luftverkehrssicherheitsrechtlicher Anforderungen zu erfüllen sind (z. B. Unabhängigkeit von der technischen Ausstattung der Luftfahrzeuge, Unzulässigkeit der Reduktion der Nennlichtstärke durch den Einsatz von Sichtweitenmessgeräten etc.). Eine andere Betrachtungsweise würde dazu führen, dass ein einheitlich zu beurteilender luftverkehrsrechtlicher Zusammenhang in unterschiedliche Kompetenzbereiche aufgespalten

⁵⁵ Wittreck, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 73 Rn. 45.

⁵⁶ BT-Drs. 8/3431, S. 10: „Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes beruht auf Artikel 73 Nr. 6 GG.“

⁵⁷ BVerwGE 95, 188, 190 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 73 Rn. 22.

⁵⁸ Wittreck, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 73 Rn. 45; Heintzen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 73 Rn. 57.

⁵⁹ Uhle, in: Maunz/Dürig, GG, 58. Lfg. 2010, Art. 73 Rn. 173.

⁶⁰ BVerwG, Beschl. v. 29.07.1986 – 4 B 73/86, juris Rn. 8 f.; Heintzen, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 73 Rn. 57.

⁶¹ BT-Drs. 8/3431, S. 11.

würde. Daher wird etwa auch der Schutz vor Fluglärm nicht dem Immissionsschutz, sondern dem Luftverkehrsrecht zugeordnet⁶².

Sofern daher auch die BNK dem Bereich des Luftverkehrs zuzuordnen ist, liegt eine ausschließliche Kompetenz des Bundes vor, so dass den Ländern mangels ausdrücklicher Ermächtigung keine Gesetzgebungskompetenz zusteht (Art. 71 GG). Auch käme es dann nicht auf die Frage einer abschließenden bundesrechtlichen Regelung an, da dies nur im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung eine Rolle spielt (Art. 72 Abs. 1 GG: „solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat“). Dies beträfe insbesondere auch den – in Mecklenburg-Vorpommern diskutierten – Kompetenztitel des Bodenrechts aus der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG). Die BNK ist keine Frage der zulässigen Bodennutzung im Rahmen der Flugsicherheit wie sie in § 18a LuftVG geregelt ist⁶³, sondern eine sicherheitstechnische Pflicht des Luftverkehrsrechts, die sich auf zulässigerweise errichtete Vorhaben bezieht⁶⁴.

III. Ermöglichung von Repowering

Nach dem Antrag soll die Landesregierung Repowering ermöglichen, um bei steigender Gesamtleistung die Zahl neuer Anlagen zu beschränken und die Zahl von Altanlagen zu verringern.

Seit der Streichung des sog. Repoweringbonus, wie er noch im EEG 2014 enthalten war, finden sich nur noch in den §§ 249 Abs. 1 und 2 BauGB Sonderregelungen, die das Repowering durch eine Verknüpfung der planungsrechtlichen Zulässigkeit von Neuanlagen mit dem Abbau von Altanlagen auf Bebauungsplan- und Flächennutzungsplanebene fördern sollen. Eine Definition von Repowering enthalten auch diese Vorschriften nicht.

Herkömmlich versteht man unter dem Repowering von Windenergieanlagen den Abbau einer oder mehrerer älterer Anlagen und deren Ersetzung durch eine neue, leistungsstärkere Windenergieanlage auf derselben oder einer anderen Fläche im räumlichen Zusammenhang zum Altanlagenstandort. Solcherlei Vorhaben bieten neben der Realisierung von Leistungs- und Ertragssteigerungen für die Vorhabenträger aus Sicht des öffentlichen Interesses zudem die Möglichkeit zur Korrektur „planerischer Altlasten“ durch ein „Aufräumen“ der Landschaft.

Bis auf die vorgenannten planungsrechtlichen Sonderregelungen richtet sich die Zulässigkeit derartiger Vorhaben nach den allgemeinen planungsrechtlichen Vorschriften. Auch genehmigungsrechtlich erfahren Repoweringvorhaben keine Sonderbehandlung. Im Allgemeinen sind die neu

⁶² BVerwGE 87, 322, 329; *Heintzen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 73 Rn. 57.

⁶³ Hierzu etwa OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12, juris Rn. 82.

⁶⁴ *J. Bringewat*, Bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen – Mecklenburg-Vorpommern weiter auf rechtstaatlichen Abwegen?, jurOP, 21. August 2017.

zu errichtenden Anlagen deshalb als eigenständiges neues Vorhaben zu behandeln, für das ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren zu durchlaufen ist. Da solcherlei Vorhaben nach den allgemeinen Maßgaben zulässig sind, geht es vor diesem Hintergrund weniger um die „Ermöglichung“ des Repowering als vielmehr um den Abbau bestimmter Hemmnisse für solche Vorhaben und die Erleichterung ihrer Realisierung.

So hilfreich allerdings solche Erleichterungen wären, so fraglich erscheint deren Wert vor dem Hintergrund der Einführung des bereits oben analysierten Abstands zwischen Windenergieanlagen und Siedlungsgebieten. Würde dieser umgesetzt, was nach obiger Analyse ohnehin wohl rechtswidrig wäre, wären zahlreiche Standorte von Altanlagen ggf. deshalb nicht repoweringfähig, weil zwischen den Altstandorten und etwaigen Repoweringstandorten kein hinreichender räumlicher Zusammenhang bestünde, der aber erforderlich ist, um eine planerische Verknüpfung des Abbaus von Altanlagen mit der Zulässigkeit der Repoweringanlage vorzunehmen.

1. Planungsrechtliche Erleichterungen

a. Ausweisung spezifischer Repoweringflächen

Ein Anreiz für die Durchführung von Repoweringvorhaben kann zunächst mit der Ausweisung spezifischer Repoweringflächen in den jeweiligen Planwerken und der Verknüpfung der planungsrechtlichen Zulässigkeit der Neuanlage mit dem Abbau einer oder mehrerer Altanlagen geschaffen werden. Insoweit ist zwar zu beachten, dass es sich bei der Ausweisung solcher Flächen nur um eine Angebotsplanung handelt, mithin keine Pflicht geschaffen wird, ein Repowering auch tatsächlich durchzuführen. Etwa im Rahmen einer Konzentrationszonenplanung oder aufgrund der tatsächlichen Flächenverhältnisse kann aber eine Flächenknappheit vorliegen, so dass eine Ausweisung eines Repoweringstandortes – soweit die Wirtschaftlichkeit des Repowerings aufgrund der Standortgüte und weiterer Umstände sichergestellt ist – durchaus einen Anreiz dafür bietet, Altanlagen noch vor dem Ende ihres üblichen Lebenszykluses abzubauen und damit auch der frühzeitigen Umsetzung (zulässiger) Abstandsvorgaben zwischen der Wohnbebauung und den neuen Repoweringstandorten zugutekommen.

Da es bislang umstritten ist, ob es für die planerische Verknüpfung der Zulässigkeit eines Repoweringvorhabens mit dem Abbau einer Altanlage auf Raumordnungsebene einer eigenen Ermächtigungsgrundlage entsprechend § 249 Abs. 1, 2 BauGB im Raumordnungs- bzw. Landesplanungsgesetz bedarf, könnte zudem eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage landesrechtlich geschaffen werden, um hier Rechtssicherheit zu erlangen.

b. Abbau von Höhenbegrenzungen

Ein typisches planungsrechtliches Hindernis für die Realisierung von Repoweringvorhaben stellt zudem die Existenz von Höhenbeschränkungen bei der Darstellung von Flächen für die Windenergie bzw. die Festsetzung entsprechender Gebiete in der Regionalplanung dar. Mit der Streichung entsprechender Darstellungen und Festsetzungen bzw. ihrer Anpassung an die Technologieentwicklung kann die planungsrechtliche Zulässigkeit des Repowerings daher gefördert werden.

2. Genehmigungsrechtliche Erleichterungen

Während planungsrechtlich verschiedene Möglichkeiten der Förderung von Repoweringvorhaben bestehen, ist der genehmigungsrechtliche Spielraum für die Bundesländer begrenzt, da der Bund das Genehmigungsrecht abschließend ausgestaltet hat.

Zwar erscheint es durchaus möglich, dass Repoweringvorhaben verfahrensrechtlich und auch materiell-rechtlich gewisse Erleichterungen in Anspruch nehmen können. Der landesrechtliche Gestaltungsspielraum ist insoweit jedoch gering. So wurde etwa bereits im Leitfaden Habitatschutz des Landes NRW eine Angabe darüber aufgenommen, nach welchem Zeitraum einmal erhobene Daten noch aktuell sind und deshalb auch im Rahmen des Repowerings Verwendung finden können (z. B. aus Umweltverträglichkeitsprüfungen). Letztlich ist diese Wiederverwendbarkeit jedoch eine Frage des Einzelfalls, in dem das Alter und die Standortbezogenheit der Daten einer Weiterverwendung häufig entgegenstehen könnten. Auch im Bereich des materiellen Rechts, in dem eine erleichterte Zulässigkeit von Repoweringvorhaben unter dem Gesichtspunkt der Vorbelastung im Einzelfall möglich sind, haben die Länder kaum eine erkennbare Einflussmöglichkeit.

Möglich ist insoweit eher eine – allerdings nicht zu unterschätzende – informatorische Unterstützung der betroffenen Akteure, wie es gerade für das Repowering etwa bereits mit dem bisherigen Windenergie-Erlass NRW versucht wurde⁶⁵.

3. Zwischenfazit

Ob ein Repowering durchgeführt wird, hängt insbesondere von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen der Vorhabenträger ab, die ihrerseits die Möglichkeit der Weiterführung der Altanlage, die Wirtschaftlichkeit der Repoweringanlage – gerade vor dem Hintergrund der Neueinführung von Aus-

⁶⁵ Vgl. Windenergieerlass Nordrhein-Westfalen, 2015, S. 31 sowie Leitfaden Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes in Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 4, 6, 18, 21 f. und Leitfaden Windenergieanlagen auf Waldflächen Nordrhein-Westfalen, 2012, S. 4.

schreibungen im EEG – und weitere Aspekte zu berücksichtigen haben. Mithilfe des Planungsrechts kann ein Angebot für Repoweringvorhaben gemacht und angesichts der Flächenknappheit auch ein Anreiz für solche Vorhaben in gewissem Umfang gemacht werden. Auf Genehmigungsebene ergeben sich für den Landesgesetzgeber dagegen kaum Möglichkeiten für einen Abbau von Hemmnissen oder eine Förderung von Repoweringvorhaben zu sorgen.

IV. Überarbeitung des Windenergie-Erlasses

Nach dem Antrag soll die Landesregierung in einem ersten Schritt den Windenergie-Erlass überarbeiten, damit die Handlungsspielräume des geltenden Bundes- wie Landesrechts größtmöglich und gleichzeitig rechtssicher für den angemessenen Anwohner-, Landschafts- und Naturschutz sowie den Schutz von Bestandsanlagen ausgeschöpft werden können.

1. Steuerung und Grenzen der Steuerung des Windenergieausbaus durch den Windenergie-Erlass NRW

Nordrhein-Westfalen hat bereits in der Vergangenheit versucht, wie zahlreiche andere Bundesländer auch, auf die Nutzung der Windenergie entsprechend Einfluss zu nehmen, sei es durch Gesetzesregelungen⁶⁶ oder vermehrt auch durch Windenergieerlasse.

Windenergieerlasse können sowohl die Übersichtlichkeit von rechtlichen Regelungen für den Windenergieausbau erhöhen als auch eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Rechts unterstützen und damit auch zur Rechtssicherheit beitragen. Ihnen wird nicht nur politisch eine erhebliche Bedeutung beigemessen⁶⁷. Sie weisen jedoch gerade im Hinblick auf die Ausschöpfung von Handlungsspielräumen gewisse Grenzen auf und können insoweit auch selbst rechtliche Schwierigkeiten begründen. Zudem zeigt eine Gesamtschau der vielfältigen Dokumente auf Landesebene durchaus unterschiedliche Akzente bis hin zu teils sogar divergierenden Tendenzen in

⁶⁶ Weiterführend siehe zur 10-H-Regelung in Bayern etwa *Fülbiel/Wegner*, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern, ZUR 2015, 149 ff.; *Fülbiel/Grüner/Sailer/Wegner*, Die Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 8 vom 29.07.2014; *Helmes/Klöcker*, Der bayerische Sonderweg: Rechtliche Aspekte der neuen „10 H-Regelung“ für Windenergieanlagen, REE 2015, 81 ff.; *Eichhorn*, Die „10 H-Regelung“, KommunalPraxis BY 2015, 6 ff.; *Würfel/Werner*, Einführung eines Mindestabstands für Windkraftanlagen – Die „10 H-Regelung“ im Freistaat Bayern, BayVBI 2015, 109 ff.; *Albrecht/Zschiegner*, Landesgesetzliche Abstandsregelungen für Windkraftanlagen nach § 249 III BauGB auf dem rechtlichen Prüfstand, NVwZ 2015, 1093 ff.; *Albrecht/Zschiegner*, Noch einmal landesgesetzliche Abstandsregelungen für Windkraftanlagen nach § 249 III BauGB, NVwZ 2015, 1254 ff.; zu einem Bürgereteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern etwa *Kment*, Rechtswissenschaftliches Gutachten zur wirtschaftlichen Teilhabe von Kommunen und Bürgern aus Mecklenburg-Vorpommern bei der Ausweisung von Flächen für die Windkraftnutzung, 2013, abrufbar unter: www.spd-fraktion-mv.de.

⁶⁷ Vgl. *Raschke*, Die Windenergieerlasse der Länder, in: *Müller/Kahl*, Energiewende im Föderalismus, 2015, S. 261, 288.

den einzelnen Bundesländern und damit einen gewissen „rechtlichen Flickenteppich“. Vorhabenträger müssen daher – je nach Landesgrenzen – mit zum Teil sehr unterschiedlichen Rechtsregimen umgehen, was im föderalen System Deutschlands zwar nicht ungewöhnlich, aber dennoch für die Energiewende nicht förderlich ist.

2. Allgemeine Grenzen der Bindungswirkung eines Windenergieerlasses

Bei einem Windenergieerlass handelt es sich in der Regel um eine Verwaltungsvorschrift, der allein binnenrechtliche Wirkung zukommt. Schon aufgrund seiner dadurch festgelegten normhierarchischen Stellung kann mithilfe eines Windenergieerlasses weder von bundesrechtlichen Vorgaben oder von landesrechtlichen Normen wie Gesetzen oder Verordnungen abgewichen werden. Soweit gleichwohl Spielräume verbleiben, kann ein binnenrechtlicher Erlass in Nordrhein-Westfalen zwar nachgeordnete Genehmigungsbehörden binden, nicht aber Planungsträger, denen gegenüber das Landesplanungsgesetz NRW gerade keine Weisungsrechte etwa der Landesplanungsbehörde vorsieht.

a. Rechtswirkungen gegenüber Genehmigungsbehörden

Soweit sich der bisherige Windenergie-Erlass NRW an (nachgeordnete) Genehmigungsbehörden der unmittelbaren Staatsverwaltung richtet, ist er als Verwaltungsvorschrift und damit Binnenrecht der Verwaltung zu qualifizieren⁶⁸. Obwohl dessen Vorgaben keinen Gesetzesrang besitzen, können sie in diesem Fall verwaltungsintern nachgeordnete Behörden binden und diesen eine bestimmte Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie im Falle von Ermessensentscheidungen eine bestimmte Ermessensbetätigung⁶⁹ vorgeben⁷⁰. Mangels Ermächtigung des Landes NRW zur verbindlichen Konkretisierung der bundesrechtlichen Normen handelt es sich um eine norminterpretierende und/oder ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift. Außenverbindlich bleiben hier aber allein die bundesgesetzlichen Regelungen, auf die sich der Erlass bezieht. Diese sind

⁶⁸ Vgl. allgemein zur Rechtsnatur von Windenergieerlassen *Schwarzenberg/Ruß*, Die Windenergieerlasse der Länder, ZUR 2016, 278 (279); siehe auch *Saurer*, Rechtswirkungen der Windenergieerlasse der deutschen Bundesländer, NVwZ 2016, 201 (203); *Raschke*, Die Windenergieerlasse der Länder, in: Müller/Kahl, Energiewende im Föderalismus, 2015, 261 (271 f.). Zur Frage der Bindungswirkungen von Windenergieerlassen auch *Wegner*, SUP-Pflicht für Windenergieerlasse?, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 27 vom 10.05.2017, S. 2 ff.

⁶⁹ Sog. norminterpretierende Verwaltungsvorschrift, hierzu *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 24 Rn. 9. Mangels gesetzlicher Ermächtigung handelt es sich dagegen nicht um normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, die auch über den verwaltungsinternen Bereich hinaus unmittelbare Wirkungen entfalten, so auch *Saurer*, Rechtswirkungen der Windenergieerlasse der deutschen Bundesländer, NVwZ 2016, 201 (203), *Raschke*, Die Windenergieerlasse der Länder, in: Müller/Kahl, Energiewende im Föderalismus, 2015, 261 (271 f.); *Fest/Fechler*, Neue Anforderungen an Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, NVwZ 2016, 1050 (1050).

⁷⁰ So auch die Windenergie-Erlass NRW selbst in dessen Rn. 2.

grundsätzlich auch alleiniger Maßstab für im Einzelfall angerufene Gerichte. Der norminterpretierende Windenergie-Erlass NRW ist nämlich nur Gegenstand, nicht Maßstab gerichtlicher Kontrolle⁷¹.

aa) Allgemeine Bewertung des Windenergie-Erlass-Entwurfes NRW

Eine erste überschlägige Auswertung des Änderungsentwurfs für den Windenergie-Erlass NRW ergibt, dass die vorgesehenen Änderungen ganz überwiegend eher redaktioneller oder symbolischer⁷² Natur sind oder eine Anpassung an aktuelle Entwicklungen⁷³ darstellen. Verschärfungen für den Ausbau der Windenergie im Bereich der Genehmigungspraxis durch eine Ausnutzung von Regelungs- und Interpretationsspielräumen ergeben sich demgegenüber allenfalls auf den zweiten Blick. Insbesondere wurde auch die angekündigte Verschärfung der Zulassung von Windenergieanlagen im Wald noch nicht nachvollzogen⁷⁴, was sich allerdings auch daraus ergibt, dass dies zunächst eine Änderung des Landesentwicklungsplans und das dort einschlägige Ziel 7.3-1 bedingt.

bb) Bedeutsame Änderung im Windenergie-Erlass-Entwurf zur Landschaftsplanung

Eine für den Windenergieausbau erhebliche, obgleich erst auf den zweiten Blick erkennbare Veränderung könnte sich aus den Ausführungen zu Landschaftsschutzgebieten und der Möglichkeit, diese Gebiete mit einer Windkonzentrationszone zu überplanen, ergeben. Konkret geht es um die Fälle, in denen nicht bereits eine Ausnahme gem. § 23 Abs. 1 LNatSchG-NRW erteilt werden kann oder gar eine Unberührtheitsklausel für Windenergieanlagen greift. In diesem Fall nämlich könnte der Konzentrationszonenplan nur dann genehmigt werden, wenn für die geplanten Windenergieanlagen eine naturschutzrechtliche Befreiung gem. § 67 BNatSchG in Aussicht gestellt werden könnte. Wann dies aber der Fall ist, bedarf der Entscheidung im Einzelfall und einer dabei vorzunehmenden Abwägung des öffentlichen Interesses am Natur- und Artenschutz mit dem öffentlichen Interesse am Klimaschutz und dem hierzu verfolgten Windenergieausbau. Das Vorgehen bei dieser Prüfung war sowohl bereits im alten Windenergie-Erlass NRW geregelt und wird auch nach dem Erlassentwurf in Zukunft kleinteilig vorgegeben. Geändert hat sich hier jedoch, dass bei Vorliegen bestimmter Konstellationen – etwa überlagernde Natura 2000-Gebiete oder auch nur überlagernde Pufferzonen für Natura 2000-Gebiete – für die Erteilung einer Befreiung bislang zwar auch schon eine vertiefende Prüfung und Begründung der Voraussetzungen des §

⁷¹ Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 24 Rn. 17.

⁷² Vgl. insbesondere die Streichung von Kapitel 1.1 der Vorversion, in dem die bisherige Landesregierung die erhebliche Bedeutung der Windenergie für das Erreichen der eigenen Klimaschutzziele sowie die wirtschaftliche Bedeutung oder die kommunale Wertschöpfung und die Bedeutung von Bürgerwindparks erläutert hatte.

⁷³ Siehe etwa die umfangreichen Änderungen im Bereich der UVP, die aufgrund der Weiterentwicklung der Rechtsprechung und inzwischen auch des Gesetzesstands zu Fragen der Kumulierung von Vorhaben notwendig geworden sind.

⁷⁴ Vgl. Windenergie-Erlassentwurf, S. 4 f.

67 Abs. 1 Nr. 1 BNatschG vorzunehmen war⁷⁵, die Erteilung der Befreiung damit jedoch grundsätzlich möglich blieb. Nach dem jetzigen Erlassentwurf ist dagegen für diese als Regelbeispiele gefassten Fälle von einem Überwiegen des Naturschutzes und der Landschaftspflege gegenüber dem mit dem Windenergieausbau verfolgten Klimaschutz auszugehen, so dass eine Befreiung und damit auch eine Überplanung solcher Gebiete mittels Konzentrationszonenplanungen „in die Befreiungslage hinein“ ausscheidet.

Wie erheblich diese Änderung ist, lässt sich schwer abschätzen. Angesichts dessen, dass aber 45,2 % der Landesfläche von NRW durch Landschaftsschutzgebiete abgedeckt sind, könnte es sich hierbei um eine durchaus gewichtige Veränderung handeln.

b. Begrenzte Rechtswirkungen gegenüber Planungsträgern

Soweit der bisherige Windenergie-Erlass NRW dagegen planungsrechtliche Fragen betrifft und damit Planungsträger adressiert, wird die Bindungswirkung gegenüber Gemeinden als Trägerinnen der kommunalen Planungshoheit ausdrücklich zurückgenommen, die Inhalte des Erlasses als (unverbindliche) Empfehlungen bezeichnet⁷⁶.

Mit Blick auf die Träger der Regionalplanung in NRW, gem. § 6 LPlIG-NRW die bei den Bezirksregierungen angesiedelten Regionalräte, fehlt eine solche Aussage zur Unverbindlichkeit, so dass der Eindruck entsteht, diese könnten als nachgeordnete Behörden zu qualifizieren sein und in der Folge einem binnenrechtlichen Weisungsrecht unterstehen. Eine solche verwaltungsinterne Verbindlichkeit gegenüber Regionalplanungsträgern wird für die meisten Bundesländer allerdings für ausgeschlossen gehalten, da und soweit es an einer innerbehördlichen Hierarchie mit entsprechenden Weisungsbefugnissen fehlt. Dies gilt insbesondere für diejenigen Bundesländer, in denen die Regionalplanung – wie in Nordrhein-Westfalen – Verbänden anvertraut ist, die ihrerseits von kommunalen Gebietskörperschaften getragen werden⁷⁷.

Zwar ist die Regionalplanung hier bei den staatlichen Mittelbehörden, den Bezirksregierungen, angesiedelt. Erarbeitet werden die Regionalpläne zudem gem. § 9 Abs. 1 S. 2 LPlIG-NRW durch die staatlichen Planungsbehörden. Träger der Regionalplanung sind jedoch, wie ausgeführt, die nach § 6 LPlIG-NRW errichteten Regionalräte bzw., als Sonderfall, die Verbandsversammlung des Regionalverbands Ruhr. Sie besitzen sowohl für die prozeduralen als auch die sachlichen Fragen gem. § 9 Abs. 1 S. 1, 2 LPlIG-NRW die Entscheidungskompetenz und setzen sich ihrerseits aus

⁷⁵ Siehe Ziff. 8.2.2.5 Landschaftsschutzgebiete (LSG) unter b) 5. Absatz.

⁷⁶ Windenergie-Erlass NRW, 2015, Rn. 2.

⁷⁷ Vgl. allerdings die abweichende Einordnung bei *Hendler*, in: Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. 2015, § 5 Rn. 2.

stimmberechtigten kommunal gewählten Vertretern sowie Vertretern von Parteien und Wählergruppen und weiteren nicht stimmberechtigten Mitgliedern zusammen⁷⁸. Auch wenn die Regionalplanung in NRW mithin nicht als Selbstverwaltungstätigkeit im übertragenen Wirkungskreis eines kommunalen Verbands ausgestaltet ist, so besteht gleichwohl kein staatliches Weisungsrecht gegenüber den Regionalräten bei ihrer Tätigkeit.⁷⁹ Planungsbezogene Aussagen des Windenergieerlasses in NRW besitzen deshalb allein einen Orientierungswert, nicht aber (binnen-) rechtliche Verbindlichkeit⁸⁰. Dies könnte auch in einem neuen Windenergie-Erlass nicht geändert werden, ohne nicht gleichzeitig auch im Landesplanungsgesetz ein ausdrückliches Weisungsrecht auch gegenüber den Trägern der Regionalplanung vorzusehen. In einem solchen Fall wäre jedoch gleichwohl zu beachten, dass auch mithilfe von Weisungen die Anforderungen des rechtsstaatlichen Abwägungsgebotes nicht unterlaufen werden könnten, d.h. eine Bindung eines Regionalplanungsträgers nur dann einträte, wenn der Weisung eine allen Anforderungen genügende Abwägungsentscheidung zugrunde läge. Hielte sich ein Planungsträger gleichwohl an eine Weisung ohne notwendige Abwägung, so käme dies einem Abwägungsausfall gleich. Die jeweilige Planung wäre dann rechtswidrig⁸¹.

3. Zwischenfazit

In dem zu ändernden Windenergie-Erlass NRW sollte klarer als bislang zwischen Rechtswirkungen im Sinne einer binnenrechtlichen Bindungswirkung und bloßen Handlungsempfehlungen differenziert werden. Letztere sollten gerade von Planungsträgern aber nicht unhinterfragt übernommen werden, um keine abwägungsfehlerhaften Planwerke zu erstellen und zu verabschieden. Insbesondere sollte darauf verzichtet werden, trotz fehlender rechtlicher Wirkungen gegenüber den Planungsträgern mithilfe des Erlasses politischen Druck auszuüben, der – wie in der Rechtsprechung hinreichend geklärt – absehbar zu fehlerhaften Planungen und damit zu deren Aufhebbarkeit führt⁸², was für die Akzeptanz des dann nicht gesteuerten Windenergieausbaus kaum förderlich wäre.

⁷⁸ Vgl. §§ 7, 8 LPIG NRW.

⁷⁹ Dies folgt aus einem Gegenschluss aus § 6 S. 5 LPIG-NRW, wonach die Landesplanungsbehörde den Regionalräten Weisungen nur nach Maßgabe des Landesplanungsgesetzes erteilen kann. Eine Weisungsbefugnis hinsichtlich der inhaltlichen Planungstätigkeit der Regionalräte sieht das Gesetz aber gerade nicht vor.

⁸⁰ Vgl. *Raschke*, Die Windenergieerlasse der Länder, in: Müller/Kahl, *Energiewende im Föderalismus*, 2015, 261 (281 ff.).

⁸¹ 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.)

⁸² Vgl. nur OVG Weimar, Urteil vom 08.04.2014 – 1 N 676/12, juris Rn. 66 ff; OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 7/13, juris Rn. 64 f. und hierzu *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – Analyse aktueller Gerichtsentscheidungen, ZfBR 2016, 548 (550 f.).

Dass die Landesregierung die planungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten mittels eines geänderten Windenergie-Erlasses tatsächlich wohl ebenfalls für äußerst beschränkt hält⁸³, solange die bundesrechtliche Privilegierung gilt, wird unter anderem daran ersichtlich, dass in dem Änderungsentwurf, der so auch ins Beteiligungsverfahren gegangen ist, ein Abstand von 1.500 Meter von Windenergieanlagen zu Siedlungsgebieten allein im Rahmen eines Fallbeispiels Erwähnung findet⁸⁴. Da dieses Beispiel allerdings allein eine Konkretisierung gesetzlicher Vorgaben für einen bestimmten Fall darstellt, handelt es sich hierbei nicht um eine Verschärfung von Anforderungen, sondern allein um eine mögliche (Einzel-)Fallkonstellation, in dem ein sehr hoher Abstand geboten sein kann.

Angesichts der derzeit noch eher geringen Änderungen im Änderungsentwurf zum Windenergie-Erlass NRW verwundert es daher nicht, dass dieser wohl erneut geändert werden soll, wenn es zu den beabsichtigten Änderungen auf bundesrechtlicher Ebene gekommen ist.

V. Änderung des Landesentwicklungsplans

Nach dem Antrag soll die Landesregierung den Landesentwicklungsplan Nordrhein-Westfalen so ändern, dass die Kommunen gestärkt und die Verpflichtung zur Ausweisung von Windvorrangzonen und die Privilegierung der Windenergieerzeugung im Wald aufgehoben werden.

1. Beachtung bundesrechtlicher Grenzen

Der Landesentwicklungsplan in Nordrhein-Westfalen wird in der Form eines Gesetzes erlassen. Aktuell gilt der Landesentwicklungsplan vom Januar 2017, der am 8. Februar 2017 in Kraft getreten ist. Auch ein künftig geänderter LEP müsste vollumfänglich mit höherrangigem Recht in Einklang stehen und damit gerade auch die Vorgaben des bundrechtlichen Baugesetzbuches einhalten. Eine Umsetzung eines Siedlungsabstands, der mit der Außenbereichsprivilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB oder dem allgemeinen Abwägungsgebot nicht in Einklang steht, ist damit auch über den Landesentwicklungsplan nicht möglich⁸⁵.

⁸³ Vgl. insoweit ausdrücklich die einführenden Erläuterungen in der Kabinettsvorlage auf S. 2/4, abs. 1 und 4 sowie S. 3/4, Abs. 1 und 2.

⁸⁴ Siehe Änderungsentwurf Windenergie-Erlass, S. 11.

⁸⁵ Im Einzelnen hierzu bereits oben unter B.I.

2. Nutzung landesrechtlicher Spielräume

Weder aus dem Antrag der Regierungsfractionen noch aus dem Koalitionsvertrag⁸⁶ selbst geht eindeutig hervor, ob die für die LEP-Änderung formulierten Ziele der Aufhebung der Verpflichtung zur Ausweisung von Windvorrangzonen (dazu unter a.) und der Privilegierung der Windenergieerzeugung im Wald (dazu unter b.) eine Konkretisierung der Absicht sind, die Kommunen zu stärken, oder ob diesem Punkt darüber hinaus eigene Bedeutung zukommen soll. Vorliegend wird dem Punkt eine weitergehende Bedeutung beigemessen und versucht aus den Erfahrungen in anderen Bundesländern Hinweise für die Grenzen eines solchen Unterfangens zu geben (dazu unter c.).

a. Aufhebung der Verpflichtung zur Ausweisung von Windvorrangzonen

aa) Vorgaben Windgebietsplanungen im LEP 2017

Derzeit ist die windenergierelevante Planung im Landesentwicklungsplan NRW dergestalt geregelt, dass gem. Ziel 10.2-2 „proportional zum jeweiligen regionalen Potenzial Gebiete für die Nutzung der Windenergie als Vorranggebiete in den Regionalplänen festzulegen“ sind. Ziel 10.2-3 konkretisiert das regionale Potenzial über die Vorgabe von Mindestflächengrößen für die insgesamt in den Regionen auszuweisenden Vorranggebiete.

Es findet mithin in Nordrhein-Westfalen auf regionaler Ebene noch keine Konzentrationszonenplanung im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, d. h. die positive Ausweisung von Windenergiegebieten verbunden mit Ausschlusswirkung für das restliche Plangebiet, statt. Die Kommunen sind aber über § 1 Abs. 4 BauGB bzw. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG, § 34 LPlG-NRW zur Anpassung der Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung verpflichtet, müssen also die in der Regionalplanung zielförmig ausgewiesenen Vorranggebiete jedenfalls durch Darstellungen in ihren Flächennutzungsplänen übernehmen. Sie haben dann darüber hinaus die Möglichkeit, auch außerhalb der Vorranggebiete entweder weitere Flächen für die Windenergie darzustellen bzw. Standorte in Bebauungsplänen festzusetzen oder aber unter Beachtung der Anforderungen für Konzentrationszonenplanungen die Darstellung der Positivflächen mit einer Ausschlusswirkung für das restliche Plangebiet zu verbinden und damit über den Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die Wirkung der Außenbereichsprivilegierung planerisch zu beschränken.

bb) Konsequenzen der Aufhebung der kommunalen Anpassungspflicht

Eine Aufhebung dieser Anpassungspflicht der Kommunen bzgl. der zielförmigen Ausweisung der Vorranggebiete im LEP ist nicht möglich, da diese Verpflichtung nämlich auch aus § 1 Abs. 4

⁸⁶ Koalitionsvertrag für NRW, S. 41 f.

BauGB folgt und damit gegen eine bundesrechtliche Vorgabe verstoßen würde. Dass ausgegebene Ziel müsste vielmehr dadurch erreicht werden, dass die Zielförmigkeit der Vorranggebiete aufgehoben wird. Dies müsste allerdings nicht nur im LEP entsprechend angeordnet, sondern auch in den Regionalplänen selbst nachvollzogen werden.

Formal würde dies tatsächlich dazu führen, dass die Kommunen freier darin wären, Flächen für die Windenergie in ihren Flächennutzungsplänen darzustellen oder nicht. Werden die Vorranggebiete in den Regionalplänen weiterhin jedenfalls als Grundsätze der Raumordnung dargestellt, hätten die kommunalen Planungsträger diese allerdings weiterhin im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Zu beachten ist allerdings, dass bei Fortgeltung der bundesrechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich die Kommunen weiterhin ein erhebliches Interesse an der Steuerung der Windenergieflächen und -standorte haben. Wollen sie diese Steuerung in Zukunft allerdings durchführen, liegt es nahe, dass die Regionalplanung ihre Festlegungen nicht mehr in der bislang erfolgten Tiefe abwägt und auch nicht mehr mit entsprechend umfangreichen Untersuchungen unterlegt. Dies wäre nämlich bei einer Ausweisung von Gebieten allein in der Form von bloßen Grundsätzen der Raumordnung nicht länger in gleichem Maße nötig wie bei Zielen. Insoweit wären die Kommunen für ihre Steuerung dann aber darauf verwiesen, entsprechende Untersuchungen selbst vorzunehmen, um alle betroffenen Belange mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die Abwägungsentscheidung einstellen zu können. Hinzu kommt, dass eine solche Systemumstellung die kommunalen Planungsträger unter einen enormen Druck setzen könnte, auf die Ausweisung bestimmter Flächen für Windenergienutzungen zu verzichten, obwohl sich dies nicht städtebaulich begründen lässt. Insoweit könnte dann eher noch eine Zunahme von Klagen gegen kommunale Planungen naheliegen.

Planerisch spricht gegen eine solche Schwächung der Raumordnung zudem, dass auf kommunaler Ebene die durch den Windenergieausbau berührten großräumigen Zusammenhänge schon aufgrund des geringen Planungsmaßstabs kaum hinreichend berücksichtigt werden können⁸⁷.

b. Aufhebung der Privilegierung der Windenergienutzung im Wald

aa) Erleichterte Ausnahmemöglichkeit für Windenergienutzungen im Wald nach dem LEP 2017

⁸⁷ Vgl. insoweit schon die umfangreiche Kritik bei *Spannowsky* an der Rekommunalisierung der Planung in Rheinland-Pfalz, wobei hier jedenfalls weiterhin Vorranggebiete zielförmig, wenn auch ohne Ausschlusswirkung, festgelegt werden, *Ders.*, Der Ausbau der erneuerbaren Energien in der Raumordnungs- und Bauleitplanung, NuR 2013, 773 ff. Siehe außerdem *Bruns*, Windenergieplanung – regional oder kommunal? Chancen und Risiken einer Kommunalisierung der Windenergieplanung. Vortrag im Rahmen der FAW-Fachtagung am 14.10.2014 in Erfurt. Online verfügbar unter www.fachagentur-wind.de sowie *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien, 2016, S. 162 f.

Der derzeit gültige LEP NRW 2017 sieht eine Inanspruchnahme der regionalplanerisch festgelegten Waldgebiete nur unter bestimmten engen Bedingungen für raumrelevante Vorhaben ausnahmsweise vor. Die Errichtung von Windenergieanlagen soll dabei aber nicht erst dann möglich sein, wenn für ihre Errichtung ein Bedarf besteht, der nicht außerhalb des Waldes realisierbar ist und sich die Waldumwandlung auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt wird (so die allgemeinen restriktiven Anforderungen für eine Ausnahme nach Z 7.3.-1), sondern bereits dann, wenn wesentliche Funktionen des Waldes nicht erheblich beeinträchtigt werden (so die privilegiert mögliche Ausnahme des Z 7.3.-1).

Bislang können Windenergieanlagen danach ebenfalls nur als Ausnahme, aber insoweit privilegiert in regionalplanerisch gesicherten Waldgebieten zugelassen werden. Diese Regelung stellt eine Konkretisierung der im Bundeswaldgesetz vorgesehenen Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit einerseits und den Interessen der Waldbesitzer andererseits dar, d. h. dem auf beiden Seiten bestehenden Interesse an der Erhaltung des Waldes zu verschiedensten Zwecken und den insbesondere beim Waldbesitzer vorhandenen Interesse an der nachhaltigen Bewirtschaftung des Waldes.

bb) Zulassungen von Windenergienutzungen im Wald unter noch engeren Voraussetzungen erhöht Planungsdruck auf hochwertigere Freiflächen

Eine Abschaffung der vorstehend umschriebenen privilegierten Ausnahmemöglichkeit für Windnutzungen im Wald im LEP würde die Abwägungsentscheidung zwischen Wald-Erhaltungs- und Wald-Nutzungsinteresse modifizieren. Sie würde bedeuten, dass Windenergieanlagen nur noch unter denselben strengen Voraussetzungen in Waldgebieten zulässig sind, wie andere raumrelevante Vorhaben nach dem jetzigen Z 7.3.-1 LEP auch. Eine ausnahmslose Unzulässigkeit der Windenergienutzung ist damit gleichwohl nicht verbunden⁸⁸.

Das Fortbestehen der Ausnahmemöglichkeit ist deshalb auch im Rahmen der regionalplanerischen und – stärker noch – in der kommunalen Windenergieplanung weiterhin zu berücksichtigen. Insbesondere sind Waldgebiete auch unter Berücksichtigung der vorstehend geschilderten Änderung des LEP nicht als „harte Tabuzone“, sondern vielmehr als Potenzialfläche entweder im Rahmen der Formulierung weicher Tabukriterien oder in der Einzelbetrachtung von Flächen näher zu behandeln⁸⁹. Im Einzelfall verbleibt insoweit die Möglichkeit – jedenfalls bei entsprechen-

⁸⁸ Vgl. allerdings zur Erforderlichkeit eines Ausgleichs zwischen den verschiedenen Interessen und kritisch gegenüber einem pauschalen grundsätzlichen Ausschluss der Windenergienutzung im Wald auch *Grigoleit*, Möglichkeiten und Grenzen der einschränkenden Steuerung des Windenergieausbaus mit den Mitteln der Landespolitik, Rechtsgutachten im Auftrag des Landesverbands Erneuerbare Energien NRW (LEE NRW), September 2017, S. 20 ff., 52 ff.

⁸⁹ Siehe zur Unzulässigkeit des pauschalen Ausschlusses der Betrachtung von Waldgebieten in der Regionalplanung OVG Münster, Urteil vom 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE, juris Rn. 67.

den Signalen der im Genehmigungsverfahren entscheidenden Fachbehörde – in die Ausnahme- lage hineinzuplanen. Diese Möglichkeit besteht schon deshalb, weil das OVG Münster entschieden hat, dass der Ausnahmevoraussetzung, wonach der Bedarf nicht außerhalb des Waldes realisierbar ist, der Zielcharakter fehlt und deshalb der Abwägung auf Regionalplanungsebene zugänglich bleibt⁹⁰. Eine Verringerung des Planungsaufwands ist mithin mit der Änderung des LEP nicht verbunden.

Zu beachten ist zudem Folgendes: Mit der erschwerten Zulassung von Windenergieanlagen auch in solchen Waldgebieten, die keine wesentlichen Funktionen des Waldes erfüllen, d. h. etwa auch intensiv forstwirtschaftlich genutzte Monokulturen, die keinen wesentlichen Beitrag zur Erhaltung biologischer Vielfalt leisten, wächst automatisch der Flächendruck auf unter Umständen ökologisch wertvollere, aber rechtlich nicht in gleichem Maße geschützte Offenlandschaften. Die Verschärfung der Anforderungen für eine Nutzung des Waldes verkleinert den Suchraum für geeignete Windenergiestandorte damit zusätzlich. In Kombination mit der Forderung nach einem Siedlungsabstand von 1.500 Meter – der gerade ein „Abschieben“ von Windnutzungen in siedlungsferne Waldgebiete bedeuten würde – dürfte es zudem auf den Gemarkungen gerade waldreicher Kommunen wohl vielfach ausgeschlossen sein, dass der Windenergie noch substanziell Raum verschafft werden kann. In der Folge müssen die Kommunen auf die Steuerung der Windenergie mittels Konzentrationszonenplanung verzichten und Zulassungen allein über das Regime des § 35 Abs. 1, 3 BauGB hinnehmen. Ob dies die Handlungsfreiheit der Kommunen stärkt, erscheint insofern fraglich.

c. Berücksichtigung des Bürgerwillens zur Stärkung der kommunalen Ebene nur bedingt möglich

Soweit es bezweckt ist, die Kommunen über die vorgenannten Punkte hinaus durch zusätzliche Maßnahmen zu stärken, sollte auch auf Erfahrungen in anderen Bundesländern geschaut werden. Insbesondere wurde in den letzten Jahren versucht, bei der Ausführung windenergierelevanter Planungen den Willen der Bürger auf kommunaler Ebene unmittelbarer zu berücksichtigen und so die kommunale Ebene gegenüber der Regionalplanung zu stärken⁹¹.

Soweit Regional- oder auch kommunale Planungen jedoch Eigentumsnutzungen Dritter unmittelbar beschränken, wie dies gerade bei Konzentrationszonenplanungen i.S.v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB der Fall ist, ist eine solche unmittelbare Berücksichtigung des Bürgerwillens jedoch dann

⁹⁰ Siehe OVG Münster, Urteil vom 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE, juris Rn. 57.

⁹¹ Dieser Versuch wurde etwa ausdrücklich in Schleswig-Holstein unternommen.

und insoweit rechtlich unzulässig, wenn die Grundrechtsausübung Dritter damit vom Wohlgefallen der Bürger abhängig gemacht wird⁹². Die rechtsstaatliche Raumordnung und Bauleitplanung soll gerade einen Interessenausgleich zwischen allen Nutzungsinteressen Privater und öffentlichen Interessen herbeiführen. Gestützt werden kann dieser Ausgleich deshalb nur auf raumordnerisch bzw. städtebaulich relevante Belange. Nur soweit sich der durch Bürger artikulierte Wille – etwa die Ablehnung eines bestimmten Windstandortes – in solche rechtlich relevante Belange übersetzen lässt – ist die Berücksichtigung des Willens mit dem jeweiligen Belang zukommenden Gewicht mittelbar rechtlich zulässig. Dies kann etwa der Fall sein, soweit sich die Ablehnung aus der Befürchtung einer rechtlich untersagten optisch bedrängenden Wirkung oder der Befürchtung der Verwirklichung artenschutzrechtlicher Tötungsverbote speist.

VI. Abschaffung der baurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen

Nach dem Antrag soll die Landesregierung gegenüber dem Bund konsequent die Abschaffung der baurechtlichen Privilegierung von Windenergieanlagen voranbringen.

1. Konsequenzen einer Abschaffung der Privilegierung von Windenergievorhaben

Von einer Abschaffung der Außenbereichsprivilegierung für Windenergieanlagen muss aufgrund der Erfahrungen in Bayern mit der 10 H-Regelung abgeraten werden⁹³. Die Abschaffung der Außenbereichsprivilegierung für Windenergievorhaben würde danach nicht zu mehr Akzeptanz für die Fortsetzung des Windenergieausbaus führen, was laut dem Antrag auch die Regierungskoalition bezweckt, sondern den Ausbau aller Voraussicht nach nahezu vollständig zum Erliegen bringen.

a. Notwendigkeit zur einzelfallbezogenen Schaffung von „Baurecht“

Die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich bestimmte sich bei Wegfall ihrer Privilegierung nach den Maßgaben der § 35 Abs. 2 BauGB (Zulässigkeit nicht privilegierter Vorhaben im Außenbereich). Ein Vorhaben wäre damit bereits dann unzulässig, wenn es eine der nach § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB geschützten öffentlichen Interessen wie die Belange des Naturschutzes oder die natürliche Eigenart der Landschaft gem. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB auch nur beeinträchtigte. Da dies allenfalls sehr selten nicht der Fall ist, wäre es in Zukunft erforderlich, dass jeder Standort zunächst planerisch überformt und damit erst einmal ermöglicht würde. In dieser Abhängigkeit

⁹² Vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 6/13, Rn. 69 f. und hierzu *Wegner*, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen – Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 20.1.2015, ZUR 2015, 468 (474 f.).

⁹³ So schon *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016, S. 281.

der Zulässigkeit vom Tätigwerden eines Planungsträgers läge der eigentliche Unterschied zur Situation mit Außenbereichsprivilegierung. Die Abhängigkeit bedeutet eine Umkehr der bisherigen Handlungslogik (und eine Rückkehr zur Situation vor 1997) für die Planungsträger. Diese müssten nicht mehr planerisch tätig werden, um den ansonsten auch auf gesetzlicher Grundlage möglichen Windenergieausbau zu steuern, sondern vielmehr nur noch dann und in dem Umfang, soweit sie einen Windenergieausbau wollen und diesen planungsrechtlich ermöglichen möchten.

b. Wegfall des Gebots substanziell Raum zu schaffen

In gleichem Maße entfiere das Kriterium des substanziell Raum Schaffens, mit der Folge, dass die Planungsträger nicht länger dazu gezwungen wären, bei ihren Planungen darauf zu achten, dass der Windenergie überhaupt noch ein Mindestmaß an Raum zukommt. Die Rechtsprechung folgert dieses Gebot gerade aus der Privilegierung von Windenergievorhaben. Zwar müsste auch weiterhin das Interesse an der Schaffung der räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau erneuerbarer Energien i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 7 ROG bzw. § 1 Abs. 6 Nr. 7 e) BauGB in die jeweilige Abwägung eingestellt werden. Wollen Planungsträger aber gerade den Ausbau der Windenergie im Plangebiet verhindern, so fällt dies ohne das gerade zur Verhinderung von Feigenblatt- und Verhinderungsplanungen entwickelte Substanzgebot nicht allzu schwer.

c. Abhängigkeit allein von städtebaulichen Entwicklungsvorstellungen

Soweit die Landes- oder Regionalplanungsebene der kommunalen Bauleitplanung keine Vorgaben zur Ausweisung bestimmter Gebiete mittels Bebauungsplänen machte, läge die Entscheidung über einen Fortgang des Windenergieausbaus nahezu vollständig bei den einzelnen Kommunen. Da die Regierungskoalition in ihrem Antrag klargestellt hat, die Verpflichtung der Kommunen zur Umsetzung regionalplanerisch ausgewiesener Vorranggebiete aufheben zu wollen, wäre dies in Nordrhein-Westfalen bei Umsetzung dieser Ankündigung künftig der Fall. Eine rechtliche Begrenzung der Entscheidungsfreiheit der Kommunen bei der Frage des Ob der Aufstellung eines Bebauungsplans für Windenergieanlagen läge nur noch in dem in § 1 Abs. 3 BauGB enthaltenen Erforderlichkeitsgebot. Ob eine Planaufstellung allerdings in diesem Sinne erforderlich ist, richtet sich ganz maßgeblich nach den städtebaulichen Entwicklungsvorstellungen der jeweiligen Kommune und würde von Gerichten nur äußerst eingeschränkt überprüft werden. Insbesondere wären die Kommunen – wie erwähnt – auch nicht länger gezwungen, der Windenergie noch in substanzieller Weise Raum zu verschaffen. Die Erreichung der Länder- und Bundesziele für den Ausbau der Windenergie zu Zwecken des Klimaschutzes wären damit nicht mehr sicherstellbar.

d. Wegfall der großräumigeren Konfliktlösungsmöglichkeit auf höheren Planungsebenen

Läge es mithin in Nordrhein-Westfalen allein bei den Kommunen über die Ausweisung von Windenergiestandorten zu entscheiden, stellt sich zudem die Frage, ob dies die adäquate Entscheidungsebene darstellt, um über die Realisierung eines nicht unwesentlichen Bausteins in der Energiewende zu entscheiden. Zwar wird in der Tat eine stärkere Einbeziehung der kommunalen Ebene auch in jüngerer Zeit immer wieder gefordert, um eine größere Akzeptanz des Windenergieausbaus bei den Anwohnern zu erreichen. Insoweit wird davon ausgegangen, dass die Nähe der kommunalen Ebene zu den Einwohnern zu deren effektiver Einbindung in Entscheidungsprozesse und für einen Akzeptanzgewinn sorgen kann. Zu beachten ist aber, dass diese Erwartung bislang unter Geltung der Privilegierung der Windenergie formuliert wird und für den Fall, dass durchaus landesrechtliche Vorgaben zur Umsetzung von Vorrang- oder Eignungsgebieten bestehen und es nicht um das Ob der Ausweisung entsprechender Standorte auf kommunaler Ebene, sondern lediglich um die Nutzung verbleibender Spielräume geht. Zudem würden auch die Konfliktlösungsmöglichkeiten höherer Planungsebenen allenfalls noch eingeschränkt fruchtbar gemacht. Durch die Verkleinerung der Suchräume auf die kommunale Ebene fiel es schwer, großräumige Landschaftszusammenhänge oder für den Artenschutz wichtige Zug- und Wanderkorridore koordiniert freizuhalten.

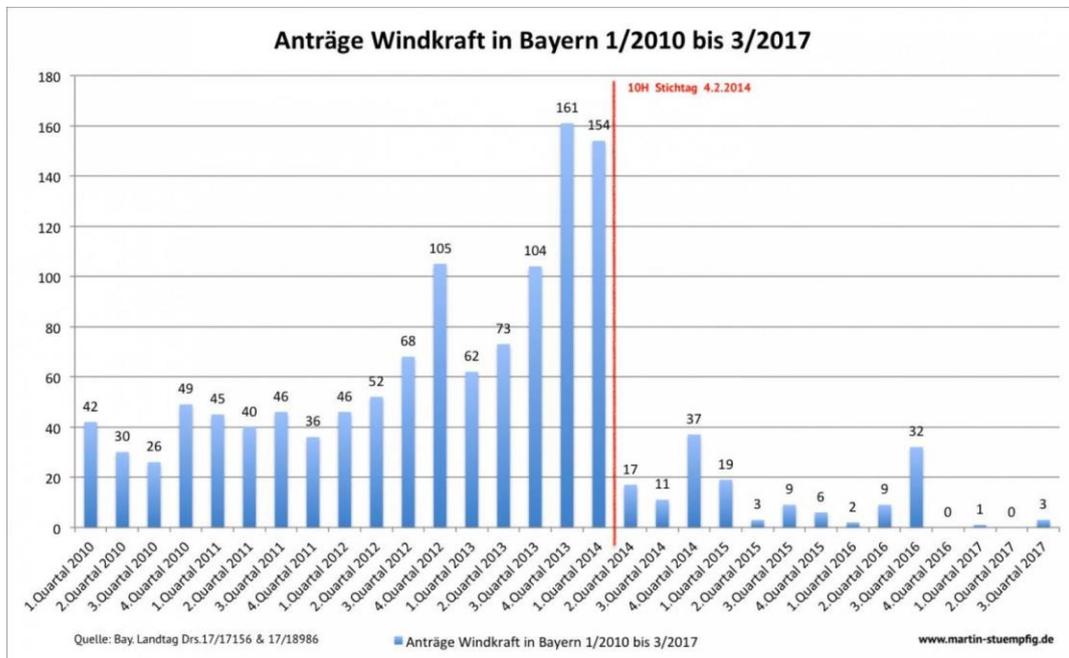
e. Weitgehender Ausbaustopp und Überforderung der kommunalen Ebene

Dass aber auch bei weitergehendem Verzicht auf raumordnerische Vorgaben an die kommunale Ebene eine Stärkung der Akzeptanz für den weiteren Ausbau erreicht wird und der Ausbau auch tatsächlich fortgesetzt wird, muss aufgrund der bisherigen Erfahrungen in Bayern mit der dortigen 10 H-Regelung bezweifelt werden. Die 10 H-Regelung bedeutet faktisch eine nahezu vollständige Aufhebung der Privilegierung für wirtschaftlich umsetzbare moderne Großwindanlagen in Bayern. Ob dies zu einer Akzeptanzsteigerung gegenüber neuen Windenergieanlagen geführt hat, ist unklar. Eindeutig ist nur, dass nach der Realisierung noch vorhandener Genehmigungen wohl zunächst kein weiterer nennenswerter Ausbau der Windenergie in Bayern stattfinden wird. Es ist zu beobachten, dass kaum noch neue Anträge für Windenergieanlagen gestellt werden⁹⁴.

Gründe liegen offensichtlich bereits darin, dass nahezu kein Bebauungsplan durch Kommunen aufgestellt wird, um Windenergievorhaben auf der eigenen Gemarkung zu ermöglichen. Soweit ersichtlich sind die hierfür bestehenden Gründe nicht im Einzelnen bekannt. Naheliegend ist jedoch, dass sich die Kommunen damit schwertun, die normative Landesvorgabe eines 10 H Abstands zu unterschreiten und auch unterhalb des so bestimmten Abstands zu Siedlungsgebieten

⁹⁴ Zum Einbruch der Anträge in Bayern nach Einführung der 10 H-Regelung und damit faktischer Aufhebung der Privilegierung für Windenergie im Außenbereich siehe Drs. Bayerischer Landtag 17/17156 vom 06.10.2017.

Windenergieanlagen zuzulassen. Wird ein solcher Versuch gleichwohl unternommen, steht dies in gewissem Widerspruch zur „Empfehlung“ der Landesebene und dürfte daher die Entscheidungsträger politisch unter entsprechenden Druck setzen. Den Kommunen wird hierüber daher nicht ein größerer Handlungsspielraum eingeräumt. Sie werden vielmehr mit der Aufgabe eines Ausbaus der Windenergie alleine gelassen und dürften dadurch nicht selten überfordert sein.



2. Alternative: Konzentrationszonenplanungen stärken

Um eine Fortsetzung des Windenergieausbaus nicht zu gefährden, zugleich aber die bestehenden, bislang allein durch das Instrument der Konzentrationszonenplanung nicht überall zufriedenstellend lösbaren Konflikte anzugehen, wird deshalb anstelle einer Abschaffung der Außenbereichsprivilegierung ein alternatives Vorgehen angeregt.

Konzentrationszonenplanungen haben theoretisch eine enorme Steuerungskraft, die nicht ohne weiteres aufgegeben werden sollte. Sie leiden aber derzeit unter einer hohen Fehleranfälligkeit und sind in den vergangenen Jahren vielfach aufgehoben worden⁹⁵. Von vielen Stimmen wird bezweifelt, dass solcherlei Planungen überhaupt rechtssicher möglich sind. Auch wenn diese Einschätzung hier nicht geteilt wird⁹⁶, sollte doch für den Fall weiterer Planaufhebungen eine Art Rückfalloption geschaffen werden.

⁹⁵ Siehe hierzu *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – Analyse aktueller Gerichtsentscheidungen, ZfBR 2016, 548-555.

⁹⁶ Siehe allerdings auch zu den Bedingungen dieser Annahme wie etwa die hinreichende personelle und finanzielle Ausstattung der ausführenden Planungsstellen *Wegner*, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – Analyse aktueller Gerichtsentscheidungen, ZfBR 2016, 548 (555).

Konkret könnte eine Rückfalloption etwa so aussehen, dass parallel zu einer Konzentrationszonenplanung eine Planung von Ausschlussgebieten erfolgt, die für den Fall der Unwirksamkeit der Konzentrationsplanung in Kraft tritt. Dies hätte den Vorteil, dass nicht lediglich ein Siedlungsabstand sichergestellt, sondern auch andere Bereiche planerisch gesperrt werden könnten. Dies soll zum einen verhindern, dass in denjenigen Gebieten, in denen entsprechende Planungen aufgehoben werden sich die Zulassung von Windenergieanlagen allein nach dem nur teilweise zur Konfliktlösung geeigneten Regime des § 35 Abs. 1, 3 BauGB richtet. Zum anderen könnte so ein wesentlicher Anreiz dafür genommen werden, gegen Windkonzentrationszonenplanungen zu klagen, um einen einzelnen Standort in einer ganzen Planungsregion realisieren zu können⁹⁷.

⁹⁷ Siehe näher hierzu *Bruns/Futterlieb/Wenzel/Ohlhorst/Wegner/Grüner/Sailer*, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien, 2016, S. 280 f.

Anhang 1: Liste weiterführender einschlägiger Veröffentlichungen der Stiftung Umweltenergierecht

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

Viktoria Fülbier, Aktuelle Fragen zu Infraschall-Immissionen von Windenergieanlagen, ZUR 2017, 399-404

Viktoria Fülbier, Windenergieanlagen und Denkmalschutz, ZNER 2017, 89-94

Nils Wegner, Keine SUP-Pflicht für Windenergieerlasse, NuR 2017, 605-611

Nils Wegner, SUP-Pflicht für Windenergieerlasse? – Überlegungen anlässlich EuGH – C-290/15 (D’Oultremont/Wallonie), Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 27 vom 10.05.2017

Elke Bruns/Matthias Futterlieb/Bernd Wenzel/Dörte Ohlhorst/Nils Wegner/Anna-Maria Grüner/Frank Sailer, Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 2016.

Lars Schwarzenberg/Sylvia Ruß/Frank Sailer, Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Windenergieerlasse der Länder, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 19 vom 05.02.2016

Lars Schwarzenberg/Sylvia Ruß, Die Windenergieerlasse der Länder – Überblick und neue Entwicklungen, ZUR 2016, 278-286

Nils Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – Analyse aktueller Gerichtsentscheidungen, ZfBR 2016, 548-555

Nils Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – Analyse aktueller Gerichtsentscheidungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 14 vom 07.09.2015

Nils Wegner, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Planung von Windkonzentrationszonen – Zugleich Besprechung der Urteile des OVG Schleswig vom 15.1.2015, ZUR 2015, 468-476

Viktoria Fülbier/Nils Wegner, Die 10-H-Abstandsregelung für Windenergieanlagen – zur Umsetzung der Länderöffnungsklausel in Bayern, ZUR 2015, 149-155

Anna-Maria Grüner, Die Länderöffnungsklausel im BauGB – Weiter Spielraum der Länder bei der Entprivilegierung der Windenergie im Außenbereich, NVwZ 2015, 108-112

Viktoria Fülbier/Anna-Maria Grüner/Frank Sailer/Nils Wegner, Die Länderöffnungsklausel im BauGB und ihre Umsetzung in Bayern – Neue Möglichkeiten für die Bundesländer zur Einschränkung der Außenbereichsprivilegierung durch pauschale Abstandsregelungen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 8 vom 29.07.2014.