

JOHANNES ENGEMANN
Rechtsanwalt (bis 2007)

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

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

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

THOMAS REMMERT
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht

ANDREAS SCHÄFERMEIER
Rechtsanwalt u. Notar
Fachanwalt für Insolvenzrecht

W. ANDREAS LAHME
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

GÜNTHER FILLINGER
Rechtsanwalt (Notar a.D.)

DR. OLIVER FRANK
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

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

MARTINA BEESE
Rechtsanwältin

DR. MATHIAS SCHÄFERHOFF
Rechtsanwalt

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

DANIEL BIRKHÖLZER
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

LARS STRAKELJAHN
Rechtsanwalt

**Kastanienweg 9
59555 Lippstadt**

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

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

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

UST-ID: DE125689228

Windkonzentrationszonenplanung im Flächennutzungsplan und Änderung des Landesentwicklungsplans NRW

1. Ausgangssituation

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

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

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

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

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

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

2. Rechtliche Stellungnahme

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

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

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

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

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

aa) 1.500-m-Abstand

(1) Grundsätze und Ziele der Raumordnung

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Inhalt des Grundsatzes i.e.

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

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

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

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

bb) Windenergieanlagen im Wald

(1) Keine Zielqualität des LEP

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

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

(2) Rechtswidrigkeit einer kompletten Waldsperrung

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

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

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

(3) Folgerungen

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

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

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

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

Lippstadt, den 07.05.2018

Franz-Josef Tigges
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht