

STELLUNGNAHME

zum Entwurf der Landesregierung eines Zweiten
Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung
des Baugesetzbuches in Nordrhein-Westfalen
– Änderungsgesetz BauGB-AG NRW –

Anhörung im Ausschuss für Heimat, Kommunales,
Bauen und Wohnen am 31. Mai 2021

Düsseldorf, 20. Mai 2021

In Nordrhein-Westfalen sind 331 kommunale Unternehmen im VKU organisiert. Die VKU-Mitgliedsunternehmen in Nordrhein-Westfalen leisten jährlich Investitionen in Höhe von über 3 Milliarden Euro, erwirtschaften einen Umsatz von fast 34 Milliarden Euro und sind wichtiger Arbeitgeber für über 75.000 Beschäftigte

Verband kommunaler Unternehmen e.V. · Landesgruppe Nordrhein-Westfalen · Elisabethstr. 16 · 40217 Düsseldorf
Fon +49 211 159243-11 · Fax +49 211 159243-19 · lg-nrw@vku.de · www.vku-nrw.de

Zusammenfassung

Die Landesregierung hat am 21.04.2021 den [Regierungsentwurf](#) des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Baugesetzbuches in Nordrhein-Westfalen – Änderungsgesetz BauGB-AG NRW – vorgelegt und zur parlamentarischen Beratung an den Landtag überwiesen. Mit dem Gesetz beabsichtigt die Landesregierung, die sich aus § 249 Abs. 3 BauGB (Länderöffnungsklausel) ergebende Möglichkeit zur Festlegung von pauschalen Mindestabständen von Windenergieanlagen zu Wohngebäuden zu nutzen.

Der VKU NRW begrüßt, dass in dem vorliegenden Regierungsentwurf einige Verbesserungen gegenüber dem Referentenentwurf vom 23.12.2020 vorgenommen wurden, die der VKU NRW in seiner [Stellungnahme](#) vom 01.02.2021 auch angeregt hatte. Positiv hervorzuheben ist insbesondere, dass auf die rechtunsichere sogenannte 10-Wohngebäude-Regelungen verzichtet wird. Damit wurde eine wesentliche Forderung des VKU NRW umgesetzt. Der VKU NRW begrüßt weiterhin, dass bestehende Flächennutzungspläne von den Abstandsregelungen ausgenommen werden sollen.

Dennoch sieht der VKU NRW an dem vorliegenden Gesetzentwurf noch weiteren Änderungsbedarf. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um folgende Punkte:

- › **Der VKU lehnt die Einführung von pauschalen Mindestabstandsregelungen weiter grundsätzlich ab**
- › **Das Repowering von Windenergieanlagen muss von der geplanten Abstandsregelung ausgenommen werden**
- › **Mindestabstände zu Wohngebäuden im Geltungsbereich von Außenbereichssatzungen sollten erst ab einer Mindestzahl von Gebäuden greifen**
- › **Nicht nur bestehende Flächennutzungspläne, sondern auch zukünftige und bereits fortgeschrittene Flächenplanungen sind von der Regelung auszunehmen**
- › **Kleinwindanlagen mit einer Gesamthöhe unter 150 Metern sollten nicht unter die Regelung fallen**
- › **Die Übergangsfrist für laufende Verfahren sollte auf den 31.12.2021 datiert werden**

Vorbemerkungen

In der vorbezeichneten VKU NRW-[Stellungnahme](#) vom 01.02.2021 zum Referentenentwurf wurde auf die Genese des Gesetzesvorhabens, dessen Einordnung in die Bundes- und Landesgesetzgebung sowie auf unsere grundsätzliche Bewertung des Gesetzesvorhabens eingegangen. Um eine Wiederholung an dieser Stelle zu vermeiden, sei ergänzend zu den folgenden, auch auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen.

Der VKU NRW begrüßt, dass auf die im Referentenentwurf noch vorgesehene rechtsunsichere sogenannte 10-Wohngebäude-Regelung im Außenbereich verzichtet wird. Stattdessen sollen Mindestabstände nun lediglich zu Wohngebäuden im Geltungsbereich von Außenbereichssatzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB gelten. Damit müssen „windkraftaverse“ Kommunen nun zumindest aktiv tätig werden, um die Windenergie weiter zu entprivilegieren. Zwar wird damit letztlich Verantwortung vom Land auf die Kommune übertragen, aber gleichzeitig auch die kommunale Planungshoheit gestärkt.

Grundsätzlich zu begrüßen ist außerdem, dass in der Gesetzesbegründung nun explizit darauf hingewiesen wird, dass Kommunen mittels einer entsprechenden Bauleitplanung von der 1.000-Meter-Regelung bis zu den bisherigen Grenzen des Immissionsschutzrechts abweichen können, insbesondere auch mit dem Blick auf das sogenannte Repowering von Windenergieanlagen. Auf diesem Wege haben Kommunen zumindest die Möglichkeit, geringere Abstände zuzulassen und der Windenergie dadurch weiteren Raum zu verschaffen. Gleichwohl ist zu erwarten, dass diese Option allenfalls von „windkraftfreundlichen“ Kommunen gezogen wird.

Positiv zu bewerten ist darüber hinaus, dass der im Referentenentwurf noch vorgesehene 720-Meter-Mindestabstand für bestehende Flächennutzungspläne aus dem vorliegenden Regierungsentwurf gestrichen wurde. Damit werden bestehende Flächenplanungen geschützt, die andernfalls nachträglich entwertet, womöglich sogar juristisch angreifbar würden.

Der VKU NRW begrüßt im Übrigen, dass Übergangsregelungen für laufende Verfahren vorgesehen sind. Im Sinne des Vertrauensschutzes und der Planungssicherheit sollte die Übergangsfrist für laufende Verfahren jedoch auf den 31.12.2021, frühestens aber auf das Datum des Inkrafttretens des Gesetzes datiert werden.

Nichtsdestotrotz sieht der VKU NRW es nach wie vor äußerst kritisch, dass grundsätzlich an pauschalen Mindestabstandsregelungen festgehalten wird und das Repowering-Vorhaben davon weiterhin nicht ausgenommen sind.

Mit Blick auf die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Mindestabstandsregelung auf Wohngebäude im Geltungsbereich von Außenbereichssatzungen steht zu befürchten, dass dies zu einer weiteren und signifikanten Beschneidung der Flächenkulisse für die Windenergie in NRW führt, wenn diese Option von vielen Kommunen gezogen wird. Dies gilt umso mehr, wenn Außenbereichssatzungen von Kommunen genutzt würden, um den Mindestabstand bereits zu Splittersiedlungen im Außenbereich einzuführen. Denn nach der Rechtsprechung kann schon ab drei vorhandenen Wohngebäuden der Erlass einer Außenbereichssatzung möglich sein. Damit würde auch gegen den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 GG) verstoßen, da letztlich drei Wohngebäuden im

Geltungsbereich einer Außenbereichssatzung der gleiche Schutzstatus zugestanden würde, wie Wohngebäuden in einem Allgemeinen Wohn- oder Mischgebiet. Um dies zu verhindern, bedarf es einer weiteren Tatbestandsvoraussetzung „mindestens 10 Wohngebäude“ (Mindestzahl) für die Einführung eines Mindestabstands zu Wohngebäuden in Außenbereichssatzungen.

Hinsichtlich der Möglichkeit, mittels Bauleitplanung von der 1.000-Meter-Regel abzuweichen, sei der Hinweis gestattet, dass es sich hierbei keineswegs um eine Veränderung zur geltenden Rechtslage handelt. Städte und Gemeinden sind bereits heute unmittelbar nach § 1 Abs. 3 BauGB befugt, mittels Bauleitplanung Baurechte für entprivilegierte Windenergieanlagen zu schaffen. Letztlich wird mit dieser vermeintlichen Ausnahmeregelung auch hier Verantwortung vom Land auf die Kommune geschoben. Aus der Praxis ist zu befürchten, dass eine solche Bauleitplanung selbst „windkraftfreundliche“ Kommunen abschrecken könnte, da diese Planungen aufwändig sind, der Anspruch für eine rechtssichere Umsetzung relativ hoch ist und bislang wenig Erfahrung mit einer derartigen Bauleitplanung bestehen.

Konsequent wäre es im Sinne des Vertrauensschutzes außerdem, nicht nur bestehende Flächennutzungspläne, sondern auch zukünftige und bereits fortgeschrittene Flächenplanungen sowie Änderungen an bestehenden Flächennutzungsplänen von den Abstandsregelungen auszunehmen.

Eine Änderung gegenüber dem Referentenentwurf, die der VKU NRW negativ bewertet, bezieht sich auf die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Abstandsregelungen auf alle Windenergieanlagen, unabhängig von Leistung und Größe. Die Anlagengrößen bis 100 kW und 20 bis 50 Metern Gesamthöhe bieten vielen Gewerbebetrieben und Landwirten die Möglichkeit, eine Eigenversorgung aufzubauen. Viele Energieversorger werden in diesem Segment verstärkt tätig. In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt: „Die 1 000 Meter-Regelung gilt grundsätzlich für alle Windenergieanlagen nach § 35 Absatz 1 Nummer 5 BauGB, unabhängig davon, ob sie mit einer Höhe von mehr als 50 Metern immissionsschutzrechtlich (Ziffer 1.6 Anhang 1 zur 4. Bundesimmissionsschutzverordnung - BImSchV) oder ob sie baurechtlich genehmigt werden oder als Kleinwindenergieanlagen nach der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen genehmigungsfrei bzw. verfahrensfrei sind.“ Auffallend ist, dass dieser Satz in der Begründung des Referentenentwurfs vom 23.12.2020 noch nicht enthalten war. Der VKU NRW regt an, den Gesetzestext so zu ändern, dass die Abstandsvorgaben ausschließlich für Anlagen mit einer Gesamthöhe über 150 Metern gelten. Zumindest aber sollten sie nur für Anlagen gelten, die einer Genehmigung nach dem BImSchV bedürfen (größer 50 Meter).

Angesichts dessen ist zu befürchten, dass auch mit dem überarbeiteten Gesetzentwurf das Potenzial der Windenergie in NRW und damit der Ausbau sowie das Repowering erheblich eingeschränkt werden. Die wichtige Privilegierung der Windenergie im Außenbereich

würde weiter stark entwertet. Aus Sicht des VKU NRW, wird es mit diesen Regelungen kaum möglich sein, die Ausbau- und damit die Klimaziele in NRW zu erreichen.

Das Gesetz zur Ausführung des Baugesetzbuches in Nordrhein-Westfalen soll durch das Änderungsgesetz BauGB-AG NRW Artikel 1 Nummer 2 unter anderem um einen „§ 2 - Mindestabstand für privilegierte Windenergieanlagen“ ergänzt werden. Zu den einzelnen Regelungen dieses neuen Paragraphen nimmt der VKU NRW wie folgt Stellung:

Zu den Regelungen des „§ 2 - Mindestabstand für privilegierte Windenergieanlagen“ im Einzelnen

§ 2 Absatz 1

(1) § 35 Absatz 1 Nummer 5 BauGB findet auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung, wenn diese Vorhaben einen Mindestabstand von 1 000 Metern zu Wohngebäuden

- 1. in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB) und innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (§ 34 BauGB), sofern dort Wohngebäude nicht nur ausnahmsweise zulässig sind, oder*
- 2. im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Absatz 6 BauGB*

einhalten. Der Abstand bemisst sich von der Mitte des Mastfußes bis zum nächstgelegenen Wohngebäude im Sinne des Satzes 1, das zulässigerweise errichtet wurde oder errichtet werden kann.

› **Der VKU lehnt pauschale Mindestabstandsregelungen weiterhin grundsätzlich ab.**

- Für den erforderlichen Ausbau der Windenergie an Land gibt es ohnehin schon zu wenig Flächen.
- Pauschale Abstandsregelungen führen zu einer weiteren unnötigen Beschneidung der zur Verfügung stehenden Flächen.
- Für die Steigerung der Akzeptanz gibt es bessere Ansätze als pauschale Abstandsregelungen.
- Abstände von Windenergieanlagen zu Wohnbebauungen werden ohnehin bereits über immissionsschutzrechtliche Schutz- und Vorsorgeanforderungen reguliert.

› **Sollten pauschale Mindestabstandsregelungen eingeführt werden, müssen Repowering-Vorhaben davon ausgenommen werden.**

- Im Interesse einer effektiven Erreichung der Ziele zum Ausbau der erneuerbaren Energien sollte vorrangig das Ziel verfolgt werden, das Repowering von Windenergieanlagen zu unterstützen, um mit neuen und leistungsfähigeren Anlagen mehr Erneuerbaren-Strom aus vorhandenen Standorten zu produzieren.
- Für die Weiternutzung etablierter Windstandorte spricht, dass in der Regel gute Windverhältnisse vorliegen, Infrastruktur wie Wege und Netzanschluss vorhanden sind und eine höhere Akzeptanz in der Bevölkerung zu erwarten ist.
- Daher sollten Repowering-Vorhaben grundsätzlich von pauschalen Mindestabstandsregelungen ausgenommen werden. Unzureichend hingegen ist es, Ausnahmen nur im Rahmen einer Bauleitplanung zu ermöglichen.

› **Positiv zu bewerten ist der Verzicht auf die sogenannte 10-Wohngebäude-Regelung im Außenbereich.**

- Stattdessen sollen Abstände nun lediglich zu Wohngebäuden im Geltungsbereich von Außenbereichssatzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB gelten.
- Kommunen erhalten mit dieser Regelung die Möglichkeit, selbst zu entscheiden, ob sie mit einer Außenbereichssatzung einen 1.000-Meter-Abstand zu Wohnbebauungen im Außenbereich einführen.
- Dies gibt Kommunen einen größeren Entscheidungsspielraum. Der verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Planungshoheit (Art. 38 GG) wird damit besser Rechnung getragen.
- „Windkraftfreundliche“ Kommunen werden diese Option voraussichtlich nicht ziehen. „Windkraftaverse“ Kommunen müssen zumindest aktiv tätig werden, um die Windenergie weiter zu entprivilegieren.

› **Die Mindestabstände zu Wohngebäuden im Geltungsbereich von Außenbereichssatzungen sollten aber erst ab einer Mindestzahl von Gebäuden greifen.**

- Sollte die Option der Außenbereichssatzung vielerorts gezogen werden, steht zu befürchten, dass die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Mindestabstandsregelung auf Wohngebäude im Geltungsbereich von Außenbereichssatzungen zu einer weiteren und signifikanten Beschneidung der Flächenkulisse für die Windenergie führt.
- Dies gilt umso mehr, wenn Außenbereichssatzungen von Kommunen genutzt würden, um den Mindestabstand bereits zu Splittersiedlungen im Außenbereich einzuführen. Denn nach der Rechtsprechung kann schon ab drei vorhandenen Wohngebäuden der Erlass einer Außenbereichssatzung möglich sein (siehe dazu die ausführlichen Verweise auf Rechtsprechung und Literatur in: OVG Münster, Urteil vom 18.04.2004, 7 A 4415/03, juris, Rn. 90/94).

- Um dies zu verhindern, bedarf es einer weiteren Tatbestandsvoraussetzung „mindestens 10 Wohngebäude“ (Mindestzahl) für die Einführung eines Mindestabstands zu Wohngebäuden in Außenbereichssatzungen. Zu diesem Zweck regt der VKU NRW an, den § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ÄndG BauGB-AG NRW-RegE wie folgt zu fassen: „2. im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB, sofern sich in diesem Geltungsbereich mindestens zehn Wohngebäude befinden.“
- Auch wegen des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 GG) ist die weitere Tatbestandsvoraussetzung geboten. Ansonsten würde der gleiche Abstand zu unterschiedlich schutzbedürftigen Wohnnutzungen gelten. Drei vorhandene Wohngebäude im Geltungsbereich einer Außenbereichssatzung sind von ihrer Schutzbedürftigkeit nicht mit Wohngebäuden in einem Allgemeinen Wohn- oder Mischgebiet zu vergleichen. Im Außenbereich sollen ja gerade lärmintensivere Nutzungen stattfinden und Wohnnutzungen demgegenüber nur die Ausnahme darstellen. Daher bedarf es hier der zusätzlichen Einschränkung, dass es sich um mindestens 10 Wohngebäude handeln muss, um die Vergleichbarkeit der von der Abstandsregel begünstigten Wohnnutzung herzustellen.

§ 2 Absatz 2

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn in einem Flächennutzungsplan für Vorhaben der in Absatz 1 beschriebenen Art vor dem [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] eine Darstellung für Zwecke des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB erfolgt ist.

› Der VKU NRW begrüßt den Verzicht auf pauschale Abstandsregelungen für bestehende Flächennutzungspläne.

- Der VKU NRW bewertet positiv, dass die in § 2 Abs. 1 vorgesehenen Mindestabstände gemäß § 2 Abs. 2 nicht gelten sollen, wenn sich das Vorhaben in einem Vorranggebiet mit Konzentrationswirkung befindet, welches vor Inkrafttreten des Gesetzes festgesetzt wurde. Damit werden bestehende Flächenplanungen geschützt. Andernfalls würden die Flächenausweisungen durch die nachträgliche Einführung von Mindestabständen entwertet, womöglich sogar juristisch angreifbar, weil sie der Windenergie nicht mehr substantiell Raum verschaffen können.
- Der Verzicht auf den im Referentenentwurf noch vorgesehenen 720-Meter-Mindestabstand für bestehende Flächennutzungspläne ist insofern positiv zu bewerten.

› **Allerdings sollte auch für zukünftige Flächennutzungspläne auf pauschale Abstandsregeln verzichtet werden. Mindestens aber sollten bereits fortgeschrittene Flächenplanungen sowie Änderungen an bestehenden Flächennutzungsplänen von den Regelungen ausgenommen werden.**

- Planungsträger sollten bei zukünftigen Flächenausweisungen von den Mindestabständen abweichen könnten. Die Einhaltung der Mindestabstände würde dadurch zwar in die Hände der Planungsträger gelegt, da die Länder aber nicht verpflichtet sind, von der Möglichkeit eines Mindestabstands Gebrauch zu machen, ist es nach unserer Auffassung von § 249 Abs. 3 BauGB gedeckt, wenn die Länder einen Mindestabstand einführen, von dem die Planungsträger abweichen dürfen. Außerdem würde damit der verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Planungshoheit (Art. 38 GG) besser Rechnung getragen.
- Mindestens aber sollten Flächenplanungen geschützt werden, die zwar noch nicht abgeschlossen, aber bereits fortgeschritten sind, sollten ebenfalls geschützt werden. Eine übergangslose Anwendung der Einführung eines Mindestabstands zu Windenergieanlagen auf alle noch nicht abgeschlossenen Flächenplanungen würde Anlagenbetreiber erheblich betreffen. Aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 14 GG) sollte daher – ähnlich wie in Abs. 3 des vorliegenden Gesetzentwurfs – eine Übergangsregelung eingeführt werden, die Investoren einen aus dem Verfassungsrecht abgeleiteten Vertrauensschutz gewährt. Als Übergangsfrist sollte angesichts langer Planungszeiten der 31.12.2022 festgesetzt werden.
- Zudem sollte es den Planungsträgern ermöglicht werden, Änderungen an bestehenden Flächennutzungspläne vornehmen zu können, ohne dadurch in den Anwendungsbereich der Abstandsregelungen zu fallen. Auch an dieser Stelle sollte eine Regelung ergänzt werden, die Investoren ihren verfassungsrechtlich verbrieften Vertrauensschutz gewährt.

§ 2 Absatz 3

(3) Soweit vor Ablauf des 23. Dezember 2020 bei der zuständigen Behörde ein vollständiger Antrag auf Genehmigung von Anlagen zur Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie nach § 35 Absatz 1 Nummer 5 BauGB eingegangen ist, findet Absatz 1 keine Anwendung. Gleiches gilt, soweit vor Ablauf des [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieser Regelung] die Anlage zwar noch nicht errichtet, aber entweder bereits genehmigt war oder nach Satz 1 ein vollständiger Antrag für die Anlage vorlag und statt ihrer eine Anlage am selben Standort mit gleicher, geringfügig höherer oder niedrigerer Höhe errichtet werden soll.

- › **Der VKU NRW begrüßt, dass Übergangsregelungen für laufende Verfahren vorgesehen sind.**
- › **Als Übergangsfrist sollte jedoch der 31.12.2021, frühestens aber das Datum des Inkrafttretens des Gesetzes gelten.**
 - Die Setzung des Stichtags in § 2 Abs. 3 S. 1 auf das (bereits verstrichene) Datum der Veröffentlichung des Referentenentwurfs am 23.12.2020 ist nicht sachgerecht.
 - Angesichts langer Planungszeiten, die einem Genehmigungsantrag vorausgehen, wäre eine Übergangsfrist bis zum 31.12.2021 sachgerecht.
 - Im Sinne des Vertrauensschutzes und der Planungssicherheit sollte als Übergangsfrist – wie üblich – allerdings frühestens das Datum des Inkrafttretens des Gesetzes angesetzt werden.
- › **Auf Windenergievorhaben, für die zum neuen Stichtag Genehmigungsanträge nach BImSchG (§ 4 i.V. mit § 19 BImSchG) bei der zuständigen Genehmigungsbehörde eingereicht wurden und / oder für die positive Vorbescheide nach § 35 BauGB zum neuen Stichtag vorliegen, dürfen der neue § 2 Abs. 1 keine Anwendung finden.**
 - Bei der Übergangsfrist wird an den Zeitpunkt des Eingangs des vollständigen bau- oder immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bei der zuständigen Behörde geknüpft.
 - Allerdings erhalten Antragssteller mittlerweile von den Behörden in der Regel keine Bestätigung der Vollständigkeit mehr, sodass das Vorliegen eines vollständigen Antrags zeitlich kaum nachweisbar ist.
 - Im Interesse des schutzwürdigen Vertrauens dieser Antragsteller sollte die Übergangsregelung insofern nicht nur vollständige Anträge im (bau- oder immissionsschutzrechtlichen) Genehmigungsverfahren, sondern auch eingegangene immissionsschutzrechtliche Anträge und / oder bauschutzrechtliche Anträge auf Erteilung eines Vorbescheids umfassen.

Ansprechpartner

Markus Moraing
Geschäftsführer
Fon +49 211 159243-11
moraing@vku.de

Dr. Jürgen Kruse
Referent
Fon +49 211 159243-13
kruse@vku.de