

Düsseldorf, 20. Mai 2021

BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e. V.
Landesgruppe Nordrhein-Westfalen
Holzstraße 2
40221 Düsseldorf

www.nrw.bdeu.de

Stellungnahme

Gesetzentwurf der Landesregierung „Zweites Gesetz zur Änderung des Ge- setzes zur Ausführung des Baugesetz- buches in Nordrhein-Westfalen“

Anhörung im Ausschuss für Heimat, Kommunales, Bauen und Wohnen am 31.05.2021

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten über 1.900 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu überregionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 90 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland.

Zusammenfassung

Die Landesregierung hat am 21. April 2021 mit der [Drucksache 17/13426](#) ihren Gesetzentwurf „Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Baugesetzbuches in Nordrhein-Westfalen“ vorgelegt und in das parlamentarische Verfahren eingebracht. Der BDEW sieht in diesem Entwurf eine Weiterentwicklung des Referentenentwurfes vom 23. Dezember 2020 und begrüßt, dass einige Veränderungen herbeigeführt worden sind, die der BDEW auch in seiner Stellungnahme vom 01. Februar 2021 angeführt hatte. Insbesondere der Verzicht auf die rechtsunsichere Definition von 10 Häusern im Außenbereich wird positiv bewertet. Der BDEW begrüßt weiterhin den Vorstoß der Landesregierung, mehr Rechtssicherheit und Planungssicherheit für zukünftige Windprojekte in Nordrhein-Westfalen zu schaffen. Der vorliegende Entwurf ist aus Sicht des BDEW allerdings weiterhin hinsichtlich einiger Aspekte noch zu überprüfen. Die wesentlichen Hinweise und Forderungen sind:

- › **Grundsätzlich lehnt der BDEW Mindestabstandsregelungen ab.**
- › **Die durch die Neuregelungen zusätzlichen bürokratischen Hürden mit potenzieller Rechtsunsicherheit für Gemeinden, die Windkraft ermöglichen wollen, sind zu vermeiden.**
- › **Der Verlust an Potenzialflächen sollte aus Gründen des Klimaschutzes durch eine weitere Tatbestandsvoraussetzung von „mindestens 10 Wohngebäuden“ (in Ergänzung zur Außenbereichssatzung) auf ein Minimum reduziert werden.**
- › **Repowering-Projekte sollten von der Regelung grundsätzlich ausgenommen werden.**
- › **Auch wenn für laufende Verfahren eine Übergangsfrist festgelegt wird, ist der Zeitpunkt des 23. Dezember 2020 jedoch deutlich zu früh gewählt und sollte frühestens auf den 31. Dezember 2021 datiert werden.**
- › **Kleinwindanlagen mit einer Gesamthöhe unter 150 m bzw. Anlagen unter 50 m, die keiner BImSchG-Genehmigung bedürfen, sind von den Regelungen auszunehmen.**

Vorbemerkung

Der BDEW hatte bereits zu dem Referentenentwurf vom 23. Dezember 2020 Stellung genommen und dort auch eine Einordnung des Gesetzes von Bundes- und Landesgesetzgebung vorgenommen. Um dies hier nicht zu wiederholen, wird auf die [BDEW-Stellungnahme](#) vom 01. Februar 2021 ergänzend zu diesen Ausführungen verwiesen.

Allgemeine Anmerkungen

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes hat die Bundesregierung ein angepasstes Klimaschutzgesetz vorgelegt. Ebenso befindet sich gerade in Nordrhein-Westfalen das landeseigene Klimaschutzgesetz im parlamentarischen Verfahren. Die dort festgeschriebenen Ziele machen einen beschleunigten und verstärkten Ausbau der erneuerbaren Energien erforderlich. Damit dies gelingt, sind nicht nur Zielsetzungen notwendig, sondern es müssen sichere Rahmenbedingungen geschaffen werden, damit entsprechende Investitionen in den Bau von Anlagen getätigt werden. Neben anderen Faktoren spielen hier die Vorgaben des Baugesetzbuches eine entscheidende Rolle.

Tendenziell positiv bewertet der BDEW, dass auf pauschale Abstandsvorgaben zumindest teilweise verzichtet wird. Auch der Verzicht auf pauschale 10-Häuser-Regelung im Außenbereich ist als Verbesserung anzuerkennen, da nun theoretisch mehr Flexibilität für Gemeinden besteht.

In diesem Zusammenhang ist positiv zu werten, dass „windkraftkritische“ Gemeinden zur Anwendung des Mindestabstandes nun mit einer „Außenbereichssatzung“ tätig werden müssen.

Die alleinige Anforderung einer „Außenbereichssatzung“ kann zudem zu einem Verhinderungsinstrument werden, da hier bereits sehr kleinteilige Strukturen (Splittersiedlungen) mit gerade einmal 3 bis 5 Wohngebäuden eine Abstandspflicht hervorrufen können, wie man sie aus Gründen des Schutzes von Wohnbebauung mit einigem Gewicht eher für Wohngebiete vorgesehen hat. Um den Verlust an Flächenpotenzialen mit der Zielsetzung Klimaschutz möglichst gering zu halten, sollte die geplante Regelung einer Außenbereichssatzung daher um eine weitere Tatbestandsvoraussetzung „mindestens 10 Wohngebäude“ ergänzt werden (in Übereinstimmung mit der Intension des ursprünglichen Gesetzentwurfes). Das wäre auch wegen des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 GG) notwendig. Ansonsten würde der gleiche Abstand zu unterschiedlich schutzbedürftigen Wohnnutzungen (hier: Außenbereich und bspw. Allg. Wohngebiet und/oder Mischgebiet im Innenbereich) gelten.

Positiv anzumerken ist, dass in dem Gesetzentwurf Übergangsregelungen vorgesehen sind. Allerdings ist die festgelegte Frist (13. Dezember 2020) bereits verstrichen und sollte daher frühestens auf den 31. Dezember 2021 datiert werden.

Gleichwohl ist weiterhin eine starke Einschränkung der Neubau- und Repowering-Potenziale in NRW befürchten, da die angeführten positiven Aspekte lediglich Verbesserungen ggü. dem Vorentwurf sind. Und daher allenfalls eine gewisse Schadensbegrenzung ggü. dem Status quo ante darstellen. Aus Sicht des BDEW wird im Ergebnis die wichtige „Privilegierung“ der Windkraft im Außenbereich immer noch stark entwertet. Problematisch ist insbesondere, dass ein

großer Teil der Verantwortung für den Ausbau und das Repowering zukünftig mit der Hürde einer rechtsichereren Bauleitplanung auf die Gemeinden abgewälzt wird. Die Durchführung einer aufwändigen Bauleitplanung ist bislang nicht üblich und könnte Gemeinden verunsichern oder gar abschrecken.

Das Erreichen des Ausbauziels sowie eine hohe Kosteneffizienz aufgrund von Wettbewerb hängt entscheidend von der Flächenverfügbarkeit ab. Pauschale Abstandsregelungen und die Festlegung von Mindestabständen über den planungsrechtlichen Status quo hinaus sind deshalb kontraproduktiv, da sie das Flächenangebot drastisch einschränken. Je restriktiver solche Abstände ausgestaltet wären, desto schwieriger würde es, die Ausbauziele zu erreichen.

Die bestehenden Vorgaben im Genehmigungsprozess (BlmSchG, TA Lärm, Rücksichtnahmegebot) sind bereits in umfassender Weise dazu geeignet, den Gesundheitsschutz der Anwohner und die Vermeidung einer optisch bedrängenden Wirkung unter Berücksichtigung der konkreten Vor-Ort-Situation zu garantieren.

Eine weitere Änderung bezieht sich auf die Ausweitung auf alle Windenergieanlagen, unabhängig von Leistung und Größe. Die Anlagengrößen bis 100 kW und 20 bis 50 m Gesamthöhe bieten vielen Gewerbebetrieben und Landwirten die Möglichkeit, eine Eigenversorgung aufzubauen. In der Gesetzesbegründung ist angeführt: *„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 - BlmSchV) oder ob sie baurechtlich genehmigt werden oder als Kleinwindenergieanlagen nach der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen genehmigungsfrei bzw. verfahrensfrei sind.“*

Interessant ist die Feststellung, dass dieser Satz in der Begründung des Gesetzentwurfs vom 23. Dezember 2020 noch nicht enthalten war. Der BDEW empfiehlt, den Gesetzestext so zu ändern, dass die Abstandsvorgaben ausschließlich für Anlagen mit einer Gesamthöhe über 150 m gelten. Ersatzweise zumindest nur für Anlagen, die einer BlmSchG-Genehmigung bedürfen (größer 50 m).

Anforderungen im Einzelnen zu § 2 – Mindestabstand für privilegierte Windenergieanlagen

Windkraftanlagen im Außenbereich außerhalb Eignungsgebiet gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB

Grundsätzlich lehnt der BDEW pauschale Mindestabstandsregelungen weiterhin ab.

- › Mindestabstände spielen eine untergeordnete Rolle, wenn es um die [Erhöhung der Akzeptanz](#) in der Bevölkerung geht.

- › Für den notwendigen Ausbau der Windenergie muss im Einzelfall entschieden werden, ob eine Fläche der Windenergienutzung dienen kann oder andere öffentliche Belange wie bspw. der Naturschutz vorgehen oder der Schutz der Bevölkerung vor Ort nicht ausreichend gegeben wäre. Dies leisten das Genehmigungsrecht und die Voraussetzungen des § 35 Abs. 3 BauGB in vollem Umfang.
- › Ein pauschaler Ausschluss von Flächen führt zu einer weiteren unnötigen Reduzierung der zur Verfügung stehenden Flächen.
- › Der Verzicht auf eine pauschale 10-Häuser-Regelung im Außenbereich ist eine Verbesserung, da nun mehr Flexibilität für Gemeinden besteht (Spielraum für „windkraftoffene“ Gemeinden).
- › Es ist tendenziell positiv zu werten, dass „windkraftaverse“ Gemeinden nun aktiv zur weitergehenden Entprivilegierung tätig werden müssen. Dies ist allerdings eine administrative Hürde mit erheblichen Rechtsunsicherheiten:
 - Eine Außenbereichssatzung ist nach § 35 Abs. 6 BauGB nur zulässig im bebauten Außenbereich, der nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägt und in dem eine Wohnbebauung von einigem Gewicht vorhanden ist.
 - Im Unterschied zum Erstentwurf („10 zusammenhängenden Gebäude“) würde jetzt ein konkretes Maß fehlen, um „Wohnbebauung von einigem Gewicht“ rechtssicher zu definieren.
 - Die Regelung droht zudem dazu zu führen, dass das Mittel der Außenbereichssatzung zweckwidrig angewendet wird, um Splittersiedlungen im Außenbereich vor Windkraft zu schützen. Entsprechende Bauleitplanungen der Kommunen dürften aber gerichtlich angreifbar sein, da ein „windkraftaverser“ Einsatz von Außenbereichssatzungen ausdrücklich im Widerspruch zur Rechtsprechung und den Motiven des Bundesgesetzgebers bei Einführung des Mittels der Außenbereichssatzung in § 35 Abs. 6 BauGB steht. Danach haben Außenbereichssatzungen allein den positiven Zweck, eine Verdichtung / Lückenschließung von bereits im Außenbereich vorhandenen Splittersiedlungen zu ermöglichen.

„Eine Außenbereichssatzung [...] erleichtert nur die Zulassung bestimmter sonstiger Außenbereichsvorhaben durch eine Modifikation der Zulassungsvoraussetzungen.“
[Vgl.: Roeser in Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Aufl. Stand Juli 2004, § 35 RdNr. 132.]

„Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB haben damit ausschließlich eine positive, die Zulässigkeit bestimmter nicht-privilegierter Vorhaben unterstützende Wirkung.“
Nach dem Bundesverwaltungsgericht hat eine Außenbereichssatzung keine negative Wirkung etwa in dem Sinne, dass sie die Anwendung des § 35 I BauGB hinsichtlich der dort benannten privilegierten Vorhaben ausschließen.
[Vgl. BVerwG, Beschluss vom 1. 9. 2003 - 4 BN 55.03]

Diese Möglichkeit zur Begünstigung bestimmter Vorhaben in „bebauten Bereichen“ des Außenbereichs ist vom Gesetzgeber geschaffen worden, um durch sie ein höheres Maß an Berücksichtigung der Vorstellungen der Gemeinde über die Entwicklung ihres Gemeindegebiets sowie von Außenbereichsbelangen zu erreichen; andere im Außenbereich nach § 35 III BauGB relevante Belange sollten unberührt bleiben.

[Vgl. Beschlussempfehlung & Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau zum Wohnungsbauerleichterungsgesetz zur Einführung der Außenbereichssatzung, BT-Drs. 11/6636, S. 26.]

- › Um eine zweckwidrige Anwendung der Außenbereichssatzung im Sinne eines Verhinderungsinstruments auszuschließen, sollte neben der „Außenbereichssatzung“ eine zweite Tatbestandsvoraussetzung „mindestens 10 Wohngebäude (Mindestzahl)“ für das Greifen der Abstandsvorgabe in die Regelung aufgenommen werden.
 - Denn nach der Rechtsprechung kann schon ab 3 vorhandenen Wohngebäuden der Erlass einer Außenbereichssatzung möglich sein (siehe dazu die ausführlichen Verweise auf Rechtsprechung und Literatur in: OVG Münster, Urteil vom 18.11.2004, 7 A 4415/03, juris, Rn. 90/94). Dies könnte in der Praxis zu einem signifikanten Verlust an Flächenpotenzialen führen, Klimaschutzziele auf Landes- als auch Bundesebene gefährden und somit die erst kürzlich ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutzgesetz konterkarieren.
 - 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.
 - Die Ergänzung der Regelung mit einer zweiten Tatbestandsvoraussetzung „mindestens 10 Wohngebäude“ entspricht zudem der Intension des ursprünglichen Gesetzentwurfs vom 16.12.2020 (Begründung S. 4: *„Um vergleichbare Sachverhalte sicher gleich zu behandeln, wird mit zehn vorhandenen Wohngebäuden eine Schwelle festgelegt, bei der von einer Wohnbebauung von solchem Gewicht, ausgegangen werden kann, die es vertretbar erscheinen lässt, diese gegenüber anderer, vereinzelter Wohnbebauung von weniger Gewicht im Außenbereich zu begünstigen.“*).

Windkraftanlagen im Außenbereich innerhalb Eignungsgebiet gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB (Bestands-FNP)

Der Verzicht auf eine pauschale Vorgabe von 720 m ist positiv zu werten und auch eine etwaige Außenbereichssatzung ist hier wahrscheinlich als unkritisch anzusehen. Die Mindestab-

stände sind durch die Darstellung des Eignungsgebietes im FNP und dessen Entfernung von Wohnbebauung vorgegeben. Zu etwaigen Gebäuden innerhalb des Eignungsgebietes Wind wäre dann lediglich der immissionsschutzrechtliche Abstand zu wahren, Unklarheit darüber könnte jedoch zu einer möglichen Verunsicherung der Planungsträger führen.

Bestandsschutz setzt allerdings voraus, dass der FNP selbst gerichtsfest ist.

Windkraftanlagen innerhalb Eignungsgebiet gem. § 35 Abs 3 S. 3 BauGB (neuer PNP / Änderung)

Dies ist als negativ zu werten, da weiterhin keine Flexibilität für Gemeinden besteht, bei neuen (auch geänderten?) FNP bei der Festlegung von Eignungsgebieten von den 1000 m abzuweichen.

Windkraftanlagen mit Bauleitplanung (Bebauungsplan)

Die Möglichkeit, Windkraftflächen durch eine Bauleitplanung abzusichern, ist nicht neu. Dieser Ansatz ist aber kein einfacher Lösungsweg für „windkraftoffene“ Gemeinden, da ein relativ hoher Anspruch in der Praxis zur rechtsicheren Umsetzung besteht. Die Durchführung einer aufwändigen Bauleitplanung ist nach unserer Wahrnehmung bislang nicht üblich und könnte Gemeinden verunsichern oder gar abschrecken. De facto wird auf diese Weise die administrative Hürde für Gemeinden erhöht und gleichzeitig die Verantwortung für einen erfolgreichen oder unzureichenden Ausbau der Windenergie vom Land an die Gemeinden weitergegeben.

Übergangsregelung

Positiv anzumerken ist, dass in dem Entwurf Übergangsregelungen vorgesehen sind (§ 2 Abs. 2 und 3). Allerdings ist die Frist in Abs. 3 (23. Dezember 2020) bereits verstrichen und viel zu knapp bemessen. Bei den langen Planungszeiten, die einem Genehmigungsantrag vorausgehen, ist eine Frist mindestens bis zum 31. Dezember 2021 erforderlich.

Repowering

Weiterhin lehnt der BDEW pauschale Abstandsregelungen ab. Zumindest sollten aber Ausnahmen für Repowering geschaffen werden, wenn solche Abstandsregelungen eingeführt werden sollen. Daher regt der BDEW eine Aufnahme dieser Ausnahme für Repowering-Projekte an. Vorschlag für eine Modifikation der Gesetzesbegründung:

„Den Gemeinden verbleibt weiterhin uneingeschränkt die Möglichkeit, durch eine entsprechende Bauleitplanung z.B. für Repowering-Projekte nach den allgemeinen Regelungen Baurechte für Windenergieanlagen unabhängig von den Vorgaben nach Absatz 1, das heißt auch innerhalb des Abstands, zu schaffen.“ (S. 12).

Klarstellung des Begriffs „mit verstärkter Wohnbebauung“

In der Gesetzesbegründung wird auf S. 13 der Begriff „mit verstärkter Wohnbebauung“ verwendet. Hier ist unklar, was darunter zu verstehen ist.

Ansprechpartner:

Holger Gassner

Geschäftsführer

BDEW-Landesgruppe Nordrhein-Westfalen

Telefon: +49 211 310 250 – 20

holger.gassner@bdew-nrw.de