

Gemeindetag Baden-Württemberg Panoramastraße 33 70174 Stuttgart

Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft  
Baden-Württemberg (UM)  
Kernerplatz 9  
70182 Stuttgart

Panoramastraße 33  
70174 Stuttgart  
Telefon: 0711 22572-0  
Telefax: 0711 22572-47

Internet:  
<http://www.gemeindetag-bw.de>

**Herr Ruf**

Telefon: 0711 22572-22  
E-Mail:  
[dietmar.ruf@gemeindetag-bw.de](mailto:dietmar.ruf@gemeindetag-bw.de)

Stuttgart, 10. Februar 2012, 32-610.00, 621.00 R/ur

### **Windenergieerlass Baden-Württemberg - Stellungnahme des Gemeindetags**

Ihr Schreiben vom 22.12.2011 - 64 U 4583/404 -

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Gemeindetag begrüßt die Hinweise. Für das Ziel einer effektiven Umsetzung der Energiewende und des Ausbaus der Windkraft sind die nachfolgenden Anregungen in den Erlass aufzunehmen bzw. zu berücksichtigen. Nur dann ist aus unserer Sicht zu erwarten, dass die Energiewende durch den Windenergieerlass den von der Landesregierung gewünschten Schub erhält und der Erlass für mehr und schnellere Genehmigungsverfahren sorgt.

#### **Bürgerbeteiligung und Öffentlichkeitsbeteiligung**

Die neue Landesregierung legt großen Wert auf die Bürgerbeteiligung. Dies gilt nach den wiederholten Aussagen der Landespolitik besonders für den Ausbau der Windkraft. Dann sollten die in den Planungs- und Verwaltungsverfahren durchzuführenden Beteiligungsmaßnahmen in einem eigenen Abschnitt dargestellt werden.

Dies gilt für die zweistufige Öffentlichkeitsbeteiligung in der Bauleitplanung nach dem Baugesetzbuch, der Öffentlichkeitsbeteiligung nach dem Landesplanungsgesetz für die Aufstellung der Wind-Regionalpläne und die Öffentlichkeitsbeteiligung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren.

Zusammenzuführende Aussagen sind beispielsweise in Abschnitt 2 am Schluss enthalten.

Das Landeskabinett hat in seinem Beschluss vom 26.07.2011 eine Beteiligungs- und Akzeptanzkampagne angekündigt. Die dafür angekündigten Strukturen und Formen der Beteiligung der Öffentlichkeit und der Bürger müssen zwangsläufig im Windenergieerlass dargestellt werden.

### **Zu 3.2.1 Allgemeines**

#### **Regionalbedeutsame und raumbedeutsame Windkraftanlagen (S. 11 dritter Absatz, S. 12 zweiter Absatz am Schluss, S. 58 dritter Absatz)**

Der Erlass enthält keine die Rechtslage klärenden Aussagen zu den Begriffen der **regionalbedeutsamen** Vorhaben und der Vorhaben.

Die Regionalplanung trifft gebietliche Festlegungen nur für regionalbedeutsame Windkraftanlagen. Dies sind nach herrschender Meinung und der Rechtsprechung Anlagen von mehr als 50 Meter Nabenhöhe. Damit fallen die aktuell diskutierten Windkraftanlagen unter den Begriff der regionalbedeutsamen Windkraftanlagen.

Den Gemeinden sind mit den Darstellungen im Flächennutzungsplan nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB raumbedeutsame Anlagen zugänglich. Planungen und Maßnahmen sind dann raumbedeutsam, wenn dadurch Raum in Anspruch genommen wird oder die räumliche Entwicklung oder Funktion eines Gebiets beeinflusst wird.

Die Raumbedeutsamkeit spielt somit für die Gemeinden insoweit eine Rolle, als es um Windkraftanlagen unter 50 m Nabenhöhe geht und für diese Anlagen ein Regelungsbedarf durch Darstellungen im Flächennutzungsplan besteht. Dies gilt für kleine Windkraftanlagen, deren Bau im Außenbereich zunehmend eine Rolle spielt und deshalb ebenfalls von den aktuellen gemeindlichen Überlegungen für Konzentrationszonen erfasst wird.

Darstellungen für Windkraftanlagen in den Flächennutzungsplänen würden bei Vorliegen der Raumbedeutsamkeit für Kleinwindanlagen zu einem Ausschluss außerhalb der Konzentrationszonen führen.

Dies bedarf einer Rechtsdarstellung im Windenergieerlass (s. z.B. S. 12 Mitte letzter Satz).

### **Zu 1.3 Bürgerwindkraftanlage/Bürgerwindpark**

In Absatz 3 sollten neben den Stadtwerken auch die gerade bei kleineren Gemeinden zunehmende Bedeutung erlangenden Gemeindewerke genannt werden.

Bereits im Kabinettsbeschluss vom 26.7.2011 wird auf die besondere Bedeutung der Liegenschaften des Staatsforstes hingewiesen. Vertreter des MLR haben betont, dass Vorverträge für Landesliegenschaften nur mit Zustimmung der Gemeinden abgeschlossen werden.

Das Land Rheinland-Pfalz hat angekündigt, beim Ausbau der Windkraft in Waldgebieten eng mit den Kommunen zu kooperieren; der Landesforstbetrieb werde seine Standorte im Staatswald in kommunale Windparks einbringen und sei bereit, dabei auf bis zu 30 Prozent seiner Pachteinnahmen zu verzichten. Wir halten diese Gesichtspunkte auch für einen Solidarpakt in Baden-Württemberg für überlegenswert.

### **Zu 2. Zielsetzung und Adressaten**

Dieser Abschnitt gehört an den Anfang des Erlasses.

### **Zu 3. Planungsgrundlagen**

Die Regionalplanung und die Bauleitplanung sollten in getrennten Abschnitten geregelt werden.

Wir weisen wie bereits in der Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Änderung des Landesplanungsgesetzes darauf hin, dass es zu Parallelverfahren in Regionalplanung und der Bau-

leitplanung kommen wird, obwohl die planungsrechtlichen Anforderungen weitgehend identisch sind. Damit entstehen Abstimmungsschwierigkeiten und doppelte Planungskosten. Sind die Gemeinden mit ihren Wind-Flächennutzungsplänen vor den Regionalplänen fertig, müssen die Gemeinden wegen der Anpassungspflicht im Baugesetzbuch ggf. ihre Flächennutzungspläne ändern; das ist mit nicht zu rechtfertigenden Kosten verbunden.

### **Zu 3.1 Kommunale Wertschöpfung**

Die Überschrift ist missverständlich. Es geht um die regionale und die lokale bzw. örtliche Wertschöpfung. Die Wertschöpfung bezieht sich bekanntermaßen auf die regionale Wirtschaft bzw. Wirtschaft in Baden-Württemberg. Örtliche Bezugspunkte sind die Verpachtung der geeigneten Grundstücke durch die Grundstückseigentümer, also insbesondere die Landwirte und natürlich auch die Gemeinden.

Die in diesem Abschnitt enthalten Aussagen zur vergaberechtlichen Bedeutung der Verpachtung von Grundstücken sind im Hinblick auf die vom OLG Düsseldorf veranlasste Rechtsprechung des EuGH zu aktualisieren. Dabei ist zu differenzieren zwischen der Rechtslage nach dem Kartellvergaberecht und der VOB. Für die Anwendung des Vergaberechts muss auf jeden Fall ein Bauauftrag vorliegen (siehe auch den durch die VOB 2009 geänderten Begriff der Baukonzession).

Dabei ist davon auszugehen, dass Pachtverträge kein Bauauftrag i.S. des § 99 GWB sind, ebenso wenig eine Baukonzession. Die der Entscheidung des OLG Bremen vorangegangene Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf wurde durch die Grundsatzentscheidung des EuGH vom 25.03.2010 auf den vergaberechtlich relevanten Bauauftrag zurückgeführt. Danach spielen folgende drei Kriterien eine Rolle: durch schriftlichen Vertrag vereinbarte einklagbare Bauverpflichtung, Leistung stellt ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber dar und es muss ein entgeltlicher Vertrag oder ein Baukonzession vorliegen. Diese Voraussetzungen sind erkennbar nicht erfüllt.

Die Aussagen zu Gewerbesteuerzahlungen sind zu begrüßen, sollten aber um die aktuellen Aufteilungswerte ergänzt werden; dazu gehören auch Hinweise auf mögliche Absprachen zwischen der Standortgemeinde und der Sitzgemeinde des Investors.

Der letzte Satz gehört zum nächsten Abschnitt (also zu 1.4).

#### **Zu 3.1.1 Bisherige Rechtslage**

Zur Verdeutlichung, auch um Missverständnisse von vornherein auszuräumen, sollte sich die Überschrift auf die „Rechtslage bis zur Änderung des Landesplanungsgesetzes 2012“ beziehen.

Die Formulierung „bisherige Rechtslage“ bezieht sich in ihrem sprachlichen Inhalt auf eine **nicht mehr** bestehende Rechtslage, während dann im Text ausgeführt wird, es sei vorgesehen, das Landesplanungsgesetz zu ändern.

Bei der Darstellung der Rechtslage sind auch Aussagen zu machen über den derzeit geltenden Text des **Landesentwicklungsplans** und der **Pflicht** der Regionalverbände, Wind-Regionalpläne mit der „schwarz-weiß-Planung“ aufzustellen (siehe die noch geltende Fassung des Landesplanungsgesetzes und des Landesentwicklungsplans).

#### **Zu 3.1.2 Zukünftige Rechtslage**

Auch hier gelten die entsprechenden Ausführungen zum vorherigen Abschnitt.

Es geht um die „Rechtslage nach Änderung des Landesplanungsgesetzes“ und nicht um die zukünftige Rechtslage. Die Überschrift dürfte nach Bekanntmachung der Änderung des Landesplanungsgesetzes zu Missverständnissen führen, zumal zu erwarten ist, dass der Erlass in engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren im Landtag herauskommen wird.

Entgegen dem derzeit noch geltenden Recht haben die Regionalverbände keine Planungspflicht (mehr), sondern nur noch eine Ermächtigung für die Ausweisung von Vorranggebieten.

In Zusammenhang mit den Planungsmöglichkeiten der Gemeinden sollte klargestellt werden, dass für die gemeindliche Planungskompetenz durch die Änderung des Landesplanungsgesetzes die raumordnerischen Hindernisse beseitigt werden.

Bei den „einschlägigen bau- bzw. immissionsschutzrechtlichen Vorschriften“ sollten auch die Vorschriften des Natur- und Artenschutzes genannt werden.

Unter Hinweis auf den Anhörungsentwurf für die Änderung des Landesplanungsgesetzes wird auf die beabsichtigte Aufhebung der Wind-Regionalpläne hingewiesen. Viele Regionalverbände sind aber bereits dabei, unter Berücksichtigung der zu erwartenden Ermächtigung für die Ausweisung von Vorranggebieten, die bestehenden Wind-Regionalpläne selbst aufzuheben bzw. zu ändern.

Der vorgesehene Gesetzentwurf enthält 3 maßgebende Änderungen des Landesplanungsgesetzes: die Vorgaben des Landesentwicklungsplans hinsichtlich der Windkraft sind nicht mehr anzuwenden, die Regionalverbände können Vorranggebiete ausweisen und die bestehenden Wind-Regionalpläne werden aufgehoben. Diese drei Regelungsinhalte sollten im Erlass genannt werden, um die Bedeutung der Rechtsänderung deutlich zu machen.

### **Zu 3.2.1 Allgemeines**

In Abschnitt 2 sollte die Bedeutung der Klimaschutz-Novelle zum Baugesetzbuch von 2011 beschrieben werden.

Wenn es in diesem Abschnitt heißt, dass die Belange des Klimaschutzes keinen Vorrang vor anderen Belangen haben, gilt dies ganz allgemein für die Bauleitplanung, also auch für die Belange der Windkraft. Dabei sollte in diesem Abschnitt auf die grundsätzlichen Aussagen des Bundesverwaltungsgerichts zum Abwägungsgebot des § 1 BauGB eingegangen werden (z.B. zum Abwägungsausfall, Abwägungsdefizit, Abwägungsdisproportionalität).

Im letzten Absatz wird zutreffend auf die Anpassungspflicht der Gemeinden an die Ziele der Raumordnung und damit nicht nur den Landesentwicklungsplan, sondern auch die Wind-Regionalpläne eingegangen. Hier gehören auch Ausführungen in den Erlass, wonach Flächennutzungspläne mit Darstellungen aus der Zeit vor Wirksamwerden der Wind-Regionalpläne immer noch gelten und mit der Änderung des Landesplanungsgesetzes und der Aufhebung der Wind-Regionalpläne quasi wieder „aufleben“ (siehe insoweit Erlass Regierungsbezirk Freiburg).

### **Zu 3.2.2 Flächennutzungsplan**

In der Rechtsprechung und Literatur gibt es für die Darstellung im Flächennutzungsplan auf Grund § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die unterschiedlichsten Begrifflichkeiten: Planvorbehalt, positive Standortzuweisungen, Konzentrationszonen, Darstellungsprivileg (so auch teilweise im Erlass-Entwurf – jedoch kein einheitliche Beschreibung). Darauf sollte eingegangen werden und dann im Erlass selbst dann nur ein Begriff verwendet werden.

Die Darstellung zu den Anforderungen der kommunalen Bauleitplanung für Konzentrationszonen ist zu unübersichtlich. Es geht insbesondere um folgende 3 Grundsätze:

- keine Negativplanung / keine Verhinderungsplanung
- positive Planung (mindestens ein Standort)
- gesamträumliches Konzept.

Der Erlass geht auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein, wonach die Gemeinde bei ihrer Planung der Windkraft substanziell Raum zu geben hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat zur Begrifflichkeit, was unter der Windkraft substanziellen Raum zu geben zu verstehen ist, wiederholt Ausführungen gemacht. Danach kann diese nicht durch Zahlen oder durch räumliche Dichte der Standorte definiert werden; es kommt demgegenüber auf die örtliche Situation an. Die Aussagen im Erlass sollten präzisiert werden um Aussagen, wonach dazu keine Werte (z.B. Mindestzahl oder –umfang von Flächen) genannt werden können, sondern eine Einzelfallbeurteilung nach den örtlichen Verhältnissen stattzufinden hat.

Die Aussagen zur Begrenzung der Höhe der Windkraftanlagen gehören in einen eigenen Absatz.

Die Aussagen zur wirtschaftlichen Bedeutung der Windkraft bzw. der Darstellung der Standorte sind in den Zusammenhang mit dem Abwägungsgebot zu setzen. Wie der Erlass an anderer Stelle vermerkt, gibt es keinen Vorrang von Belangen, aber eine besondere Bedeutung einzelner Belange aus der örtlichen Situation. Insoweit gehören die Aussagen zur wirtschaftlichen Nutzbarkeit der Konzentrationszone zum Stichwort Verhinderungsplanung.

Beim räumlichen Wind-Flächennutzungsplan sollten Aussagen zum Planungsbereich des Gesamtkonzepts aufgenommen werden. Wir gehen davon aus, dass bei einem räumlichen Teilflächennutzungsplan die Gesamtkonzepte nur auf den Planungsbereich beschränkt sind.

Flächennutzungspläne bedürfen der Genehmigung, wobei die Genehmigung innerhalb von 3 Monaten nach Vorlage des Genehmigungsantrags zu erteilen ist. Im Hinblick auf die Bedeutung der Förderung des Ausbaus der Windenergie sind die Genehmigungsbehörden anzuhalten, die Vollständigkeit der Antragsunterlagen zügig zu prüfen, diese Frist nicht auszuschöpfen und bereits im Behördenbeteiligungsverfahren während der Aufstellung des Flächennutzungsplans auf die rechtlichen Voraussetzungen der Genehmigungsfähigkeit einzugehen, also zwischen Anregungen für die planerischen Aussagen und den Genehmigungsvoraussetzungen zu unterscheiden.

Nach Ablauf der 3-Monats-Frist gilt die Genehmigung als erteilt.

### **Zu 3.2.3 Bebauungsplan**

Bebauungspläne können auch Aussagen zu einem Baurecht auf Zeit treffen.

### **Zu 4.1 Windhöffigkeit**

Der Windatlas enthält entgegen dem Erlassentwurf Werte bis zu 160 m. Insoweit ist erklärungsbedürftig, wieso im Erlassentwurf nur „bis 140 m“ steht.

Nach dem Erlassentwurf ersetzt der Windatlas kein „akkreditiertes Windgutachten“. Diese Aussage vermittelt im Zusammenhang mit diesem Abschnitt „Planungshinweise“, dass die Gemeinden ein Windgutachten in Auftrag geben müssen. Für die Gemeinden stellt sich jedoch bei Beginn des Bauleitplanverfahrens die Grundfrage nach der Bedeutung der Werte des Windatlases und die Zugrundelegung der Werte für die Bauleitplanung. Deshalb bedarf es konkreter Hinweise zu den Anforderungen an die kommunale Bauleitplanung.

Deshalb ist auch erklärungsbedürftig, wieso von Jahreswindgeschwindigkeiten von 5,3 m/s bis 5,5 m/s und im gleichen Abschnitt von 5,8 m/s bis 6 m/s in 100 m über Grund die Rede ist. Die zuerst genannten Werte sollen nach dem Kabinettsbeschluss vom 26.7.2011 angewandt werden.

Diese Erklärungsnotwendigkeit erfasst auch die Frage nach der Bedeutung der Werte des Windatlasses für die Windgeschwindigkeit in Höhen von über 100 m, also bis zu den Werten des Windatlasses bis 160 m. Da auch in diesen Höhen die genannten Werte vorliegen können, entsteht der Eindruck, dass für die Konzentrationszonen die Werte in diesen größeren Höhen zu berücksichtigen sind. Hier sollte die Sicht der Investoren zu diesen Werte dargestellt werden. Wir gehen davon aus, dass es für die Gemeinden ausreicht, nur auf die Werte von 5,3 m/s bis 5,5 m/s einzugehen.

Die Aussagen zur Mindestrendite gehören von 7 Prozent auf das eingesetzte Eigenkapital gehört zu den Aussagen für die Beachtung der Wirtschaftlichkeit bei der Abwägung (siehe bereits oben). Außerdem ist dieser Mindestsatz eine aktuelle Marktbeschreibung und dürfte einer Veränderung je nach den wirtschaftlichen Verhältnissen unterliegen.

Bei den Aussagen zur Wirtschaftlichkeit von Standorten für Windenergieanlagen ist zu unterscheiden zwischen der planerischen Ausweisung, bei der die Wirtschaftlichkeit eine abwägungserhebliche Rolle spielt und der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, bei der die Wirtschaftlichkeit Sache des Antragstellers ist.

#### **Zu 4.2.3.1 Landschaftsschutzgebiete**

Es sind konkrete Aussagen erforderlich, ob bei Flächennutzungsplanungen „in eine Befreiungslage hinein“ bereits vor Abschluss des Flächennutzungsplanverfahrens über die Befreiung zu entscheiden ist oder ob erst im späteren Genehmigungsverfahren über die Befreiung entschieden werden kann. Die Vorgehensweise, wie bisher üblich, dass die Befreiung vor dem Erlass des Flächennutzungsplanes vorliegen muss, würde zu einer deutlichen Verzögerung des Verfahrens führen und die Einhaltung der ohnehin knapp bemessenen Termine in Frage stellen.

Im Erlass sollte außerdem konkret geregelt werden, ab wie vielen Windkraftanlagen von einer „großflächigen Betroffenheit“ eines Landschaftsschutzgebiets auszugehen ist. Denkbar wäre hier auch eine Anlehnung an das UVPG mit drei Windenergieanlagen.

#### **Zu 4.2.5.2 Artenschutz in der Bauleitplanung**

Nach dem Erlass ist „in aller Regel“ auch eine Bestandsaufnahme vor Ort durch Begehung des Untersuchungsraums mit Erfassung des Arteninventars notwendig.

Für die künftigen Standorte von Windkraftanlagen dürften in den wenigsten Fällen ausreichende Datengrundlagen vorliegen. Damit ist sowohl für die Regionalplanung, als auch für die Bauleitplanung sowie das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren die genannte Bestandsaufnahme erforderlich. Das Land hat angekündigt, dass die LUBW entsprechende Daten erst 2013 zur Verfügung stellen kann.

Dies legt nahe, dass vor 2013 keine Planungsverfahren für die Standorte von Windenergieanlagen abgeschlossen werden können.

Diese Situation hat somit erhebliche Auswirkungen auf den Ausbau der Windkraft in Baden-Württemberg. Die Ausweisung von Standorten ist daher außerordentlich verfahrensaufwendig und auch wegen der Datenerfassung kaum zeitnah zu realisieren.

Damit deutet sich an, dass dies zu einem erheblichen Verfahrenshemmnis für den Ausbau der Windkraft in Baden-Württemberg wird.

Zu der genannten Datengrundlage gehören auch detaillierte Informationen zu den Rast- und Überwinterungsgebieten von Zugvögeln mit internationaler und nationaler Bedeutung.

#### **Zu 4.2.6 Landschaftsbild**

Die Aussagen in diesem Abschnitt sind im Zusammenhang mit den grundsätzlichen Ausführungen zum bauleitplanerischen Abwägungsgebot nach dem Baugesetzbuch zu sehen – auf diese an anderer Stelle gemachten Aussagen ist daher zu verweisen.

#### **Zu 4.3 Abstände aus Gründen des Lärmschutzes**

Im Entwurf des Windenergie-Erlasses ist für die Regionalplanung und für die Flächennutzungspläne ein Mindestabstand zu Wohngebieten von 700 m genannt. Dieser Wert wurde bereits im Zusammenhang mit der Aufstellung von Wind-Regionalpläne im Jahre 2003 genannt und dann im Jahre 2010 erneuert (7-Punkte-Programm); genau genommen lag der Bezug 2003 bei der Regionalplanung und 2010 beim Immissionsschutzrecht.

Diese Aussagen berücksichtigen nicht die Bedeutung der sich aus der TA Lärm abzuleitenden Werte für die jeweiligen Baugebiete im Sinne der Baunutzungsverordnung. Die Regionalverbände haben bereits Kriterienkataloge erarbeitet, die sehr differenziert auf die Baugebiete und die mit Windkraftanlagen zu diesen Bereichen einzuhaltenden Abstände eingehen. Insoweit sollten hinweisende Aussagen gemacht werden, welche Mindestabstandswerte sich aus der TA Lärm ergeben und wie mit diesen Ergebnissen in der planerischen Abwägung umgegangen werden kann.

#### **Zu 5.1 Immissionsschutzrechtliche Verfahren**

Die Aussagen im Windenergieerlass sind zu ergänzen um die Beratungspflicht der Immissionsschutzbehörde gegenüber den Antragstellern und der Vollständigkeitsbestätigung sowie um die Durchführung des Erörterungstermins.

Es ist klar zu stellen, ob die Konzentrationswirkung auch für das regionalplanerische Zielabweichungsverfahren gilt.

#### **Landesbauordnung**

Die Landesbauordnung, zumindest deren verfahrensrechtlichen Regelungen finden im immissionsschutzrechtlichen Verfahren keine Anwendung. Damit ist beispielsweise eine förmliche Anhörung der Gemeinde nach der Landesbauordnung nicht geboten, wenn dies auch durch die Behördenbeteiligung nach dem Immissionsschutzrecht zu erfolgen hat.

Bedeutender ist aber der Wegfall der ansonsten gebotenen Beteiligung der Angrenzer und Nachbarn. Da es diese Nachbarbenachrichtigung nicht gibt, sind die Gemeinden nicht verpflichtet, die Angrenzer und Nachbarn zu beteiligen.

Unberührt bleibt selbstverständlich eine informelle Bürgerbeteiligung, also außerhalb bzw. zusätzlich zur Öffentlichkeitsbeteiligung nach den Vorschriften des Bundesimmissionsschutzgesetzes. Die Empfehlung des Erlasses an die Investoren, über die formelle Öffentlichkeitsbeteiligung die Bürger über beispielsweise Informationsveranstaltungen, sollte daher auch die Einbindung der baurechtlichen Nachbarn und der immissionsschutzrechtlichen Nachbarn erfassen.

Die Investoren sollten daher im Rahmen der im Erlass empfohlenen Informationsveranstaltung auch die Angrenzer und Nachbarn einbeziehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der immissionsschutzrechtliche Nachbarbegriff weitergeht als der baurechtliche Begriff.

### **Einvernehmen**

Die Aussagen im Entwurf des Windenergie-Erlasses zum Einvernehmen (siehe 5.1 auf S. 24 und 5.6.2.5 auf S. 36) sollten in einem eigenen Abschnitt zusammengefasst werden.

Dabei sind folgende Ergänzungen notwendig:

- Das Einvernehmen ist auch bei den Gemeinden einzuholen, die Baurechtszuständigkeit haben. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts von 2004 betrifft nur baurechtliche Entscheidungen, aber keine immissionsschutzrechtlichen Verfahren.

- Die Landesbauordnung, die bauordnungsrechtlichen Verfahrensregeln gelten im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren nicht. Die Ersetzungsvorschrift für das gemeindliche Einvernehmen kann als Annex zu § 36 BauGB gesehen werden und wäre dann auch im immissionsschutzrechtlichen Verfahren anwendbar. Damit ist aber die Zuständigkeit für die Entscheidung über das Ersetzen des gemeindlichen Einvernehmens klärungsbedürftig. Unabhängig davon ist bei Anwendung der LBO für die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens darauf hinzuweisen, dass trotz des Wortlauts der Landesbauordnung, die eine Ermächtigung regelt, nach der Rechtsprechung des BGH die zuständige Behörde wegen der gebundenen Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens und damit aus Amtshaftungsaspekten zur Ersetzung des Einvernehmens verpflichtet ist.

### **Zu 5.2 Öffentlichkeitsbeteiligung**

Da für Windkraftanlagen regelmäßig nur das vereinfachte immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren vorgeschrieben ist, empfiehlt der Erlass den Investoren den Antrag auf Durchführung eines förmlichen Verfahrens, in dem eine Öffentlichkeitsbeteiligung durchgeführt wird. Dies ist aber im Hinblick auf die Zielsetzungen des Landes für eine verstärkte Bürgerbeteiligung nur als unzureichend anzusehen – selbst, wenn die Investoren aus eigenem Interesse neben den verfahrensrechtlichen Vorgaben Informationsveranstaltungen vor Ort mit Unterstützung der Gemeinden durchführen.

Insoweit interessieren die Überlegungen des Landes, ob Initiativen zur Änderung des Verwaltungsverfahrensrecht bzw. des Bundesimmissionsschutzrechts ergriffen werden sollen.

In diesem Abschnitt sollte auch unterschieden werden zwischen den rechtlichen Vorgaben des Immissionsschutzrechts für eine Öffentlichkeitsbeteiligung und deren Inhalt und die frei gestaltbaren Informationsveranstaltungen.

### **Zu 5.4 Gebühren**

Die Gebühren in Verwaltungsverfahren sollen nicht nur den Verwaltungsaufwand der Genehmigungsbehörden abdecken, sondern auch den Verwaltungsaufwand aller am Genehmigungsverfahren beteiligten Behörden (unabhängig davon, dass es nach dem System des Gebührenrechts keine Aufteilung des Gebührenaufkommens auf die am Verfahren beteiligten Behörden gibt). Dann sollten die Genehmigungsbehörden diesen Grundsatz bei der Gebührenbemessung berücksichtigen.

Nach Hinweisen unserer Mitglieder werden im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren auch zusätzliche Gebührenanteile für die Genehmigungsverfahren erhoben, die nach dem BImSchG der Konzentrationswirkung unterfallen. Grundlage dafür ist das geltende Gebührenrecht. Dies bedarf einer rechtlichen Klarstellung bzw. Klärung der Rechtslage.

## **Zu 5.5 Überwachung**

Nach diesem Abschnitt sind die Baurechtsbehörden für den nach der Erteilung der Genehmigung erforderlichen Vollzug von Vorschriften des öffentlichen Baurechts zuständig. Dies legt nahe, dass diese Vollzugsmaßnahmen eine eigenständige Leistung im Sinne des Gebührenrechts sind und daher die Städte und Gemeinden mit Baurechtszuständigkeit dafür eine Verwaltungsgebühr nach den Vorschriften des Kommunalabgabengesetzes in Verbindung mit der örtlichen Satzung erheben können. Da den Städten und Gemeinden dafür Verwaltungsaufwand entsteht, ist die Rechtslage klarstellend zu beschreiben. Sollte eine Gebührenpflicht für diese Vollzugsmaßnahmen verneint werden, bedarf es im Interesse dieser Städte und Gemeinden und nach dem Rechtsgedenken des Konnexitätsprinzips einer gesetzlichen Ermächtigung für eine Gebührenerhebung.

### **5.6.2.1 Im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplan (§ 30 BauGB)**

Der Erlass verwendet an mehreren Stellen den Begriff des Windparks. In diesem Abschnitt steht er in einem konkreten bauplanungsrechtlichen Zusammenhang, in anderen Abschnitten mehr in umgangssprachlicher Form (z.B. 1.4 Bürgerwindpark).

Es sollte deshalb eine Begriffsbestimmung aufgenommen werden und seine rechtliche Bedeutung erläutert werden.

### **Zu 5.6.2.3 Im Außenbereich (§ 35 BauGB)**

Darstellungen des Flächennutzungsplans stehen einem entsprechenden Vorhaben „in der Regel“ entgegen. Damit sind Vorhaben außerhalb der Konzentrationszonen denkbar; die Rechtsprechung verlangt, dass kein Verstoß gegen das gemeindliche Gesamtkonzept für die Konzentrationszonen vorliegt.

Die von der Rechtsprechung für die Bedeutung des Rücksichtnahmegebots maßgebenden Grundsätze, wann eine optisch bedrängende Wirkung vorliegt, sollten beschrieben werden.

Bei der Zurückstellung sollte als Voraussetzung die Bekanntmachung des Aufstellungsbeschlusses genannt werden.

### **Zu 5.6.2.4 Erschließung**

Die Rechtsprechung hat bisher lediglich zu den Anforderungen der Erschließung für den späteren Betrieb Stellung genommen. Danach genügen im Regelfall die für die Bewirtschaftung der Feldgrundstücke erforderlichen Feldwege.

Anders zu beurteilen ist die Zugänglichkeit während der Bauphase. Der Investor wird schon aus eigenem Interesse für die Bauausführung für die entsprechend Zuwegung sorgen.

### **Zu 5.6.2.6 Rückbauverpflichtung**

Die Erklärung über die Rückbauverpflichtung ist Zulässigkeitsvoraussetzung. Bei einer fehlenden oder unzureichenden Rückbauverpflichtung liegen die Genehmigungsvoraussetzungen nicht vor, die Genehmigung ist zu versagen.

Die Genehmigungsbehörde entscheidet im Rahmen ihres Ermessens über die Art der Sicherung. Eine Baulast ist regelmäßig nicht ausreichend. Der Grundstückseigentümer hat zwar ein Interesse an einem Rückbau nach Aufgabe der Nutzung, ist aber nicht der Rückbauverpflichtete.

Als geeignete Form der Sicherung des Rückbaus kommt daher keine Baulast, sondern nur ein entsprechende Bankbürgschaft in Frage.

Die Sicherheitsleistung muss bei Baubeginn vorliegen. Es kann von einer Sicherheitsleistung in Höhe von zumindest 6,5 Prozent der Gesamtinvestitionskosten ausgegangen werden (siehe Windenergie-Erlass NRW vom 11.7.2011).

Die Gemeinde kann im Rahmen der Entscheidung über das Einvernehmen eine effektive Rückbauverpflichtung einfordern.

#### **Zu 5.6.4.4 Denkmalschutz**

Der VGH hat die Bedeutung des Klimaschutzes bei Ermessensentscheidungen der Denkmalschutzbehörden betont. Diese Rechtsprechung hat zweifellos Auswirkungen auch auf die Beurteilung der Auswirkungen von Windkraftanlagen. Der Erlass sollte eine entsprechende Bewertung enthalten.

Die meisten Dorfkirchen stellen Kulturdenkmale gemäß § 12 bzw. § 28 DSchG dar. Durch die höhenbedingte Fernwirkung von Windkraftanlagen besteht in der Regel eine Blickbeziehung zum Kirchturm und damit auch ein Einfluss auf dessen Erscheinungsbild. Es ist deshalb darzustellen, wie damit im Rahmen des § 15 Abs. 3 DSchG umgegangen werden soll.

#### **Zu 5.6.4.9 Luftverkehrsrecht**

Wir bitten, die Bauschutzbereiche für Segelflugplätze zu nennen.

#### **Interkommunale Zusammenarbeit**

In der aktuellen Diskussion spielt bei den Gemeinden das Thema interkommunale Zusammenarbeit eine immer größere Rolle. Der Erlass sollte daher folgende Aussagen zur interkommunalen Zusammenarbeit enthalten:

- mögliche Formen der Interkommunalen Zusammenarbeit (u.a. GKZ, §§ 204 und 205 BauGB)
- strukturelle Darstellung dieser Formen
- Bedeutung dieser Formen der interkommunalen Zusammenarbeit für die Ausweisung von Konzentrationszonen. Wir gehen davon aus, dass der Grundsatz der positiven Planung bedeutet, dass für den gesamten Planungsbereich nur eine einzige Konzentrationszone planungsrechtlich geboten ist, jedoch nicht für jede einzelne Gemeindegemarkung (andere Abwägungserfordernisse bleiben insoweit unberührt).

Weitere Aussagen sollten sich auf das Recht nach § 15 BauGB beziehen, die Zurückstellung von Baugesuchen zu beantragen. Der Wortlaut benennt dazu die Gemeinde, während bei einer interkommunalen Zusammenarbeit quasi der gemeinsame „Planungsträger“ die Konzentrationszonen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ausweist.

### **Regionalpläne in den beiden Staatsvertragsgebieten**

Der Windenergieerlass befasst sich nicht mit der regionalplanerischen Rechtslage in den beiden Staatsvertragsgebieten. Es sollten deshalb besondere Hinweise für die räumlichen Bereiche der beiden Staatsvertragsgebiete gegeben werden (Änderung des Staatsvertrags mit welchem Ziel).

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, reading 'Johannes Stingl'. The signature is written in a cursive style with a large initial 'J' and a stylized 'S'.

Johannes Stingl  
Beigeordneter