[redacted]

Stadtverwaltung Attendorn

Stadtplanung

Kölner Straße 12

57439 Attendorn

Stellungnahme im Rahmen der frühzeitigen Beteiligung zum Teil-FNP Windenergie der Stadt Attendorn

Sehr geehrte Damen und Herren,

Hiermit möchte ich, [redacted], von der Möglichkeit Gebrauch machen, im Rahmen der frühzeitigen Beteiligung der Öffentlichkeit zum Entwurf des Teilflächennutzungsplans Windenergie der Hansestadt Attendorn Stellung zu beziehen. Die [redacted] ist seit mehreren Jahren mein Vertragspartner und plant auf der Konzentrationszone „Fläche 10" mehrere Windenergieanlagen. Die für eine Umsetzung erforderlichen Nutzungs- und Baulastverträge sind mit mir und weiteren betroffenen privaten Personen geschlossen und es besteht aus unserer Sicht eine durchaus berechtigte Umsetzungshoffnung und auch eine Umsetzungserwartung gegenüber der [redacted] als Projektentwicklerin des Vorhabens. **Ich plädiere daher dafür, dass die Fläche 10 auch weiterhin im Teil-FNP Windenergie der Hansestadt Attendorn enthalten bleibt und als Konzentrationszone unter Beachtung der weiteren Ausführungen ausgewiesen wird.**

In dem Entwurf der Standortuntersuchung, auf die der Zuschnitt der Konzentrationszonen basiert (vgl. Begründung FNP, S. 29) wird vorgeschlagen, dass die WEA inklusive Mast, Fundament und Rotor innerhalb der geplanten Konzentrationsflächen gelegen sein müssen (vgl. Standortuntersuchung, S. 8). Diese Vorgabe würde im Zusammenwirken mit der Abgrenzung der Konzentrationsflächen (1.000 m Abstand zu Gebieten, die nicht nur ausnahmsweise dem Wohnen dienen) das Potenzial der Konzentrationszonen massiv beschränken.

Wenn alle Bauteile der WEA innerhalb der Konzentrationszone liegen sollen, müsste sich das Windparklayout entsprechend dieser Vorgabe anpassen und die WEA-Standorte inklusive ihrer Rotorlänge (ca. 80m) nach innen verschieben, um die Konzentrationszone mit dem Rotorradius nicht zu überragen. Durch diese verengende Festlegung wären große Teilbereiche der Potentialgebiete nicht oder nur deutlich erschwert (extreme Hang- oder Tieflagen) nutzbar. Die WEA würden somit gezwungenermaßen insgesamt näher beieinanderstehen, wodurch die Planung auf unzumutbare Art und Weise beeinträchtigt werden würde. Die Beeinträchtigungen betreffen die baulichen Aufwendungen im Rahmen der Umsetzung als auch die Betriebssicherheit aufgrund der zunehmenden Turbulenzintensität. Darüber hinaus würde ein diese Einschränkungen berücksichtigendes Windparklayout erhebliche Ertragseinbußen bedeuten, die wiederum negativen Einfluss auf Pachten und Beteiligungshöhen der Stadt Attendorn zur Folge hätten. Unter diesen Umständen erscheint die Bewertung, dass mit dem FNP inklusive der „Rotorregelung" zum einen substanziell Raum und zum anderen ein dringend erforderlicher Mehrwert für die dezentrale Energiewende geschaffen wird, zumindest sehr fraglich.

Um die bisherigen Ausführungen auch juristisch fundiert zu unterlegen, beziehe ich mich zudem auf die beigefügte Stellungnahme von [redacted], der ich mich inhaltlich vollumfänglich anschließe.

Mit freundlichen Grüßen,

[redacted]

[redacted]

[redacted]

[redacted]

03.12.2021

[redacted]

[redacted]

Sie baten uns um rechtliche Beurteilung des im Entwurf befindlichen Teilflächennutzungsplans „Windenergie" der Stadt Attendorn, Vorgang 141/200. Der Sitzungsvorlage zur Stadtverordnetenversammlung am 03.11.2021 sind diverse Anlagen beigefügt, unter anderem Anlage 6 zur „Standortuntersuchung Potentielle Flächen zur Ausweisung von Konzentrationszonen für die Windenergie Hansestadt Attendorn" der VDH Projektmanagement GmbH. Dort heißt es unter Ziff. 1.5 Referenzanlage:

> *„Die Windenergieanlage muss mit allen Bauteilen (Fundament, Mast und Rotor) vollständig innerhalb der Konzentrationszone liegen (vgl. BVerwG, Urteil vom 11.04.2013 - 4 CN 2.12; OVG NRW, Urteil vom 05.07.2017 - 7 D 105/14.NE; OVG NRW, Urteil vom 06.03.2018 - 2 D 95/15.NE).* ***Alle Abstandskriterien beziehen sich somit auf den Abstand der Nutzung zu der äußersten Rotorspitze der Windenergieanlage.*** *Lediglich die bauordnungs-rechtlichen Abstandsflächen dürfen außerhalb der Konzentrationszonen liegen.",*

[redacted]

[redacted]

vgl. Standortuntersuchung Potentielle Flächen zur Ausweisung von Konzentrationszonen für die Windenergie, Hansestadt Attendorn, S. 8. (Hervorhebung durch Unterzeichner)

Diese Formulierung verdeutlicht, dass nach dem Standortkonzept alle Abstandskriterien - also auch der 1.000 m-Mindestabstand zu bestimmten Wohnnutzungen nach § 2 Abs. 1 BauGB-AG NRW - ab der Rotorblattspitze gerechnet werden sollen. In Kombination mit der Forderung, dass die WEA mit sämtlichen Bauteilen innerhalb der Konzentrationszone liegen muss, hat dies zur Folge, dass der ab dem Mastmittelpunkt anzusetzende **1.000 m-Abstand im Ergebnis um die Länge des Rotorblattes vergrößert wird**. Es stellt sich die Frage, ob eine derartige Vorgabe in einem Flächennutzungsplan rechtlich zulässig ist.

I. In der Standortuntersuchung zitierte Rechtsprechung

Die Ausführungen der Standortuntersuchung, Anlage 6 der zur Verfügung gestellten Dokumente, sehen unter Ziff. 1.5 Referenzanlage vor, dass die Windenergieanlage mit allen Bauteilen vollständig in der Konzentrationszone liegen muss. Dabei wird auf Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts sowie des Oberverwaltungsgerichts NRW verwiesen. Das dort zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.04.2013 - 4 CN 2.12 thematisiert in seiner Entscheidung allerdings allein Fehler im Abwägungsvorgang eines Regionalplans aufgrund der fehlenden Differenzierung von harten und weichen Tabuzonen sowie rechtliche Fragen möglicher Entschädigungsansprüche. Es trifft hingegen keine Aussage dazu, ob sämtliche Bauteile einer WEA innerhalb des Geltungsbereichs eines regionalplanerischen Vorrang- oder Eignungsgebietes liegen müssen. Auch der dem Urteil zugrunde liegenden Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Bautzen (Urteil vom 10.11.2011 - 1 C 17/09) ist eine solche Aussage nicht zu entnehmen. Entsprechend verhält es sich mit den beiden weiter zitierten Urteilen des OVG NRW. Diese betreffen Flächennutzungsplanungen, thematisieren inhaltlich aber lediglich die rechtlichen Anforderungen an das Abwägungsgebot sowie die einzelnen Stufen des Abwägungsvorgangs im Rahmen der Aufstellung eines

[redacted]

Flächennutzungsplans und die Differenzierung und Bewertung einzelner Aspekte als harte bzw. weiche Tabukriterien. Das Urteil des OVG NRW vom 05.07.2017 - 7 D 105/14 setzt sich im Einzelnen konkret mit der Unzulässigkeit eines generellen Mindestabstandes von 500 m als hartes Tabukriterium auseinander. Die Entscheidung des Gerichts vom 06.03.2018 - 2 D 95/15.NE betrifft die ungenügende zeichnerische Darstellung des dortigen Flächennutzungsplans sowie Abwägungsmängel. Weiter treffen beide Urteile des OVG NRW die Aussage, dass den dortigen Gebietsuntersuchungen Windenergieanlagen gemäß dem damaligen Stand der Technik bzgl. Ausmaß und Leistungsfähigkeit zugrunde gelegt wurden. Dass sich dabei sämtliche Bauteile der Anlagen innerhalb der Konzentrationszone befinden müssen, ist den Entscheidungen hingegen gerade nicht zu entnehmen.

Die zitierte Rechtsprechung kann insofern nicht zur Begründung einer Vorgabe, wie sie die hiesige Standortuntersuchung trifft, herangezogen werden.

II. Konflikt mit gesetzlicher Vorgabe des BauGB-AG NRW

Unabhängig von der Frage, ob WEA mit sämtlichen Bauteilen zwingend innerhalb der Konzentrationszone liegen müssen, ist zu prüfen, inwieweit die oben beschriebene Herangehensweise der Stadt, den landesrechtlichen 1.000 m-Mindestabstand zu bestimmten Wohnnutzungen im Hinblick auf die äußere Abgrenzung der geplanten Konzentrationszonen anzusetzen, gegen § 2 Abs. 1 BauGB-AG NRW verstößt. Der Landesgesetzgeber hat mit Schaffung dieser Vorschrift von der Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB Gebrauch gemacht. In § 2 Abs. 1 BauGB-AG NRW heißt es:

> *„§ 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*

[redacted]

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." (Hervorhebung durch Unterzeichner)*

Diese Vorschrift regelt damit einen einzuhaltenden Abstand von 1.000 m zwischen (Wohn-)Nutzungen im Sinne der Vorschrift und WEA, da in einem darunterliegenden Abstand Windenergieanlagen nicht mehr als privilegiert i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB anzusehen sind. Der Abstand von 1.000 m bemisst sich dabei von der Mitte des Mastfußes der WEA. Durch die im FNP-Verfahren der Stadt Attendorn getroffene Formulierung wird von dieser Abstandsregelung aber **zulasten der Windenergie abgewichen**. Gemäß Anlage 6, Standortuntersuchung, Ziff. 1.5, S. 8, beziehen sich alle Abstandskriterien – auch der Mindestabstand von 1.000 m - nämlich auf die äußerste Rotorspitze und nicht auf den Mastmittelpunkt. Sofern sich also alle Anlagenteile der WEA innerhalb der Konzentrationszone befinden müssen, wird von der o.g. landesgesetzgeberischen Vorgabe des § 2 Abs. 1 BauGB-AG NRW abgewichen und der Abstand von 1.000 m zu Wohnnutzungen zusätzlich um den jeweiligen Rotorradius erhöht.

Dass ein solches Vorgehen unzulässig ist, verdeutlicht die Gesetzesbegründung zum Bau-AG NRW, Drucksache 17/13426 v. 21.04.2021, die sich wiederum auf § 249 Abs. 3 BauGB bezieht:

„Die Landesregierung Nordrhein-Westfalen macht von der mit der Änderung des Baugesetzbuches eröffneten Möglichkeit Gebrauch: Durch einen großzügig bemessenen Regel-Mindestabstand im Sinne eines Vorsorgeabstandes, von dem jede einzelne Gemeinde mittels Bauleitplanung ***im Sinne geringerer Abstandsanforderungen abweichen kann****, bietet der Gesetzgeber in einem transparenten und*

[redacted]

bewährten Verfahren die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den Erfordernissen des weiteren Ausbaus der Erneuerbaren Energien mittels Windenergie und den zu berücksichtigenden Interessen der örtlichen Wohnbevölkerung. Wo eine Gemeinde dies wünscht und eine entsprechende Bauleitplanung trifft, bleibt der Ausbau der Windenergie bis zu den bisherigen Grenzen des Immissionsschutzrechts möglich." (Hervorhebung durch Unterzeichner)

Vgl. Drucksache 17/13426 vom 21.04.2021, S. 11.

Konkret heißt es zur Begründung des § 2 Absatz 1 weiter:

„(…) Die Ermächtigungsgrundlage des § 249 Absatz 3 des Baugesetzbuches eröffnet dem Landesgesetzgeber nicht die Möglichkeit, den Privilegierungstatbestand des § 35 Absatz 1 Nummer 5 des Baugesetzbuches ganz oder nahezu vollständig durch die Festlegung von Mindestabständen auszuschließen. Der Bundesgesetzgeber hat – anders noch als in der Länderöffnungsklausel, von der die Länder bis zum 31. Dezember 2015 Gebrauch machen konnten – schon selbst eine Begrenzung eingefügt, indem er den ***Mindestabstand auf maximal 1 000 Metern zu baulichen Nutzungen für Wohnzwecke beschränkt.*** *Es ist der Gesetzesbegründung für die Ermächtigungsklausel (vgl. BT-Drs. 19/20148) nicht zu entnehmen, ob der Bundesgesetzgeber mit dieser Beschränkung bereits Vorsorge dafür getroffen hat, dass die bundesrechtliche Grundentscheidung für den Privilegierungstatbestand durch landesrechtliche Abstandsregelungen weder rechtlich noch faktisch ausgehebelt werden kann.*

In der Gesamtschau der Belange (siehe dazu im Allgemeinen Teil der Begründung) erweist sich ein Regel-Mindestabstand im Sinne eines Vorsorgeabstandes von 1 000 m in Anwendung des § 249 Absatz 3 Satz 2 BauGB als angemessen.

Jedenfalls wird auch in dem dicht besiedelten Nordrhein-Westfalen bei Festlegung des ***maximal möglichen Mindestabstands von 1 000 Metern*** *zu unterschiedlich festgelegten Schutzobjekten die*

[redacted]

Privilegierung nicht ausgehöhlt. (...)." (Hervorhebung durch Unterzeichner)

Vgl. Drucksache 17/13426 vom 21.04.2021, S. 13.

Für eine Erhöhung des planungsrechtlichen Mindestabstandes von 1.000 m besteht also schon nach der von ihrem Wortlaut her eindeutigen Ermächtigungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB keine Grundlage.

Damit widerspricht die durch die Stadt Attendorn beabsichtigte Vorgabe, dass sich sämtliche Anlagenteile innerhalb der Konzentrationszone befinden müssen, im Zusammenhang mit der äußeren Begrenzung der Konzentrationszonen durch den 1.000 m-Mindestabstand den landesgesetzlichen Vorgaben des BauGB-AG NRW i.V.m. § 249 Abs. 3 BauGB, weil der Mindestabstand dadurch unzulässigerweise um den Rotorradius vergrößert wird.

III. Substanzieller Raum für die Windenergie

Ferner ist zu prüfen, ob die geplante Vorgabe der Stadt auch aus anderen Gründen rechtlich nicht haltbar ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Obergerichte muss sich der Plangeber am Ende seiner Planungs- und Prüfschritte zur FN-Planung in einem zusätzlichen Prüfungsschritt darüber Klarheit verschaffen, ob er der Windenergienutzung hinreichenden Raum entsprechend der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers, eben eine substanzielle Chance, eingeräumt hat. Wann dies der Fall ist, ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Obergerichte bislang nicht abschließend geklärt. Hierfür wurden von den Gerichten verschiedene Kriterien entwickelt, anhand derer Indizien dafür sprechen, ob der Windenergie substanzieller Raum geschaffen wurde. So wird als Maßstab das Verhältnis der ausgewiesenen Konzentrationszonen zur Potenzialfläche herangezogen, wobei die Potenzialfläche sich nach dem Plangebiet abzüglich der harten Tabuzonen bestimmt,

[redacted]

vgl. OVG NRW, U. v. 20.01.2020 – 2 D 100/17 -, ZNER 2020, 142; U. v. 09.09.2019 – 10 D 36/17 -; VGH Mannheim, U. v. 09.10.2012 – 8 S 1370/11 -, ZNER 2013, 93; VG Hannover, U. v. 24.11.2011 – 4 A 4927/09 -; OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 14.09.2010 – 2 A 2.10 -, ZNER 2010, 86; BVerwG, B. v. 12.07.2006 – 4 B 49/06 -.

Nach der Rechtsprechung des OVG NRW spricht jedenfalls die Ausweisung von **weniger als 10 %** der im vorgenannten Sinne zu verstehenden Potenzialfläche als Konzentrationszone dafür, dass der Windenergienutzung im Gemeindegebiet **kein substanzieller Raum** gewährt wurde,

vgl. OVG Münster, Urteil vom 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE -, ZNER 2015, 475, 479; Beschluss vom 21.01.2019 – 10 D 23/17.NE -, ZNER 2019, 171, 175; Urteil vom 20.01.2020 a.a.O., S. 157.

Die laut der Sitzungsvorlage der Stadt Attendorn derzeit empfohlenen Konzentrationsflächen umfassen 354,76 ha. Gemessen an der Potenzialfläche von ca. 4.285 ha, die nach Abzug der harten Tabukriterien verbleibt, ergibt sich eine Ausweisung von nur 8,27 % der Potenzialfläche als Konzentrationszonen,

vgl. Sitzungsvorlage 141/2021 S.4.

Gemessen an der oben aufgezeigten Rechtsprechung würde dies - entgegen der Annahme der Stadt auf S. 4 der Sitzungsvorlage - eine Verhinderungsplanung indizieren. Dies dürfte angesichts der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.03.2021 in den Verfahren BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20 umso mehr gelten. Demnach genügen die Klimaschutzvorgaben nicht dem Erfordernis, die nach Art. 20a GG verfassungsrechtlich notwendigen Reduktionen von CO_2-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität vorausschauend in grundrechtsschonender Weise über die Zeit zu verteilen. Der Übergang zur Klimaneutralität ist demnach rechtzeitig einzuleiten. Die derzeitigen Vorgaben des Klimaschutzgesetzes NRW 2021, den Anteil der Erneuerbaren Energien an der Stromerzeugung bis 2030 auf 50 % anwachsen zu lassen und bis 2050 weitgehend treibhausneutral zu sein, können - sofern ausreichend - nur

[redacted]

erreicht werden, wenn Erneuerbaren Energien, insbesondere der Windenergie als tragender Säule der Energiewende, substanziell Raum geschaffen wird.

Würde die Stadt demgegenüber die äußere Abgrenzung der vorgesehenen Konzentrationszonen um den Rotorradius einer derzeit im Binnenland marktgängigen WEA (sinnvoll und angemessen wären hier 80 m) in die Richtung der Wohnbebauung verschieben und die Konzentrationszonen entsprechend vergrößern, um im Einklang mit der 1.000 m-Regelung zu stehen, so würde sich der Anteil der auszuweisenden Konzentrationszonen an der Potenzialfläche nach Abzug der harten Tabukriterien entsprechend vergrößern; damit würde voraussichtlich ein Anteil von 10 % erreicht werden. Der Rechtsprechung des OVG Münster zur Schaffung substanziellen Raums wäre damit genüge getan.

IV. Vorschlag

Um die oben aufgezeigte Problematik zu lösen und die Flächennutzungsplanung in diesem Aspekt rechtssicher zu gestalten, **bedarf es einer Erweiterung der Grenze der Konzentrationszone um den Rotorradius marktgängiger Anlagen.** Somit würde der Mindestabstand von 1.000 m zur Wohnbebauung nicht rechtswidrig überschritten. Außerdem könnte dadurch erreicht werden, der Windenergie auf dem Stadtgebiet substanziell Raum zu schaffen. Die Vergrößerung der Konzentrationszone würde den Anteil der ausgewiesenen Fläche nach den Vorgaben der Rechtsprechung auf über 10 % erhöhen und damit die FNP-Planung rechtssicherer machen. Zudem würde die Nutzung der Konzentrationszone für die Windenergie verbessert, da die Topographie der derzeitigen Potentialgebiete durch extreme Hang- und Tieflagen die Planung erheblich erschwert. Im Hinblick auf die derzeit am Markt verfügbaren Modelle mit einem Radius von etwa 80 m wäre auf eine Erweiterung der FNP-Grenze um dieses Maß hinzuwirken.

[redacted]

Mit freundlichen Grüßen

[redacted]