

Rechtliche Kurzstellungnahme
zum
Aussetzungsinstrument des § 36 Abs. 3 LPiG-E
für Windenergievorhaben

A. Sachverhalt

Gegenstand der Kurzstellungnahme ist der Entwurf folgender Regelung, durch die im Zuge der laufenden 4. Änderung des LPiG eine Aussetzungsmöglichkeit für Windenergievorhaben in § 36 Abs. 3 LPiG vorgesehen werden soll:

Die Bezirksregierungen können die Genehmigungsbehörde im Einzelfall anweisen, die Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben der Windenergie im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 des Baugesetzbuchs auszusetzen, wenn sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet oder geändert wird, um den Flächenbeitragswert im Sinne des § 3 Abs. 1 Windenergieflächenbedarfsgesetzes oder eines daraus abgeleiteten Teilflächenziels zu erreichen und zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde.

Die Anweisung der Bezirksregierung nach Satz 1 ist bei Vorhaben, die zum [Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes] bereits beantragt waren, ein Jahr nach Eingang der vollständigen Genehmigungsunterlagen bei der Genehmigungsbehörde zulässig. Dies gilt nicht, wenn bis zum 2. Juni 2023 vollständige Genehmigungsunterlagen bei der Genehmigungsbehörde vorlagen. Für nach dem [Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes] beantragte Vorhaben ist die Anweisung der Bezirksregierung innerhalb von 6 Monaten zulässig, nachdem die Bezirksregierung von dem Vorhaben in einem Verwaltungsverfahren förmlich Kenntnis erhalten hat.

Die Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben kann für ein Jahr, bei Vorliegen besonderer Umstände höchstens um ein weiteres Jahr, längstens bis zum 31. Dezember 2025 ausgesetzt werden.

Die Befugnis zur Aussetzung gilt nicht für Repowering-Vorhaben im Sinne des im Sinne des § 16b Absatz 1 und 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 202) geändert worden ist.

I. Hintergrund der geplanten Regelung

Die geplante Regelung soll vor folgendem rechtlichen Hintergrund getroffen werden:

1. Der Bundesgesetzgeber hat mit dem Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG) vom 20.07.2020 den Bundesländern Ausbauziele für die Windenergie über Flächenbeitragswerte vorgegeben. Zugleich hat er das Regelungsregime zur planerischen Steuerung der Windenergie im Außenbereich von der bisherigen Konzentrationsplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB umgestellt auf ein System der Privilegierung der Windenergie innerhalb von Windenergiegebieten nach § 2 Nr. 1 WindBG und der Entprivilegierung außerhalb dieser Gebiete. Die Entprivilegierung ist allerdings davon abhängig, dass der nach Landesrecht zuständige Planungsträger (in NRW die Regionalplanung, lediglich in den Stadtstaaten und im Saarland die Bauleitplanung) das jeweilige Teilflächenziel durch die Ausweisung hinreichender Windenergiegebiete bis spätestens zum 31. Dezember 2027 erreicht.
2. Als Plansicherungsinstrument während der Phase der Ausweisung der Windenergiegebiete hat der Bundesgesetzgeber in § 245e Abs. 2 BauGB die Möglichkeit der Zurückstellung von Anlagenanträgen nach § 15 Abs. 3 BauGB für entsprechend anwendbar erklärt. Die Regelung bezieht sich allerdings ihrem Wortlaut nach ausschließlich auf Fälle, in denen *Kommunen* für das Erreichen der Teilflächenziele zuständig sind. In NRW, wo die Regionalplanung für das Erreichen der Teilflächenziele zuständig ist, greift das Plansicherungsinstrument der Zurückstellung somit jedenfalls nicht unmittelbar.

3. Zugleich ist in NRW eine Aussetzung von Genehmigungsverfahren für Windenergievorhaben auf Grundlage der geltenden Fassung von § 36 Abs. 2 LPiG zur Sicherung der Aufstellung von Windenergiegebieten jedenfalls solange nicht möglich, wie nicht ein außerhalb der vorgesehenen Windenergiegebiete in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung greift.

Hintergrund ist, dass den auszuweisenden Windenergiegebieten selbst als Ziel der Raumordnung lediglich eine innergebietliche Wirkung zukommt. Anders als die bisherigen Windvorranggebiete mit Eignungswirkung gehen sie nicht mit einer außergebietlichen Ausschlusswirkung einher. Dass außergebietlich Windenergieanlagen zukünftig regelmäßig unmittelbar ausgeschlossen sind, ist Folge der durch das Wind-an-Land-Gesetz vorgesehene Entprivilegierung bei Erreichen des Teilflächenziels. Für eine landesplanerische Aussetzung von Windenergievorhaben außerhalb der Windenergiegebiete fehlt es insoweit nach dem Wechsel des Steuerungsregimes von der Konzentrationsplanung zur Entprivilegierung zunächst einmal an einem entgegenstehenden Ziel der Raumordnung.

4. Dieser Befund hat die Landesregierung in NRW in Anerkennung eines generellen Sicherungsbedürfnisses bis zum Erreichen der Teilflächenziele – wie dies ebenso vom Bundesgesetzgeber in Fällen der kommunalen Planungszuständigkeit angenommen wird (s.o.) – zum Anlass genommen, in der 2. LEP-Änderung als Ziel 10.2-13 eine Festlegung aufzunehmen, die im Übergangszeitraum den Windenergiezubau grundsätzlich auf diejenigen Flächen beschränkt, die die Regionalplanungsbehörden in ihren Planentwürfen vorsehen, hilfsweise in sog. Kernpotenzialflächen. Außerhalb dieser Flächen soll der Zubau in der Übergangszeit grundsätzlich dem Steuerungsziel widersprechen und daher im begründeten Einzelfall mit einer Verfahrensaussetzung nach § 36 Abs. 2 LPiG reagiert werden können. Der Landtag NRW hat am 21.03.2024 die Zustimmung zur 2. LEP-Änderung erteilt.

5. Das OVG NRW hat bereits parallel zur Aufstellung der 2. LEP-Änderung erhebliche Zweifel erkennen lassen, ob es die Festlegung 10.2-13 als Ziel der Raumordnung und eine darauf aufbauende Plansicherung durch Verfahrensaussetzung nach § 36 Abs. 2 LPlG akzeptiert:
 - Zunächst hat der 7. Senat mit Urteil vom 10.02.2023 (7 A 1553/22) offengelassen, ob die Anforderungen an ein (in Aufstellung befindliches) Ziel der Raumordnung überhaupt erfüllt sind und ob die Regelung des § 36 Abs. 2 LPlG NRW auch ohne regionalplanerisches Planaufstellungsverfahren angewendet werden kann.
 - Jüngst hat der 22. Senat mit Urteil vom 16.02.2024 (22 D 150/22.AK) ebenfalls für fraglich erachtet, ob es sich bei der Festlegung 10.2-13 der 2. Änderung des LEP-E um ein Ziel der Raumordnung handelt. Ferner verfolge der LEP-Entwurf, so der 22. Senat, in unzulässiger Weise ein Ausschlusskonzept, das seit dem 01.02.2024 für neue Flächennutzungs- und Raumordnungspläne nicht mehr zur Verfügung stehe.

II. Verfahrenskontext des § 36 Abs. 3 LPlG-E

Die vorgeschlagene Regelung des § 36 Abs. 3 LPlG-E soll im Zuge der laufenden 4. Änderung des LPlG kurzfristige eine eigenständige formelle Gesetzesgrundlage für die Aussetzung von Windenergievorhaben außerhalb der in den Regionalplanentwürfen vorgesehenen Windenergiegebiete ermöglichen. Die Regelung ist in ihrem Bestand und in ihrer Anwendung unabhängig von der vom OVG NRW kritisch bewerteten Wirksamkeit des Ziels 10.2-13 der 2. Änderung des LEP-E. Die Regelung des § 36 Abs. 3 LPlG-E soll vorsorglich erfolgen, um zukünftige Aussetzungsentscheidungen dagegen abzusichern, dass sich die Wirksamkeitsbedenken des OVG NRW gegen Ziel 10.2-13 erhärten.

B. Untersuchungsauftrag

Das MWIKE bittet um rechtliche Stellungnahme zur Rechtmäßigkeit der vorgeschlagenen Gesetzesfassung des § 36 Abs. 3 LPlG-E unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers (I.) sowie zu möglichen Staatshaftungsrisiken für den Fall, dass sich die vorgesehene Regelung in den Augen der Rechtsprechung als unwirksam erweisen sollte (II.).

Da die rechtliche Stellungnahme äußerst kurzfristig erfolgen soll, ist zu den aufgeworfenen Fragen nicht mehr als eine summarische Prüfung in Gestalt einer Ersteinschätzung verlangt.

C. Rechtliche Würdigung zu § 36 Abs. 3 LPlG-E

I. Gesetzgebungskompetenz

§ 36 Abs. 3 LPlG-E ermöglicht eine vorläufige Aussetzung von Zulassungsverfahren für Windenergieanlagen, wenn sich ein Raumordnungsplan zum Erreichen des Flächenbeitragswertes in Aufstellung befindet und zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde.

Regelungsgegenstand des § 36 Abs. 3 LPlG-E ist daher nicht die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Windenergievorhabens, sondern allein dessen zeitlich begrenzte Suspendierung während des Aufstellungsverfahrens für einen Raumordnungsplan. Die Aussetzungsmöglichkeit hält daher die Frage der raumordnerischen Zulässigkeit des jeweiligen Windenergievorhabens offen; ihre Antwort wird sich (erst) aus den schlussabgewogenen Raumordnungsinstrumenten der Regionalplanung ergeben.

Vgl. OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 29. März 2017 – 1 LB 2/15 –, Rn. 55 juris zu § 18a LaPlaG SH a.F.

Es handelt sich daher bei § 36 Abs. 3 LPlG-E um ein an die baurechtliche Plansicherungsnorm des § 15 Abs. 3 BauGB angelehntes Sicherungsinstrument auf der Ebene der Raumordnung.

Zu einer solchen verfahrensrechtlichen Regelung auf dem Gebiet der Raumordnung ist der Landesgesetzgeber kompetenzrechtlich befugt:

1. Nach Art. 70 Abs. 1 GG steht den Ländern das Recht der Gesetzgebung zu, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung, Art. 70 Abs. 2 GG.
2. Die Raumordnung ist nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder nach Art. 72 Abs. 1 GG grundsätzlich nur dann die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Für bestimmte Regelungsmaterien haben die Länder jedoch nach Art. 72 Abs. 3 GG die Befugnis, auch dann, wenn der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat, abweichende Regelungen zu treffen. Zu diesen Gebieten zählt nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG die Raumordnung.

In Abgrenzung dazu ist das Bodenrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zwar ebenfalls Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung, es besteht jedoch nach Art. 72 Abs. 3 GG keine Abweichungsbefugnis der Länder.

3. Raumordnung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG ist die zusammenfassende, übergeordnete Planung und Ordnung des Raumes oberhalb der örtlichen Ebene, die vielfältige Fachplanungen zusammenfasst und aufeinander abstimmt.

Vgl. BVerfG, Gutachten vom 16. Juni 1954 – 1 PBvV 2/52 –, Rn. 79 juris; Sachs/Degenhart, 9. Aufl. 2021, GG Art. 74 Rn. 78 – beck-online.

Die Bodenordnung hingegen zielt – räumlich begrenzter – auf eine örtliche, gemeindebezogene Planung und – inhaltlich begrenzter – auf die rechtliche Qualität des Bodens. Im Zentrum der Materie steht das Bauplanungsrecht, das die bauliche Nutzbarkeit von Grundstücken bestimmt.

Vgl. BVerfG, Gutachten vom 16. Juni 1954 – 1 PBvV 2/52 –, Rn. 75 ff juris; BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, BVerfGE 163, 1-42, Rn. 34 ff; Dürig/Herzog/Scholz/Uhle, 102. EL August 2023, GG Art. 74 – beck-online.

4. § 36 Abs. 3 LPLG-E dient der Sicherung in Aufstellung befindlicher Raumordnungspläne und damit der Sicherung einer überörtlichen Planung. Die Regelung ist daher der Materie der Raumordnung und nicht der Bodenordnung zugehörig; dem Kompetenztitel der Raumordnung unterfällt zugleich die Regelung von Instrumenten zur Sicherung einer in Aufstellung befindlichen Planung.

Vgl. OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 26. Februar 2020 – 5 LB 6/19 –, Rn. 55, juris.

5. Dieser Zuordnung zum Gebiet der Raumordnung steht nicht entgegen, dass die Regionalpläne, deren Aufstellungsverfahren gesichert werden sollen, mit ihrem Inkrafttreten unmittelbare Auswirkungen auf die planungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach §§ 35 Abs. 1 Nr. 5, 249 BauGB haben werden, da bei Erreichen des Flächenbeitragswertes eine Entprivilegierung der Windenergie außerhalb der ausgewiesenen Windenergiegebiete eintritt. Damit werden die in den Regionalplänen festgelegten Vorranggebiete zwar bodenrechtliche Wirkung entfalten. Diese Wirkung kommt den Festlegungen der Regionalpläne allerdings nicht aus sich selbst heraus zu, sondern aufgrund des bauplanungsrechtlichen Zulassungsrechts, hier § 249 Abs. 2 BauGB.

Vgl. zur bodenrechtlichen Wirkung der Raumordnung durch das Fachrecht Kment, Raumordnungsgesetz, ROG § 3 Rn. 45, beck-online.

Vergleichbare unmittelbare Auswirkungen auf die Ebene der Vorhabenzulassung im Außenbereich sind nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 BauGB allen raumordnerischen Zielvorgaben immanent. Durch diese „Öffnungsklauseln“ sind Raumordnungsrecht und Bauplanungsrecht miteinander verknüpft, ohne dass dadurch die kompetenzielle Unterscheidung zwischen den Materien aufgehoben oder relativiert würde.

6. Rechtsprechung, die sich mit vergleichbaren Fragestellungen befasst, findet sich bislang allerdings nur vereinzelt:

Aufschlussreich in diesem Zusammenhang ist die vorstehend bereits zitierte Entscheidung des OVG Schleswig-Holstein (Urteil vom 26. Februar 2020 – 5 LB 6/19 – juris Rn. 44 ff) zu einer Regelung im – früheren – schleswig-holsteinischen Landesplanungsgesetz, durch die die Zulassung von Windenergieanlagen für einen befristeten Zeitraum zur Sicherung der Raumordnung zur Steuerung der Windenergie untersagt wurde. Auch diese in ihren Rechtsfolgen deutlich weitergehende Regelung als § 36 Abs. 3 LPlG-E wertete das OVG Schleswig-Holstein als eine rein verfahrensrechtliche Regelung auf dem Gebiet der Raumordnung, zu der der Landesgesetzgeber nach Art. 74 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG befugt sei. Dass diese Entscheidung noch vor dem Hintergrund einer anderen bundesgesetzlichen Rechtslage zur Zulässigkeit von Windenergieanlagen ergangen ist, dürfte für die vorliegende Frage der Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers nicht maßgeblich sein.

Auf Grundlage der Wertungen der aufgezeigten Rechtsprechung ist für die Regelung des § 36 Abs. 3 LPlG-E daher von einer Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers nach Art. 74 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG auszugehen.

II. Haftungsrisiken

Rein vorsorglich bittet das MWIKE für den Fall, dass die Neuregelung des § 36 Abs. 3 LPlG-E in der Rechtsprechung für unwirksam erachtet werden sollte, um Stellungnahme dazu, welche haftungsrechtlichen Konsequenzen sich aus der Unwirksamkeit der Norm unter staatshaftungsrechtlichen Gesichtspunkten ergeben könnten.

Hierzu bewerten wir das Risiko von Ansprüchen gegen das Land wegen legislativen Unrechts auf Schadensersatz nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB (1.) und auf Entschädigung nach § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NRW bzw. enteignungsgleichen Eingriffs (2.).

1. Schadensersatz nach Art. 34 S. 1 GG, § 839 BGB

Befürchtungen, dass das Land wegen einer (unterstellten) Rechtswidrigkeit von § 36 Abs. 3 LPlG-E aus Amtshaftung nach Art. 34 S. 1 GG, § 839 BGB auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden könnte, sind aller Voraussicht nach unbegründet. Dies gilt sowohl im Falle der unmittelbaren Anknüpfung an den Gesetzesbeschluss als Amtshandlung (a) als auch im Falle von Aussetzungsentscheidungen, die auf § 36 Abs. 3 LPlG-E gestützt werden (b):

a) Gesetzgebungsakt als drittgerichtete Amtspflicht

Der Bundesgerichtshof steht in ständiger Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass Amtshaftungsansprüche aus Art. 34 S. 1 GG, § 839 BGB wegen legislativen Unrechts grundsätzlich nicht bestehen. Die Ansprüche scheitern regelmäßig schon daran, dass die beteiligten Mitglieder des jeweiligen Gesetzgebungsorgans (also bspw. des Landtages) ausschließlich Aufgaben der Allgemeinheit wahrnehmen, denen es an einer auf bestimmte Personen oder Personenkreise bezogenen Drittgerichtetheit mangelt.

Vgl. BGHZ 56, 40, 44/45; 87, 321, 335; BGH NJW 1989, 101; 2013, 168; EuZW 2013, 194; vgl. auch BGHZ 134, 30, 32.

Nur ausnahmsweise – etwa bei sogenannten Maßnahme- oder Einzelfallgesetzen – kann etwas anderes gelten, wenn Belange bestimmter einzelner Personen unmittelbar berührt werden, so dass sie als „Dritte“ im Sinne des § 839 BGB angesehen werden können

Vgl. BGH NJW 1989, 101.

Vorliegend handelt es sich bei § 36 Abs. 3 LPlG-E um ein vom Landtag zu beschließendes formelles Parlamentsgesetz. Es handelt sich um eine abstrakt generelle Norm, die nicht unmittelbar Belange bestimmter einzelner Personen berührt, so dass im Hinblick auf den Gesetzgebungsakt nach den Maßstäben des Bundesgerichtshofes jedenfalls keine drittgerichtete Amtspflicht besteht.

b) Verfahrensaussetzungen auf Grundlage von § 36 Abs. 3 LPlG (sog. Beruhens-Fall)

Auch wenn auf Grundlage von § 36 Abs. 3 LPlG Windenergievorhaben im Einzelfall durch die Genehmigungsbehörden ausgesetzt und sich diese Entscheidungen später als rechtswidrig erweisen würden, weil die Rechtsprechung § 36 Abs. 3 LPlG für unwirksam erachtet (sog. Beruhensfall), wären hierdurch voraussichtlich kein Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 S. 1 GG, 839 BGB begründet. § 839 BGB setzt eine schuldhafte Amtspflichtverletzung des jeweiligen Amtsträgers voraus. Die Nachprüfung der Gesetzmäßigkeit formell gültig zustande gekommener Parlamentsgesetze ist jedoch nicht Sache des das Gesetz anwendenden Verwaltungsbeamten, ihm steht insoweit bereits keine Normnichtenanwendungskompetenz zu. Jedenfalls handelt er auf Grundlage der herrschenden Meinung nicht schuldhaft, wenn er die umstrittene Norm bis zum Erlass einer gerichtlichen Nichtigkeitserklärung anwendet.

Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 107; vgl. auch Wöstmann, in: Staudinger, BGB, § 839, Rn. 202; OLG Hamburg HRR 1929 Nr. 1511.

Auch im sog. Beruhensfall begründet § 36 Abs. 3 LPlG-E somit kein hervorgehobenes Amtshaftungsrisiko für das Land. Das verbleibende Risiko ist im Übrigen geringer als bei der bisher verfolgten Konstruktion einer Verfahrensaussetzung gestützt auf Ziel 10.2-13 der 2. LEP-Änderung. Bei Letzterem handelt es sich nicht um ein formelles Parlamentsgesetz, so dass

sich die Frage der Normverwerfungskompetenz eher stellen könnte als auf Grundlage von § 36 Abs. 3 LPlG-E.

2. Entschädigung nach § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW / enteignungsgleicher Eingriff

Schließlich besteht kein erhebliches Risiko, dass sich das Land im Falle der (wiederum unterstellten) Rechtswidrigkeit von § 36 Abs. 3 LPlG-E unter diesem Gesichtspunkt Entschädigungsansprüchen nach § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW oder aus dem Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs aussetzen würde.

Nach § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW kann derjenige, der durch eine rechtswidrige Maßnahme einer Ordnungsbehörde einen Schaden erlitten hat, diesen ersetzt verlangen, gleichgültig, ob die Behörde ein Verschulden trifft oder nicht. Die Norm ist eine spezialgesetzliche Ausprägung der Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff für rechtswidriges staatliches Handeln.

a) Gesetzgebungsakt als rechtswidrige Maßnahme

Eine unmittelbare Anknüpfung an den Gesetzesbeschluss zu § 36 Abs. 3 S. 3 LPlG als (unterstellt) rechtswidrige Maßnahme kommt weder nach § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW noch nach dem allgemeinen Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht.

Formelle Gesetzgebungsakte – wie das LPlG – lassen sich bereits nicht unter den Begriff der ordnungsbehördlichen Maßnahme nach § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW subsumieren. Auch ein Rückgriff auf das Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht in Betracht, weil auch dieses legislative Unrecht nicht erfasst.

Vgl. BGH, Urteil vom. 16.04.2015 - III ZR 204/13, juris Rn. 31, 33, m.w.N.

Anerkannt ist dies vor dem Hintergrund, dass die Haushaltsprärogative des Parlaments in möglichst weitgehendem Umfang gewahrt und die Gewährung von Entschädigungen für le-

gislatives Unrecht angesichts der hiermit verbundenen erheblichen finanziellen Lasten für die öffentliche Hand der Entscheidung des Parlamentsgesetzgebers vorbehalten sein soll.

Vgl. Wöstmann, in: Staudinger, BGB, § 839 Rn. 177.

b) Verfahrensaussetzungen auf Grundlage von § 36 Abs. 3 LPlG (sog. Beruhens-Fall)

Selbst wenn auf Grundlage von § 36 Abs. 3 LPlG Windenergievorhaben im Einzelfall durch die Genehmigungsbehörden ausgesetzt werden – womit eine ordnungsbehördliche Maßnahme i.S.d. § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW gegeben ist – und sich diese Entscheidung später als rechtswidrig erweise, weil § 36 Abs. 3 LPlG von der Rechtsprechung für unwirksam erachtet würde, bestünde auf Grundlage der aktuellen Rechtsprechung kein erhöhtes Haftungsrisiko:

Das OLG Düsseldorf hat bezogen auf § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW in sog. Beruhens-Fällen eine Haftungserweiterung auf Fälle des legislativen Unrechts abgelehnt. Mangels ausdrücklicher Regelung im Gesetz und ohne Anhaltspunkte für einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers könne nicht davon ausgegangen werden, dass er mit der Entschädigungshaftung nach dem Ordnungsbehördengesetzes auch diese Fälle erfassen wollte.

Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.05.2017 – 18 U 97/15, juris Rn. 38 m.w.N.

Der Bundesgerichtshof verweist darauf, dass auch für den Vollzug auf Grundlage einer rechtswidrigen Norm eine Haftung aus § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW und enteignungsgleichen Eingriffs ausgeschlossen sein müsse, weil ansonsten der Ausschluss der verschuldensunabhängigen Haftung für legislatives Unrecht in weiten Teilen unterlaufen werde, da Gesetze regelmäßig erst mit der Umsetzung durch die Verwaltung ihre Wirkung auf das Eigentum des Einzelnen entfalteten.

Vgl. BGHZ 205, 63 Rn 34; MDR 2015, 706 Rn 34; Wöstmann, in: Staudinger, BGB, § 839 Rn. 177; a.A. Detterbeck, NVwZ 2019, S. 97.

Im Ergebnis besteht daher auch insoweit kein hervorgehobenes Risiko, dass sich das Land in Folge einer (wiederum unterstellten) Rechtswidrigkeit von § 36 Abs. 3 LPlG-E Entschädigungsansprüchen nach § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW oder aus dem Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs aussetzen würde.

III. Zusammenfassung

1. Die Regelung des § 36 Abs. 3 LPlG-E erscheint zweckmäßig, um Unsicherheiten hinsichtlich der Wirksamkeit des Ziels 10.2-13 aufgrund jüngerer Rechtsprechung des OVG NRW vorsorglich zu begegnen. Die Möglichkeit der Verfahrensaussetzung dient der Absicherung des Planungsprozesses bei der Ausweisung der Windenergiegebiete zur Erfüllung der Teilflächenziele. Die Regelung trägt damit zugleich kommunalen Interessen an einem gesteuerten Windenergiezubau Rechnung.
2. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes für § 36 Abs. 3 LPlG-E kann auf Grundlage der Wertungen der vorliegenden Rechtsprechung auf Art. 74 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG gestützt werden.
3. Das Risiko von Amtshaftungsansprüchen ist – im Falle einer vorsorglich unterstellten Rechtswidrigkeit von § 36 Abs. 3 LPlG-E – aufgrund der Rechtsprechung zur Haftung für legislatives Unrecht gering. Gegenüber dem bisherigen Steuerungsinstrument des Ziels 10.2-13 der 2. LEP-Änderung wird das Haftungsrisiko reduziert.

Münster 11/04/2024

gez. Dr. Unland / Dr. Garthaus