

Windenergieplanung vor dem Aus?

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernhard Stüer und Rechtsanwältin Dr. Eva-Maria Stüer, Münster/Osnabrück*

Nach Einschätzung fachkundiger Akteure sind die rechtlichen Vorgaben des BVerwG zur Windenergieplanung gescheitert. Die Instrumente der kommunalen und regionalen Planungsträger, auf der Grundlage des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, privilegierte Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB zu steuern, haben sich vielfach in Luft aufgelöst. Geblieben ist ein Scherbenhaufen, der vor allem die kommunale und regionale Planungspraxis nicht selten ratlos zurücklässt. Warum ist das so und wie sollte weiter verfahren werden? Die Fragen sind nach der Bundestagswahl vom 26.09.2021 drängend. Jetzt geht es für die Windenergieplanung wohl darum, die Richtung als wichtiger Bestandteil der Energiewende fortzusetzen oder vielleicht doch grundlegend neu zu justieren.

1. Was bisher geschah

Dabei fing alles so verheißungsvoll an. Vorhaben der Windenergie, die vormals im Außenbereich nicht nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert waren und als sonstige Vorhaben nach § 35 Abs. 2 und 3 BauGB in aller Regel ein nicht bevorrechtigtes Schattendasein führten, wurden durch die Windenergienovelle 1996 privilegiert. Zugleich sollten allerdings die planenden Gemeinden die Möglichkeit erhalten, Windkraftanlagen zu steuern. Auch den Trägern der Regionalplanung sollten diese Steuerungsmöglichkeiten eröffnet werden. Das Darstellungsprivileg nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sollte dies ermöglichen. Und ein Vorbild war recht schnell gefunden: Das BVerwG hatte im Urteil zur Kölner Nassauskiesung dazu die Grundlage gelegt. Der Flächennutzungsplan erhielt die Möglichkeit, nach § 35 Abs. 1 BauGB an sich privilegierte Außenbereichsvorhaben wie die Nassauskiesung auf bestimmte Standorte zu konzentrieren, in anderen Bereichen jedoch auszuschließen. Konzentrationsflächenplanung wurde das später genannt.¹ Die Windenergienovelle 1996 prägte dieses Model in das damalige Konzept des Darstellungsprivilegs in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und bezog in das Steuerungskonzept zugleich auch die Träger der Regionalplanung ein. Das war für die damals am Beratungstisch sitzenden Planungsrechtler zur Vorbereitung des BauROG 1998 ein

ausgewogener Kompromiss. Die Windenergie und vergleichbare Nutzungen wurden privilegiert. Das stärkte der Windenergielobby, den Herstellern von Windkraftanlagen aber auch den Umweltschützern den Rücken. Zugleich hatten aber die Städte und Gemeinden sowie die Träger der Regionalplanung die Kraft, durch Bauleit- und Regionalplanung Wildwuchs in dem gebotenen Umfang zu stutzen und eine Verspargelung der Landschaft zu verhindern. Der Gedanke, erneuerbare Energien zu fördern, stand zwar auch schon im Raum. Er war aber wohl damals noch nicht das alles beherrschende Thema. Privilegiert sind nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB² auch Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dienen.³



* Die Verfasser sind Rechtsanwälte und Fachanwälte für Verwaltungsrecht. Sie legen in diesem Jahr die zweite Auflage des Buches „Bauen im Außenbereich“ und Bernhard Stüer Neuaufgaben der ebenfalls im Beck-Verlag erscheinenden Bücher „Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts“, „Der Bebauungsplan“ und „Bauleitplanung“ (Kapitel B des Handbuchs des öffentlichen Baurechts) vor.

1 BVerwG, Urt. v. 22.05.1987 – 4 C 57.84, BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008 – Kölner Nassauskiesung.
2 Gesetz zur Änderung des BauGB v. 30.07.1996, BGBl. I 1189.
3 Dix, Repowering-Projekte vor dem Aus?, NVwZ 2020, 184; Albrecht/Zschiegner, Nichtig oder doch (noch) nicht? DVBl 2020, 397; Menne/Wegner, Bauleitplanerische Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie, ZfBR 2020, 336; Berkmann, Eine Entgegnung auf Albrecht/Zschiegner, DVBl 2020, 397; Neumann, St. Rspr. der Bausenate des OVG NRW auf dem Prüfstand, UPR 2019, 46; Kerkmann, Anm. zu BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18, NVwZ 2019, 494; Wegner/Sailer, Die räumliche Steuerung des Windenergieausbaus, ZNER 2019, 80; Kümpfer, Über die Verantwortung künftiger Konzentrations-

2. Die aktuelle (desolante) Lage

Was allerdings die Rechtsprechung des BVerwG und ihr folgend der OVG/VGH daraus gemacht haben, grenzt an ein Fiasko.⁴ Statt den gemeindlichen und regionalen Planungsträgern ein auch für die Praxis verfügbares Modell an die Hand zu geben, wurden die Anforderungen an die Konzentrationsplanung immer weiter hochgeschraubt.⁵ Heute sind die von der Rechtsprechung vorgegebenen Maßstäbe zumeist so hochgestochen, dass sie von niemandem mehr so richtig mit einer verlässlichen Aussage zum Bestand der Planung zu erfüllen sind. Woran liegt das?

Die Privilegierung von Windenergieanlagen war bereits durch die Novelle 1996 bewirkt und in § 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB 1996 geregelt worden. Durch das BauROG 1998 wurde die Privilegierung der Wind- und Wasserenergie aus redaktionellen Gründen in § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB 1998 verschoben. Durch das EAG Bau 2004 ist die Privilegierung der Wind- und Wasserenergie nunmehr in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB geregelt. Vor ihrer Privilegierung durch die Novelle 1996 waren Windenergieanlagen als ortsgebundene gewerbliche Betriebe oder wegen ihrer besonderen Standortanforderungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 oder 5 BauGB nicht allgemein privilegiert.⁶ Sie konnten nur als Nebenanlagen an einer sonst bestehenden Privilegierung teilnehmen. So können Windenergieanlagen als Nebenanlagen eines landwirtschaftlichen Betriebes nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert sein, wenn sie der Energieerzeugung des landwirtschaftlichen Betriebes dienen.⁷ Auch kann eine im Außenbereich gelegene private Windenergieanlage für die Versorgung eines nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegierten Betriebes als untergeordnete Nebenanlage von der Privilegierung des Betriebes gedeckt sein.⁸ Wirtschaftspolitische oder energiepolitische Überlegungen waren dabei nach Auffassung des BVerwG nicht entscheidungserheblich: So gehört der Anschluss einer Windenergieanlage an ein Verbundnetz zum Zweck der Stromeinspeisung nicht zum bauplanungsrechtlichen Inhalt der Erschließung.⁹

3. Die Energiewende und das Darstellungsprivileg

Windenergieanlagen sollen im Konzept der Energiewende eine zunehmend wichtige Rolle spielen. Mehr Windenergie als Teil der erneuerbaren Energien soll mehr und mehr die Energie aus

fossilen Brennstoffen und die Kernenergie ersetzen. Die Rechtsprechung des BVerwG hat diesem

pläne, NVwZ 2019, 755; Wegner, Anm. zu VG Kassel, Urt. v. 25.10.2017 – 7 K 117/15.KS, ZENR 2018, 181; Scheidler, Die öffentlichen Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB, DVBl 2018, 178; Raschke, Aktuelle Fragen der Rechtsprechung zur Konzentrationszonenplanung, ZENR 2018, 218; Mitschang, Belange des Wassers und des Hochwasserschutzes in der Bauleitplanung, ZfBR 2018, 646; Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? LKV 2018, 10; Gatz, Die planerische Steuerung der Windenergienutzung in der Regional- und Flächennutzungsplanung, DVBl 2017, 461; Reidt, Die Ausweisung von Windkonzentrationszonen in Raumordnungs- und Flächennutzungsplänen, BauR 2017, 1293; Mitschang, Zur praktischen Bedeutung von § 7 BauGB, ZfBR 2017, 28; Arndt/Mitschang, Bebauungspläne nach § 13b BauGB, ZfBR 2017, 738; Bringewat, Recht- und Verfassungsmäßigkeit des Windenergieplanungssicherstellungsgesetzes, NordÖR 2016, 240; Rubel, Aktuelle Rechtsprechung aus dem 4. (Baurechts-)Senat, DVBl 2016, 459; Ogiermann, Rechtsfragen der Errichtung von Windkraftanlagen 1992; Berghaus, ZNER 2008, 187; Quambusch, VBlBW 2005, 264; Lahme, ZNER 2006, 176; Stüer/Vildomec, BauR 1998, 427; Scheidler, NWVBl 2009, 409; Zeiler, NuR 2009, 526; Gatz, DVBl 2009, 737; Hornmann, NVwZ 2006, 969; Mayer-Metzner, BayVBl 2005, 129; Middeke, DVBl 2008, 292; Regenfus, ZfR 2007, 866; Wustlich, ZUR 2007, 16; Quambusch, NdsVBl. 2006, 265; Sydow, NVwZ 2010, 1534; Karpenstein/Rüppel, ZNER 2010, 24; Schmehl, Jura 2010, 832; Köck, ZUR 2010, 507; Fest, Die Errichtung von Windenergieanlagen in Deutschland und seiner ausschließlichen Wirtschaftszone, Diss. iur 2010; zur Konzentrationsplanung von Windkraftanlagen durch Flächennutzungsplan Brand/Pöhlmann, ZNER 2010, 467; zum Windpark Meyer, JA 2010, 456; zu Kleinwindanlagen Bover, ZUR 2010, 9; Fest, ZNER 2010, 253; zu Windenergieanlagen im Wald Lietz, UPR 2010, 54; zum Repowering von Windenergieanlagen KommunalPraxis spezial 2010, 199; Häffner/Kron/Frey, Planungs- und genehmigungsmäßige Voraussetzungen und betriebswirtschaftliche Aspekte des Repowerings von Windenergieanlagen, ZNEZ 2019, 529; zum Artenschutz Rolshoven, ZNER 2010, 156; zum Spannungsfeld zwischen Klima- und Umweltschutz Weidemann/Krappel, DÖV 2011, 19.

4 Marquard, Windenergieplanung ins Ungewisse, ZUR 2020, 598.

5 Stüer/Stüer, Planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben, DVBl 2018, 294.

6 BVerwG, Urt. v. 16.06.1994 – 4 C 20.93, BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141 = NVwZ 1994, 288 – Windenergieanlage.

7 OVG Schleswig, Urt. v. 05.08.1993 – 1 L 23/92. Die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB besteht aber nicht, wenn lediglich die Absicht besteht, die Erlöse aus der Einspeisung des in einer privaten Windenergieanlage erzeugten Stroms in das öffentliche Versorgungsnetz zum Ausbau eines landwirtschaftlichen Betriebes zu verwenden, so VGH München, Beschl. v. 25.03.1996 – 14 B 94.119.

8 BVerwG, Urt. v. 18.02.1983 – 4 C 10.82, BVerwGE 67, 41 = NJW 1983, 2718 – Windenergieanlage Hundezuchtbetrieb.

9 OVG Koblenz, Urt. v. 26.05.1994 – 1 A 11669/93 – Landwirtschaftsschutzgebiet.

Anliegen keine juristischen Stolpersteine in den Weg gelegt, sondern ist bestrebt, die gesetzgeberischen Zielvorstellungen mit Leben zu erfüllen. Der nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierten Windenergie wird im Außenbereich ein grundsätzlicher Vorrang eingeräumt. Zugleich haben die Träger der Bauleitplanung und der Raumordnung durch das Darstellungsprivileg nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB planerische Möglichkeiten erhalten, nach sachgerechter Abwägung ihre eigenen Vorstellungen zur räumlichen Steuerung in das Nutzungskonzept einzubringen. Dabei muss allerdings eine substantielle Nutzung der Windenergie gewährleistet bleiben.¹⁰ Auch dürfen die Planungsträger keine Verhinderungs- oder „Feigenblattplanung“¹¹ betreiben. Das mit diesen Rechtsgrundsätzen dargestellte Steuerungskonzept ist nicht neu. Bereits im Urteil zur Kölner Nassauskiesung¹² hat das BVerwG die Leitlinien dieses Konzepts wie folgt beschrieben: Darstellungen eines Flächennutzungsplans können als öffentliche Belange auch einem im Außenbereich privilegiert zulässigen Vorhaben entgegenstehen. Werden in Teilen des Plangebietes Flächen für eine substantielle privilegierte Nutzung ausgewiesen, so kann damit die Ausschlusswirkung für die übrigen Teile des Plangebietes verbunden werden.

Der dem Europarecht¹³ entlehnte Begriff der Windfarm bezeichnet drei oder mehr Windkraftanlagen, die einander räumlich so zugeordnet werden, dass sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder wenigstens berühren. Die einzelnen Windkraftanlagen können mehreren Betreibern zugeordnet sein.¹⁴ Die Errichtung und der Betrieb einer Windfarm (mit Anlagen mit einer Gesamthöhe von jeweils mehr als 50 m) unterliegen nach Nr. 1.6 der Anlage 1 zum UVPG der UVP-Pflicht.¹⁵ Bei der Berechnung der Tiefe der Abstandsfläche für eine Windkraftanlage ist von deren Gesamthöhe (Nabenhöhe und Rotorradius) auszugehen.¹⁶ Die Abstandsfläche einer Windkraftanlage ist einzuhalten ab einem Kreis um die Mittelachse der Anlage, dessen Radius durch den Abstand des senkrecht stehenden Rotors vom Mastmittelpunkt bestimmt wird. Eine atypische Fallgestaltung als Grund für eine Abweichung kann in der Eigenart der zu errichtenden Anlage und dem mangelnden Angebot an geeigneten Grundstücken im Außenbereich für die dort privilegiert zulässige Anlage liegen.¹⁷

a) Abwägungsgebot

Im Mittelpunkt der planerischen Steuerung steht das Abwägungsgebot. Allerdings gibt es auch Beachtensgebote, die der planerischen Abwägung vorgeschaltet sind und von ihr auch nicht durch nachhaltige Trauerarbeit,¹⁸ eine in der Mediation angestrebte „Win-Win-Methode“¹⁹ oder ein juristisches Glattbügeln²⁰ überwunden werden können.

Die Ausarbeitung des Planungskonzepts vollzieht sich abschnittsweise. In einem ersten Arbeitsschritt sind diejenigen Bereiche als „Tabuzonen“ zu ermitteln, die für die Nutzung der Windenergie nicht zur Verfügung stehen. Die Tabuzonen lassen sich in „harte“ und „weiche“ untergliedern.²¹ Der Begriff der harten Tabuzonen dient der Kennzeichnung von Gemeindegebietsteilen, die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen auch immer, nicht in Betracht kommen, mithin für eine Windenergienutzung „schlechthin“ ungeeignet sind (nicht der Abwägung unterliegende Planungshindernisse). Mit dem Begriff der weichen Tabuzonen werden Bereiche des Plangebietes erfasst, in denen nach dem Willen des Planungsträ-

10 Wagner, Das Gebot substantieller Flächenausweisungen zugunsten der Windenergie, ZfBR 2020, 20.

11 BVerwG, Ur. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt; Külpmann, Von Feigenblättern und Tabuzonen, DVBl 2019, 608.

12 BVerwG, Ur. v. 22.05.1987 – 4 C 57.84, BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008 – Kölner Nassauskiesung.

13 So erstmals UVP-Änderungsrichtlinie 97/11/EG des Rates v. 03.03.1997, ABl EG Nr. L 73 S. 5.

14 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 09.09.2005 – 11 S 14.05 – Windfarm – Heilung eines Zuständigkeitsmangels, mit Hinw. auf BVerwG, Ur. v. 30.06.2004 – 4 C 9/03, NVwZ 2004, 1235; Gatz, DVBl 2009, 737.

15 BVerwG, Beschl. v. 08.05.2007 – 4 B 11.07 – Begriff der Windfarm.

16 Zur Abstandsflächenberechnung bei Windkraftanlagen Jäde, KommPraxis 2009, 338.

17 VGH München, Ur. v. 28.07.2009 – 22 BV 08.3427, ZNER 2009, 317 – Immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Windkraftanlage.

18 Stür, NVwZ 2005, 508.

19 Krautberger/Stür, DVBl 2004, 914; Hien, DVBl 2005, 1341.

20 Bovet/Kindler, DVBl 2013, 488; Stür, DVBl 2013, 509; ders., DVBl 2014, 360. In der Nachkriegszeit galt das geflügelte Wort der Bügelfrau zur Dame des Hauses: „Frau Doktor, ich versprech' mich viel von's Bügeln.“

21 Schmidt-Eichstaedt, Die harten und weichen Tabuzonen bei der Windenergieplanung, ZfBR 2019, 434; Scheidler, Festlegung von Tabuzonen im Flächennutzungsplan, BayVBl 2018, 765.

gers aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen „von vornherein“ ausgeschlossen werden „soll“, ohne dass solche Flächen von vornherein an unüberwindbaren Beachtensgebieten scheitern. Die Potenzialflächen, die nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen übrig bleiben, sind in einem weiteren Arbeitsschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d.h. die öffentlichen Belange, die gegen die Ausweisung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht wird.²² Nur ein schlüssiges Plankonzept, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt²³ und dem Abwägungsgebot genügt,²⁴ kann die Ausschlußwirkung erzielen.

Auf die Schritte des Ausschlusses folgt eine Beurteilung nach Abwägungskriterien. Hierzu zählen etwa Wasserschutzgebiete der Zone III, Landschaftschutzgebiete, Naturparks, Sicherungsbereiche für Erholung, schutzbedürftige Bereiche für Bodenerhaltung und Landwirtschaft, Sicherungsbereiche für oberflächennahen Rohstoffabbau, Abstände zu Aussiedlerhöfen und Wohnplätzen, Netzanbindung und Landschaftsbild. Die Abwägungsentscheidung auf der Ebene der Regionalplanung kann dabei auch Wünsche und Vorstellungen der betroffenen Gemeinden einbeziehen.²⁵ So kann durch Vorranggebiete (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 ROG) in Kombination mit Eignungsgebieten (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 3 ROG) eine grundsätzliche Eignung der Standorte ausgewiesen werden, der Gemeinde im Rahmen der Flächennutzungsplanung aber noch ein Abwägungsspielraum eröffnet werden. Auch privilegierten Windenergieanlagen ebenso wie Anlagen der Wasserenergie dürfen öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Zudem darf das Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme nicht verletzt sein. So kann etwa eine grundsätzlich privilegierte Windkraftanlage daran scheitern, dass sie an einem für die Umgebung ungünstigen Standort mit einem dem Vorhaben entgegenstehenden Belang errichtet werden soll. Solche Standortnachteile können sich etwa im Hinblick auf Belange des Ortsbildes, des Landschafts- oder Naturschutzes oder aber auch aus beachtlichen Beeinträchtigungen der Nachbarschaft ergeben. Auch kann sich anbieten, eine Windkraftanlage in unmittelbarer

Standortnähe zu einem landwirtschaftlichen Betrieb vorzusehen, wenn die Anlage der Versorgung des Betriebes dienen soll. Dabei kann vor allem der Gesichtspunkt der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs in den Vordergrund treten.²⁶

Sind nach dieser flächendeckend vorzunehmenden Untersuchung ausreichend geeignete Bereiche für die Nutzung der Windenergie vorhanden, ist es ausreichend, wenn die Gemeinde eine angemessene, substantielle Nutzung des Windes zur Erzeugung von Energie zulässt. Dazu muss sie allerdings eine Abwägungsentscheidung für den gesamten Planungsraum treffen. Lässt sie „weiße Flecken“,

22 BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 2.11, BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507; m. Hinw. auf Urt. v. 21.10.2004 – 4 C 2.04, BVerwGE 122, 109 = DVBl 2005, 379 = NVwZ 2005, 211 – weiße Flächen; Urt. v. 15.09.2009 – 4 BN 25.09, m. Bespr. Stüer, DVBl 2013, 509 – abschnittsweise Ausarbeitung des Plankonzepts.

23 BVerwG, Beschl. v. 15.09.2009 – 4 BN 25.09, BauR 2010, 82 = ZfBR 2010, 65, m. Bespr. Scheidler, KommJur 2012, 367; Brietzke, StG 2012, 497; Raschke, ZfBR 2013, 632 – Konzentrationszone und öffentliche Belange.

24 BVerwG, Beschl. v. 23.07.2008 – 4 B 20.08, ZfBR 2008, 808; Urt. v. 24.01.2008 – 4 CN 2.07, beck-online; Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 4.02 – BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 = NVwZ 2003, 738 – Luftballon.

25 Zur Regionalplanung Kümper, Konzentrationsplanung für die Windenergie auf regionaler Ebene, UPR 2020, 171.

26 Einzelfälle: OVG Koblenz, Beschl. v. 22.11.2006 – 8 B 11378/06, BauR 2007, 520 = NVwZ 2007, 850 = BauR 2007, 761; OVG Koblenz, Beschl. v. 18.02.2005 – 7 B 10012/05, BauR 2005, 1897 und OVG Münster, Beschl. v. 17.03.2006 – 8 B 1920/05, BauR 2006, 1124, zur Anwendbarkeit des Sicherungsmittels nach § 15 Abs. 3 BauGB im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren; OVG Münster, Urt. v. 23.08.2007 – 7 D 71/06.NE, Windkraftkonzentrationszone des Flächennutzungsplans überplanender Bebauungsplan, zur Berücksichtigung der von den Windkraftanlagen ausgehenden Immissionen (Lärm, Schatten); VGH Mannheim, Beschl. v. 03.04.2006 – 5 S 2620/05, ZfBR 2006, 788 = BauR 2006, 2028 – Irritationen durch Flügeldrehbewegungen einer Windkraftanlage zu Lasten eines 400 m entfernt gelegenen Wohn- und Bürogebäudes; BVerwG, Beschl. v. 13.11.2006 – 4 BN 18.06, NVwZ 2007, 229 = ZfBR 2007, 277 = BauR 2007, 859 = DVBl 2007, 390 m. Anm. von Gatz, jurisPR-BVerwG 7/2007 Anm. 3 – Antragsbefugnis Grundstückseigentümer, zu den Voraussetzungen, unter denen ein Grundstückseigentümer aus dem Abwägungsgebot seine Antragsbefugnis zur Stellung eines Normenkontrollantrags herleiten kann, mit dem er sich gegen die zielförmige Festlegung eines Eignungsgebietes „Windnutzung“ in einem Regionalplan wendet; OVG Koblenz, Urt. v. 02.02.2006 – 1 A 11312/04, NZBau 2006, 366 = BauR 2006, 734 – Windenergieanlagen und Gefahren für Vogelzug; Steiff, NZBau 2006, 366; OVG Greifswald, Beschl. v. 31.07.2007 – 3 M 15/07, zum Interesse eines Anlagenbetreibers als abwägungserheblicher Belang.

d.h. Bereiche, für die sie noch keine abschließende Entscheidung über die (Nicht-)Zulassung der Windenergienutzung treffen will, fehlt es nach Auffassung des BVerwG an dem abschließenden gesamträumlichen Konzept, das erst die Rechtfertigung für diese Ausschlusswirkung abgibt. Dabei können Landschaftsschutzgebiete den Negativflächen zugeordnet werden. Bei der Gebietsauswahl im Rahmen der Bauleitplanung können Pufferzonen und pauschale Abstände zu geschützten Nutzungen gebildet werden.²⁷ Dies gilt namentlich für Mindestabstände zu Siedlungsbereichen.

Es ist dem Planungsträger nicht verwehrt, unter städtebaulich vertretbaren Vorsorgegesichtspunkten zu Wohnhäusern in Einzellagen Abstände von 300 m bis 750 m vorzusehen. Zu Wohngebieten wird auch ein Abstand von sogar noch 1.000 m sachgerecht sein. Zu beanstanden ist das pauschale Anlegen derartiger Kriterien jedoch dann, wenn mit der gewählten Methode der Windenergie nicht ausreichend substanziiell Raum geschaffen wird. Das Auswahlkonzept ist dann nochmals zu überprüfen und gegebenenfalls abzuändern. Je kleiner die für die Windenergienutzung verbleibenden Flächen ausfallen, umso mehr ist das gewählte methodische Vorgehen daraufhin zu prüfen, ob mit Blick auf die örtlichen Verhältnisse auch kleinere Pufferzonen als Schutzabstand genügen. Will die Planung dennoch trotz Nichtausweisung ausreichender Flächen zur substanziiellen Nutzung der Windenergie an den bisher vorgesehenen Abständen festhalten, muss sie auf eine planerische Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verzichten.²⁸

Der Plangeber hat nur in Bezug auf die Festlegung von weichen Tabuzonen einen Bewertungsspielraum, nicht aber bezüglich der harten Tabukriterien. Denn „harte“ und „weiche“ Tabukriterien unterliegen unterschiedlichen Rechtsregimen. Die Gemeinde hat in der dem Flächennutzungsplan nach § 5 Abs. 5 BauGB beizufügenden Begründung u.a. nachvollziehbar darzulegen, welche Flächen aus zwingenden rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für eine Windenergienutzung ausscheiden. An dieser Verpflichtung hat sie den Umfang ihrer Ermittlungen auszurichten und die Ergebnisse in der Begründung zu dokumentieren. Probleme ergeben sich insbesondere auch daraus, dass die vom BVerwG entwickelten Kriterien²⁹ auch an „alte“ Pläne angelegt werden mit der Folge, dass diese bei Nichteinhaltung des verfeinerten

Prüfungssystems im Nachhinein unwirksam sein können.³⁰

b) Gesamtkonzept

Der Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ermöglicht es der Gemeinde, die in § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB genannten Vorhaben durch Darstellung im Flächennutzungsplan auf bestimmte Standorte zu konzentrieren. Es ist der Gemeinde aber nicht erlaubt, das gesamte Gemeindegebiet für diese Vorhaben zu sperren oder lediglich Flächen auszuweisen, die für die vorgesehene Nutzung objektiv ungeeignet sind oder sich in einer Alibifunktion erschöpfen. Der Konzentrationsplan muss vielmehr ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept zugrunde liegen. Die Gemeinde muss allerdings nicht sämtliche Flächen, die für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB geeignet erscheinen, im Flächennutzungsplan darstellen. Bei der Gebietsauswahl und dem Gebietszuschnitt braucht sie die durch § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB geschützten Interessen in der Konkurrenz mit gegenläufigen Belangen nicht vorrangig zu fördern. Sie darf diese Interessen nach den zum Abwägungsgebot entwickelten Grundsätzen zurückstellen, wenn hinreichend gewichtige städtebauliche Gründe dies rechtfertigen und eine substanziielle Nutzung der Windenergie gewahrt ist. Außerhalb der Konzentrationsflächen können Abweichungen von der Regel des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur zugelassen werden, wenn sie die planerische Konzeption der Gemeinde nicht in Frage stellen.³¹

27 BVerwG, Beschl. v. 21.07.2010 – 4 B 73.09 – Pufferzonenbildung; zu Raumordnungszielen als höherrangiges Recht Wächter, DöV 2010, 493.

28 OVG Lüneburg, Urt. v. 28.01.2010 – 12 LB 243/07; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 09.09.2009 – 2 S 6.09 – Windenergiepark.

29 Fest/Fechler, Neue Anforderungen an Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen, NVwZ 2016, 1050.

30 Bringewat/Hinsch, Wirksamkeit von Konzentrationsflächenplanungen in älteren Flächennutzungsplänen, NVwZ 2017, 337.

31 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt; m. Bespr. Mayer-Metzner, BayVBl 2005, 129; Schäling, IBR 2003, 272; Hans-Thilo Becker, KommunalPraxis BY 2005, 66; Egner, NuR 2003, 737; Kment, NVwZ 2004, 314; Brietzke, StG 2012, 497; Tigges, ZNER 2003, 43; von Nicolai, ZUR 2004, 74 – Konzentrationszone im Flächennutzungsplan; im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 4.02,

Auf diesen allgemeinen Grundlagen hat sich zur planungsrechtlichen Zulässigkeit von Windenergieanlagen eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt.³² Die Gemeinden haben keine besondere Pflicht zur Förderung der Windenergie. Sie sind auch nicht verpflichtet, einen wirtschaftlich optimalen Ertrag der Windenergienutzung sicherzustellen.³³ Die Ermittlung und Festlegung von Vorrangzonen für Windenergieanlagen setzt allerdings auf der Grundlage des Darstellungsprivilegs ein schlüssiges, hinreichend städtebaulich motiviertes Plankonzept für das gesamte Gemeindegebiet voraus.³⁴ Dieses kann an global und pauschalierend festgelegten Kriterien für die Ungeeignetheit der von der Ausschlusswirkung erfassten Bereiche ausgerichtet werden. Bei der Festlegung von Tabuzonen aus Gründen des Immissionsschutzes können pauschale Abstände zu jeder schützenswerten Wohnbebauung angesetzt werden. Diese Abstände können zulässigerweise auch auf einen vorbeugenden Immissionsschutz ausgerichtet werden und konkret für weitere Entwicklungen in den Blick genommene potenzielle Siedlungserweiterungsflächen mitberücksichtigen.³⁵ Auch aus Gründen des Naturschutzes und der Landschaftspflege³⁶ einschließlich der Erholungsfunktion der Landschaft können bestimmte „Tabu-Flächen“ aus der weiteren Prüfung ausgesondert werden.³⁷

c) Weiche Tabukriterien

Eine hilfsweise Behandlung als weiches Tabukriterium setzt nach Auffassung des BVerwG zwingend voraus, dass der Plangeber sich die Unterschiede zwischen harten und weichen Tabukriterien bewusst macht, den mit einem Wechsel von einem harten zu einem weichen Tabu verbundenen „fundamentalen“ Perspektivwechsel auch tatsächlich vollzieht und dies in den Aufstellungsvorgängen hinreichend eindeutig dokumentiert. Das BVerwG hat bereits mehrfach ausgesprochen,³⁸ dass der Plangeber nur in Bezug auf die Festlegung von weichen Tabuzonen einen Bewertungsspielraum hat, nicht aber bezüglich der harten Tabukriterien.³⁹ Denn „harte“ und „weiche“ Tabukriterien unterliegen unterschiedlichen Rechtsregimen.⁴⁰ Das BVerwG hat den Gemeinden und den Trägern der Regionalplanung bei der Markierung harter Tabuzonen jedoch eine „Typisierungsbefugnis“ zugestanden, wie z.B. im Zusammenhang mit der Bestimmung eines den Anforderungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG Rechnung tragenden

BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 = NVwZ 2003, 738 – Luftballon; Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, 2.11, BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507, Stürer, 509 = NVwZ 2013, 519; Wiggers, NJW spezial 2013, 556; Scheidler, NuR 20913, 869; Schröder, NZBau 2013, 563; Gatz, jurisPR-BVerwG 7/2013 Anm. 6 – Windenergieplanung „harte und weiche“ Kriterien; Beschl. v. 02.04.2013 – 4 BN 37.12, BauR 2013, 1253; Urt. v. 31.01.2013 – 4 CN 1.12, BVerwGE 146, 40 = NVwZ 2013, 1011 = ZfBR 2013, 475; Gatz, jurisPR-BVerwG 11/2013 Anm. 5; Reicherzer, IR 2013, 183; Schübel-Pfister, JuS 2013, 990; Bringewat, NVwZ 2013, 984 – Höhenbegrenzung im Flächennutzungsplan; Urt. v. 20.06.2012 – 4 C 2.12, BVerwGE 147, 37 = NVwZ 2013, 1288; Gatz, jurisPR-BVerwG 19/2013 Anm. 3; Muckel, JA 2014, 397 – Mobilfunkanlage.

- 32 BVerwG, Urt. v. 19.07.2001 – 4 C 4.00, BVerwGE 115, 17 = DVBl 2001, 1855 = NVwZ 2002, 476 – Gipsabbau; Beschl. v. 15.10.2001 – 4 B 69.01, BauR 2002, 1052 BRS 64 (2001) Nr. 100 – Veranstaltung; Urt. v. 13.12.2001 – 4 C 3.01, NVwZ 2002, 1112 = DVBl 2002, 706 = DÖV 2002, 574; Beschl. v. 02.08.2002 – 4 B 36.02, BauR 2003, 837; Urt. v. 19.09.2002 – 4 C 10.01, BVerwGE 117, 44 = DVBl 2003, 201 = NVwZ 2003, 214 – Wangerland; Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt; Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 3.02, BauR 2003, 1172 = NVwZ 2003, 1261 – Entwürfe von Regional- und Flächennutzungsplänen; Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 4.02, BVerwGE 118, 33 = DVBl 2003, 1064 = NVwZ 2003, 738 – Luftballon; Beschl. v. 18.03.2003 – 4 B 7.03, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 358 – Veranstaltung des Landschaftsbildes; Beschl. v. 22.10.1993 – 4 B 84.03, NVwZ 2004, 343 = BauR 2004, 262 – Konzentrationszone; OVG Münster, Urt. v. 30.11.2001 – 7 A 4857/00, NuR 2002, 431 = BauR 2002, 886 – Tabuflächen; OVG Lüneburg, Urt. v. 24.03.2003 – 1 LB 3571/01, RdL 2003, 234 = BauR 2003, 1443 – Windpark Borsum; Urt. v. 19.02.2004 – 4 CN 13.03, NVwZ 2004, 984 = ZfBR 2004, 464 – Steinau; OVG Koblenz, Urt. v. 20.02.2003 – 1 A 11406/01, NuR 2003, 556; VGH Kassel, Urt. v. 20.02.2003 – 3 N 1557/02, NuR 2003, 434 = ZfBR 2003, 482 – Vorranggebiet; Stürer, DVBl 2003, 1030.
- 33 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt.
- 34 OVG Koblenz, Urt. v. 20.02.2003 – 1 A 11406/01, NuR 2003, 556; Krautzberger, in: BKL, § 35 BauGB Rdnr. 75.
- 35 Raschke/Roscher, Der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid für Windenergieanlagen, NVwZ 2021, 922.
- 36 Zur Zulässigkeit einer Windenergieanlage in einem Landschaftsschutzgebiet BVerwG, Beschl. v. 02.02.2000 – 4 B 104.99, ZfBR 2000, 428 = BauR 2000, 1311; zum Klagerecht einer Nachbargemeinde VG Koblenz, Beschl. v. 24.07.2000 – 1 L 1756/00, BauR 2000, 1714; zu den (mangelnden) Beurteilungsgrundlagen für Störungen durch Windenergieanlagen für Personen in der freien Landschaft OVG Hamburg, Beschl. v. 28.08.2000 – 2 Bs 180/00, NuR 2001, 52 = NVwZ 2001, 98.
- 37 OVG Münster, Urt. v. 30.11.2001 – 7 A 4857/00, DVBl 2002, 723 = ZUR 2002, 300.
- 38 BVerwG, Beschl. v. 30.01.2019 – 4 BN 4.18, beck-online.
- 39 Wagner, Die Pflicht zur Ausweisung harter Tabuzonen als Kardinalfehler des Tabuzonenkonzepts, VerwArch 2020, 220.
- 40 § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB einerseits, § 1 VII, § 2 Abs. 3 BauGB andererseits; BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, BVerwGE 145, 231 Rdnr. 10 und 12.

Mindestabstandes zum Schutz einer Wohnbebauung vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Schallimmissionen von Windenergieanlagen. Danach ist der Planungsträger berechtigt, den maßgeblichen Parametern, wie etwa Windrichtung und -geschwindigkeit, Leistungsfähigkeit der Anlagen oder Tonhaltigkeit der Rotorgeräusche, in mehr oder weniger pauschaler Weise Rechnung zu tragen.⁴¹ Der Ausspruch der Unwirksamkeit einer fehlerhaften Konzentrationszonenplanung hat sich dabei auf die Beseitigung der Ausschlusswirkung zu beschränken.⁴²

Die Praxis von Behörden und Verwaltungsgerichten, nach der ein Überschneiden oder Berühren der Einwirkungsbereiche von zwei Windenergieanlagen regelmäßig verneint wird, wenn zwischen ihnen eine Entfernung von mehr als dem Zehnfachen des Rotordurchmessers liegt, ist kein Rechtsatz; der zehnfache Rotordurchmesser stellt in diesem Zusammenhang keinen rechtsverbindlichen Grenzwert („keine technische Wirkungsgröße“) dar. Das Bundesrecht kennt hinsichtlich der räumlichen Zuordnung von Windenergieanlagen, die eine Windfarm bilden, keine verbindlichen Bewertungsvorgaben. Es stellt keine standardisierten Maßstäbe oder Rechenverfahren zur Verfügung, die den Begriff der Windfarm in räumlich-gegenständlicher Hinsicht für die Praxis konkretisieren und handhabbar machen. Daran hat auch § 2 Abs. 5 und 11 UVPG nichts geändert.⁴³ Da im Recht der Umweltverträglichkeitsprüfung maßgeblich auf Umweltauswirkungen abzustellen ist, muss für die Zusammenfassung mehrerer Anlagen zu einer größeren Einheit danach gefragt werden, ob sich ihre Umweltauswirkungen überlagern.⁴⁴ Zur Feststellung der Überlagerung der Umweltauswirkungen mehrerer Windenergieanlagen sind alle Schutzgüter des § 2 Abs. 1 UVPG zu berücksichtigen. Hierzu gehören auch Tiere, Pflanzen und die biologische Vielfalt,⁴⁵ Aufgrund besonderer tatsächlicher Umstände kann eine von typisierenden Bewertungsvorgaben losgelöste Einzelfallbeurteilung angebracht sein.⁴⁶

d) Schlüssiges Gesamtkonzept

Soll eine planerische Entscheidung die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auslösen, verlangt das Abwägungsgebot die Entwicklung eines schlüssigen gesamt-räumlichen Planungskonzepts.⁴⁷ Um den Anforderungen gerecht zu werden, die dabei

an den Abwägungsvorgang zu stellen sind, muss das Konzept nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen wird, sondern auch die Gründe für die beabsichtigte Freihaltung des übrigen Planungsraums von Windenergieanlagen aufzeigen.⁴⁸ Denn der Ausschluss der Anlagen auf Teilen des Plangebiets lässt sich nach der Wertung des Gesetzgebers nur rechtfertigen, wenn der Plan sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen; die negative und die positive Komponente der festgelegten Konzentrationszonen bedingen einander.⁴⁹ Das macht es erforderlich, zwischen Flächen, deren Bereitstellung für die Windenergienutzung, aus welchen Gründen auch immer, nicht in Betracht kommt, die mithin für eine Windenergienutzung „schlechthin“ ungeeignet sind,⁵⁰ und Flächen, in denen nach dem Willen des Plangebers aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen „von vornherein“ ausgeschlossen werden „soll“⁵¹ zu unterscheiden. Denn erstere scheiden kraft Gesetzes als Konzentrationszonen für die Windenergienutzung aus und sind einer Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Be-

41 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287; Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18, NVwZ 2019, 491.

42 BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18, NVwZ 2019, 491 m. Hinw. auf OVG Lüneburg, Urt. v. 23.01.2014 – 12 KN 285/12, BauR 2014, 838; Urt. v. 03.12.2015 – 12 KN 216/13, ZNER 2016, 88; Urt. v. 23.06.2016 – 12 KN 64/14, NuR 2016, 706; Urt. v. 05.03.2018 – 12 KN 144/17, ZfBR 2018, 471; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 10.11.2015 – 10 A 7/13, BauR 2016, 617; anders früher OVG Münster, Urt. v. 01.07.2013 – 2 D 46/12, DVBl 2013, 1129; Urt. v. 22.09.2015 – 10 D 82/13.NE, ZfBR 2016, 52; Urt. v. 05.07.2017 – 7 D 105/14.NE, BauR 2017, 1653; Urt. v. 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE, BauR 2018, 468; Urt. v. 06.03.2018 – 2 D 95/15.NE, ZNER 2018, 171.

43 BVerwG, Beschl. v. 08.05.2007 – 4 B 11.07, BauR 2007, 1698.

44 BT-Drucks. 14/4599 S. 94 f.

45 BVerwG, Urt. v. 26.09.2019 – 7 C 7.18, beck-online.

46 BVerwG, Beschl. v. 28.04.2020 – 4 B 39.19, ZfBR 2020, 680 – Nachbarklage gegen Windfarm.

47 BVerwG, Urt. v. 18.08.2015 – 4 CN 7.14, BVerwGE 152, 372 Rdnr. 8 für die Regionalplanung.

48 BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12, Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 391 Rdnr. 5.

49 BVerwG, Urt. v. 18.08.2015 – 4 CN 7.14, BVerwGE 152, 372 Rdnr. 8 m.w.N.

50 Sog. „harte Tabuflächen“; BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287.

51 Sog. „weiche Tabuzonen“, BVerwG, Urt. v. 21.10.2004 – 4 C 2.04, BVerwGE 122, 109.

langen (§ 7 Abs. 2 Satz 1 ROG) entzogen,⁵² sind mithin der Abwägung vorgelagert,⁵³ während letztere der Ebene der Abwägung zuzuordnen sind. Folglich muss der Plangeber seine Entscheidung für weiche Tabuzonen rechtfertigen. Dazu muss er aufzeigen, wie er die eigenen Ausschlussgründe bewertet, d.h. kenntlich machen, dass er – anders als bei harten Tabukriterien – einen Bewertungsspielraum hat, und die Gründe für seine Wertung offen legen. Andernfalls scheitert seine Planung unabhängig davon, welche Maßstäbe an die Kontrolle des Abwägungsergebnisses anzulegen sind, schon an dem fehlenden Nachweis, dass er die weichen Tabukriterien auf der Stufe der Abwägung in die Planung eingestellt hat.⁵⁴ „Harte“ und „weiche“ Tabukriterien unterliegen nach den Vorgaben des BVerwG dementsprechend unterschiedlichen Rechtsregimen. Das macht es zwingend erforderlich, zwischen diesen beiden Kategorien von Tabuzonen zu unterscheiden.⁵⁵

Ein „starres Festhalten“ an der Mindestgröße für Konzentrationsflächen für Windenergie kann zu beanstanden sein, wenn Flächen, auf denen sich bereits Windenergieanlagen befinden, unter Zugrundelegung des Mindestgrößenkriteriums nicht als Konzentrationsflächen dargestellt worden sind. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verlangt für die Ausschlusswirkung nicht, dass ausschließlich Flächen für jedenfalls drei Windenergieanlagen dargestellt werden. Flächen, die weniger Anlagen aufnehmen können, sind daher nicht stets als harte Tabuzonen bei der gesamtäumlichen Planung auszuscheiden.

Nach dem planerischen Ziel, jedenfalls drei Windenergieanlagen in einer Konzentrationsfläche zu ermöglichen, darf die Gemeinde die harten Tabuzonen nicht bemessen. Die Gemeinde ist berechtigt, den maßgeblichen Parametern, wie etwa Windrichtung und -geschwindigkeit, Leistungsfähigkeit der Anlagen oder Tonalität der Rotorgeräusche, in mehr oder weniger pauschaler Weise Rechnung zu tragen.⁵⁶ Eine Pauschalierung nach der Zahl der Anlagen ist ihr dagegen bei Bemessung der harten Tabuzonen nicht gestattet, wenn nicht die Errichtung einzelner oder weniger Anlagen aus tatsächlichen Gründen, etwa naturräumlicher, topografischer oder wirtschaftlicher Art, schlechthin ausgeschlossen ist. Der Gemeinde bleibt zwar wegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unbenommen, die Konzentration von Windenergieanlagen auf bestimmten Flächen ihres Gemeindege-

biets anzustreben. Dieses Ziel muss sie aber gegen widerstreitende Belange abwägen. Es darf nicht die Bemessung der harten Tabuzonen steuern und so dem Bereich der Abwägung entzogen werden.^{57,58}

Der Gesetzgeber versteht § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als ein die Privilegierung flankierendes Instrument, durch das die Gemeinde in die Lage versetzt wird, die bauliche Entwicklung im Außenbereich planerisch zu steuern.⁵⁹ Die Norm setzt eine Darstellung im Flächennutzungsplan voraus, bei der eine positive Standortzuweisung mit einer Ausschlusswirkung für das übrige Gemeindegebiet verknüpft wird.⁶⁰

e) Substanzieller Raum – Verhinderungsplanung

Einem Planungsträger ist es verwehrt, den Flächennutzungsplan oder den Regionalplan als Mittel zu benutzen, das ihm dazu dient, unter dem Deckmantel der Steuerung Windkraftanlagen in Wahrheit zu verhindern. Die Relation zwischen der Gesamtfläche der Konzentrationszonen einerseits und der überhaupt geeigneten Potenzialflächen andererseits kann, muss aber nicht auf das Vorliegen einer Verhinderungsplanung schließen lassen. Eine Verhinderungsplanung liegt nicht schon dann vor, wenn die Festlegung von Konzentrationszonen zu einer Art Kontingentierung der Anlagenstandorte führt. Der Planungsvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB soll es der Gemeinde und dem Träger der Regionalplanung ermöglichen, durch eine Kanalisierung der in § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB aufgeführten Vorhaben die städtebauliche Entwicklung in ihrem Planungsgebiet in geordnete

52 BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, BVerwGE 145, 231 Rdnr. 12.

53 Schink, UPR 2016, 366.

54 BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, BVerwGE 145, 231 Rdnr. 13.

55 BVerwG, Beschl. v. 30.01.2019 – 4 BN 4.18, juris.

56 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287.

57 BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18, BVerwGE 164, 74 = NVwZ 2019, 491 = BauR 2019, 813 = NWVBl 2019, 191 = DVBl 2019, 846; Külpmann, jurisPR-BVerwG 11/2019 Anm. 6.

58 BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18, BVerwGE 164, 74 = NVwZ 2019, 491 = BauR 2019, 813 = NWVBl 2019, 191 = DVBl 2019, 846; Külpmann, jurisPR-BVerwG 11/2019 Anm. 6.

59 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287.

60 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 Rdnr. 17.

Bahnen zu lenken.⁶¹ Wo die Grenze zur Verhinderungsplanung verläuft, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. Beschränkt sich die Gemeinde darauf, ein einziges Konzentrationsgebiet auszuweisen, ist dies, für sich genommen, noch kein Indiz für einen fehlerhaften Gebrauch der Planungsermächtigung. Auch Größenangaben sind, isoliert betrachtet, als Kriterium ungeeignet.⁶² Die Einschätzung, ob die Gemeinde der Windenergie substanziell Raum verschafft hat, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung.⁶³

Die Grenze zur unzulässigen Negativplanung lässt sich nicht abstrakt bestimmen. Maßgeblich sind die tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Planungsraum. Größenangaben sind, isoliert betrachtet, als Kriterium ungeeignet.⁶⁴ Die Frage, ob die Planung im Ergebnis der Windenergie substanziell Raum verschafft,⁶⁵ lässt sich nicht ausschließlich nach dem Verhältnis zwischen der Größe der im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationsfläche und der Größe derjenigen Potenzialflächen beantworten, die sich nach Abzug der „harten“ Tabuzonen von der Gesamtheit der gemeindlichen Außenbereichsflächen ergibt.⁶⁶ Die Fläche, die der Errichtung von Windkraftanlagen vorbehalten ist, muss nicht so beschaffen sein, dass sie eine bestmögliche Ausnutzung gewährleistet. Es reicht aus, wenn an dem Standort die Voraussetzungen für eine dem Zweck angemessene Nutzung gegeben sind.⁶⁷

Der Bundesgesetzgeber hat der Raumordnung die Kompetenz zur zusammenfassenden, überörtlichen und fachübergreifenden Gesamtplanung verliehen und dies mit einem Koordinierungs-, Ordnungs- und Entwicklungsauftrag verbunden (§ 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 ROG). Dieser Auftrag zielt auf den Ausgleich konkurrierender Ansprüche an die Raumnutzung.⁶⁸ Macht ein regionaler Planungsträger von dem Planvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB Gebrauch, verlangt das Abwägungsgebot die Entwicklung eines schlüssigen Gesamtkonzepts, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt. Der Planvorbehalt versetzt den Planungsträger in die Lage, die bauliche Entwicklung privilegierter Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB im Außenbereich planerisch zu steuern.⁶⁹ Die gesetzgeberische Privilegierungsentscheidung kommt zwar weiterhin, aber nur mehr nach Maßgabe der Vorstellungen des Planungsträgers zum Tragen. Deshalb muss die Planung nicht nur da-

rüber Auskunft geben, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen wird, sondern auch deutlich machen, welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von privilegierten Vorhaben, hier Windenergieanlagen, freizuhalten.⁷⁰ Zum Ordnungskonzept der Konzentrationsflächenplanung für die Windenergie mit den Ausschlusswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gehört deshalb zum einen, dass sich die Windenergie in den Vorrang- und Eignungsgebieten gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen muss, zum anderen, dass die Privilegierung der Windenergie in den Ausschlussflächen zurücktritt, mit der Folge, dass andere Ansprüche an die Raumnutzung nicht durch die Windenergienutzung blockiert werden. Zu diesem Ordnungskonzept setzt sich eine Gemeinde mit der Festsetzung eines sonstigen Sondergebiets für die Windenergienutzung in den regionalplanerischen Ausschlussflächen in Widerspruch, ohne dass es darauf ankäme, ob dort Baufenster festgesetzt sind. Bereits die Festsetzung der Windenergie als zulässige Art der baulichen Nutzung blockiert andere bauliche Nutzungen in den regionalplanerischen Ausschlussflächen. Selbst im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der die Qualifizierungsanforderungen des § 30 Abs. 1 BauGB nicht erfüllt, richtet sich die Zulässigkeit von Vorhaben gem. § 30 Abs. 3 BauGB nach dessen Festsetzungen und nur

61 BVerwG, Beschl. v. 12.07.2006 – 4 B 49.06, ZfBR 2006, 679 – Konzentrationszonen – Verhinderungsplanung.

62 BVerwG, Urt. v. 24.01.2008 – 4 CN 2.07, Mittelrhein-West-erwald.

63 BVerwG, Urt. v. 13.07.2006 – 4 C 2.05, BVerwGE 126, 233 = DVBl 2006, 1295 – bebauter Bereich.

64 BVerwG, Beschl. v. 16.03.2006 – 4 BN 38.05 – ZfBR 2006, 468 – Verhinderungsplanung.

65 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt.

66 BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1.11, 2.11 – BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507, Stürer, 509 = NVwZ 2013, 519; Wiggers, NJW spezial 2013, 556; Scheidler, NuR 20913, 869; Schröder, NZBau 2013, 563; Gatz, jurisPR-BVerwG 7/2013 Anm. 6 – Windenergieplanung „harte und weiche“ Kriterien.

67 BVerwG, Beschl. v. 02.04.2013 – 4 BN 37.12, BauR 2013, 1253 = ZfBR 2013, 571, m. Hinw. Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287 = DVBl 2003, 797 = NVwZ 2003, 733 – Feigenblatt.

68 BVerwG, Urt. v. 04.04.2012 – 4 C 8.09 u.a., BVerwGE 142, 234 Rdnr. 305.

69 BVerwG, Urt. v. 20.05.2010 – 4 C 7.09, BVerwGE 137, 74 Rdnr. 46.

70 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15.01, BVerwGE 117, 287; Urt. v. 13.03.2003 – 4 C 3.02, NVwZ 2003, 1261.

im Übrigen nach § 34 oder § 35 BauGB. Soweit ein Bebauungsplan Festsetzungen enthält, verdrängt er die den gleichen Gegenstand betreffenden Anforderungen der §§ 34, 35 BauGB.⁷¹ Mit der Festsetzung eines Sondergebiets „Windenergie“ kann die Gemeinde die Art der baulichen Nutzung abschließend regeln. Zulässig sind mithin nur die in den textlichen Festsetzungen geregelten „Anlagen zur Nutzung von Windenergie“ und dazugehörige Nebenanlagen. Alle anderen Nutzungen sind dann nach § 30 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 BauGB unzulässig.⁷²

4. Normenkontrolle

Darstellungen des Flächennutzungsplans können mit der Normenkontrolle angefochten werden, wenn sie im Zusammenhang mit dem Darstellungsprivileg unmittelbare planerische Regelungen enthalten. Schließt etwa der Flächennutzungsplan Windkraftanlagen an einem Standort aus, so ist hiergegen nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ein Normenkontrollantrag statthaft. Der hiervon in seinen abwägungserheblichen Belangen betroffene Grundstückseigentümer ist für einen solchen Normenkontrollantrag antragsbefugt (§ 47 Abs. 2 VwGO). Ansonsten ist ein Normenkontrollantrag nur gegen städtebauliche Satzungen statthaft (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Darstellungen im Flächennutzungsplan mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB wie den Windenergieanlagen unterliegen in entsprechender Anwendung des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der (prinzipalen) Normenkontrolle.⁷³

Möglicher Gegenstand einer statthaften Normenkontrolle gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog ist allein die in den Darstellungen des Flächennutzungsplans zum Ausdruck kommende planerische Entscheidung der Gemeinde, mit der Ausweisung von Flächen für privilegierte Nutzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB an Standorten außerhalb der ausgewiesenen Flächen eintreten zu lassen. Die Darstellung von Konzentrationsflächen ist für sich genommen kein möglicher Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog, unterliegt aber als Vorfrage der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der inzidenten gerichtlichen Überprüfung. Eine Ausweitung des Analogieschlusses zu § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO auf Darstellungen zur Höhenbegrenzung für Windenergieanlagen in der Konzentrationszone kommt nicht in Betracht.⁷⁴

Auch gegen einen Regionalplan mit Konzentrationszonen für Windenergieanlagen kann ein Grundstückseigentümer eine Normenkontrolle erheben, dessen Flächen durch die Festlegungen des Plans von der Windkraftnutzung ausgeschlossen sind.⁷⁵ Regionalpläne können von betroffenen Städten und Gemeinden ggf. mit der Verfassungsbeschwerde angefochten werden.⁷⁶ Nach Maßgabe des Landesrechts kann auch eine Normenkontrolle statthaft sein, die dann in aller Regel die Verfassungsbeschwerde verdrängt. Der Bauinteressent und der Nachbar kann Rechtsschutz dadurch suchen, dass im Baugenehmigungsverfahren eine Inzidentprüfung der maßgeblichen Darstellung des Flächennutzungsplans durchzuführen ist. Der Bauherr kann eine Verpflichtungsklage erheben. Vom Nachbarn kann eine erteilte Baugenehmigung für eine Windenergieanlage mit einer Anfechtungsklage angefochten werden. Windenergieanlagen können vor allem im Hinblick auf schutzbedürftige Nutzungen in der Nachbarschaft unzulässig sein. Eine Verletzung des Gebotes der nachbarlichen Rücksichtnahme kann durch eine Nachbarklage gegen die Baugenehmigung und im einstweiligen Rechtsschutzverfahren geltend gemacht werden. Die einzuhaltenden Mindestabstände werden von

71 BVerwG, Urt. v. 18.08.1964 – 1 C 63.62 – BVerwGE 19, 164; Beschl. v. 24.03.2015 – 4 BN 30.13, beck-online Rdnr. 28.

72 BVerwG, Beschl. v. 21.12.2017 – 4 BN 3.17, BauR 2018, 634 = ZfBR 2018, 266 = UPR 2018, 154 = NVwZ 2018, 507; Zeissler, jurisPR-ÖffBauR 3/2018 Anm. 1; Külpmann, jurisPR-BVerwG 15/2018 Anm. 6 – Anpassungsgebot.

73 BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 CN 3.06, BVerwGE 128, 382 = NVwZ 2007, 1081 – Teilplan Windenergienutzung; Scheidler, DÖV 2008, 766; Battis, JZ 2007, 1153; Wollenteit, NVwZ 2008, 1281; Herrmann, NVwZ 2009, 1185; Lahme, ZNER 2007, 225.

74 BVerwG, Urt. v. 31.01.2013 – 4 CN 1.12, BVerwGE 146, 40 = NVwZ 2013, 1011 = ZfBR 2013, 475; Gatz, jurisPR-BVerwG 11/2013 Anm. 5; Reicherzer, IR 2013, 183; Gatz, jurisPR-BVerwG 11/2013 Anm. 5; Schübel-Pfister, JuS 2013, 990; Bringewat, NVwZ 2013, 984 – Höhenbegrenzung im Flächennutzungsplan.

75 Erbuth, Rechtsschutz gegen Raumordnungspläne, DVBl 2018, 897; OVG Lüneburg, Urt. v. 09.10.2008 – 12 KN 35/07, ZfBR 2009, 150 = NdsVBl 2009, 107 – Ausweisung von Vorrangstandorten für Windenergiegewinnung.

76 VerfGH Münster, Urt. v. 15.12.1989 – VerfGH 5/88, OVGE 40, 310 = NVwZ 1990, 456 = DVBl 1990, 417 (GEP Düsseldorf); Urt. v. 18.06.1991 – VerfGH 5/90, OVGE 42, 297 = NVwZ 1991, 371 – GEP Köln; Urt. v. 28.01.1992 – VerfGH 2/91, NVwZ 1992, 875 = DVBl 1992, 710 – Marburg; Urt. v. 11.02.1992 – VerfGH 6/91, NVwZ 1992, 874 = DVBl 1992, 732 – Gescher; Urt. v. 09.02.1993 – VerfGH 2/92, NVwZ-RR 1993, 542 = DVBl 1993, 649 – Meerbusch.

den unterschiedlichen Größen der Anlagen und den Immissionen im Einzelfall bestimmt. Deshalb ist der Schutz einer Wohnbebauung gegen Immissionen einer Windkraftanlage nicht nach abstrakten Mindestabständen wie etwa ein Vielfaches der Gesamthöhe der Anlage, sondern nach den konkret zu ermittelnden Immissionen zu bemessen.⁷⁷ Das OVG Münster hat erwogen, für eine Windkraftanlage von 500 kW und einer Rotorhöhe von 65 m einen Abstand zur Wohnbebauung von 950 m zu verlangen.⁷⁸ Teilweise wird für Anlagen von 300 kW ein Mindestabstand von 500 m für erforderlich gehalten.⁷⁹ Die auf bloßen abstrakten Berechnungen unter Vorgabe normierter Bedingungen beruhenden Herstellerangaben lassen danach eine verlässliche Prognose über die zu erwartenden Geräuschimmissionen nicht zu. Der im Außenbereich Wohnende muss grundsätzlich mit der Errichtung von in diesem Bereich privilegierten Windkraftanlagen einschließlich ihrer optischen Auswirkungen rechnen.⁸⁰

Für die Antragsbefugnis in einem Normenkontrollverfahren gegen die Satzung über eine Veränderungssperre nach § 14 BauGB genügt, dass ein Antragsteller auf der Grundlage von Vereinbarungen mit den Grundeigentümern Genehmigungsanträge für Windenergieanlagen gestellt hat, die wegen der Veränderungssperre zurückgestellt worden sind.⁸¹ Ein Nachbar wird durch die Ausweisung eines Windeignungsgebietes in der Nähe seines Wohngrundstücks nicht in einem Rechtsanspruch auf ordnungsgemäße Abwägung verletzt, sodass ein Normenkontrollantrag gegen einen Regionalplan unzulässig ist. Rechtsschutzmöglichkeiten können sich erst durch die Aufstellung eines Bebauungsplans oder eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung ergeben.⁸² Ein Normenkontrollverfahren wegen einer Veränderungssperre erledigt sich nicht nach zwei Jahren durch Zeitablauf, wenn die Gemeinde zuvor die Geltungsdauer der Veränderungssperre verlängert hat.⁸³

5. Nachbarschutz

Auf Abwehrrechte kann sich nur derjenige berufen, dessen eigene Nutzung formell und materiell legal ist, wobei die Beweislast für die formelle Legalität den Bauherrn trifft.⁸⁴ Auf die fehlende Bestimmtheit einer Genehmigung kann sich ein Nachbar nur insoweit berufen, als sich diese auf

einen Regelungsbereich auswirkt, der für die Gewährleistung seiner subjektiven Rechtspositionen von Bedeutung ist.⁸⁵ Dem Schutzinteresse eines betroffenen Nachbarn vor unzumutbarem Lärm wird durch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung hinreichend Rechnung getragen, wenn nach der Lärmprognose eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Nachbarn nicht zu erwarten ist und Nebenbestimmungen die Einhaltung der Immissionsrichtwerte durch Kontrollmessungen sicherstellen. Bei Entfernung von über 1.200 m fehlt es in aller Regel an einer beachtlichen nachbarlichen Betroffenheit.⁸⁶ Auch in stark gegliedertem Gelände kann auf das diagnostische Windfeldmodell LASAT zurückgegriffen werden, wenn dessen Einschränkungen bei besonderen orografischen Verhältnissen im Untersuchungsgebiet durch den ergänzenden Einsatz eines geeigne-

77 OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.12.1998 – 1 M 4727/98, NVwZ 1999, 444; VG Oldenburg, Beschl. v. 01.07.1998 – 4 B 1807/98, ZUR 1998, 260 – Windenergieanlage.

78 OVG Münster, Beschl. v. 23.01.1998 – 7 B 2983/97, BauR 1998, 407.

79 OVG Münster, Beschl. v. 22.10.1996 – 10 B 2385/96, BauR 1997, 297.

80 OVG Münster, Beschl. v. 12.01.2006 – 8 A 2285/03, ZNER 2006, 84 – Windkraftanlage.

81 BVerwG, Beschl. v. 18.06.2012 – 4 BN 37.11, BRS 79, Nr. 60 (2012) m. Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 19.02.2004 – 4 CN 13.03, ZfBR 2004, 464 = BauR 2004, 256 – Veränderungssperre.

82 BVerwG, Beschl. v. 13.11.2006 – 4 BN 18.06, ZfBR 2007, 277 = UPR 2007, 148 = BauR 2007, 859 = DVBl 2007, 390 m. Anm. Gatz, jurisPR-BVerwG 7/2007 Anm. 3; jurisPR extra 2007, 118 Eignungsgebiet Windenergie.

83 BVerwG, Urt. v. 19.02.2004 – 4 CN 16.03, BVerwGE 120, 138 = ZfBR 2004, 460 = UPR 2004, 272 = DVBl 2004, 950; Graf, NVwZ 2004, 1435 – Urt. v. 19.02.2004 – 4 CN 16.03, BVerwGE 120, 138 = NVwZ 2004, 858 mit Anm. Graf, 1435 = DVBl 2004, 950 – Rosendahl.

84 OVG Münster, Beschl. v. 24.06.2010 – 8 A 2764/09, DVBl 2010, 1321 – zur optischen Bedrängung einer 150 m hohen Windkraftanlage in einer Entfernung von lediglich 270 m, m. Hinw. auf OVG Münster, Urt. v. 09.08.2006 – 8 A 3726/05, BauR 2007, 74 = DVBl 2006, 1532 = NWVBl. 2007, 59; BVerwG, Beschl. v. 11.12.2006 – 4 B 72.06, RdL 2007, 63.

85 OVG Koblenz, Urt. v. 07.10.2009 – 1 A 10872/07, BauR2010, 581 = BRS 74 Nr. 114 (2009) = DVBl 2010, 263 – Biogasanlage – Nachbarschutz.

86 OVG Saarlouis, Beschl. v. 04.05.2010 – 3 B 77/10 – Windkraftanlagen, NVwZ-RR 2010, 800; Beschl. v. 10.12.2010 – 3 B 250/10, Windkraftanlagen Gesamthöhe je 145 m und einem Abstand von 1.900 m; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 27.11.2009 – 11 S 49.09, LKV 2010, 138 m. Anm. Benighaus, LKV 2010, 139 – Gutshaus.

ten prognostischen Windfeldmodells (FITNAH) Rechnung getragen wird.⁸⁷

6. Neues Privilegierungskonzept

Um den Ausbau der Windenergie planungsrechtlich zu fördern, hält Martin Kment in einem im Auftrag der Stiftung Klimaneutralität erstatteten Rechtsgutachten⁸⁸ zwei Alternativen bereit: In der Variante 1 soll die Windenergie ohne Einschränkung der Steuerungsmöglichkeiten des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert werden. Die Windenergie würde dann an planungsrechtlichen Vorgaben nur scheitern, wenn öffentliche Belange (§ 35 Abs. 1 Satz 1 BauGB) entgegenstehen. Wesentliches Kernstück ist in der Variante 2 eine neu gefasste, gegenüber der bisherigen Rechtslage eingeschränkte Regelung des Darstellungsprivilegs, wie sie sich aus § 35 Abs. 3a BauGB-E ergibt: „Die Regelung des Abs. 3 S. 3 kann Vorhaben nach Abs. 1 Nr. 5 nur dann entgegeng gehalten werden, wenn eine Gemeinde den Nachweis erbringt, dass die Ausweisungen an anderer Stelle nach Absatz 3 Satz 3 den Anforderungen der Anlage 1 des Bedarfsgesetzes zu erneuerbaren Energien entsprechen (Windenergie-Beitragswert), und dieser Nachweis bestätigt wurde. Der nach Satz 1 vorgeschriebene Nachweis wird von der Bundesnetzagentur bestätigt; dabei prüft die Bundesnetzagentur, ob der Nachweis der Gemeinde nachvollziehbar ist. Der Nachweis gilt als bestätigt, wenn die Bundesnetzagentur nicht innerhalb von drei Monaten nach Einreichung aller erforderlichen Unterlagen über den Antrag auf Bestätigung der Erfüllung des kommunalen Windenergie-Beitragswerts entscheidet. Die Bundesnetzagentur ist berechtigt, eine Ergänzung erforderlicher Antragsunterlagen zu verlangen. Die Bestätigung der Bundesnetzagentur oder ihre Fiktion ist für vier Jahre gültig. Die Regelungen dieses Absatzes gelten entsprechend für Ziele der Raumordnung,⁸⁹ regionale Flächennutzungspläne und gemeinsame Flächennutzungspläne nach § 204. Bei Planungen nach Satz 6 sind die Windenergie-Beitragswerte der in Bezug genommenen Gemeinden vollständig zu erfüllen; bei einer Planung, die ein Gemeindegebiet nur teilweise betrifft, darf der Windenergie-Beitragswert anteilig reduziert werden, wenn die verbleibende Gemeindegebietsfläche in eine andere Planung nach Satz 6 einfließt oder die Teilüberplanung sachlich zwingend geboten ist.“

Die Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen aus 2014 in § 249 Abs. 3 BauGB⁹⁰ soll gestrichen werden. Der Mindestabstand nach § 249 Abs. 3 Satz 1 BauGB darf nach der Neufassung der Vorschrift (ohnein nur noch) höchstens 1.000 m von der Mitte des Mastfußes der Windenergieanlage bis zur nächstgelegenen im Landesgesetz bezeichneten baulichen Nutzung zu Wohnzwecken und nicht mehr 10-H betragen.⁹¹ Außerdem ist es den Ländern überlassen, Auswirkungen einer Mindestabstandsregelung auf bestehende Planwerke zu normieren und Übergangsregelungen zu treffen. Die planungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich in solchen Fällen nach § 35 Abs. 2 BauGB,⁹² sodass die Verwirklichungschancen bei Unterschreitung des Abstandes sehr gering sind. Die frühere 10-H-Regelung (Art. 82 Abs. 1 BayBauO), die einen Mindestabstand vom 10-fachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplan, im nicht beplanten Innenbereich und im Geltungsbereich einer Außenbereichssatzung nach § 35 BauGB vorsah,⁹³ soll

87 OVG Weimar, Urt. v. 16.03.2010 – 1 O 655/07, BauR 2010, 2076 = DVBl 2010, 1058 = NVwZ-RR 2010, 758 – Ausbreitungsrechnung, mit Hinw. auf VGH Kassel, Urt. v. 07.05.2009 – 6 C 1142/07.T, dort auch zu den Anforderungen an eine Ausbreitungsrechnung nach dem Anhang 3 der TA Luft – orografische und meteorologische Besonderheiten.

88 Sachdienliche Änderungen zur Förderung von Flächenausweisungen für Windenergieanlagen, Augsburg Dez. 2020: www.stiftung-klima.de.

89 Kümper, Raumordnung und Bauleitplanung, DVBl 2018, 70; ders., Die Pflicht zur Anpassung der Bauleitplanung an die Ziele der Raumordnung, VerwArch 2018, 63.

90 BGBl. I 2014, 954. Sie ist inzwischen aufgrund eines politischen Kompromisses durch Art. 2 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparungsrechts für Gebäude und zur Änderung weiterer Gesetze v. 08.08.2020 geändert und wieder aktiviert worden, BGBl. I 1728.

91 Osing, Die Positivplanung von Windenergieflächen nach § 249 Abs. 1 Satz 1 BauGB, NVwZ 2020, 749.

92 BayVerfGH, Entsch. v. 09.05.2016 – Vf. 14-VIII-15, DVBl 2016, 1259 = NVwZ 2016, 999; Demmer/Lemmonier, Bayerische „10-H-Regelung“ für Windenergieanlagen überwiegend verfassungskonform, IR 2016, 177; Herdy, Die Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB und ihre Umsetzung in Bayern – Die umstrittene 10-H-Regelung, RdE 2016, 171. Zu beeinträchtigten Belangen können auch solche des Denkmalschutzes gehören Kupke/Jakobi, Die Berücksichtigung von Belangen des Denkmalschutzes bei der Planung von Windenergieanlagen, REE 2019, 122.

93 Scheidler, Die Bedeutung der bay. 10-H-Regelung bei der Ausweisung von Konzentrationszonen für die Windenergienutzung, NuR 2018, 361.

daher nach den Empfehlungen von Kment insgesamt gestrichen werden. Begründet werden diese Vorschläge mit dem politischen Ziel, sich von konventionellen Energiequellen zu verabschieden und sich dem verstärkten Ausbau der erneuerbaren Energien zuzuwenden.

7. Grundsatzentscheidung vorrangig

Bevor einzelne Konzepte und Detailfragen erörtert werden, muss allerdings über die grundsätzliche Frage entschieden werden, in welche Richtung die Nutzung der Windenergie fortentwickelt werden soll. Hat der Ausbau der Windenergie im Konzept der Energiewende den absoluten Vorrang, dem sich alle anderen Belange wie etwa die Wahrung anderer öffentlicher Interessen, der Belange der betroffenen Nachbarn, die Ablehnung der Verspargelung der Landschaft in weiten Teilen der Bevölkerung, die Planungsvorstellungen der Städte und Gemeinden oder der Träger der Regionalplanung untergeordnet werden müssen. Oder soll umgekehrt nach der Maxime verfahren werden, den vorgenannten Interessen den Vorrang einzuräumen und die Windenergie dahin zurückzubringen, wo sie am Anfang der gesetzlichen Novellierung 1996 stand: Eine nicht privilegierte und damit im Außenbereich grundsätzlich unzulässige Nutzung, die erst durch aktive Planungen der Städte, Gemeinden und der Träger der regionalen Planungsträger wieder Fahrt aufnehmen kann.

Kment überspringt aus seiner Sicht verständlicherweise diesen Schritt. Er geht vielmehr geradezu als selbstverständlich davon aus, dass der Windenergienutzung im Konzept der Energiewende ein größerer Raum gegeben werden muss. Aber ganz so selbstverständlich, wie das auf den ersten Blick erscheint, ist das allerdings natürlich nicht. Denn nicht nur in Bayern werden Bedenken der Bevölkerung formuliert, die sich gegen eine verstärkte Verspargelung der Landschaft wehrt und vor allem immer größere werdende Anlagen in der Nähe von Ortschaften und insbesondere Wohnnutzungen verhindern will. Wer soll hier das Rennen machen? Die Windenergienutzung oder die für Rücksichtnahme auf Nachbarbelange oder den Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutz streitenden Gegenargumente. Erst wenn dieser Streit entschieden ist, können (neue) Konzepte entwickelt werden. Oder sind am Ende nur die alten Konzepte fortzuschreiben?

8. Lösungsansätze

Würde die Windenergie durch Streichung der Windenergienutzung in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Darstellungsprivileg des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (vergleichsweise schrankenlos) privilegiert (Kment, Variante 1), bliebe von dem ursprünglichen Kompromiss des Jahres 1996, einen sachgerechten Ausgleich zwischen eingeräumter Privilegierung der Windenergie und den zugleich gewährten Steuerungsmöglichkeiten der Städte, Gemeinden und Trägern der Regionalplanung zu schaffen, allenfalls noch wenig übrig. Windenergieanlagen würden dann nur noch scheitern, wenn ihnen andere öffentliche Belange entgegenstehen. Das könnte als weitgehender Freifahrtschein für die Windenergienutzung verstanden werden. Die Steuerungsmöglichkeiten der Windenergieplanung wären von einem gerupften Huhn wohl kaum noch zu unterscheiden. Die mit der damaligen Privilegierung der Windenergie den Städten und Gemeinden sowie den Trägern der Regionalplanung durch das Darstellungsprivileg eingeräumten Spielräume wären gestrichen. Den kommunalen und regionalen Planungsträgern würde ihr bisher bestehendes Planungsinstrumentarium aus der Hand geschlagen. Das kann man politisch so machen. Es müssten sich allerdings dazu entsprechende Mehrheiten finden. Mal sehen, wie sich eine neue Koalition nach den am 26.09.2021 stattgefundenen Bundestagswahlen dazu verhält.

Die Streichung der im Jahre 1996 eingeführten Privilegierung der Windenergienutzung wäre aber wohl zudem ein Extrem, das in die Landschaft der gebotenen Klimafolgenbekämpfung nicht passen würde. Die richtige Lösung dürfte daher wohl vorbehaltlich des begonnenen politischen Meinungsbildungsprozesses irgendwo in der Mitte zu diesen Extremen liegen.

Grundlegend neue Konzepte zu entwickeln, dürfte schwierig sein. Das haben die Erfahrungen mit dem Darstellungsprivileg gezeigt. Gesetzliche Regelungsversuche sind das eine. Was die Rechtsprechung daraus gemacht hat, ist das andere. Es spricht daher viel dafür, dass ein neues gesetzgeberisches Lösungskonzept, das in den bisherigen Regelungen aber auch in der Rechtsprechung kein Vorbild hat, über viele Jahre zu Unsicherheiten führen würde, wie die nie enden wollende juristische Debatte um das Darstellungsprivileg gezeigt hat.

Auch die Vorschläge von Kment helfen wohl nicht wirklich weiter. Eine weitgehend uneingeschränkte privilegierte Windenergienutzung, die nur noch an anderen entgegenstehenden Belangen scheitern könnte, würde wohl auch in weiten Teilen der Bevölkerung nicht auf die notwendige Akzeptanz stoßen⁹⁴ – abgesehen davon, dass politische Mehrheiten für ein solches Konzept auch nach der Bundestagswahl gegenwärtig nicht sicher erscheinen. Von einem grundsätzlich neuen Konzept, wie es sich Kment vorstellt, mit bisher unerprobten Instrumenten und einer neu einzuschaltenden Bundesbehörde ist daher auch vor dem unüberhörbaren Ruf nach Vereinfachung der Verfahren und einem gebotenen Bürokratieabbau ebenfalls eher abzuraten.

9. Was bleibt?

Es wird daher wohl kein Weg daran vorbeiführen, das „eingefahrene“ Rechtssystem mit all seinen Schwächen und Fragezeichen beizubehalten und behutsam fortzuentwickeln. Die Grundelemente eines im Ansatz „ausgewogenen“ Konzepts zwischen grundsätzlicher Privilegierung der Windenergie und Steuerungsmöglichkeiten der planenden Städte und Gemeinden sowie der Träger der Regionalplanung bliebe erhalten, sodass sich hierdurch auch keine elementare „Machtverschiebung“ zwischen Privilegierung und Steuerungsmöglichkeit durch Konzentrationsmöglichkeit

ergeben würde. Vor allem die Rechtsprechung könnte diese Balance als Chance begreifen. Sie könnte die Gewichte je nach juristischer und politischer Einschätzung etwas mehr in Richtung der Privilegierung der Windenergienutzung verschieben – etwa indem sie die hohen Anforderungen an eine rechtmäßige Windenergieplanung beibehält oder sogar noch eine juristische Schippe drauflegt. Mittelbar könnte dadurch die Energiewende auch ohne gesetzliche Änderungen einen zusätzlichen Schub erhalten. Wem das zu weit geht, der könnte sich dafür einsetzen, die Planungskonzepte der Städte, Gemeinden und der regionalen Planungsträger mit etwas leichter Hand durchzuwinken und hierdurch einen allzu üppigen Freifahrtschein für die Windenergienutzung etwas auszubremsen. Die vorhandenen gesetzlichen Instrumente in der Auslegung der gelegentlich von Kursausschlägen geprägten Rechtsprechung bieten daher wohl genügend Möglichkeiten, auch auf künftige Herausforderungen in der Abwägung zwischen den Erfordernissen der Energiewende und den planerischen Steuerungsmöglichkeiten der kommunalen und regionalen Planungsträger angemessen zu reagieren.

⁹⁴ Erbguth, Zur Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung im räumlichen Planungs- und Zulassungsrecht, UPR 2018, 121; Wegner/Sailer, Akzeptanz und Bürgerbeteiligung bei der Windenergie, ZNER 2018, 497.

Hochwasser und Starkregenereignisse in der Raumplanung – Ziele und Grundsätze des länderübergreifenden Raumordnungsplans für den Hochwasserschutz

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Beckmann, Münster*



A. Einführung

Die dramatischen Folgen des Klimawandels waren im Jahre 2021 weltweit mit apokalyptischen Bildern von verheerenden Waldbränden und in Deutschland vor allem von zerstörerischen Hochwasserkatastrophen in Rheinland-Pfalz, in Bayern und in Nordrhein-Westfalen unübersehbar. Fast 200 Tote,

* Fachanwalt für Verwaltungsrecht in Münster. Bei dem Aufsatz handelt es sich um einen überarbeiteten und ergänzten Vortrag des Verfassers auf der Tagung „Städtebau und Recht“ des Instituts für Städtebau Berlin am 29.09.2021 zum länderübergreifenden Raumordnungsplan für den Hochwasserschutz, der nach § 2 der Verordnung über die Raumordnung im Bund für einen länderübergreifenden Hochwasserschutz