

Windenergieanlagen BVerwG-Rechtsprechungsbericht 1995 - 2014

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück,
Dr. Bernhard Garbrock, Steinfurt

Der Beitrag berichtet über die Rechtsprechung des BVerwG zu Windenergieanlagen der letzten 20 Jahre.

Windenergieanlagen sollen im Konzept der Energiewende eine 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 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 erhalten die Träger der Raumordnung und der Bauleitplanung durch das Darstellungsprivileg nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB planerische Möglichkeiten, nach sachgerechter Abwägung ihre eigenen Vorstellungen zur räumlichen Steuerung in das Nutzungskonzept einzubringen. Dabei muss allerdings eine substantielle Nutzung der Windenergie gewährleistet bleiben. Auch dürfen die Planungsträger keine Verhinderungs- oder Feigenblattplanung betreiben.

Das mit diesen Rechtsgrundsätzen dargestellte Steuerungskonzept ist nicht neu. Bereits im Urteil zur Kölner Nassauskiesung¹ 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 Nutzungen ausgewiesen, so kann damit die Ausschlusswirkung für die übrigen Teile des Plangebietes verbunden werden. Dieses Spannungsfeld von privilegierter Nutzung einerseits und den Anforderungen an das planerische Steuerungskonzept andererseits ist Gegenstand zahlreicher Gerichtsentscheidungen der letzten 20 Jahre.

1. 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 Trauerarbeit², eine in der Mediation angestrebte „Win-Win-Methode“³ oder ein juristisches Glattbügeln⁴ überwunden werden können.

a) Erforderlichkeit der Planung

Bauleitpläne im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB sind nicht erforderlich, wenn sie einer positiven Planungskonzeption entbehren und ersichtlich der Förderung von Zielen dienen, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des BauGB nicht bestimmt sind. Eine Planung, die durch hinreichende städtebauliche Gründe getragen und deshalb im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB erforderlich ist, kann auch privaten Interessen dienen und durch private Interessenträger angestoßen sein.⁵

b) Belange in der Abwägung

Eine Gemeinde, die von der Ermächtigung zur Konzentrationsflächenplanung Gebrauch macht, hat die öffentlichen Belange, die nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB erheblich sind und nicht zugleich zwingende, im Wege der Ausnahme oder Befreiung nicht überwindbare Verbotstatbestände nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfüllen, bei der Planung nach Maßgabe des § 1 Abs. 7 BauGB gegen das Interesse Bauwilliger abzuwägen, den Außenbereich für die Errichtung von Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB in Anspruch zu nehmen. Ist die Planung wirksam, weil die Abwägung frei von Fehlern ist oder Abwägungsmängel nach dem Fehlerfolgenregime des § 214 BauGB unbeachtlich sind, dürfen diese Belange bei der Entscheidung über die Zulassung eines Vorhabens auf der Konzentrationsfläche nicht wieder als Genehmigungshindernis aktiviert werden.⁶

Ob, wo und in welchem Umfang Windkraftanlagen im Außenbereich gehäuft errichtet werden sollen, bleibt gemeindlicher oder regionaler Planungsentscheidung vorbehalten. Wenn allerdings davon kein Gebrauch gemacht wird, richtet sich die Zulassung im Einzelfall nach § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 und Abs. 3 BauGB.⁷

c) 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 Konzentrationsplanung muss vielmehr ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept zugrunde liegen.

¹ BVerwG, Urt. v. 22.5.1987 - 4 C 57.84 - BVerwGE 77, 300 = DVBl 1987, 1008 - Kölner Nassauskiesung.

² Stüer, NVwZ 2005, 508.

³ Krautzberger/Stüer, DVBl 2004, 914; Hien, DVBl 2005, 1341.

⁴ Bovet/Kindler, DVBl 2013, 488; Stüer, DVBl 2013, 509; ders. DVBl 2014, 360.

⁵ BVerwG, B. v. 30.12.2009 - 4 BN 13.09 - ZfBR 2010, 272, m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 4/2010 Anm. 5 - Monitoring.

⁶ BVerwG, Urt. v. 20.05.2010 - 4 C 7.09 - BVerwGE 137, 74 = ZfBR 2010, 675 = UPR 2010, 391 = DVBl 2010, 123, m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 21/2010 Anm. 6; Curt M. Jeromin, BauR 2011, 456; Gernot Sydow, NVwZ 2010, 1534; Christian Brietzke, StG 2012, 497; Wilhelm Söfker, ZfBR 2013, 13; Christoph Brand, ZNER 2010, 476 - Konzentrationsflächenplan - gemeindliches Einvernehmen.

⁷ BVerwG, Urt. v. 16.06.1994 - 4 C 20.93 - BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141 = ZfBR 1994, 290 = UPR 1994, 439; vgl. auch Erich Taegen, DVBl 1994, 1146; Bernhard Stüer, DVBl 2013, 1134; Matthias Grünberg, IBR 1995, 128; Stephan Krieger, RdE 1995, 155; Wolfgang Ewer, SchIHA 1996, 192 - Windenergieanlagen: sonstige Außenbereichsvorhaben.

Die Gemeinde muss allerdings nicht sämtliche Flächen, die sich für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nrn. 2 bis 6 BauGB eignen, 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. 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.⁸

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. Der Begriff der harten Tabuzonen dient der Kennzeichnung von Gemeindegebietsteilen, die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen 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 Gemeindegebiets erfasst, in denen nach dem Willen der Gemeinde aus unterschiedlichen Gründen die Errichtung von Windenergieanlagen „von vornherein“ ausgeschlossen werden „soll“ (der Abwägung unterliegende Belange). 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.⁹ Nur ein schlüssiges Plankonzept, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt¹⁰ und dem Abwägungsgebot genügt,¹¹ kann die Ausschlusswirkung erzielen.

Mehrere Teilfortschreibungen, die jeweils Vorranggebiete für Windenergieanlagen festlegen, können die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erst entfalten, wenn sie sich zu einer schlüssigen gesamtträumlichen Planungskonzeption zusammenfügen.¹²

Scheidet eine Gemeinde oder der Träger der Regionalplanung¹³ bei der Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen „harte“ und „weiche“ Tabuzonen aus dem Kreis der Potenzialflächen aus, muss sie sich zur Vermeidung eines Fehlers im Abwägungsvorgang den Unterschied zwischen den beiden Arten der Tabuzonen bewusst machen und ihn dokumentieren. Entscheidet sich die Gemeinde ohne Gesamtkonzept nur für eine bloße Positivfläche, entfallen sowohl die spezifischen Rechtfertigungsanforderungen aber auch die Ausschlusswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.¹⁴

d) Substanzieller Raum - Verhinderungsplanung

Einer Gemeinde ist es verwehrt, den Flächennutzungsplan als Mittel zu benutzen, das ihr dazu dient, unter dem Deckmantel der Steuerung Windkraftanlagen in Wahrheit zu verhindern. Die Relation zwischen der Gesamtfläche der Konzentrationszonen einerseits und der überhaupt geeigneten Potentialflächen anderer-

seits 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 ermöglichen, durch eine Kanalisierung der in § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB aufgeführten Vorhaben die städtebauliche Entwicklung in ihrem Gemeindegebiet in geordnete Bahnen zu lenken.¹⁵

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.¹⁶ Die Einschätzung, ob die Gemeinde der Windenergie substanziell Raum verschafft hat, ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung.¹⁷

Dabei können die Verhältnisse im Rahmen einer Gesamtbeurteilung gewürdigt werden. Hierzu können gehören: die Größe der Konzentrationsfläche im Vergleich zur Gemeindegebietsgröße, zur Größe der im Plangebiet vorgesehenen Mindestgröße für Konzentrationsflächen und zur Größe der für die Nutzung der Windenergie reservierten Flächen in den Nachbargemeinden oder die Anzahl und Energiemenge der Windenergieanlagen oder das

- 8 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287 = UPR 2003, 188 = ZfBR 2003, 370 = DVBl 2003, 797; m. Bespr. Helmut Mayer-Metzner, BayVBl 2005, 129; Yorck Schäling, IBR 2003, 272; Hans-Thilo Becker, KommunalPraxis BY 2005, 66; Margit Egner, NuR 2003, 737; Martin Kment, NVwZ 2004, 314; Christian Brietzke, StG 2012, 497; Franz-Josef Tigges, ZNER 2003, 43; Helmuth von Nicolai, ZUR 2004, 74 - Konzentrationszone im Flächennutzungsplan; im Anschluss an BVerwG, 13.03.2003 - 4 C 4.02 - BVerwGE 118, 33 - Luftballon; vgl. auch Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507; B. v. 02.04.2013 - 4 BN 37.12 - BauR 2013, 1253; Urt. v. 31.01.2013 - 4 CN 1.12 - BVerwGE 146, 40; Urt. v. 20.06.2013 - 4 C 2.12 - BVerwGE 147, 37 = Mobilfunkanlage.
- 9 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 - DVBl 2005, 379; Urt. v. 15.09.2009 - 4 BN 25.09 - m. Bespr. Bernhard Stürer, DVBl 2013, 509 - abschnittsweise Ausarbeitung des Planungskonzepts.
- 10 BVerwG, B. v. 15.09.2009 - 4 BN 25.09 - BauR 2010, 82 = ZfBR 2010, 65, m. Bespr. Alfred Scheidler, KommJur 2012, 367; Christian Brietzke, StG 2012, 497; Marcel Raschke, ZfBR 2013, 632 - Konzentrationszone und öffentliche Belange.
- 11 BVerwG, B. v. 23.07.2008 - 4 B 20.08 - ZfBR 2008, 808; vgl. BVerwG, Urt. v. 24.01.2008 - 4 CN 2.07; BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 - 4 C 4.02 - BVerwGE 118, 33. - schlüssiges Gesamtkonzept.
- 12 So für einen Regionalplan BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287.
- 13 BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 - 4 CN 2.12 - NuR 2013, 489 = ZfBR 2013, 569, m. Bespr. Cyril Freitag, IR 2013, 182 = Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 13/2013 Anm. 1, Alfred Scheidler, NuR 2013, 869, ders., RdL 2014, 3, Heinz G. Bieneck, SächsVBl 2014, 35; Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 13/2013 Anm. 1 - Windenergienutzung Regionalplan Westsachsen; m. Hinw. auf Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507, m. Anm. Bernhard Stürer, 509; Urt. v. 27.01.2005 - 4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364.
- 14 BVerwG, Urt. v. 31.01.2013 - 4 CN 1.12 - BVerwGE 146, 40 = ZfBR 2013, 475 = UPR 2013, 306 = jurisPR extra 2013, 166 (LS) m. Bespr. Max Reicherzer, IR 2013, 183, Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 11/2013 Anm. 5, Isabel Schübel-Pfister, JuS 2013, 990, Jörn Bringewat, NVwZ 2013, 984 - Höhenbegrenzung im Flächennutzungsplan.
- 15 BVerwG, B. v. 12.07.2006 - 4 B 49.06 - ZfBR 2006, 679 - Konzentrationszonen - Verhinderungsplanung.
- 16 BVerwG, Urt. v. 24.01.2008 - 4 CN 2.07 - Mittelrhein-Westerwald.
- 17 BVerwG, Urt. v. 13.07.2006 - 4 C 2.05 - BVerwGE 126, 233.

Gewicht der Ausschlusskriterien.¹⁸ Auch können der Landesdurchschnitt an der Stromerzeugung aus regenerativen Energien aber wohl auch der Bundesdurchschnitt als Abwägungsmaßstäbe herangezogen werden. Berücksichtigt werden kann auch, ob aufgrund der ausgewiesenen Standorte die Erwartung berechtigt ist, dass ein mehr als beachtlicher Beitrag auch im Blick auf den Landes- und Bundesdurchschnitt an der Windenergienutzung geleistet wird.¹⁹

Die Standortplanung von Windenergieanlagen ist nicht schon deshalb abwägungsfehlerhaft, weil bei einer großzügigeren Ausweisung von Standorten völker- oder europarechtliche Klimaschutzziele schneller zu erreichen wären. Die Ausschlusswirkung des Planungsvorbehalts in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar.²⁰

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.²¹ Die Frage, ob die Planung im Ergebnis der Windenergie substanziell Raum verschafft,²² 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.²³

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.²⁴

e) Verzicht auf ein Gesamtkonzept

Die Gemeinde muss ihre zunächst gewählten Kriterien nochmals prüfen und gegebenenfalls ändern, wenn sich herausstellt, dass damit der Windenergie nicht substanziell Raum geschaffen wird. Anderenfalls muss sie auf eine planerische Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verzichten.²⁵ Das gilt auch, wenn im gesamten Gemeindegebiet keine für Windenergienutzung geeignete Fläche zu finden ist. Die Gemeinde ist dann darauf beschränkt, die Zulassung von Windenergieanlagen im Rahmen der Anwendung von § 35 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 BauGB durch das Geltendmachen von öffentlichen Belangen im Einzelfall zu steuern.²⁶

f) Regionalplanung

Ob eine Regionalplanung eine Pufferzone von bestimmten Größenordnungen bilden darf, ist nach den rechtlichen Kriterien des Abwägungsgebots zu überprüfen. Wenn ein Planungsträger sich von vornherein der Abwägung entzieht, ist ihm ein Abwägungsfehler vorzuhalten.²⁷

Die Frage, ob der Windenergie in substanzieller Weise Raum verschafft wird, ist für den Flächennutzungsplan und den Regionalplan nach einheitlichen Grundsätzen zu beurteilen.²⁸

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verbietet es, in der Bilanz der Positiv- und Negativflächen Vorbehaltsgebiete im Sinne von § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ROG als Positivausweisung zu werten. Dem Träger der Regionalplanung ist es nicht verwehrt, die Windenergienutzung im gesamten Außenbereich einzelner Gemeinden auszuschließen.²⁹

Ist in einem Standorte für Windenergieanlagen ausweisenden Raumordnungsplan für bestimmte Flächen noch keine abschließende raumordnerische Entscheidung getroffen und fehlt es daher an einem schlüssigen gesamtträumlichen Planungskonzept, kann der Raumordnungsplan die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entfalten.³⁰

g) Einheitliche Planungsgrundsätze für privilegierte Vorhaben

Der Ausschluss von Abgrabungen in Teilen des Gebiets eines Regionalplans ist jedenfalls dann ein rechtmäßiges Ziel der Raumordnung, wenn die in der Rechtsprechung des BVerwG zu Konzentrationszonen für Windenergieanlagen aufgestellten Grundsätze beachtet werden.³¹

h) Tieffluggkorridor

Eine privilegierte Windkraftanlage kann an Vorgaben der Landesverteidigung scheitern, die sich aus einer Tieffluggzone ergeben. Dazu reicht eine nachvollziehbare Stellungnahme der Wehrbe-

18 BVerwG, Urt. v. 20.05.2010 - 4 C 7.09 - BVerwGE 137, 74 = ZfBR 2010, 675 = UPR 2010, 391 = DVBl 2010, 1235, m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 21/2010 Anm. 6; Curt M. Jeromin, BauR 2011, 456; Gernot Sydow, NVwZ 2010, 1534; Christian Brietzke, StG 2012, 497, Wilhelm Söfker, ZfBR 2013, 13; Christoph Brand, ZNER 2010, 476 - Regionalplan.

19 BVerwG, B. v. 22.04.2010 - 4 B 68.09 - RP Magdeburg.

20 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287.

21 BVerwG, B. v. 16.03.2006 - 4 BN 38.05 - ZfBR 2006, 468 - Verhinderungsplanung.

22 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287.

23 BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507 = ZfBR 2013, 257 = BauR 2013, 722 - Tabuzonenarten in der Konzentrationsflächenplanung, m. Bespr. Max Reicherzer, BWGZ 2013, 766, Bernhard Stür, DVBl 2013, 509, Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 7/2013 Anm. 6, Christian Wiggers, NJW-Spezial 2013, 556, Alfred Scheidler, NuR 2013, 869, Michael Frey, NVwZ 2014, 249, Thomas Schröer, NZBau 2013, 563, Alfred Scheidler, RdL 2014, 3.

24 BVerwG, B. v. 02.04.2013 - 4 BN 37.12 - BauR 2013, 1253 = ZfBR 2013, 571, m. Hinw. auf Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287 - Flächen für die Errichtung von Windkraftanlagen.

25 BVerwG, Urt. v. 24.01.2008 - 4 CN 2.07 - ZfBR 2008, 364 = UPR 2008, 264 = DVBl 2008, 664 (LS), m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 11/2008 Anm. 3, Angela Ehlers, NuR 2011, 323 - Mittelrhein-Westerwald.

26 BVerwG, B. v. 15.09.2009 - 4 B 51.09 - ZfBR 2010, 66 - Windenergieanlagen-zulassung bei fehlender Konzentrationszone.

27 BVerwG, B. v. 21.07.2010 - 4 B 73.09 - Pufferzonenbildung.

28 BVerwG, B. v. 23.10.2012 - 4 BN 35.12 - ZfBR 2013, 172.

29 BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 - 4 C 4.02 - BVerwGE 118, 33 = ZfBR 2003, 464 = UPR 2003, 309 = DVBl 2003, 1064, mit Bespr. Helmut Mayer-Metzner, BayVBl 2005, 129, Alexander Schink, I+E 2011, 211, Axel Maser, IBR 2003, 448, Reinhard Hendler, UPR 2003, 401, Ulrich Battis, ZG 2010, 246, Helmut von Nicolai, ZUR 2004, 74 - Luftballon.

30 BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 - 4 C 3.02 - ZfBR 2003, 469 = UPR 2003, 355 = NVwZ 2003, 1261 - RROP, m. Bespr. Helmut Mayer-Metzner, BayVBl 2005, 129; Sabine Schlacke, JA 2004, 202; Angela Ehlers, NuR 2011, 323 = Christian Brietzke, StG 2012, 497; Reinhard Hendler, UPR 2003, 401; Helmut von Nicolai, ZUR 2004, 74 - RROP, im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287; Urt. v. 13.03.2003 - 4 C 4.02 - BVerwGE 118, 33 - Luftballon, im Anschluss an BVerwG, B. v. 18.01.2012 - 4 BN 29.11 - ZfBR 2012, 262.

31 BVerwG, B. v. 18.01.2011 - 7 B 19.10 - NuR 2011, 284 UPR 2011, 240 (LS), m. Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287; Urt. v. 13.03.2003 - 4 C 4.02 - BVerwGE 118, 33 - Luftballon; Urt. v. 24.01.2008 - 4 CN 2.07 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 376 - wasserrechtliche Planfeststellung; im Anschluss an Urt. v. 24.01.2008 - 4 CN 2.07 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 376.

reichsverwaltung aus.³² Die Bundeswehr hat einen verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum bei der Beurteilung des Gefährdungspotentials einer Windenergieanlage im Tieffluggkorridor (§ 30 Abs. 1 Satz 3 LuftVG).³³

i) Planungshindernisse

Eine Planung ist mit dem Gebot der Erforderlichkeit der Festlegung von Vorranggebieten für Windenergienutzung nicht vereinbar, wenn sie sich als nicht vollzugsfähig erweist, weil ihr auf unabsehbare Zeit unüberwindliche rechtliche oder tatsächliche Hindernisse im Wege stehen. Das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit gilt nicht nur für den Anlass sondern auch für den Inhalt des Plans und damit für jede seiner Festsetzungen. Das mit dem Darstellungsprivileg verfolgte Ziel wird von vornherein verfehlt, wenn die Fläche, die für die vorgesehene Windenergienutzung zur Verfügung stehen soll, für diesen Zweck schlechthin ungeeignet ist.³⁴

j) Höhenbegrenzung

Einer Windkraftanlage kann wegen ihrer Höhe von knapp 100 m, ihrer vertikalen Ausdehnung und ihren Wirkungen auf die weitere Umgebung als raumbedeutsam i.S.v. § 3 Nr. 6 ROG angesehen werden.³⁵

Gibt der Regionalplan optionale Höhenbegrenzungen vor, so kann die Gemeinde die exakte Höhe unter Berücksichtigung lokaler Besonderheiten festlegen. Dabei kann die Gemeinde auch Belange der Denkmalpflege bei Festlegung der Höhe und den Abständen berücksichtigen.³⁶

Die Begrenzung von Windkraftanlagen auf eine Gesamthöhe von 100 m kann dem Abwägungsgebot entsprechen und während des Planverfahrens durch eine Veränderungssperre gesichert werden. Solche Regelungen sind erst dann abwägungsfehlerhaft, wenn sie sich als Verhinderungsplanung darstellen, weil eine wirtschaftliche Nutzung der Windkraftanlagen nicht mehr möglich ist.³⁷

k) Landesrecht

Landesrecht unterliegt dabei grundsätzlich nicht der revisionsrechtlichen Kontrolle. Das gilt auch für das Abwägungsgebot.³⁸

2. Natur- und Landschaftsschutz

Privilegierte Vorhaben sind nach §§ 35 Abs. 2 BauGB planungsrechtlich unzulässig, wenn ihnen öffentliche Belange entgegenstehen. Hierzu können auch Belange des Natur- und Landschaftsschutzes zählen.

a) Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung

Die Frage, ob ein Vorhaben Belange des Naturschutzes im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB beeinträchtigt, kann nur auf der Grundlage des gegenwärtigen Standes der wissenschaftlichen Erkenntnis beurteilt werden. Nicht jeder einfache Vogelzug steht einer privilegierten Windkraftanlage als öffentlicher Belang entgegen. Erhebliche Beeinträchtigungen können sich allerdings bei einem Hauptvogelzugkorridor ergeben.³⁹

Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege im Sinne von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB können einem im Außenbereich privilegierten Vorhaben entgegenstehen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn das Vorhaben in nicht durch Ausnahmegenehmigung oder Befreiung zu behebender Weise in Widerspruch zu einer gültigen Landschaftsschutzverordnung steht, was sich nach dem jeweiligen Landesrecht beurteilt.⁴⁰

Weist ein Flächennutzungsplan Konzentrationszonen für Windenergieanlagen aus, ist es im Allgemeinen mit dem Gebot gerechter Abwägung vereinbar, die Regelung des Ausgleichs der zu erwartenden Eingriffe in Natur und Landschaft dem Verfahren der Vorhabengenehmigung und, wenn die Bereitstellung der für den Ausgleich erforderlichen Flächen nicht auf andere Weise gesichert ist, der Aufstellung eines Bebauungsplans vorzubehalten.⁴¹ Das gilt auch für die Überwachung der gebotenen Ausgleichsmaßnahmen (§ 4c BauGB).⁴²

Die bauplanungsrechtlichen und die naturschutzrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen für Vorhaben im Außenbereich sind unabhängig voneinander zu prüfen. Im Falle eines privilegierten Außenbereichsvorhabens unterliegt die Frage, ob dem Vorhaben öffentliche Belange entgegenstehen, und die naturschutzrechtliche Entscheidung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG in Verbindung mit den entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen, der vollen gerichtlichen Kontrolle,⁴³ die im Revisionsverfahren allerdings auf Rechtsfragen begrenzt ist.

b) Landschaftsschutz

Die Regelungen in einer Landschaftsschutzverordnung beziehen sich nur auf im Gebiet liegende Grundstücke. Bei den nicht förmlich unter Landschaftsschutz gestellten Flächen stellt ein Bauvorhaben nur dann eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes dar,

³² BVerwG, B. v. 24.09.2008 - 4 B 47.08 - m. Hinw. auf Urt. v. 06.06.2002 - 4 CN 4.01 - BVerwGE 116, 296.

³³ BVerwG, B. v. 05.09.2006 - 4 B 58.06 - ZfBR 2007, 54 - Tieffluggkorridor; BVerwG, Urt. v. 18.11.2004 - 4 C 1.04 - UPR 2005, 150 = DVBl 2005, 702 = ZfBR 2005, 275 = BauR 2005, 1138, m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 5/2005 Anm. 6, Martin Maslaton, NVwZ 2006, 777, Detlev Dierkes/Gerhard Rapp, ZLW 2005, 440 - Segelfluggelände, im Anschluss an OVG Münster, Urt. v. 14.03.2006 - 8 A 3505/05 - Windkraft und Pferde.

³⁴ BVerwG, B. v. 16.03.2006 - 4 BN 38/05 - ZfBR 2006, 468 - Verhinderungsplanung.

³⁵ BVerwG, B. v. 02.08.2002 - 4 B 36.02 - ZfBR 2003, 488, m. Bespr. Axel Maser, IBR 2003, 382 - Regionalpläne, BVerfG, B. v. 15.10.2003 - 1 BvR 1983/03 - (Nichtannahme).

³⁶ BVerwG, B. v. 26.01.2010 - 4 BN 32.09 - RROR Cuxhaven.

³⁷ BVerwG, B. v. 05.02.2007 - 4 BN 3.07 -

³⁸ BVerwG, B. v. 29.03.2007 - 4 BN 5.07 - Bauschutzbereich.

³⁹ BVerwG, B. v. 09.05.2006 - 4 B 27.06 - m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 21/2006 Anm. 1 - Vogelzug.

⁴⁰ BVerwG, B. v. 02.02.2000 - 4 B 104.99 - Windkraftanlagen im Landschaftsschutzgebiet, m. Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 19.04.1985 - 4 C 25.84 - BauR 1985, 544.

⁴¹ BVerwG, B. v. 26.04.2006 - 4 B 7.06 - ZfBR 2006, 569 = UPR 2006, 352 = DVBl 2006, 1057 (LS), m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 18/2006 Anm. 5 - Konzentrationszone und Eingriffsregelung.

⁴² Ausgleichsmaßnahmen BVerwG, B. v. 30.12.2009 - 4 BN 13.09 - ZfBR 2010, 272, m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 4/2010 Anm. 5 - Monitoring.

⁴³ BVerwG, Urt. v. 13.12.2001 - 4 C 3.01 - UPR 2002, 194 = DVBl 2002, 706 = ZfBR 2002, 360 =, m. Bespr. Eberhard Baden, IBR 2002, 217, Marcel Wemdzio, NuR 2011, 464, Wolfgang Kühn, ZNER 2002, 125 - Windfarm.

wenn es zu einer Verunstaltung führt,⁴⁴ was von den Einzelfallumständen abhängt.⁴⁵

Nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB ist ein privilegiertes Außenbereichsvorhaben unzulässig, wenn das Vorhaben das Orts- und Landschaftsbild verunstaltet. Vorhaben ist die bauliche Anlage in ihrer durch die Nutzung bestimmten Funktion (§ 29 Abs. 1 BauGB). Insoweit bilden der Baukörper und der Nutzungszweck eine Einheit. Nach dieser umfassenden rechtlichen Betrachtungsweise ist auch zu entscheiden, ob eine Windkraftanlage dem Orts- und Landschaftsbild in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen ist und auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden wird. Dabei ist auch die anlagentypische Drehbewegung der Rotorblätter als Blickfang zu berücksichtigen.⁴⁶ Das gilt auch für die Vorbelastung durch technische Einrichtungen oder für die Entfernung einer Windkraftanlage von schutzbedürftigen Landschaftsbestandteilen.⁴⁷

Eröffnet eine Gemeinde im Wege der Bauleitplanung auf Flächen, die im Geltungsbereich einer Landschaftsschutzverordnung einem naturschutzrechtlichen Bauverbot unterliegen, die Möglichkeit einer baulichen Nutzung, so scheidet die Planung weder an § 1 Abs. 3 BauGB noch an § 6 Abs. 2 BauGB, wenn eine Befreiung von dem Bauverbot in Betracht kommt.⁴⁸

c) Europäischer Gebietsschutz

Bei der Verträglichkeitsprüfung unterliegt die Zulassungsbehörde strengen Voraussetzungen.⁴⁹ Danach ist jede Beeinträchtigung von Erhaltungszielen erheblich und muss als Gefährdung des Gebietes als solches gewertet werden. Umgekehrt sind Beeinträchtigungen im Sinne von Art. 6 Abs. 3 FFH-RL nur dann unerheblich, wenn Erhaltungsziele nicht nachteilig berührt werden. Ob gemäß diesem Prüfungsmaßstab die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen zu erheblichen Beeinträchtigungen führen kann, ist vorrangig eine naturschutzfachliche Fragestellung.

In Bezug auf eine vom Erhaltungsziel eines europäischen Vogelschutzgebietes erfassten Tierart soll langfristig gesehen eine Qualitätseinbuße vermieden werden. Stressfaktoren, wie sie mit der Errichtung, aber insbesondere mit dem Betrieb einer Windenergieanlage der vorgesehenen Art einher gehen, dürfen somit die artspezifische Populationsdynamik nicht in einem Ausmaß stören, dass die Tierart kein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraums mehr bilden kann. Die so beschriebene Belastungsschwelle kann dabei gewisse Einwirkungen zulassen, solange diese die Erhaltungsziele nicht nachteilig berühren. Das gilt auch für die Bestimmung einer Bagatellschwelle zur Rechtfertigung eines unmittelbaren Flächenverlustes.⁵⁰

Ist ein Gebiet in die IBA-Liste aufgenommen worden, können sich daraus im Einzelfall konkrete Bedenken gegen die Aufnahme einer Fläche in eine Konzentrationszone ergeben, denen die planende Stelle nachgehen muss. Die Heilungsmöglichkeiten des Landesplanungsrechts richten sich nach Landesrecht.⁵¹

d) Artenschutz

Ist über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines privilegierten Außenbereichsvorhabens zu entscheiden, hat die zuständige Behörde gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB auch die naturschutzrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens zu prüfen. Artenschutzrechtliche Verbote stellen sich zugleich als ein nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB beachtlicher Belang des Naturschutzes dar.⁵²

Bei ihrer Entscheidung über die Erteilung einer immissionschutzrechtlichen Anlagengenehmigung steht der Genehmigungsbehörde für die Prüfung, ob Verbotstatbestände erfüllt sind, hinsichtlich der Bestandserfassung und Risikobewertung eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu, soweit sich zu ökologischen Fragestellungen noch kein allgemein anerkannter Stand der Fachwissenschaft herausgebildet hat.⁵³

3. Flächennutzungsplan

Die Darstellungen des Flächennutzungsplans sind auslegungsfähig, wobei insbesondere die dem Flächennutzungsplan beizufügende Begründung eine wesentliche Hilfe für die Verdeutlichung und die Auslegung des Plans sein kann.⁵⁴

Eine „Vorwirkung“ eines in Aufstellung befindlichen Flächennutzungsplans scheidet aus, wenn die künftigen Ausschlussflächen nach dem aktuellen Flächennutzungsplan noch in einer Konzentrationsfläche liegen.⁵⁵

44 BVerwG, B. v. 08.05.2008 - 4 B 28.08 - ZfBR 2008, 578 - Windenergieanlage in Nachbarschaft zu Landschaftsschutzgebiet.

45 BVerwG, B. v. 08.02.1991 - 4 B 10.91 - BauR 1991, 179 = ZfBR 1991, 131 = UPR 1991, 279 (LS) - Emissionen.

46 BVerwG, B. v. 15.10.2001 - 4 B 69.01 - ZfBR 2002, 597 - Windkraftanlagen.

47 BVerwG, B. v. 18.03.2003 - 4 B 7.03 - BauR 2004, 295 - Windenergieanlage - Verunstaltung des Landschaftsbildes.

48 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287 = UPR 2003, 188 = ZfBR 2003, 370 = DVBl 2003, 797; m. Bespr. Helmut Mayer-Metzner, BayVBl 2005, 129; Yorck Schäling, IBR 2003, 272; Hans-Thilo Becker, KommunalPraxis BY 2005, 66; Margit Egner, NuR 2003, 737; Martin Kment, NVwZ 2004, 314; Christian Brietzke, StG 2012, 497; Franz-Josef Tigges, ZNER 2003, 43; Helmuth von Nicolai, ZUR 2004, 74 - Konzentrationszone im Flächennutzungsplan; im Anschluss an BVerwG, 13.03.2003 - 4 C 4.02 - BVerwGE 118, 33 - Luftballon; vgl. auch Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507; B. v. 02.04.2013 - 4 BN 37.12 - BauR 2013, 1253; Urt. v. 31.01.2013 - 4 CN 1.12 - BVerwGE 146, 40; Urt. v. 20.06.2013 - 4 C 2.12 - BVerwGE 147, 37 - Mobilfunkanlage.

49 BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 - 9 A 20.05 - BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706, m. Anm. Bernhard Stürer, DVBl 2007, 1147 - Halle Westumfahrung.

50 BVerwG, B. v. 26.02.2008 - 7 B 66.07 - Hellwegbörde. Das Tatsachengericht hat dabei einen fachlichen Beurteilungsspielraum, BVerwG, B. v. 19.08.2009 - 7 B 17.09 - für das Brutgebiet von Wiesen- und Rohrweihe sowie den Wachtelkönig oder das Rast- und Durchzugsgebiet für Goldregen- und Mornelregenpfeifer, Konrweihe oder Rotmilan.

51 BVerwG, B. v. 25.10.2007 - 4 BN 42.07 - Windeignungsgebiet Woltersdorf.

52 BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 - 4 C 1.12 - BVerwGE 147, 118 = ZfBR 2013, 685, m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 21/2013 Anm. 5, Ferdinand Kuchler, jurisPR-UmwR 2/2013 Anm. 1, m. Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 20.05.2010 - 4 C 7.09 - BVerwGE 137, 74 - Artenschutz und behördlicher Beurteilungsspielraum.

53 BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 - 7 C 40.11 - NVwZ 2014, 524 = m. Anm. Rüdiger Nolte, jurisPR-BVerwG 9/2014 Anm. 3; Martin Spieler, jurisPR-UmwR 3/2014 Anm. 2 - Immissionschutzrechtliche Windenergieanlagengenehmigung - Einschätzungsprärogative.

54 BVerwG, Urt. v. 31.01.2013 - 4 CN 1.12 - BVerwGE 146, 40 = ZfBR 2013, 475 = UPR 2013, 306 = jurisPR extra 2013, 166 (LS) m. Bespr. Max Reicherzer, IR 2013, 183, Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 11/2013 Anm. 5, Isabel Schübel-Pfister, JuS 2013, 990, Jörn Bringewat, NVwZ 2013, 984 - Höhenbegrenzung im Flächennutzungsplan.

55 BVerwG, Urt. v. 20.05.2010 - 4 C 7.09 - BVerwGE 137, 74 = ZfBR 2010, 675 = UPR 2010, 391 = DVBl 2010, 1235, m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 21/2010 Anm. 6; Curt M Jeromin, BauR 2011, 456; Gernot Sydow, NVwZ 2010, 1534; Christian Brietzke, StG 2012, 497, Wilhelm Söfker, ZfBR 2013, 13; Christoph Brand, ZNER 2010, 476 - Konzentrationsflächenplan - gemeindliches Einvernehmen.

Ein Flächennutzungsplan, der Konzentrationszonen mit Ausschlusswirkungen für das übrige Gemeindegebiet entfalten soll, wird für die Offenlage mit Anstoßwirkung bekannt gemacht, wenn kenntlich gemacht wird, dass das gesamte Gemeindegebiet erfasst wird.⁵⁶

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB lässt andere öffentliche Belange unberührt, nach denen ebenfalls die Zulässigkeit einer Windenergieanlage im Außenbereich zu beurteilen ist. Das gilt auch für anderweitige Darstellungen in einem Flächennutzungsplan.⁵⁷

4. Ziele der Raumordnung

Bindende Vorgaben ergeben sich aus den Zielen der Raumordnung, die von dem Träger der Bauleitplanung im Gegensatz zu den der Abwägung unterliegenden Grundsätzen der Raumordnung strikt zu beachten sind (§ 1 Abs. 4 BauGB). Hier ist in der jeweils nächstfolgenden Planungsstufe allerdings noch eine Konkretisierung zulässig.

a) Bindungswirkung der Ziele

Ziele der Raumordnung sind anders als die Grundsätze der Raumordnung nicht bloß Maßstab, sondern als räumliche und sachliche Konkretisierung der Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Planungsraumes das Ergebnis landesplanerischer Abwägung. Einer weiteren Abwägung auf einer nachgeordneten Planungsstufe sind sie nicht zugänglich. Die planerischen Vorgaben, die sich ihnen entnehmen lassen, sind verbindlich.⁵⁸ Dabei ist es unerheblich, ob Zielen der Raumordnung im Übrigen bereits unmittelbare Wirkungen gegen Jedermann zukommen sollen oder ob diese Wirkung nur gegenüber Gemeinden und anderen Planungsträgern eintritt. Die Festlegung von Zielen im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB setzt nicht voraus, dass der Landesgesetzgeber Eignungsgebiete im Sinne von § 7 Abs. 4 ROG vorsieht.⁵⁹

Verstößt ein Bebauungsplan gegen raumordnerische Zielvorgaben und damit gegen das Anpassungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB, stellen sich Fragen des vorsorgenden Immissionsschutzes nach § 5 Abs. 1 S 1 Nr. 2 BImSchG nicht.⁶⁰

b) In Aufstellung befindliche Ziele

Ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung hat die Qualität eines öffentlichen Belangs, wenn es inhaltlich hinreichend konkretisiert und wenn zu erwarten ist, dass es sich zu einer verbindlichen, den Wirksamkeitsanforderungen genügenden Zielfestlegung im Sinne des § 3 Nr. 2 ROG verfestigt. Die vom Gesetzgeber unter den in § 12 Abs. 2 ROG genannten Voraussetzungen eröffnete Möglichkeit, zur Sicherung eines in Aufstellung befindlichen Ziels der Raumordnung die Erteilung einer Baugenehmigung zu untersagen, lässt die Befugnis der Bauaufsichtsbehörde unberührt, die Baugenehmigung mit der Begründung zu versagen, dem Bauvorhaben einer Windkraftanlage stehe ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung als unbenannter öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegen.⁶¹

Das Inkrafttreten eines in Aufstellung befindlichen Ziels ist auch dann hinreichend sicher zu erwarten, wenn der Plan erst in einem ergänzenden Verfahren nach Nachholung der Ausfertigung mit Wirkung für die Zukunft in Kraft gesetzt werden kann.⁶² Ein wegen formeller Fehler unwirksamer Raumordnungsplan ist als ein

in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung (§ 3 Nr. 4 ROG) nach § 4 Abs. 2 ROG bei der Aufstellung eines Bauleitplans zu berücksichtigen.⁶³

c) Weiße Flächen

Weist der Raumordnungsplan Vorranggebiete aus, die der Nutzung der Windenergie im Plangebiet substanziell Raum schaffen, stehen Flächen, auf denen die Träger der Flächennutzungsplanung weitere Standorte für Windenergieanlagen ausweisen dürfen, der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht entgegen. Die Ausschlusswirkung erstreckt sich allerdings nur auf die Gebiete, die der Plan als Ausschlusszone festschreibt. Die „weißen Flächen“ erfasst sie nicht, weil es in Bezug auf diese Flächen an einer abschließenden raumordnerischen Entscheidung fehlt.⁶⁴

5. Bebauungsplan

Die Fläche, die vom Rotor einer Windkraftanlage überstrichen werden kann, ist bei der Ermittlung der Grundfläche der Anlage nicht mitzurechnen. Im Bebauungsplan dürfen sowohl Baugrenzen festgesetzt werden, die allein für Fundament und Turm gelten, als auch Baugrenzen, die sich darüber hinaus auf den Rotor der Windkraftanlage beziehen.⁶⁵

Ein Bebauungsplan über ein Sondergebiet ohne eindeutige Festsetzung der Zweckbestimmung ist ungültig.

6. Veränderungssperre

Voraussetzung für den Erlass einer Veränderungssperre ist, dass die Planung, die die Veränderungssperre sichern soll, ein Mindest-

56 BVerwG, B. v. 17.09.2008 - 4 BN 22.08 - ZfBR 2008, 806 = DVBl 2008, 1511 - Anstoßwirkung nach § 3 Abs. 2 BauGB.

57 BVerwG, B. v. 03.06.1998 - 4 B 6.98 - NVwZ 1998, 960 = ZfBR 1998, 262 = UPR 1998, 452, m. Bespr. Brigitte Wallisch, IBR 1998, 398 - Standortsteuerung von Windenergieanlagen im Außenbereich.

58 BVerwG, B. v. 19.05.2004 - 4 BN 22.04 - BRS 67 Nr. 119 (2004) - Veränderungssperre.

59 BVerwG, Urt. v. 01.07.2010 - 4 C 6.09 - BVerwGE 137, 259 = ZfBR 2010, 786 = UPR 2011, 25 = DVBl 2010, 1452 (LS), m. Bespr. Lorenz Zabel, IBR 2011, 113; Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 22/2010 Anm. 5 - entgegenstehende öffentliche Belange.

60 BVerwG, B. v. 03.08.2005 - 4 BN 35.05 - ZfBR 2006, 50, m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 23/2005 Anm. 6 - Eignungsraum für Windkraftanlagen.

61 BVerwG, Urt. v. 27.01.2005 - 4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364 = ZfBR 2005, 373 = DVBl 2005, 706 = UPR 2005, 267, m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 9/2005 Anm. 6 - in Aufstellung befindlichem Ziel der Raumordnung.

62 BVerwG, Urt. v. 01.07.2010 - 4 C 4.08 - BVerwGE 137, 247 = ZfBR 2010, 682 = DVBl 2010, 1377, m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 20/2010 Anm. 2 - in Aufstellung befindliches Ziel, m. Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 31.10.1990 - 4 C 45.88 - DVBl 1991, 217 - Wiederaufbau abgebranntes Wohnhaus; B. v. 6.02.1995 - 4 B 210.94 - Buchholz 406.11 § 12 BauGB Nr. 20; B. v. 7.04.1997 - 4 B 64.97 - BauR 1997, 595 - Ausfertigungsmangel; Urt. v. 14.04.2000 - 4 C 5.99 - BauR 2000, 1312 = NVwZ 2000, 1048 - Bootshütte; BVerwG, 20.05.2010 - 4 C 7.09 - BVerwGE 137, 74.

63 BVerwG, B. v. 17.09.2008 - 4 BN 22.08 - ZfBR 2008, 806 = DVBl 2008, 1511 - Anstoßwirkung nach § 3 Abs. 2 BauGB.

64 BVerwG, B. v. 28.11.2005 - 4 B 66.05 - ZfBR 2006, 159 = DVBl 2006, 459, m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 8/2006 Anm. 2 - Vorrangflächen.

65 BVerwG, Urt. v. 21.10.2004 - 4 C 3.04 - BVerwGE 122, 117 = ZfBR 2005, 191 = UPR 2005, 113 = DVBl 2005, 382, Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 3/2005 Anm. 1 - Rotorfläche.

maß dessen erkennen lässt, was Inhalt des zu erwartenden Bebauungsplans sein soll. Wesentlich ist, dass die Gemeinde bereits positive Vorstellungen über den Inhalt des Bebauungsplans entwickelt hat. Eine Negativplanung, die nur einzelne Vorhaben ausschließt, reicht nicht aus. Auch eine Planung, bei der in einem raumordnerisch für die Windenergie vorgesehenen Gebiet Festsetzungen zugunsten von Windenergie von „Null bis Hundert“ möglich sind, also alles noch offen ist, kann nicht durch eine Veränderungssperre gesichert werden. Zweck der Veränderungssperre ist es, eine bestimmte Bauleitplanung und nicht lediglich die Planungszuständigkeit und Planungshoheit der Gemeinde zu sichern. Die bloße „Absicht zu planen“ genügt nicht.⁶⁶

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Veränderungssperre zur Sicherung einer beabsichtigten Änderung des Flächennutzungsplans entfallen nur dann, wenn die Gemeinde die beabsichtigten Planungsabsichten nach den Einzelfallumständen aufgegeben hat, etwa wenn sie den Beschluss, einen Bebauungsplan aufzustellen, wieder aufhebt.⁶⁷

Durch die Erteilung ihres Einvernehmens zu einem Bauvorhaben wird die Gemeinde grundsätzlich nicht gehindert, eine dem Vorhaben widersprechende Bauleitplanung zu betreiben und sie durch eine Veränderungssperre zu sichern. Eine Veränderungssperre, die der Gemeinde erst die Zeit für die Entwicklung eines bestimmten Planungskonzepts geben soll, ist mangels eines beachtlichen Sicherheitsbedürfnisses unwirksam.⁶⁸

Beabsichtigt eine Gemeinde, für 560 ha und damit große Teile ihres Gemeindegebiets einen Bebauungsplan aufzustellen, so kann diese Planung nicht durch eine Veränderungssperre gesichert werden, wenn die Bereiche, in denen unterschiedliche Nutzungen verwirklicht werden sollen, nicht einmal grob bezeichnet sind.⁶⁹

Nach § 8 Abs. 3 Satz 1 BauGB kann mit der Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Bebauungsplans gleichzeitig auch der Flächennutzungsplan aufgestellt, geändert oder ergänzt werden. Dies gilt auch für die Änderung des Flächennutzungsplans im Parallelverfahren mit einer Darstellung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen.⁷⁰

7. Einzelgenehmigung

Unabhängig von der Planungsebene stellen sich auch auf der Ebene der Einzelzulassung von Windkraftanlagen zahlreiche Fragen.

a) Genehmigungsanspruch

Auf die Erteilung einer Baugenehmigung oder einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für Windkraftanlagen besteht, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind, ein Rechtsanspruch. Ein planerisches Ermessen steht der Genehmigungsbehörde nicht zu.⁷¹

b) Privilegierungstatbestand nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB

Eine Anlage ist ein Vorhaben zur Erforschung und Entwicklung der Windenergie im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, wenn der Bauherr anhand eines Forschungs- und Entwicklungskonzepts plausibel darlegt, dass die von ihm konstruierte Anlage nach gegenwärtigem Erkenntnisstand geeignet ist, die Nutzung der Windenergie mehr als nur unerheblich zu verbessern, die Anlage aber

noch praktisch erprobt werden muss. Das Konzept muss die hinreichende Gewähr für die Ernsthaftigkeit und - bezogen auf das konkrete Forschungs- und Entwicklungsziel - die Dauerhaftigkeit des Privilegierungszwecks bieten.

Die eigenständige Privilegierung von Anlagen, die der Nutzung von Windenergie dienen, in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ist nicht abschließend. Windenergieanlagen können weiterhin auch nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB als untergeordnete Anlagen eines landwirtschaftlichen Betriebes privilegiert zulässig sein.⁷² Die Teilnahme einer nichtprivilegierten Anlage an der Privilegierung einer anderen Anlage ist davon abhängig, dass die hinzutretende Anlage eine bodenrechtliche Nebensache ist. Dies ist der Fall, wenn sie der Hauptanlage erkennbar unmittelbar zu- und untergeordnet ist. Es muss gewährleistet sein, dass die mitgezogene Nebenanlage zur Unterstützung der Hauptanlage eingesetzt wird.⁷³

c) Genehmigungsvoraussetzungen

Die nach dem Immissionsschutzrecht zuständige Behörde hat nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG eine umfassende Prüfung der Vereinbarkeit der Anlage mit entgegenstehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften vorzunehmen. Dies schließt eine umfassende bauplanungsrechtliche Prüfung ein. Hierzu gehört auch § 35 BauGB.

Ob die Investitionen für die Stromerzeugung durch eine Windenergieanlage im Außenbereich (einschließlich des zur Stromspeisung erforderlichen Anschlusses) wirtschaftlich oder energiepolitisch sinnvoll sind, ist keine von der Bauaufsichtsbehörde im Baugenehmigungsverfahren zu entscheidende Frage der (bebauungsrechtlichen) Zuständigkeit der Anlage.⁷⁴

Die nach dem Immissionsschutzrecht zuständige Behörde darf ein als erforderlich angesehenes Raumordnungsverfahren abwarten, um dessen Ergebnis bei ihrer Entscheidung berücksichtigen zu können.⁷⁵

66 BVerwG, B. v. 19.05.2004 - 4 BN 22.04 - BRS 67 Nr. 119 (2004) - Veränderungssperre.

67 BVerwG, B. v. 26.05.2008 - 4 B 31.08 - Im Leger m. Hinw. auf B. v. 26.06.1992 - 4 NB 19.92 - BRS 54 Nr. 73; B. v. 09.04.2003 - 4 B 75.02.

68 BVerwG, Urt. v. 19.02.2004 - 4 CN 16/03 - BVerwGE 120, 138 = ZfBR 2004, 460 = UPR 2004, 272 = DVBl 2004, 950; Dennis Graf, NVwZ 2004, 1435 - Rosendahl.

69 BVerwG, Urt. v. 19.02.2004 - 4 CN 13.03 - ZfBR 2004, 464 = UPR 2004, 271 = DVBl 2004, 974 (LS); Franz Dirnberger, KommJur 2004, 230 - Veränderungssperre.

70 BVerwG, B. v. 27.11.2003 - 4 BN 61.03 - Veränderungssperre Windenergieanlagen, dort auch zu § 245b BauGB; hierzu ebenfalls BVerwG, B. v. 25.11.2003 - 4 BN 60.03 - ZfBR 2004, 279 = UPR 2004, 148 - Vorranggebiet für Windenergieanlagen.

71 BVerwG, B. v. 23.11.2010 - 4 B 37.10 - ZfBR 2011, 166 - Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung.

72 BVerwG, B. v. 04.11.2008 - 4 B 44.08 - BBB 2009, Nr. 2, 41 = ZfBR 2009, 149; Bernhard Stürer, DVBl 2010, 424; zugleich zur „mitgezogenen“ Privilegierung von Windenergieanlagen im Rahmen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB - Zulässigkeit von Windenergieanlagen.

73 BVerwG, Urt. v. 22.01.2009 - 4 C 17.07 - UPR 2009, 188 = ZfBR 2009, 358, m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 7/2009 Anm. 3 - Zulässigkeit von Windenergieanlagen mit Solarunterstützung zu Forschungszwecken im Außenbereich, dort auch zu dem Begriff des „Dienens“.

74 Im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 16.06.1994 - 4 C 20.93 - BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141.

75 BVerwG, B. v. 01.10.2008 - 4 B 52.08 - ZfBR 2009, 57 - Raumordnungsverfahren.

Sieht das Landesrecht vor, dass vor Einreichung eines Bauantrags auf Antrag des Bauherrn zu einzelnen in der Baugenehmigung zu entscheidenden Fragen vorweg ein Vorbescheid erteilt werden kann und stellt dieser einen vorweggenommenen Teil der Baugenehmigung dar, ist § 67 Abs. 9 Satz 3 BImSchG nach seinem Regelungszweck auch auf vor dem 01.07.2005 rechtshängig gewordene Verpflichtungsklagen auf Erteilung eines positiven Bauvorbescheids anzuwenden. Dabei sind für einen Vorbescheid nach Landesbauordnungsrecht nicht die Anforderungen zu stellen, die für einen Vorbescheid nach § 9 BImSchG gelten.⁷⁶

d) Erschließung

Die in § 35 Abs. 3 Satz 1, 3. Spiegelstrich BauGB angesprochenen Aufwendungen sind vor allem solche der Erschließung. Der Erschließungsträger soll davor bewahrt werden, zu einer (weiteren) Erschließung gedrängt zu werden, die zu dem städtebaulichen Nutzen in keinem angemessenen Verhältnis steht. Das gilt auch für die Unterhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Erschließungsanlage.⁷⁷ Der Anschluss einer Windenergieanlage an ein Verbundnetz zum Zweck der Stromspeisung gehört nicht zum bauplanungsrechtlichen Inhalt der Erschließung.⁷⁸

e) UVP

Die Durchführung des Verwaltungsverfahrens einschließlich der Vorprüfung, ob eine UVP erforderlich ist, dient der bestmöglichen Information der Behörde und der Wahrung der Belange der Betroffenen sowie der Beachtung der Auswirkungen auf die Umwelt.⁷⁹

§ 4 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 UmwRG stellt für die darin genannten Verfahrensmängel eine Sonderregelung zu § 46 VwVfG dar, schließt die Aufhebung der angegriffenen Entscheidung wegen anderer Verfahrensmängel nach Maßgabe des § 46 VwVfG aber nicht aus.⁸⁰

Die Aufhebung einer Zulassungsentscheidung wegen des Fehlens einer rechtlich gebotenen UVP kommt nur in Betracht, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Behörde nach Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung anders entschieden hätte. Das gilt auch für eine unterlassene Vorprüfung des Einzelfalls.⁸¹

f) Planungserfordernis

Die Zulässigkeit einer privaten Windenergieanlage im Außenbereich scheidet nicht an einem Planungserfordernis⁸² als öffentlichem Belang im Sinne des § 35 Abs. 2 BBauG.⁸³ Planungserfordernisse bedürfen vielmehr der Konkretisierung durch gemeindliche Bauleitplanung oder Ziele der Raumordnung und Landesplanung einschließlich der Regionalplanung, um als öffentlicher Belang rechtliche Wirkung gegenüber Einzelvorhaben entfalten zu können.⁸⁴

g) Innenbereich

Eine private Windenergieanlage für den Eigenbedarf eines Einfamilienhauses kann als untergeordnete Nebenanlage nach § 14 Abs. 1 Satz 1 BauNVO in einem „weiträumig“ („aufgelockert“) bebauten bzw. bebaubaren Gebiet zulässig sein und sich in die Eigenart der näheren Umgebung eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils im Sinne des § 34 Abs. 1 BauGB einfügen, auch

wenn es bisher vergleichbare Anlagen dort nicht gibt.⁸⁵ Eine im Außenbereich gelegene private Windenergieanlage für den Eigenbedarf eines im Innenbereich gelegenen Hotelbetriebs ist nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 oder 5 BbauG nicht privilegiert zulässig.⁸⁶

h) TA Lärm

Der TA Lärm kommt, soweit sie für Geräusche den unbestimmten Rechtsbegriff der schädlichen Umwelteinwirkungen (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB i.V.m. § 3 Abs. 1 BImSchG) konkretisiert, eine im gerichtlichen Verfahren zu beachtende Bindungswirkung zu. Der Zuschlag für Impulshaltigkeit trägt dem Umstand Rechnung, dass in ihrer Lautstärke kurzzeitig stark zu- und wieder abnehmende Geräusche als deutlich störender empfunden werden, als Geräusche mit weitgehend gleich bleibender Lautstärke. Auslegungsmaßstab ist somit der im Hinblick auf die besonders hohe Pegeländerung außergewöhnliche Grad an Störung, der von den Geräuschen ausgeht. Eine enge Auslegung des Begriffs der Impulshaltigkeit würde diesem Ziel nicht gerecht. Somit ist eine Impulshaltigkeit nicht lediglich in den häufig erwähnten extremen Fällen eines Hammerschlags, Peitschenknalls oder Pistolenschusses anzunehmen.⁸⁷

i) Windfarm

Eine „Windfarm“ i.S. der Nr. 1.6 der Anlage 1 zum UVPG und der Nr. 1.6 des Anhangs zur 4. BImSchV ist dadurch gekennzeichnet, dass sie aus mindestens drei Windkraftanlagen besteht, die einander räumlich so zugeordnet sind, dass sich ihre Einwirkungsbereiche überschneiden oder wenigstens berühren. Sobald die für

⁷⁶ BVerwG, B. v. 02.06.2008 - 4 B 32.08 - § 67 Abs. 9 BImSchG für Vorbescheid.

⁷⁷ BVerwG, B. v. 05.01.1996 - 4 B 306.95 - UPR 1996, 154 = ZfBR 1996, 166, m. Hinw. auf BVerwG, Ur. v. 16.06.1994 - 4 C 20.93 - BVerwGE 96, 95 - Windenergieanlage als sonstiges Vorhaben im Außenbereich.

⁷⁸ Im Anschluss an BVerwG, Ur. v. 16.06.1994 - 4 C 20.93 - BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141.

⁷⁹ BVerwG, B. v. 23.11.2010 - 4 B 37.10 - ZfBR 2011, 166 - Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung.

⁸⁰ Im Anschluss an Urteile vom 18.03.2009 - 9 A 39.07 - BVerwGE 133, 239 Rn. 24 und vom 5.12.1986 - 4 C 13.85 - BVerwGE 75, 214.

⁸¹ BVerwG, B. v. 21.01.2008 - 4 B 35.07 - ZfBR 2008, 278 - UVP-Vorprüfung, m. Hinw. auf BVerwG, Ur. v. 25.1.1996 - 4 C 5.95 - BVerwGE 100, 238 - Eifelautobahn A 60; Ur. v. 18.11.2004 - 4 CN 11.03 - BVerwGE 122, 207 - Diez; Ur. v. 13.12.2007 - 4 C 9.06 - BVerwGE 130, 83 = DVBl 2008, 525 - Verkehrsflughafen Allgäu.

⁸² BVerwG, B. v. 11.08.2004 - 4 B 55.04 - BauR 2005, 832 - Planungsbedürfnis.

⁸³ BVerwG, Ur. v. 18.02.1983 - 4 C 19.81 - BVerwGE 67, 33 = ZfBR 1983, 196 = DVBl 1983, 890 = UPR 1983, 305; vgl. Wilhelm Söfker, BBauBl 1983, 486; Michael Ronellenfitch, VerwArch 75, 407 - private Windenergieanlage.

⁸⁴ Im Anschluss an BVerwG, Ur. v. 16.06.1994 - 4 C 20.93 - BVerwGE 96, 95 = DVBl 1994, 1141.

⁸⁵ BVerwG, Ur. v. 18.02.1983 - 4 C 18.81 - BVerwGE 67, 23 = DVBl 1983, 886 = UPR 1983, 301 = ZfBR 1983, 193; Wilhelm Söfker, BBauBl 1983, 486; Veelken, Städte- und Gemeinderat 1992, 261; Michael Ronellenfitch, VerwArch 75, 407 - private Windenergieanlage im Innenbereich.

⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 18.02.1983 - 4 C 19.81 - BVerwGE 67, 33 = ZfBR 1983, 196 = DVBl 1983, 890 = UPR 1983, 305; vgl. Wilhelm Söfker, BBauBl 1983, 486; Michael Ronellenfitch, VerwArch 75, 407 - private Windenergieanlage.

⁸⁷ BVerwG, Ur. v. 29.08.2007 - 4 C 2.07 - BVerwGE 129, 209 = DVBl 2007, 1564 = ZfBR 2008, 56 = UPR 2008, 61, m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 25/2007 Anm. 3; Hans Rausch, KommunalPraxis BY 2007, 428 - Lärmelästigung durch Windenergieanlage; dort auch zum Schutzbedürfnis einer „Wohnküche“.

eine „Windfarm“ maßgebliche Zahl von drei Windkraftanlagen erreicht oder überschritten wird, ist unabhängig von der Zahl der Betreiber ein immissionschutzrechtliches Genehmigungsverfahren durchzuführen.⁸⁸

Für den dem Europarecht entlehnten Begriff der Windfarm⁸⁹ stellt das Bundesrecht keine standardisierten Maßstäbe oder Rechenverfahren zur Verfügung, die den Begriff der Windfarm in räumlich-gegenständlicher Hinsicht für die Praxis konkretisieren und handhabbar machen. 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 10-fachen des Rotordurchmessers liegt, stellt keinen Rechtsatz dar. 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 zu § 3 UVPG der UVP-Pflicht.⁹⁰

Wird eine genehmigungsbedürftige oder eine gemäß § 67 Abs. 2 BImSchG anzuzeigende Windfarm durch Hinzutreten einer weiteren Windkraftanlage geändert, richtet sich die Genehmigungsbedürftigkeit der Änderung nach §§ 15, 16 BImSchG. Das gilt unabhängig davon, wer Betreiber der Windfarm ist und ob im konkreten Fall eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden muss.⁹¹

j) Bauvorbescheid

Sieht das Landesrecht vor, dass vor Einreichung des Bauantrags auf Antrag des Bauherrn zu einzelnen in der Baugenehmigung zu entscheidenden Fragen vorweg ein Vorbescheid erteilt werden kann und stellt dieser einen vorweggenommenen Teil der Baugenehmigung dar, ist § 67 Abs. 9 Satz 3 BImSchG auch auf vor dem 1.07.2005 rechtshängig gewordene Verpflichtungsklagen auf Erteilung eines positiven Bauvorbescheides anzuwenden.⁹²

k) Rücksichtnahmegebot

Windenergieanlagen können gegen das in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB verankerte Gebot der Rücksichtnahme verstoßen, weil nach den Umständen des Einzelfalls von den Drehbewegungen ihrer Rotoren eine „optisch bedrängende“ Wirkung auf bewohnte Nachbargrundstücke im Außenbereich ausgeht.⁹³ Unterschreitet eine Windenergieanlage das Zweifache der Gesamthöhe der Anlage, so ist dies in der Mehrzahl der Fälle gegenüber der Wohnnutzung rücksichtslos. Auf eine andere ebenfalls privilegierte Nutzung ist dabei besonders Rücksicht zu nehmen.⁹⁴

l) Rückbauverpflichtung

§ 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB macht die Erteilung einer Baugenehmigung für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB vom Erlass von Nebenbestimmungen zur Sicherstellung der Pflicht zum Rückbau nach dauerhafter Aufgabe der privilegierten Nutzung abhängig. § 35 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 3 BauGB schließt trotz Vorrangwirkung die Auferlegung einer Sicherheitsleistung auf der Grundlage einer landesrechtlichen Vorschrift nicht aus.⁹⁵

8. Planungshoheit

Die Planung und Zulassung von Windkraftanlagen kann auch in die gemeindliche Planungshoheit eingreifen, woraus sich Grenzen für die Planung und Zulassung von Windenergieanlagen ergeben können. Zudem können sich im Hinblick auf das gemeindliche Einvernehmen Fragen stellen.

a) Rücksichtnahme auf gemeindliche Planungen

Gemeinden können in ihrer Planungshoheit beeinträchtigt werden, wenn ein Vorhaben eine hinreichend bestimmte Planung nachhaltig stört, wesentliche Teile des Gemeindegebiets einer durchsetzbaren Planung entzieht oder wenn kommunale Einrichtungen durch das Vorhaben erheblich beeinträchtigt werden.⁹⁶ Die Statusbezeichnung „staatlich anerkannter Erholungsort“⁹⁷ kann in den Gewährleistungsbereich des Art. 28 GG fallen.⁹⁸

Die Voraussetzungen des § 35 BauGB sind auf das Rechtsmittel einer Gemeinde hin in vollem Umfang nachzuprüfen.⁹⁹

⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 30.06.2004 - 4 C 9.03 - BVerwGE 121, 182 = DVBl 2004, 1304 = UPR 2004, 442 = ZfBR 2005, 73, m. Bespr. Frank-Rainer Töpfer, ET 2005, 286, Eberhard Baden, IBR 2004, 594, Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 1/2004 Anm. 5, Oliver Kunert, NordÖR 2004, 421, Oliver Kunert, NordÖR 2005, 354, Martin Gellermann, NVwZ 2004, 1199, Guido Wustlich, NVwZ 2005, 996, Hans-Joachim Koch, NVwZ 2006, 1124 - Windfarm.

⁸⁹ So erstmals UVP-Änderungsrichtlinie 97/11/EG des Rates vom 3.03.1997 (ABl. EG Nr. L 73 S. 5).

⁹⁰ BVerwG, B. v. 08.05.2007 - 4 B 11.07 - BauR 2007, 1698 - Windfarm.

⁹¹ BVerwG, Urt. v. 21.10.2004 - 4 C 3.04 - BVerwGE 122, 117 = ZfBR 2005, 191 = UPR 2005, 113 = DVBl 2005, 382, Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 3/2005 Anm. 1 - Rotorfläche.

⁹² BVerwG, B. v. 01.04.2008 - 4 B 26.08 - BRS 73 Nr. 162 (2008).

⁹³ BVerwG, B. v. 11.12.2006 - 4 B 72.06 - ZfBR 2007, 275 = UPR 2007, 150 = DVBl 2007, 390 (LS), m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 4/2007 Anm. 3, Andreas Möller, BTR 2007, 33 - optische Beeinträchtigung.

⁹⁴ BVerwG, B. v. 23.12.2010 - 4 B 36.10 - ZfBR 2011, 275, m. Bespr. Lorenz Zabel, IBR 2011, 369.

⁹⁵ BVerwG, Urt. v. 17.10.2012 - 4 C 5.11 - BVerwGE 144, 341 = BauR 2013, 1652, m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 4/2013 Anm. 1, Michael Rolshoven, ZNER 2013, 72, m. Hinw. auf Urt. v. 07.06.1996 - 8 C 23.94 - BVerwGE 101, 211 - Wohnungsfürsorge; Urt. v. 14.11.2002 - 5 C 37.01 - BVerwGE 117, 172 - Blindenhilfe.

⁹⁶ BVerwG, B. v. 26.09.2013 - 4 VR 1.13 - NuR 2013, 800 = BauR 2014, 79 = UPR 2014, 106, m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 25/2013 Anm. 3, m. Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 04.04.2012 - 4 C 8.09, 4 C 9.09, 4 C 1.10, 4 C 2.10, 4 C 3.10, 4 C 4.10, 4 C 5.10, 4 C 6.10 - Beeinträchtigung der gemeindlichen Planungshoheit; BVerwG, Urt. v. 07.07.1978 - IV C 79.76 - BVerwGE 56, 110 - Frankfurter Flughafen; Urt. v. 16.12.1988 - 4 C 40.86 - BVerwGE 81, 95 = NVwZ 1989, 750 - Hubschrauberlandeplatz; Urt. v. 25.1.1996 - 4 C 5.95 - BVerwGE 100, 238 = DVBl 1996, 677 - Eifelautobahn A 60; Urt. v. 21.3.1996 - 4 C 26.94 - BVerwGE 100, 388 = DVBl 1996, 914 - Autobahnring München-West-Allach; Urt. v. 28.10.1998 - 11 A 3.98 - BVerwGE 107, 350 = DVBl 1999, 861.

⁹⁷ § 12 Abs. 2 i.V.m. § 10 Nr. 2 ThürKOG.

⁹⁸ BVerwG, Urt. v. 18.07.2013 - 7 A 4.12 - BVerwGE 147, 184 = UPR 2014, 69, m. Anm. Roland Schmidt, IR 2014, 69, Martin Crusius, NVwZ 2013, 1613, Armin Steinbach, RdE 2014, 146 - 380-kV-Leitung Vieselbach-Altenfeld - Thüringer Strombrücke.

⁹⁹ BVerwG, Urt. v. 01.07.2010 - 4 C 4.08 - BVerwGE 137, 247 = ZfBR 2010, 682 = DVBl 2010, 1377, m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 20/2010 Anm. 2 - in Aufstellung befindliches Ziel, m. Hinw. auf BVerwG, Urt. v. 31.10.1990 - 4 C 45.88 - DVBl 1991, 217 - Wiederaufbau abgebranntes Wohnhaus; B. v. 06.02.1995 - 4 B 210.94 - Buchholz 406.11 § 12 BauGB Nr. 20; B. v. 07.04.1997 - 4 B 64.97 - NVwZ-RR 1998, 515 - Ausfertigungsmangel; Urt. v. 14.04.2000 - 4 C 5.99 - BauR 2000, 1312 = NVwZ 2000, 1048 - Bootshütte; BVerwG, 20.05.2010 - 4 C 7.09 - BVerwGE 137, 74.

Auch Gemeinden außerhalb des Geltungsbereichs eines Regionalplans können mit ihren Belangen in die raumordnerische Abwägung einzubeziehen sein. Die betroffenen Belange müssen allerdings in ihrem Eintritt wahrscheinlich, mehr als geringfügig, schutzwürdig und erkennbar sein.¹⁰⁰

b) Einvernehmen

Verpflichtet ein Gericht eine Verwaltungsbehörde zur Erteilung einer Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb eines Außenbereichsvorhabens und ersetzt dabei ein versagtes gemeindliches Einvernehmen, sind auf das Rechtsmittel der Gemeinde die Voraussetzungen des § 35 BauGB in vollem Umfang nachzuprüfen.¹⁰¹

Ist der Anwendungsbereich des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB eröffnet, entfaltet sich dessen planungsrechtliche Schutzfunktion: Bereits die Missachtung des gesetzlich gewährleisteten Rechts der Gemeinde auf Einvernehmen führt zur Aufhebung der Baugenehmigung; einer materiell-rechtlichen Überprüfung der Rechtslage bedarf es nicht.¹⁰²

Aus Sinn und Zweck des Einvernehmenserfordernisses in § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber der Gemeinde eine Entscheidung über ihr Einvernehmen auf der Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen (Bauvorlagen) ermöglichen will. Die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen ist mit der Obliegenheit der Gemeinde verbunden, im Rahmen der Möglichkeiten, die ihr das Landesrecht eröffnet, innerhalb der zweimonatigen Einvernehmensfrist gegenüber dem Bauherrn oder der Baurechtsbehörde auf die Vollständigung des Bauantrages hinzuwirken. Kommt die Gemeinde dieser Mitwirkungslast nicht nach, gilt ihr Einvernehmen gemäß § 36 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB mit Ablauf der Zwei-Monats-Frist als erteilt.¹⁰³

9. Rechtsschutz

Im Vordergrund der Rechtsschutzmöglichkeiten stehen die Normenkontrolle gegen den Bebauungsplan, den Flächennutzungsplan und den Regionalplan sowie Nachbarklageverfahren.

a) Normenkontrolle

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.¹⁰⁴

Möglicher Gegenstand einer statthaften Normenkontrolle gemäß § 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 gemäß § 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.¹⁰⁵

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.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷

Ein Normenkontrollverfahren wegen einer Veränderungssperre erledigt sich nicht nach zwei Jahren durch Zeitablauf, wenn die Gemeinde zuvor die Geltungsdauer der Veränderungssperre verlängert hat.¹⁰⁸

b) Nachbarklage

Auch mittelbar Betroffene können eine zu Unrecht unterbliebene UVP oder eine zu Unrecht unterbliebene Vorprüfung des Einzelfalls über die UVP-Pflichtigkeit rügen, ohne dass es darauf ankommt, ob sich der Fehler auf ihre Rechtsposition ausgewirkt haben kann (§ 4 Abs. 3 UmwRG i.V.m. § 61 Nr. 1 VwGO).¹⁰⁹

¹⁰⁰ BVerwG, B. v. 16.11.2006 - 4 BN 16.06 - Regionalplan Uckermark-Barnim; vgl. B. v. 9.11.1979 - 4 N 1.78 - BVerwGE 59, 87 = DVBl 1980, 233.

¹⁰¹ BVerwG, Urt. v. 13.07.2006 - 4 C 2.05 - BVerwGE 126, 233.

¹⁰² BVerwG, B. v. 11.08.2008 - 4 B 25.08 - ZfBR 2008, 795 = UPR 2008, 453 = DVBl 2008, 1329 (LS), m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 21/2008 Anm. 3; Alexander Beutling, BauR 2010, 418, m. Hinw. auf BVerwG, 16.09.2004 - 4 C 7.03 - BVerwGE 122, 13 = BauR 2005, 509; BVerwG, 24.06.2010 - 4 B 60.09 - ZfBR 2010, 797 - Weingut.

¹⁰³ BVerwG, Urt. v. 16.09.2004 - 4 C 7.03 - BVerwGE 122, 13 = UPR 2005, 69 = ZfBR 2005, 183 = DVBl 2005, 196 (LS), m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 4/2004 Anm. 6; Henning Jäde, UPR 2010, 248 - gemeindliches Einvernehmen.

¹⁰⁴ BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 - 4 CN 3.06 - BVerwGE 128, 382 = ZfBR 2007, 570 = UPR 2007, 348, m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 16/2007 Anm. 3 - Windkraftanlagen; Alfred Scheidler, DÖV 2008, 766; Ulrich Battis, JZ 2007, 1153; Ulrich Wollenteit, NVwZ 2008, 1281; Christoph Herrmann, NVwZ 2009, 1185; Andreas Lahme, ZNER 2007, 225.

¹⁰⁵ BVerwG, Urt. v. 31.01.2013 - 4 CN 1.12 - BVerwGE 146, 40 = ZfBR 2013, 475 = UPR 2013, 306 = jurisPR extra 2013, 166 (LS) m. Bespr. Max Reicherzer, IR 2013, 183, Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 11/2013 Anm. 5, Isabel Schübel-Pfister, JuS 2013, 990, Jörn Bringewat, NVwZ 2013, 984 - Höhenbegrenzung im Flächennutzungsplan.

¹⁰⁶ BVerwG, B. 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.

¹⁰⁷ BVerwG, B. v. 13.11.2006 - 4 BN 18.06 - ZfBR 2007, 277 = UPR 2007, 148 = BauR 2007, 859 = DVBl 2007, 390 (LS), m. Anm. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 7/2007 Anm. 3; jurisPR extra 2007, 118 (LS) Eignungsgebiet Windenergie.

¹⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 19.02.2004 - 4 CN 16.03 - BVerwGE 120, 138 = ZfBR 2004, 460 = UPR 2004, 272 = DVBl 2004, 950; Dennis Graf, NVwZ 2004, 1435 - Rosendahl.

¹⁰⁹ BVerwG, Urt. v. 24.11.2011 - 9 A 24/10 - NuR 2013, 184 = DVBl 2012, 449 (LS); Bernhard Stürer, DVBl 2012, 449; Josef Christ, jurisPR-BVerwG 8/2012 Anm. 2 - A 281 Weserquerung.

c) Vollstreckungsgegenklage

Gegenüber der Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Verpflichtungsurteil auf Erteilung eines Bauvorbescheides für eine Windenergieanlage kann die Behörde die Vollstreckungsabwehrklage darauf stützen, dass nach Rechtskraft des Urteils durch eine Änderung des Flächennutzungsplans die Voraussetzungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB geschaffen wurden.¹¹⁰

d) Änderung der Rechtsgrundlagen

Die Änderung eines Flächennutzungsplans, mit dem Ausweisungen an anderer Stelle vorgenommen werden und der damit die Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeiführen soll, stellt eine im Gerichtsverfahren beachtliche Rechtsänderung dar.¹¹¹ Entwürfe von Regionalplänen und Flächennutzungsplänen sind demgegenüber keine im Revisionsverfahren zu beachtenden Rechtsänderungen.¹¹²

10. Entschädigung - Schadensersatz

Die Nachteile einer Planung für Planunterworfenen sowie die Tatsache und der mögliche Umfang hierfür zu leistender Entschädigungen sind im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.¹¹³

Entschädigungsansprüche nach dem Planungsschadensrecht scheiden aus, wenn mit einer Konzentrationsflächenplanung Vorrang- und Eignungsgebiete aus einem früheren Regionalplan nicht „weggeplant“ werden.¹¹⁴ Anders könnte sich die Rechtslage darstellen, wenn durch eine Änderung der Planung einem Grundstück die Lage in einer Konzentrationszone entzogen wird.¹¹⁵ Das BVerwG hat diese Frage bisher nicht entschieden. Das Verfahren, in dem es um die rechtsgrundsätzliche Klärung ging, ob derartige Entschädigungsansprüche in die Abwägung einzustellen sind,¹¹⁶ ist durch Vergleich beendet worden.¹¹⁷

11. Windenergienovelle: Länderöffnungsklausel

Inzwischen sind die Länder durch die BauGB-Novelle 2014 ermächtigt, durch Landesgesetz Mindestabstände von Windkraftanlagen zu Wohnnutzungen festzulegen (§ 249 Abs. 3 BauGB 2014). Welche Möglichkeiten sich hierdurch im Interesse eines größeren Schutzes der Wohnbevölkerung von Windkraftanlagen eröffnen und ob die Länder in der Lage sind, durch ein Anziehen der Stellschrauben windkraftfreie Zonen zu schaffen,¹¹⁸ wird - wenn die Länder diesen Weg überhaupt beschreiten sollten - von der Rechtsprechung wohl erst in einigem zeitlichen Abstand geklärt. Der nächste juristische Streifen wird allerdings schon jetzt in die Filmrollen eingelegt. Getreu der Werbung: „Demnächst in diesem Theater“. Großes Kino im Hollywood-Format ist eben überall - wohl auch in der auf schwer therapierbare juristische Fälle spezialisierten Sachsenklinik am Leipziger Simsonplatz.

110 BVerwG, Urt. v. 19.09.2002 - 4 C 10.01 - BVerwGE 117, 44 = DVBl 2003, 201 = ZfBR 2003, 148, m. Bespr. Bernhard Haaß, NJW-Spezial 2008, 396; Annette Guckelberger, NVwZ 2004, 662 - Wangerland, Fortführung von Urt. v. 26.10.1984 - 4 C 53.80 - BVerwGE 70, 227.

111 BVerwG, Urt. v. 21.10.2004 - 4 C 2.04 - BVerwGE 122, 109 = ZfBR 2005, 195 = UPR 2005, 111 = DVBl 2005, 379, m. Bespr. Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 2/2005 Anm. 2, Jann Berghaus, ZNER 2004, 360 - Positivflächen.

112 BVerwG, Urt. v. 13.03.2003 - 4 C 3.02 - ZfBR 2003, 469 = UPR 2003, 355 - RROP, m. Bespr. Helmut Mayer-Metzner, BayVBl 2005, 129; Sabine Schlacke, JA 2004, 202; Angela Ehlers, NuR 2011, 323 = Christian Brietzke, StG 2012, 497; Reinhard Hendler, UPR 2003, 401; Helmut von Nicolai, ZUR 2004, 74 - RROP, im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 - 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287; Urt. v. 13.03.2003 - 4 C 4.02 - BVerwGE 118, 33 - Luftballon, im Anschluss an BVerwG, B. v. 18.01.2012 - 4 BN 29.11 - ZfBR 2012, 262.

113 BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 - 4 CN 2.12 - NuR 2013, 489 = ZfBR 2013, 569, m. Bespr. Cyril Freitag, IR 2013, 182 = Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 13/2013 Anm. 1, Alfred Scheidler, NuR 2013, 869, Alfred Scheidler, RdL 2014, 3 Heinz G. Bienek, SächsVBl 2014, 35; Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 13/2013 Anm. 1 - Windenergienutzung Regionalplan Westsachsen; m. Hinw. auf Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507, m. Anm. Bernhard Stüer, 509; Urt. v. 27.01.2005 - 4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364.

114 BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 - 4 CN 2.12 - ZfBR 2013, 569, m. Bespr. Cyril Freitag, IR 2013, 182 = Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 13/2013 Anm. 1; Alfred Scheidler, NuR 2013, 869, ders., RdL 2014, 3 Heinz G. Bienek, SächsVBl 2014, 35; Stephan Gatz, jurisPR-BVerwG 13/2013 Anm. 1 - Windenergienutzung Regionalplan Westsachsen; m. Hinw. auf Urt. v. 13.12.2012 - 4 CN 1.11 - BVerwGE 145, 231 = DVBl 2013, 507, m. Anm. Bernhard Stüer, 509; Urt. v. 27.01.2005 - 4 C 5.04 - BVerwGE 122, 364.

115 Stüer/Stüer, NuR 2004, 341.

116 BVerwG, B. v. 05.03.2013 - 4 B 40.12, 4 B 40.12 (4 C 1.13) -

117 BVerwG, mündliche Verhandlung vom 12.06.2014 - 4 C 1.13 -

118 Krautberger/Stüer, BauR 2014, 1369.