



20 Jahre Erfahrungen mit der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich



Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

20 Jahre Erfahrungen mit der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich

Prof. Dr. Wilhelm Söfker

Inhalt

Vorbemerkung	3
1 Zusammenfassung.....	4
2 Die gesetzgeberischen Maßnahmen seit 1996.....	5
3 Zur Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 BauGB.....	6
4 Möglichkeiten der Bauleitplanung – Grundsätze	8
5 Bauleitplanung zur Steuerung der Standorte für Windenergieanlagen im Außenbereich durch Flächennutzungsplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB	10
5.1 Die Grundlagen der Steuerung.....	10
5.2 Zur Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen.....	12
5.3 Festlegung von Abständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnorten.....	14
6 Zur Beschränkung der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich durch Landesgesetz nach § 249 Abs. 3 BauGB.....	15
7 Aufstellung von Bebauungsplänen für Windenergieanlagen	16
Schaubilder zur Steuerung der Windenergie nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.....	17
Überblick: Steuerungsmöglichkeiten für die Ansiedelung von Windenergieanlagen	20

Vorbemerkung

Die vor gut 20 Jahren eingeführte privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich ist seitdem maßgebliche planungsrechtliche Grundlage für den starken Ausbau der Windenergie. Zugleich hatte die Raumordnung in den Ländern und die Bauleitplanung der Gemeinden die Steuerungsmöglichkeit erhalten, Windenergieanlagen auf bestimmte Standorte im Außenbereich zu konzentrieren und auf den übrigen Flächen auszuschließen.

Der Gesetzgeber hat diese Rechtslage seitdem beibehalten und nur in wenigen Punkten ergänzt. Allerdings wurde im Jahr 2014 den Ländern die bis Ende 2015 befristete Möglichkeit geben, durch eine Länderöffnungsklausel den Privilegierungstatbestand für Windenergieanlagen bis zu einem bestimmten Abstand insbesondere zu Wohnorten auszuschließen. Lediglich der Freistaat Bayern hat davon Gebrauch gemacht.

Die von der Rechtsprechung an die Steuerung der Windenergieanlagen im Außenbereich gestellten Anforderungen sind hoch. Insbesondere seit einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) von Ende 2012, das eine strenge Trennung von rechtlich und tatsächlich nicht in Betracht kommenden Standorten im gesamten Außenbereich („harten Tabuzonen“) von anderen verlangt, ist die erforderliche rechtssichere Handhabung fraglich geworden. All dies gibt Veranlassung zu einem Blick auf die Rechtslage, wie sie sich heute unter Berücksichtigung von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis darstellt. Dazu sollen im Folgenden dargelegt und behandelt werden

- die Gesetzgebung seit 1996 (siehe dazu Kap. 2),
 - die Reichweite der Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB (siehe dazu Kap. 3),
 - die Grundsätze der Bauleitplanung und die Möglichkeiten der Bauleitplanung zur planerischen Steuerung der Standorte der Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (siehe dazu Kap. 4 und 5),
 - die Beschränkung der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich durch Landesgesetz nach § 249 Abs. 3 BauGB (siehe dazu Kap. 6) und
 - die Möglichkeiten der Bauleitplanung zur planungsrechtlichen Absicherung der Windenergieanlagen durch Bebauungspläne (siehe dazu Kap. 7).
-

1 Zusammenfassung

Die seit 1997 geltende privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich war maßgebliche planungsrechtliche Grundlage für den starken Ausbau der Windenergie.

Die zeitgleich eingeführte Steuerungsmöglichkeit der Windenergieanlagen im Außenbereich durch Flächennutzungsplanung oder Raumordnungsplanung wird jedoch nach den von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verlangten Anforderungen an diese Planung, insbesondere im Hinblick auf die Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen, nicht in dem gebotenen rechtssicheren Maße praktiziert, insbesondere auch weil es an den notwendigen höchstrichterlichen Konkretisierungen der Merkmale für die Annahme harter oder weicher Tabuzonen in verschiedenen Themenbereichen fehlt. Es ist auch nicht erkennbar, dass sich hieran etwas ändern wird. Dies gilt besonders auch für die Einhaltung von angemessenen Abständen zu Wohnorten (siehe dazu Kap. 5).

Wären Windenergieanlagen nicht im Außenbereich privilegiert, wären sie nur auf Grundlage einer entsprechenden Bauleitplanung der Gemeinden zulässig. Ohne ein entsprechendes Tätigwerden der Gemeinden wäre dann ein Ausbau in den hierfür in Betracht kommenden Bereichen außerhalb der Ortslagen (Außenbereich) nicht mehr möglich. Damit hinge der weitere Ausbau maßgeblich vom Willen und den planerischen Möglichkeiten der Gemeinden ab. Auf die Praxis der Aufstellung von Bebauungsplänen wird hingewiesen (siehe dazu Kap. 7).

Die 10-H-Regelung in Bayern hat dazu geführt, dass die Zahl der Genehmigungsanträge massiv zurückgegangen ist. Dies deutet zumindest darauf hin, dass die Gemeinden kaum von der Möglichkeit, Windenergieanlagen durch einen Bebauungsplan auch innerhalb des Mindestabstandes vom 10-fachen der Höhe einer Windenergieanlage zur Wohnbebauung zuzulassen, Gebrauch machen (siehe dazu Kap. 6).

Diese Situation ist geeignet, Fragen nach Überlegungen zu möglichen – auch gesetzgeberischen Maßnahmen – aufzuwerfen, wie sie teils schon erörtert oder gefordert worden sind. Denkbar wäre beispielsweise eine Begrenzung der Anforderungen an die Steuerung von Windenergieanlagen im Außenbereich auf ein sachangemessenes, rechtssicher handhabbares Maß, welches in der Planungspraxis umsetzbar ist. Andere Überlegungen wiederum zielen auf die Einschränkung der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich in einem bestimmten Umkreis von Wohnorten ab.¹ Bei alledem dürften die Folgen solcher Maßnahmen zu bedenken und abzuwägen sein, auch vor dem Hintergrund der politisch und gesetzgeberisch festgelegten Ausbauziele für erneuerbare Energien.

¹ Vgl. z. B. Deutscher Städte- und Gemeindebund, Ausschuss für Städtebau und Umwelt vom 16./17.10.2017; DStGB-Aktuell; Albrecht/Zschiegner: Noch einmal landesgesetzliche Abstandsregelungen für Windkraftanlagen nach § 249 III BauGB, NVwZ 2015, 1254.

2 Die gesetzgeberischen Maßnahmen seit 1996

Der Privilegierungstatbestand für Vorhaben zur Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie, heute geregelt in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, geht zurück auf das Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30. Juli 1996² und ist eine Reaktion auf die Rechtsprechung des BVerwG aus dem Jahr 1994. Das BVerwG hatte seinerzeit entschieden, dass Windenergieanlagen nicht zu den im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 BauGB³ privilegiert zulässigen Vorhaben gehörten und deswegen der Aufstellung von Bebauungsplänen durch die Gemeinden bedürften. Mit dem Änderungsgesetz wurde nicht nur der ab dem 1. Januar 1997 geltenden Privilegierungstatbestand, sondern zugleich auch die heute in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB⁴ enthaltene Regelung geschaffen, nach der öffentliche Belange Windenergieanlagen im Außenbereich in der Regel auch dann entgegenstehen, soweit hierfür durch Darstellung im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Damit wollte der Gesetzgeber den Gemeinden und der Landesplanung gezielt ein Instrument an die Hand geben, um die Standorte der Windenergieanlagen im Außenbereich zu steuern.⁵

Wurden nach dem 1. Januar 1997 entsprechende Planungen vorbereitet, war bis Ende 1998 die Aussetzung der Entscheidung über die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich auf Antrag der Gemeinde möglich.⁶ Mit gleichem Zweck (Zurückstellung von Baugesuchen bei einer laufenden Flächennutzungsplanung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) wurde im Jahr 2004 § 15 BauGB um Abs. 3 ergänzt, der zunächst eine Zurückstellung um grundsätzlich ein Jahr ermöglichte⁷, seit 2013⁸ bei Vorliegen besonderer Umstände bis zu einem weiteren Jahr.

Im Jahr 2011 wurden flankierend zu § 35 BauGB in § 249 BauGB Sonderregelungen zur Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergie (§ 249 Abs. 1 BauGB) und für die Verbindlichmachung des Repowering von Windenergieanlagen (§ 249 Abs. 2 BauGB) aufgenommen.⁹ Schließlich wurde im Jahr 2014 § 249 BauGB um Abs. 3 ergänzt.¹⁰ Die Regelung räumte den Ländern bis Ende 2015 die gesetzgeberische Befugnis ein zu bestimmen, dass die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nur gilt, wenn die Anlagen im Einzelnen festzulegende Abstände zu baulichen Nutzungen einhalten. Davon hat lediglich der Freistaat Bayern Gebrauch gemacht, d. h. dort gilt seitdem die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen innerhalb der im bayerischen Landesrecht bestimmten Abstände nicht.

² Ges. zur Änderung des Baugesetzbuchs v. 30.7.1996, BGBl I S. 1189.

³ Weder nach Nr. 1 noch nach Nr. 3 und 4 des § 35 Abs. 1 BauGB; BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20.93.

⁴ Die Regelung war zunächst in § 35 Abs. 3 Satz 4 enthalten und findet sich seit dem BauGB-Änderungsgesetz 2004 in Satz 3.

⁵ BT-Drs. 13/4978, S. 7.

⁶ Die Regelung fand sich zunächst in § 245b BauGB 1996, dann in § 245b Abs. 1 BauGB 1998.

⁷ Ges. v. 24.6.2004, BGBl I S. 1359.

⁸ Ges. v. 11.6.2013, BGBl I S. 1548.

⁹ Ges. v. 22.7.2011, BGBl I S. 1509.

¹⁰ Ges. v. 15.7.2014, BGBl I S. 954.

3 Zur Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 BauGB

Wichtigste Grundlage für die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich ist § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Dieser sog. Privilegierungstatbestand erfasst Windenergieanlagen allgemein und unabhängig von einer bestimmten Zweckbestimmung oder von sonstigen Voraussetzungen. Er ist Schwerpunkt der Genehmigungs- und Planungspraxis für Windenergieanlagen im Außenbereich.

Daneben können Windenergieanlagen ggf. auch aus anderen Gründen im Außenbereich privilegiert sein, etwa wenn sie Teile von Vorhaben und Anlagen im Außenbereich sind, auf die andere Privilegierungstatbestände des § 35 Abs. 1 BauGB anzuwenden sind, z. B. als Teil eines landwirtschaftlichen Betriebs nach Nr. 1¹¹, einer landwirtschaftlichen oder nichtlandwirtschaftlichen Tierhaltungsanlage nach Nr. 1 oder Nr. 4 oder eines ortsgebundenen Betriebs nach Nr. 3. Dies betrifft in der Genehmigungspraxis aber nur vergleichsweise wenige Einzelfälle.

Die „**Privilegierung**“ von Windenergieanlagen im **Außenbereich** nach § 35 Abs. 1 BauGB besteht – wie bei anderen in § 35 Abs. 1 BauGB geregelten privilegierten Vorhaben auch – darin, dass sie nach § 35 BauGB zulässig sind, wenn ihnen die in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB geregelten öffentlichen Belange „nicht entgegenstehen“; d.h. am vorgesehenen Standort werden gewichtige öffentliche Belange nicht in bestimmter Weise berührt. Darin unterscheiden sich privilegierte Vorhaben von allen anderen Vorhaben im Außenbereich, den „sonstigen Vorhaben“ (§ 35 Abs. 2 BauGB); diese sind bereits dann unzulässig, wenn sie öffentliche Belange „beeinträchtigen“. **Da öffentliche Belange in der Regel durch Windenergieanlagen beeinträchtigt werden, hätte die Nicht-Privilegierung von Windenergieanlagen zur Folge, dass sie grundsätzlich im Außenbereich nicht zulässig wären. Ihre Zulässigkeit könnte nur durch Aufstellung von Bebauungsplänen herbeigeführt werden.**

Auch wenn für Windenergieanlagen der allgemeine Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gilt, bedeutet dies nicht, dass jede Windenergieanlage an allen Stellen im Außenbereich zulässig ist und damit zu genehmigen wäre. Denn die privilegierte Zulässigkeit nach § 35 Abs. 1 BauGB setzt weiter voraus,

- dass öffentliche Belange i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB nicht entgegenstehen und
- die ausreichende Erschließung gesichert ist.

So kann ein von einem Privilegierungstatbestand erfasstes Vorhaben unzulässig sein, wenn bestimmte gewichtige Belange in der jeweiligen Situation erheblich berührt werden. Weiter sind die Fachgesetze zu beachten (§ 29 Abs. 2 BauGB). Diese können je nach Sachbereich in bestimmter Weise eine Konkretisierung oder spezialgesetzliche Regelung zu den in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB genannten Belangen bedeuten.

Der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB hat also nicht zur Folge, dass Windenergieanlagen im Außenbereich an den von einem Investor vorgesehenen Standorten stets zulässig und zu genehmigen sind. Erst aus der weiteren Prüfung der möglicherweise entgegenstehenden gewichtigen öffentlichen Belange und der Fachgesetze ergibt sich, ob Windenergieanlagen an den beantragten Standorten auch zu genehmigen sind. Dazu folgende wichtigen Beispiele aus der aktuellen Rechtsprechung:

Erfahrungsgemäß haben die **Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege** große Bedeutung für die Zulässigkeit von Windenergieanlagen.

Nach dem **artenschutzrechtlichen Tötungsverbot** (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) ist es verboten, wildlebende Tiere der besonders geschützten Arten zu verletzen oder

¹¹ BVerwG, Beschl. v. 4.11.2008 – 4 B 44/08; OVG Lüneburg, Urt. v. 29.10.2015 – 12 LC 73/15.

zu töten. Bei der dazu vorzunehmenden Erfassung und Bewertung des Bestands geschützter Arten sowie der Risiken wird von der obergerichtlichen Rechtsprechung überwiegend ein Beurteilungsspielraum (eine „Einschätzungsprärogative“) der Genehmigungsbehörde angenommen.¹²

Innerhalb von **Landschaftsschutzgebieten** richtet sich die Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach der jeweiligen Schutzgebietsverordnung oder Satzung. Da diese in der Regel keine speziellen Aussagen zugunsten von Windenergieanlagen enthalten, kommt es hier zumeist auf die Möglichkeiten der Erteilung von Befreiungen an. Dabei weisen Praxis und Rechtsprechung Unterschiede auf.¹³

Aus Gründen der **Flugsicherheit** kann bei einer Störung von Flugsicherungseinrichtungen durch Windenergieanlagen ein Bauverbot nach dem Luftverkehrsgesetz gegeben sein. Für ein Bauverbot reicht bereits die Möglichkeit einer Störung aus.¹⁴

Im Fall von **Anlagen des Wetterradars** oder von **Erdbebenmessstationen** reicht die Möglichkeit einer Störung hingegen nicht aus, damit die Zulässigkeit der Windenergieanlage ein öffentlicher Belang i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB entgegensteht. Nach dem BVerwG kann eine solche Störung nur in bestimmten, besonders gelagerten Fällen relevant sein und die Zulassung von Windenergieanlagen verhindern.¹⁵

Im Hinblick auf die **Beeinträchtigung von Baudenkmalern** durch Windenergieanlagen wirken die Belange des Denkmalschutzes in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB und das jeweilige Landes-Denkmalchutzgesetz zusammen. Dies kann im Einzelfall unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten zur Unzulässigkeit von Windenergieanlagen führen. In einem solchen Fall hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg¹⁶ die Unzulässigkeit wegen einer erheblichen Beeinträchtigung des Erscheinungsbilds eines Baudenkmals angenommen,

auch weil der Einsatz erneuerbarer Energien den Eingriff nicht zwingend erfordert.

Zur **optisch bedrängenden Wirkung von Windenergieanlagen** hält die Rechtsprechung an den vom OVG Münster im Jahr 2006¹⁷ aufgestellten und von der Praxis weitgehend übernommenen Grundsätzen auch in Bezug auf moderne Typen von Windenergieanlagen, die durch einen höheren Turm und einen größeren Rotordurchmesser gekennzeichnet sind, fest.¹⁸ Beträgt der Abstand zwischen Anlage und Wohnbebauung weniger als das Doppelte der Gesamthöhe der Anlage, spricht dies nach ständiger Rechtsprechung für eine optisch bedrängende Wirkung. Beträgt der Abstand zwischen Windenergieanlage und Wohnbebauung das Zwei- bis Dreifache der Gesamthöhe der Anlage, bedarf es regelmäßig einer besonders intensiven Prüfung des Einzelfalls.

Damit unterscheidet sich § 35 Abs. 1 BauGB als planungsrechtliche Grundlage für die Zulassung von Windenergieanlagen im Außenbereich von der **planungsrechtlichen Zulässigkeit in Gebieten mit Bebauungsplänen nach § 30 BauGB**, in denen ein Vorhaben zulässig ist, wenn es den Festsetzungen des Bebauungsplans nicht widerspricht. Ein solcher Widerspruch zu den Festsetzungen des Bebauungsplans scheidet in den festgesetzten Sondergebieten für die Windenergie (§ 11 Abs. 2 BauNVO) jedoch aus. Denn bei Aufstellung des Plans werden die berührten Belange geprüft und abgewogen oder auf sonstige Weise geklärt, sodass es der weiteren Prüfungen, die in Fällen des § 35 BauGB erforderlich sind, im nachfolgenden Genehmigungsverfahren nicht mehr bedarf. Im Ergebnis verschafft der Bebauungsplan eine eindeutige bauplanungsrechtliche Absicherung von Windenergieanlagen (zur Aufstellung von Bebauungsplänen siehe Kap. 7).

¹² BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11.

¹³ Großzügig z.B. OVG Münster, Beschl. v. 9.6.2017 – 8 B 1264/16; anders OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.9.2016 – 12 LA 145/15; OVG Münster, Beschl. v. 8.11.2017 – 8 A 2454/14.

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 7.4.2016 – 4 C 1/15.

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 22.9.2016 – 4 C 6/15, 4 C 2/16; zu Erdbebenmessstationen OVG Münster, Urt. v. 9.6.2017 – 8 B 1264/16.

¹⁶ OVG Lüneburg, Urt. v. 16.2.2017 – 12 LC 54/15.

¹⁷ OVG Münster, Urt. v. 9.8.2006 – 8 A 3726/05; nachgehend BVerwG, Beschl. v. 23.12.2010 – 4 B 36/10.

¹⁸ OVG Münster, Beschl. v. 20.7.2017 – 8 B 396/17; OVG Koblenz, Beschl. v. 10.3.2011 – 8 A 11215/10; OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.7.2012 – 12 ME 75/12.

4 Möglichkeiten der Bauleitplanung – Grundsätze

Mit der Bauleitplanung¹⁹ können die Gemeinden, welche die Bauleitpläne in eigener Verantwortung auf aufstellen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB), die städtebaulichen Ziele einer geordneten und nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung (§ 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB) verfolgen. Sie können damit die Standorte für Windenergieanlagen planerisch gestaltend festlegen und so auch zur Akzeptanz in der örtlichen Bevölkerung beitragen. Die Bauleitplanung ermöglicht weiterreichende Lösungen als die nach § 35 Abs. 1 BauGB erforderliche Prüfung der Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich zu beachtenden öffentlichen und privaten Belange.

Eine solche Bauleitplanung hat vor allem unter folgenden Aspekten Bedeutung:

- **Zunächst ermöglicht die Bauleitplanung eine Abstimmung mit der vorhandenen städtebaulichen Situation und Entwicklung (Siedlungsentwicklung) der Gemeinde**, beispielsweise zur Berücksichtigung von Wohnorten/Wohngebieten, Gewerbegebieten und anderer Infrastruktur. Dies gilt auch für den Fall, dass diese bislang nur geplant sind. In diesem Rahmen kann die Bauleitplanung grundsätzlich auch Abstände zu Windenergieanlagen unter Berücksichtigung der jeweiligen örtlichen Verhältnisse und städtebaulichen Ziele und Belange vorsehen.
- **Darüber hinaus erlaubt die Bauleitplanung eine bauplanungsrechtliche Absicherung von Windenergieanlagen an bestimmten Standorten** nach Maßgabe von Darstellungen im Flächennutzungsplan oder von Festsetzungen in einem Bebauungsplan. Darstellungen oder Festsetzungen sind beispielsweise zur Höhe und zur Befeuern der Windenergieanlagen, zur Berücksichtigung des Lärmschutzes durch Auswahl der Standorte und durch bestimmte technische Vorkehrungen zur Verringerung von Emissionen denkbar.

Im Rahmen der Bauleitplanung können auch **vorsorgend Umweltbelange** aufgegriffen und berücksichtigt werden. Unter dem Gesichtspunkt des **vorsorgenden Umweltschutzes** können weitergehende Anforderungen berücksichtigt werden, als es das Fachrecht verlangt. Beispielsweise können Standorte für Windenergieanlagen vorgesehen werden, die durch entsprechende Abstände zu Wohnsiedlungen einen größeren Lärmschutz gewährleisten, als es das Immissionsschutzrecht, namentlich die TA Lärm, verlangt. Ebenso verhält es sich mit dem **Schutz von Natur und Landschaft**. So können Standorte für Windenergieanlagen ausgenommen werden, auch wenn die Regelungen des Naturschutzrechts nicht so weitgehend sind.

Bei der Bauleitplanung, die die Windenergie zum Gegenstand hat, sind für die kommunale Praxis zwei Vorgehensweisen zu unterscheiden:

- (1) Steuerung der Standorte für Windenergieanlagen im Außenbereich durch Flächennutzungsplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB; hier geht die Bauleitplanung von der nach § 35 Abs. 1 BauGB im Außenbereich privilegiert zulässigen Windenergieanlagen aus, schließt ihre Zulässigkeit jedoch in bestimmten Teilen des Außenbereichs aus (siehe dazu Kap. 5);
- (2) Durch Aufstellung von Bebauungsplänen werden die planungsrechtlichen Grundlagen für Windenergieanlagen eigenständig und grundsätzlich unabhängig von § 35 BauGB geschaffen (siehe dazu Kap. 7).

¹⁹ Bauleitpläne sind der Flächennutzungsplan und der Bebauungsplan, § 1 Abs. 2 BauGB.

In Fall (1) **reagiert die Bauleitplanung auf die privilegierte Zulässigkeit** von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. In Fall (2) **schaft die Gemeinde** mit der Bauleitplanung (Bebauungsplanung) die **planungsrechtlichen Grundlagen** für Windenergieanlagen, wie im Allgemeinen auch für gewerbliche Anlagen.

Diese Unterschiede haben Bedeutung für die notwendige kommunalpolitische Willensbildung über die bauleitplanerischen Aktivitäten, auch im Hinblick auf den

beachtlichen Verwaltungsaufwand, der gerade auch im Fall der Steuerung der Standorte für Windenergieanlagen im Außenbereich durch Flächennutzungsplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (Fallgestaltung (1)) kosten- und personalintensiv ist.

Zu beachten ist, dass diese Bauleitpläne an diese jeweils bedeutsamen Ziele der Raumordnung anzupassen sind (§ 1 Abs. 4 BauGB). Dies kann die Bauleitplanung der Gemeinden abhängig von der zugrundeliegenden Landes- oder Regionalplanung einschränken.

5 Bauleitplanung zur Steuerung der Standorte für Windenergieanlagen im Außenbereich durch Flächennutzungsplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

5.1 Die Grundlagen der Steuerung

Mit der Einführung der Privilegierung von Windenergieanlagen in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB haben die Gemeinden zugleich auch die Möglichkeit der gezielten Steuerung der Standorte von Windenergieanlagen durch Flächennutzungsplan nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erhalten (siehe dazu Kap. 3).

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als Rechtsgrundlage bestimmt:

„Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6 (*also auch Windenergieanlagen*) in der Regel auch dann entgegenstehen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.“

§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ist anwendbar auf die Windenergieanlagen, die nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 BauGB²⁰ im Außenbereich privilegiert sind, also insbesondere für die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.

Nach Auffassung des BVerwG ist hierfür ein Plankonzept für den Außenbereich erforderlich, das sich abschnittsweise mit den folgenden Elementen und Schritten vollzieht:

- (1) Zunächst sind die sog. **harten Tabuzonen** zu ermitteln: In diesen Bereichen ist die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen.
- (2) Weiter sind die sog. **weichen Tabuzonen** zu ermitteln: Auf diesen Flächen ist zwar die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen möglich, in ihnen sollen aber nach den Vorstellungen des Planungsträgers keine Windenergieanlagen aufgestellt werden.
- (3) Aus den danach verbleibenden Flächen, den sog. **Potentialflächen**, wählt die Gemeinde nach Abwägungsgrundsätzen Standorte für Windenergieanlagen aus.
- (4) Im Ergebnis muss **der Windenergie in substanzieller Weise Raum verschafft** werden, die der gesetzgeberischen Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 BauGB Rechnung trägt.

²⁰ Sie ist nicht anwendbar auf solche, die einem landwirtschaftlichen Betrieb (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB) dienen.

Die **Rechtsfolgen** solcher Pläne nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB sind:

- Die Ausweisung von Windenergieanlagen durch Ziele der Raumordnung oder im Flächennutzungsplan nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB steht als öffentlicher Belang der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen an anderen Stellen in der Regel entgegen, d. h. Windenergieanlagen sind auf diesen Flächen ausgeschlossen (sog. Ausschlussflächen);
- die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen wird nicht aufgehoben, sie wird aber konzentriert auf die im Flächennutzungsplan ausgewiesenen Standorte. Windenergieanlagen sind also nur innerhalb der ausgewiesenen Flächen zulässig (sog. Konzentrationsplanung).

Diese Grundsätze gelten gleichermaßen für Flächennutzungspläne der Gemeinden wie für Ziele der Raumordnung, die vor allem in Regionalplänen von Ländern festgelegt sind.

Die Bauleitplanung ist an die Festlegungen entsprechender Ziele der Raumordnung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB gebunden. So hat das BVerwG mit Beschluss vom 21. Dezember 2017 im 2. der Leitsatz ausgeführt: „Zu diesem Ordnungskonzept (*Konzentrationsflächenplanung für die Windenergie*) setzt sich eine Gemeinde mit der Festsetzung eines sonstigen Sondergebiets für die Windenergienutzung in den regionalplanerischen Ausschlussflächen in Widerspruch, ohne dass es darauf ankommt, ob dort Baufenster festgesetzt sind.“²¹

Die Steuerungsmöglichkeiten des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB werden vielfach genutzt, auch wenn der planerische Aufwand beachtlich ist, weil vielfältige, komplexe Auswirkungen zu prüfen und zu beachten sind.²² In der Praxis bestehen vor allem unter zwei Aspekten erhebliche Schwierigkeiten, die Planung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB im Blick auf die vom BVerwG verlangten Anforderungen und städtebaulichen Anliegen zielgerichtet und rechtssicher zu handhaben. Dies betrifft zum einen die Unterscheidung von harten von weichen Tabuzonen und zum anderen die Festlegung von Abständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnorten (siehe dazu Kap. 5.2 und 5.3).

Angemerkt sei, dass sowohl der Gesetzgeber als auch das BVerwG bislang davon abgesehen haben, ein bestimmtes Mindestmaß an Fläche zu fordern, damit der Windenergie substanziell Raum verschafft wird. Erforderlich ist eine Würdigung der tatsächlichen, konkreten Verhältnisse im jeweiligen Planungsraum. Die Entscheidung, anhand welcher Kriterien sich beantworten lässt, ob eine Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Windenergie in substanzieller Weise Raum schafft, ist nach Auffassung des BVerwG den Tatsachengerichten vorbehalten²³; die von ihnen entwickelten Kriterien sind revisionsrechtlich hinzunehmen, wenn sie nicht von einem Rechtsirrtum infiziert sind, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder ansonsten für die Beurteilung des Sachverhalts schlechthin ungeeignet sind²⁴. Dies erlaubt es, auch unterschiedlichen Planungssituationen situationsgemäß Rechnung zu tragen.

²¹ BVerwG, Beschl. v. 21.12.2017 – 4 BN 3.17.

²² Der Gesetzgeber hat im Jahr 2013 darauf aus Anlass der Ergänzung des § 15 Abs. 3 BauGB (Verlängerung der Zurückstellung von Baugesuchen um eine weiteres Jahr) hingewiesen (BT-Drs. 17/11468).

²³ BVerwG, Beschl. v. 12.5.2016 – 4 BN 49/15; vgl. auch FA Wind, Steuerung der Windenergie im Außenbereich durch Flächennutzungsplan i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, Berlin 2015.

²⁴ BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11.

5.2 Zur Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen

In der Praxis bereitet die von der Rechtsprechung des BVerwG seit dem Urteil vom 13. Dezember 2012 verlangte Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen erhebliche Schwierigkeiten.²⁵ In den zeitlich nachfolgenden Normenkontrollverfahren wurden in der weit überwiegenden Zahl der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte (OVG) bzw. Verwaltungsgerichtshöfe (VGH) Fehler wegen mangelnder Unterscheidung der Tabuzonen angenommen, die zur Unwirksamkeit der entsprechenden Flächennutzungs- oder Regionalpläne geführt haben. Auch wenn die Planungspraxis heute zwar im Ansatz auf der vom BVerwG verlangten Vorgehensweise zur Entwicklung eines „Plankonzepts für den Außenbereich“ beruht, fehlt es vielfach nach wie vor an der vom BVerwG für erforderlich gehaltenen rechtlich einwandfreien Unterscheidung von harten und weichen Tabuzonen.²⁶

Die Schwierigkeiten zur Beantwortung der Frage, ob die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen an Standorten im Außenbereich aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen ausgeschlossen sind, beruhen vor allem auf Folgendem:

- Die Frage betrifft vielfältige Themenbereiche, die zu einem großen Teil in Fachgesetzen unterschiedlich geregelt sind und sich unterschiedlich auf die Annahme von harten Tabuzonen auswirken.
- Die rechtliche Tragweite dieser fachgesetzlichen Anforderungen für Windenergieanlagen wurden – soweit schon geschehen – oder werden erst nach und nach durch obergerichtliche oder höchstrichterliche Entscheidungen geklärt; es besteht allerdings auch unterschiedliche obergerichtliche Rechtsprechung, die sich teils auch nicht eindeutig zu den Fragen äußert.²⁷

- Die Ermittlung der harten Tabuzonen setzt eine Ermittlungstiefe voraus, die an sich nicht zu den Aufgaben der Planungsebenen Flächennutzungsplan und Raumordnungsplanung gehört.
- Es fehlt an einer höchstrichterlich gesicherten Rechtsprechung, aus der sich eindeutig ergibt, dass zu den verschiedenen Themenbereichen überschlägig (pauschal) harte Tabuzonen angenommen werden können.

Dies führt dazu, dass bei der Ermittlung der harten Tabuzonen ggf. ein höherer Prüfaufwand verlangt wird als bei den Prüfungen der Flächen, für die Ausweisungen zu Gunsten von Windenergieanlagen im Flächennutzungsplan oder Regionalplan vorgesehen werden sollen. Denn bei der Ausweisung von Flächen für die Windenergie ist eine Abschichtung von Fragen auf die nachfolgenden Verfahren (insbesondere Genehmigungsverfahren) möglich.²⁸

Im Anschluss an das Urteil des BVerwG vom 13. Dezember 2012 sind zahlreiche oberverwaltungsgerichtliche Urteile ergangen, die sich mit der Abgrenzung von harten und weichen Tabuzonen auseinandersetzen. Dies gilt insbesondere für die Themen Lärmschutz, Landschaftsschutzgebiete, FFH-Gebiete, Artenschutz nach dem Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) und die Nutzung des Waldes für Windenergievorhaben.²⁹ Die jüngere obergerichtliche Rechtsprechung hat die Rechtsauffassungen teils fortentwickelt, teils ist sie unterschiedlich geblieben oder hat Fragen zur Annahme harter Tabuzonen offengelassen. Dies soll an den nachfolgenden Beispielen verdeutlicht werden:

²⁵ BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11; näher dazu FA Wind, Steuerung der Windenergie im Außenbereich durch Flächennutzungsplan i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, Berlin 2015, S. 3 ff.

²⁶ Vgl. dazu auch Wegner, Fehlerquellen von Windkonzentrationszonenplanungen – Analyse aktueller Gerichtsentscheidungen, ZfBR 2016, 548 sowie aktuell OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16.

²⁷ Das BVerwG hat seit seinem Urt. v. 13.12.2012 keine weiteren Konkretisierungen zu den diesbezüglichen Anforderungen vorgenommen.

²⁸ Vgl. z. B. BVerwG, Beschl. v. 24.3.2016 – 4 BN 42.15.

²⁹ Vgl. dazu auch FA Wind, Steuerung der Windenergie im Außenbereich durch Flächennutzungsplan i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, Berlin 2015, in welchem die im Urteil des BVerwG v. 13.12.2012 aufgeworfenen Fragen zur Umsetzung in der Praxis behandelt werden. Es wurden dazu beispielhaft die Themen Lärmschutz, Landschaftsschutzgebiete, FFH-Gebiete, Artenschutz nach dem BNatSchG und Wald anhand der der bis dahin ergangenen Gerichtsentscheidungen mit ihren teils unterschiedlichen Auffassungen aufgeführt.

Bei einer Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen können durch die Raumordnung **festgelegte Vorranggebiete für Natur und Landschaft** nicht ohne weiteres als harte Tabuzonen eingeordnet werden, es bedarf eingehender Prüfungen (OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14; Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16).

Die Möglichkeiten der Erteilung einer Befreiung von einem festgelegten **Landschaftsschutzgebiet** unter Berücksichtigung des erheblichen öffentlichen Interesses an der Windenergie hat das OVG Münster bejaht (OVG Münster, Beschl. v. 9.6.2017 – 8 B 1264/16); mit Beschluss v. 8.11.2017 – 8 A 2454/14 jedoch aufgrund landschaftsschutzrechtlicher Gesichtspunkte verneint; grundsätzlich verneinend z. B. OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.9.2016 – 12 LA 145/15.³⁰

Zur Bestimmung des räumlichen Umkreises und Abstandes zu Windenergieanlagen bezüglich **artenspezifischer Nachteile** unter Berücksichtigung natur- und artenspezifischer Erkenntnisse OVG Münster, Urt. v. 30.3.2017 – 8 A 2915/15.

Die Inanspruchnahme von **Wald** ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, so nunmehr OVG Münster, Urt. v. 22.9.2015 – 10 D 82/13.NE, entgegen vorheriger Auffassung eines anderen Senats des OVG Münster.

OVG Münster, Urt. v. 5.7.2017 – 7 D 105/14.NE: Zu den harten Tabuzonen gehören regelmäßig die Flächen, die so nahe an schutzwürdigen baulichen Nutzungen liegen, dass die Werte der **TA Lärm** zum Nachteil der Nachbarschaft überschritten würden.

Hinzuweisen ist auch auf die in Kap. 3 aufgeführten Beispiele, nach denen Windenergieanlagen wegen entgegenstehender öffentlicher Belange oder Fachgesetze aus rechtlichen Gründen nach § 35 BauGB unzulässig sind. Die Unzulässigkeit hat sich in den dort aufgeführten Beispielen aus den Ergebnissen entsprechender Prüfungen der Genehmigungsbehörden und verwaltungsgerichtlicher Verfahren unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten Verhältnisse und Wertungen an den beabsichtigt gewesenen Standorten ergeben. Übertragen auf die Flächennutzungsplanung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB wäre in solchen Fällen eine harte Tabuzone, die aus rechtlichen Gründen auszuschließen ist, nur anzunehmen, wenn eingehende Prüfungen wie in Genehmigungsverfahren vorgenommen werden würden (die verwaltungsgerichtliche Bestätigung könnte in der Regel aber erst in einem späteren Normenkontrollverfahren gegen den Flächennutzungsplan erfolgen).

³⁰ Näher dazu FA Wind, Rundbrief 1/2017 S. 17; FA Wind, Rundbrief 3/2017 S. 14.

5.3 Festlegung von Abständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnorten

Bei den Planungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zeigt sich, dass die Frage der Einhaltung von bestimmten Abständen zwischen Windenergieanlagen und vorhandenen oder auch geplanten Siedlungsbereichen, vor allem zu Wohnorten, erhebliche Bedeutung hat. Dies gilt auch in Bezug auf die Akzeptanz der örtlichen Bevölkerung. Ähnlich verhält es sich auch zu anderen öffentlichen Belangen, wie z. B. bezüglich der Abstände zu naturschutzrechtlich festgelegten Gebieten.³¹

Die Festlegung von Abständen bereitet in Bezug auf die erforderliche Praktikabilität und rechtssichere Handhabung erhebliche Schwierigkeiten; die Frage, ob dies überhaupt möglich ist, ist zumindest naheliegend. Hier setzt sich die in Kap. 5.2 dargestellte Problematik der von der Rechtsprechung verlangten Abgrenzung der „harten“ von den „weichen“ Tabuzonen in besonderer Weise fort. Diese Schwierigkeit hat durch die heute zumeist beabsichtigten hohen Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von rund 180 Metern verstärkte Bedeutung erhalten. Dies zeigt sich insbesondere an folgenden Beispielen:

Die für die Ermittlung einer **„optisch bedrängenden Wirkung“** maßgeblichen Faktoren (insbesondere Höhe der Windenergieanlagen, ihre Standorte unter Berücksichtigung der topografischen Verhältnisse, die weitreichenden Wirkungen hoher Windenergieanlagen) gehören an sich nicht zum Inhalt der Flächennutzungsplanung.³² Mangels der Kenntnis der genauen Anlagenspezifika und der Standorte auf dieser Planungsebene ist eine rechtssichere Abgrenzung von Flächen, die aus rechtlichen Gründen – etwa auf Grund des Gebots der

Rücksichtnahme – für die Errichtung von Windenergieanlagen ausscheiden (harte Tabuzonen), zu den Standorten, die nach den Vorstellungen der Gemeinde vorsorglich zu vermeiden sind (weiche Tabuzonen), schwerlich möglich.³³

Ähnliches gilt für den **Lärmschutz**. Die Ermittlung der zu erwartenden Immissionen im Hinblick auf die zwingend einzuhaltenden Abstände ist grundsätzlich nur bei Kenntnis des Anlagentyps, des konkreten Standorts und der topografischen Gegebenheiten, des Bewuchses mit Bäumen und von Bebauungen, der technischen Gegebenheiten und Möglichkeiten zur Minderung der Lärmemissionen möglich. Die Erstellung einer solchen Lärmprognose ist in der gebotenen Genauigkeit aber nicht Gegenstand der Flächennutzungsplanung, sondern Angelegenheit der nachfolgenden Genehmigungsverfahren.

In den hier nur beispielhaft aufgeführten Fällen und in ihren räumlichen Auswirkungen abgrenzbaren Bereichen ist es nach heutiger Rechtslage, die auf der Rechtsprechung des BVerwG beruht, nicht oder kaum möglich, auf der Ebene der Flächennutzungsplanung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht nur von einer strengen Trennung von harten und weichen Tabuzonen abzusehen, sondern auch andere Elemente einzubeziehen – und dies zugleich unter Zusammenfassung bestimmter Themenbereiche (hier als Beispiele: optisch bedrängender Wirkung, Lärmschutz) – mit dem Ziel, pauschal bestimmte Abstände, die als harte Tabuzonen gelten, zu Grunde legen zu können.

³¹ Vgl. insgesamt dazu den Überblick zu den Abstandsempfehlungen in den Bundesländern, FA Wind, Überblick zu den Abstandsempfehlungen in den Bundesländern zur Ausweisung von Windenergiegebieten, Berlin 2017.

³² Zur Notwendigkeit einer Einzelfallabwägung unter Berücksichtigung der Höhe der Anlage und der örtlichen Verhältnisse z. B. OVG Münster, Urt. v. 30.3.2017 – 8 A 2915/15.

³³ Vgl. das Beispiel des OVG Lüneburg, Urt. v. 13.7.2017 – 12 KN 206/15: keine harte Tabuzone bei Unterschreitung der dreifachen Gesamthöhe von Referenzanlagen; harte Tabuzone angenommen bei einem Abstand, der das Zweifache der Gesamthöhe nicht überschreitet, OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2017 – 12 KN 119/16.

6 Zur Beschränkung der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich durch Landesgesetz nach § 249 Abs. 3 BauGB

Nach § 249 Abs. 3 BauGB³⁴ konnten die Länder bis Ende 2015 durch Landesgesetze bestimmen, dass der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie einen im Landesgesetz bestimmten Abstand zu den ebenfalls im Landesgesetz bestimmten baulichen Nutzungen (z. B. Wohnorten) einhalten.

Von dieser den Ländern befristet gewährten Gesetzgebungskompetenz hat nur der Freistaat Bayern Gebrauch gemacht.³⁵ Danach ist in Bayern die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nur insoweit gegeben, als die Windenergieanlagen einen Mindestabstand vom 10-fachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB), in den im Zusammenhang bebauten Ortsteilen (§ 34 BauGB) und im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB einhalten (Art. 82 Bayerische Bauordnung (BayBO)).

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof (BayVerfGH) hat dieses Landesgesetz im Wesentlichen bestätigt. Er hat dabei darauf hingewiesen, dass die bundesrechtliche Grundentscheidung für eine Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich durch die landesrechtliche Abstandsregelung weder rechtlich noch faktisch ausgehebelt werden dürfe, weiter dass der bayerische Landesgesetzgeber den räumlichen Anwendungsbereich für den Privilegierungstatbestand erheblich eingeschränkt, nicht aber beseitigt habe. Mit Art. 82 BayBO habe der bayerische Landesgesetzgeber den räumlichen Anwendungsbereich für den Privilegierungstatbestand zwar erheblich eingeschränkt, nicht aber beseitigt.

Selbst für den Fall, dass moderne Windkraftanlagen mit einer Höhe von 200 Metern errichtet würden und dementsprechend ein Mindestabstand von 2.000 Metern zu geschützten Wohngebäuden eingehalten werden müsse, verbleibe eine Restfläche von 1,7 Prozent der Landesfläche für die Windenergienutzung.³⁶

Seit dem Inkrafttreten der Regelung am 21. November 2014 ist sowohl die Zahl der gestellten Anträge auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als auch die der erteilten Genehmigungen stark zurückgegangen. Während in den Jahren 2012, 2013 und 2014 271, 400 bzw. 219 Anträge auf Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gestellt wurden, belief sich die Zahl der gestellten Anträge in den Jahren 2015 und 2016 auf 37 bzw. 43. Eine ähnliche Entwicklung ist bei der Zahl der erteilten Genehmigungen feststellbar: In den Jahren 2012, 2013 und 2014 wurden 97 bzw. 174 und 244 Anlagen genehmigt. In den Jahren 2015 und 2016 wurden hingegen lediglich 64 bzw. 70 Bescheide ausgestellt.³⁷

Da das Landesgesetz entsprechend § 249 Abs. 3 BauGB nur für die Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach § 35 BauGB Bedeutung hat, bleibt die Möglichkeit der Gemeinden unberührt, durch Bebauungspläne die planungsrechtlichen Voraussetzungen für Windenergieanlagen zu schaffen. Umfassende Daten zu der Anzahl von Gemeinden, die über das Instrument des Bebauungsplans Windenergieprojekte auch innerhalb der 10-H-Regelung ermöglichen, liegen derzeit nicht vor. Lediglich von fünf Gemeinden ist bekannt, dass sie über ein Bauleitplanverfahren zum Ausbau der Windenergie vor Ort entscheiden möchten.³⁸

³⁴ Ges. v. 15.7.2014, BGBl. I S. 954.

³⁵ Ges. v. 17.11.2014, GBl. S. 478.

³⁶ BayVerfGH, Entscheidung v. 9.5.2018 – Vf. 14-VII-14 u. a.

³⁷ Bayerischer Landtag, Drucks. 17/17156.

³⁸ Bayerischer Landtag, Drucks. 17/12706, S. 3.

7 Aufstellung von Bebauungsplänen für Windenergieanlagen

Unabhängig von der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB besteht die Möglichkeit der Aufstellung von Bebauungsplänen für die Windenergie durch die Gemeinden (zum Unterschied zur Zulässigkeit nach § 35 Abs. 1 BauGB siehe Kap. 3 a. E.).

Solche Bebauungspläne werden nach den allgemeinen Vorschriften über die Aufstellung der Bauleitpläne aufgestellt (§§ 1 ff. BauGB). Dazu gehört u. a., dass die Bebauungspläne **aus dem Flächennutzungsplan** entwickelt werden (§ 8 Abs. 2 BauGB). Dies erfordert die Darstellung von Sonderbauflächen/Sondergebieten Windenergie, vorhergehend oder im Parallelverfahren (vgl. § 8 Abs. 3 BauGB). Diese Darstellungen im Flächennutzungsplan erfolgen nach den allgemeinen Grundsätzen und Regeln der Bauleitplanung, nicht nach den speziellen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB (insbesondere kein „Plankonzept für den Außenbereich“, siehe dazu Kap. 3).

Die **Rechtsfolgen** ergeben sich aus § 30 BauGB (Vorhaben sind in Gebieten mit Bebauungsplänen zulässig, wenn sie seinen Festsetzungen nicht widersprechen). Dies bedeutet die Zulässigkeit von Windenergieanlagen auf den im Bebauungsplan hierfür festgesetzten Flächen.

In der Praxis wird in einer Reihe von Fällen die Aufstellung von Bebauungsplänen für die Windenergie aus Anlass der Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB praktiziert (siehe dazu Kap. 4), und zwar zur **Konkretisierung** der in Flächennutzungsplänen (ggf. auch in Raumordnungsplänen) erfolgten Ausweisungen von Flächen für die Windenergie, um örtliche Anforderungen und Belange zu berücksichtigen.

Möglich und in der Praxis auch anzutreffen ist die Aufstellung von Bebauungsplänen für die Windenergie **in Ergänzung zu einer vorhandenen Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB**. Bei dieser Bebauungsplanung bleibt ein vorhandener Flächennutzungsplan mit den

die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich steuernden Darstellungen i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB unberührt; eine weitere bauplanungsrechtliche Absicherung von Windenergieanlagen erfolgt durch einen Bebauungsplan nach § 30 BauGB.³⁹

In mehreren Fällen sind Festsetzungen für die Windenergie in Bebauungsplänen bekannt geworden, die eine **Überplanung von größeren Teilen des Außenbereichs** einer Gemeinde zum Ziel haben, um dort einerseits Flächen des Außenbereichs von Bebauung freizuhalten („von Bebauung freizuhaltende Flächen“, § 9 Abs. 10 BauGB) und andererseits gezielt an bestimmten Standorten für bestimmte Vorhaben wie Windenergieanlagen eine bauplanungsrechtliche Absicherung vorzusehen.⁴⁰

Ebenso kann die Aufstellung von Bebauungsplänen (in wenigen Einzelfällen bekannt geworden) dort vorgenommen werden oder schon worden sein, in der eine Steuerung von Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht in Betracht kommt, weil der Außenbereich der Gemeinde aus rechtlichen Gründen (zumeist wegen fachgesetzlicher Restriktionen) für die Errichtung von Windenergieanlagen weitestgehend ausscheidet und nur die Möglichkeit besteht, **für ein oder zwei Standorte für die Windenergie** durch Bebauungsplan eine bauplanungsrechtliche Absicherung festzusetzen.

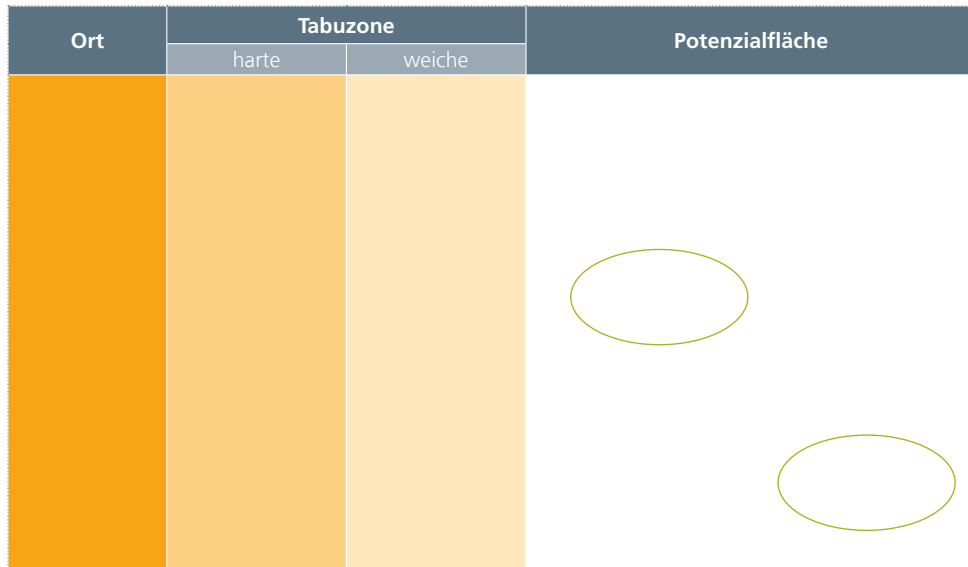
Die Aufstellung von Bebauungsplänen für die Windenergie wird also (teilweise) praktiziert und dient dabei häufig der Konkretisierung der in Flächennutzungsplänen und ggf. auch in Raumordnungsplänen erfolgten Ausweisungen von Flächen für die Windenergie. Bei der Aufstellung von Bebauungsplänen kommt es wesentlich auf die hierfür zuständigen einzelnen Gemeinden an, die sich dazu veranlasst sehen können, flankierend zur privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich planerisch tätig zu werden oder aber um auf Grund eigener Vorstellungen zur Nutzung der Windenergie die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen hierfür zu schaffen.

³⁹ So ausdrücklich OVG Münster, Urt. v. 17.5.2017 – 2 D 22/15.NE; näher dazu FA Wind, Rundbrief Windenergie und Recht 3/2017, S. 14.

⁴⁰ Vgl. z. B. OVG Lüneburg seit Urt. v. 8.12.2009 – 1 KN 355.07; Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB. § 35 Rn. 13 f. m. w. N. zur Rechtsprechung.

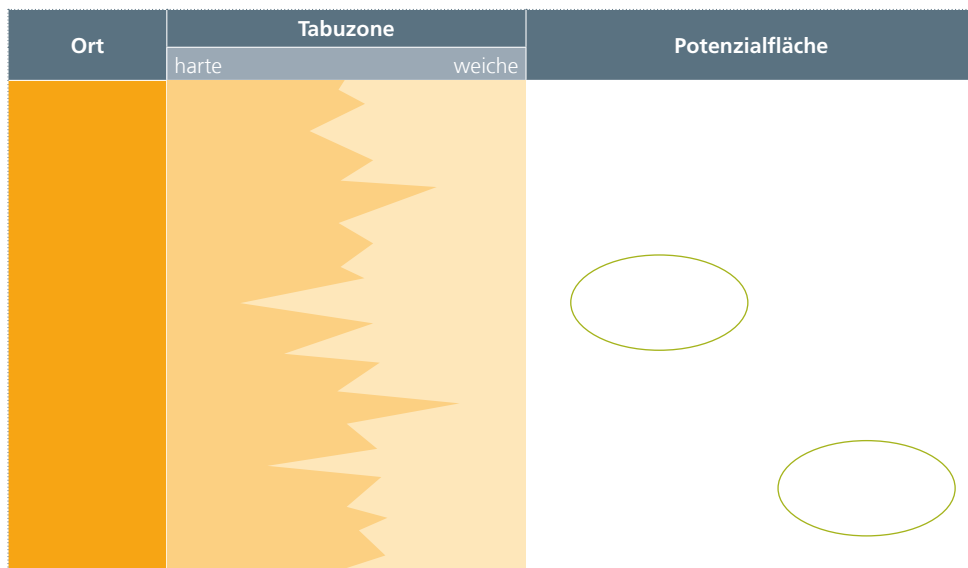
Schaubilder zur Steuerung der Windenergie nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB



 Darstellung von Flächen für die Windenergie

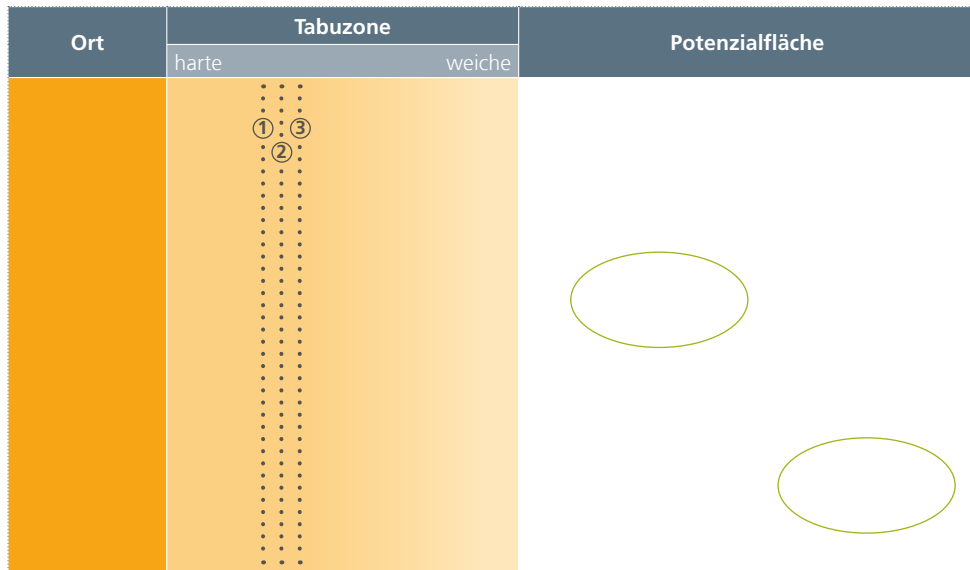
Abgrenzung von harten und weichen Tabuzonen



 Darstellung von Flächen für die Windenergie

 Bereiche mit Schwierigkeit bei Ermittlung harter Tabuzonen

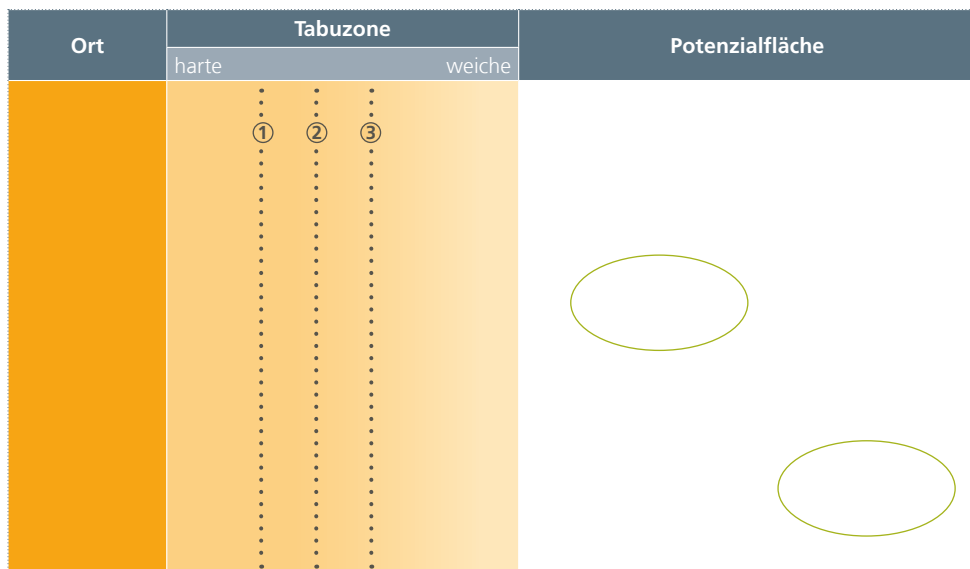
Abstände von Windenergieanlagen nach BImSchG/TA Lärm



Darstellung von Flächen für die Windenergie

①, ②, ③ Grenzen der harten Tabuzonen nach Merkmalen der jeweiligen Windenergieanlagen wie Standort, Höhe und sonstige Technik

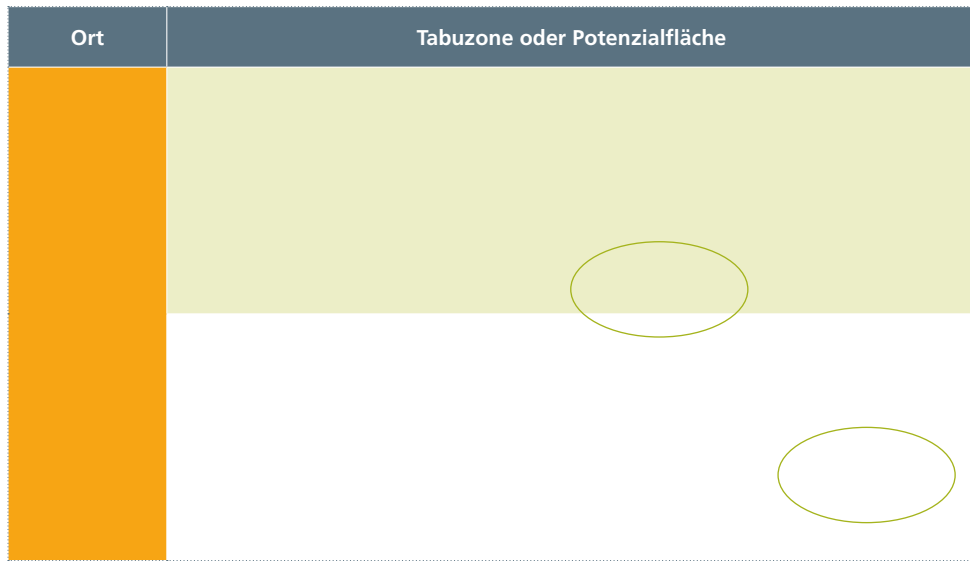
Abstände zur Vermeidung erdrückender Wirkung



Darstellung von Flächen für die Windenergie

①, ②, ③ Grenzen der harten Tabuzonen nach Merkmalen der jeweiligen Windenergieanlagen wie Standort und Höhe

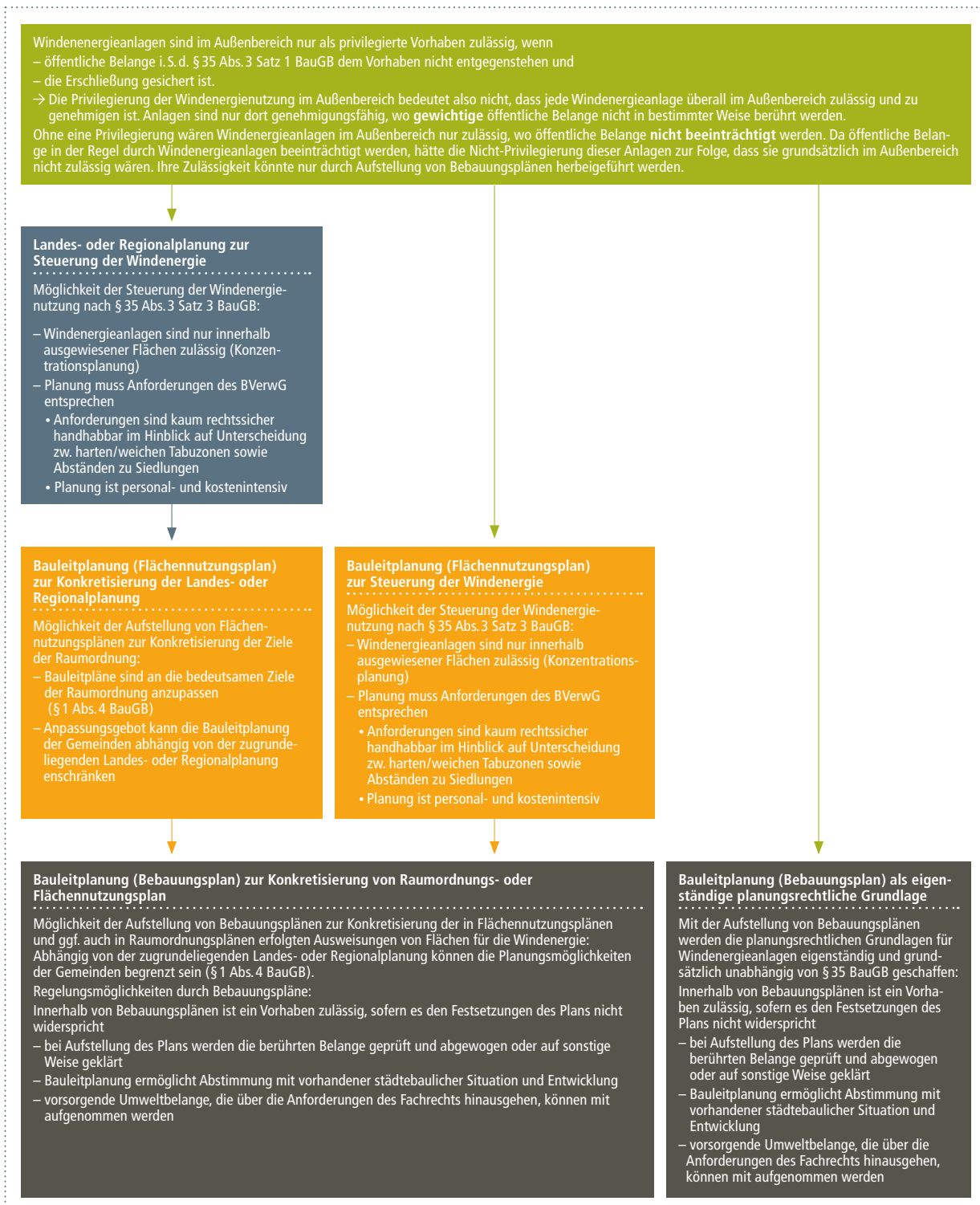
Abstände in Landschaftsschutzgebieten



 Darstellung von Flächen für die Windenergie

 Landschaftsschutzgebiet entweder harte Tabuzone generell oder weiche Tabuzone, soweit Befreiung vorliegt/zugesagt

Überblick: Steuerungsmöglichkeiten für die Ansiedelung von Windenergieanlagen



Impressum

© FA Wind, Februar 2018

Herausgeber:

Fachagentur Windenergie an Land
Fanny-Zobel-Straße 11
12435 Berlin

www.fachagentur-windenergie.de
post@fa-wind.de
V.i. S. d.P.: Dr. Dirk Sudhaus

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e.V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B.

Autor:

Prof. Dr. Wilhelm Söfker

Redaktion:

Dr. Marike Endell (FA Wind)

Zitiervorschlag:

FA Wind, 20 Jahre Erfahrungen mit der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich, Berlin 2018

Gestaltung:

DreiDreizehn Werbeagentur GmbH, www.313.de

Haftungsausschluss:

Die in dieser Broschüre enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt. Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

Bildnachweis

S. 17–19, © Prof. Dr. W. Söfker, 2011

Druck:

1. Auflage (150 Exemplare), Februar 2018

Gedruckt auf 100 % Recycling-Papier, ausgezeichnet mit dem Umweltzeichen Blauer Engel.

Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin
T +49 30 64 494 60-60 | F +49 30 64 494 60-61
post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de