

I. Einleitung

Weil Strom erst seit einigen Jahren in nennenswerter Menge mit Hilfe von Windenergieanlagen erzeugt wird, ist das Thema **Windenergie** auch für die Juristen relativ neu. Die erste erwähnenswerte Entscheidung des BVerwG, die hierzu ergangen ist, datiert vom 16.06.1994 (BVerwGE 96, 95). In ihr ist das Gericht der Grundsatzfrage nachgegangen, ob Windenergieanlagen, die zur öffentlichen Stromversorgung beitragen, nach § 35 BauGB im bauplanungsrechtlichen **Außenbereich** privilegiert zulässig sind. Grundsätzlich, d. h. über den Einzelfall hinaus bedeutsam war die Frage deshalb, weil Windenergieanlagen wegen ihrer Geräuschemissionen, ihres Platzbedarfs und wegen der günstigeren Windverhältnisse grundsätzlich auf einen Standort im bauplanungsrechtlichen Außenbereich angewiesen sind. Das BVerwG hat die Frage verneint. 1

Der Gesetzgeber hat darauf reagiert und mit der Baurechtsnovelle 1997 (v. 30.7.1996 BGBl. I S.1189) Anlagen, die der Erforschung, Entwicklung und Nutzung der Windenergie dienen, in den Katalog der im Außenbereich privilegiert zulässigen Anlagen aufgenommen (§ 35 I Nr.7 BauGB = § 35 I Nr.6 BauGB i.d.F. vom 1.1.1998 bis zum 19.7.2004 = § 35 I Nr.5 BauGB n.F.). Er hat die Vorzugsstellung der Windenergieanlagen freilich **relativiert**. Die Rechtsfolge, dass privilegierte Anlagen im Spannungsverhältnis mit den in § 35 III 1 BauGB beispielhaft aufgezählten öffentlichen Belangen ein besonderes Durchsetzungsvermögen haben (BVerwGE 48, 109), hat er durch die Regelung in § 35 III 4 (jetzt 3) BauGB beschränkt, wonach öffentliche Belange einem Vorhaben, das der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dient, 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 III 3 BauGB enthält ein Instrument zur **Kontingentierung** (BVerwGE 117, 287). Durch positive Standortzuweisung an einer oder auch an mehreren Stellen im Plangebiet erhalten die Raumplanung, insbesondere die Regional- bzw. Gebietsentwicklungsplanung, und die Gemeinden die Möglichkeit, den übrigen Planungsraum von den durch den Gesetzgeber privilegierten Anlagen **freizuhalten** (Ausschussbericht BT-Drucks 13/4978). Der **Planungsvorbehalt** des § 35 III 3 BauGB beruht auf der Einschätzung, dass Windenergieanlagen ein Massenphänomen sind, das ohne Planung zu einer unerwünschten „Verspargelung“ der Außenbereichslandschaft führen würde (BVerwGE 117, 287). Die Stellung der Gemeinde hat durch § 35 III 3 BauGB eine Stärkung erfahren. Zwar hatte und hat sie durch ihren Anspruch auf Beteiligung nach § 36 BauGB die Möglichkeit, auf die Ansiedlung von Vorhaben im Außenbereich Einfluss zu nehmen. Die Befugnis, in den Fällen, in denen ein nach § 35 BauGB zulässiges Vorhaben ihren planerischen Vorstellungen nicht entspricht, durch Aufstellung eines Bebauungsplans die planungsrechtlichen Grundlagen für die Zulässigkeit eines Vorhabens zu ändern und zur Sicherung der Planung das Mittel der Veränderungssperre zu ergreifen, ermöglicht aber regelmäßig nicht die Freihaltung derjenigen Teile des Außenbereichs, in denen nach ihrem Willen Windenergieanlagen nicht errichtet werden sollen; denn eine Veränderungssperre darf erst erlassen werden, wenn die Planung, die sie sichern soll, ein Mindestmaß dessen erkennen lässt, was Inhalt des zu erwartenden Bebauungsplans sein soll (BVerwGE 120, 138). Zwar kann der Wunsch, ein konkretes Vorhaben zu verhindern, das – legitime – Motiv für den Erlass einer Veränderungssperre sein. Eingesetzt werden darf dieses Instrument jedoch nur, wenn die Gemeinde ein bestimmtes Planungsziel, und zwar ein „positives“ Planungsziel, besitzt oder aus Anlass eines Bauantrags entwickelt und deshalb das Entstehen vollendeter Tatsachen verhindern will. Nunmehr ist der Gemeinde ein Instrument an die Hand gegeben, die Errichtung von Bauvorhaben auf Flächen zu unterbinden, ohne für sie ein positives Nutzungskonzept zu verfolgen. 2

- 3 Fragen der Zulässigkeit von Windenergieanlagen nach § 35 BauGB stehen ganz eindeutig im **Mittelpunkt** der juristischen Diskussion. Dabei geht es zwar wesentlich, aber nicht nur um die Beantwortung von Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit § 35 III 3 BauGB stellen, sondern auch um einzelne Tatbestände des § 35 III 1 BauGB.

2. Teil. Windenergieanlagen und Bauplanungsrecht

I. Windenergieanlagen als Vorhaben i.S.d. § 29 I BauGB

1. Privilegierung nach § 35 I Nr. 5 BauGB

- 4 Entgegen dem Wortlaut des § 35 I Nr. 5 BauGB sind nicht alle Arten von Windenergieanlagen im Außenbereich privilegiert zulässig. Nach der Rechtsprechung (BVerwGE 67, 23; BVerwGE 67, 41; OVG Münster BRS 40 Nr.87) hat der Gesetzgeber mit der ausschließlichen Privilegierung „öffentlicher“ Energieversorgungsanlagen in § 35 I Nr. 3 BauGB deutlich gemacht, dass Anlagen, die der privaten Energieversorgung zuzuordnen sind, keinem Privilegierungstatbestand unterfallen sollen. Für Windenergieanlagen zur Eigenversorgung gilt nichts anderes. Der Gesetzgeber wollte mit § 35 I Nr. 5 BauGB die Anlagen privilegieren, die nach seiner – vom BVerwG im Urteil vom 16.6.1994 (BVerwGE 96, 95) als unzutreffend verworfenen – Ansicht nach § 35 I Nr. 3 BauGB privilegiert waren. Eine Erweiterung des Privilegierungstatbestandes war nicht beabsichtigt. Der öffentlichen Energieversorgung dienen Anlagen, wenn sie dazu da sind, die Allgemeinheit zu versorgen (BVerwGE 67, 23). Die Forderung nach einer Allgemein zugänglichkeit des von der Anlage erzeugten Stroms ist bei Anwendung des § 35 I Nr. 3 und 5 BauGB berechtigt. **Öffentliche Versorgungsanlagen** genießen die Außenbereichsprivilegierung, weil sie eine Vielzahl von Kunden an verschiedenen Orten zu beliefern haben und deren notwendige Verbindung mit der zentralen Verteiler- oder Sammelstelle nur unter Inanspruchnahme des Außenbereichs möglich ist (*Pöttinger DÖV* 1984, 100). Der Normzweck des § 35 I Nr. 3 und 5 BauGB wird lediglich dann erreicht, wenn die geplante Anlage den selbst erzeugten Strom prinzipiell an eine größere Zahl von Abnehmern abgeben soll; unschädlich ist es, wenn momentan tatsächlich nur ein anderer mit der erzeugten Energie versorgt wird. Für die Privilegierung genügt es, dass die Windenergieanlage eine **Überschussproduktion** gewährleistet, die es dauerhaft ermöglicht, andere mit Elektrizität zu versorgen (BVerwGE 96, 95). Freilich reicht nicht jede Einspeisung eines noch so geringen Teils des selbst erzeugten Stroms aus, um die Allgemein zugänglichkeit zu bejahen. Formal ist das zwar der Fall; denn der in das Netz eingespeiste Strom kann unabhängig davon, welchen Anteil er an der gesamten Stromerzeugung der Anlage hat, einer unbestimmten Vielzahl von Abnehmern zugute kommen. Ein solches Verständnis liefe jedoch dem Außenbereichsschutz zuwider. Das Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs, das auch für privilegierte Vorhaben gilt (BVerwGE 68, 331), lässt es nicht zu, dass die Mitversorgung der Allgemeinheit bloßer Annex der beabsichtigten Eigenversorgung ist. Es genügt deshalb auch nicht, wenn die Anlage von vornherein eine Überkapazität ausweist, die eine dauerhafte, im Verhältnis zur Gesamterzeugung der Anlage nicht völlig unwesentliche Einspeisung, etwa 15 % des im Jahresmittel produzierten Stroms, ins Netz ermöglicht (a. A. *Ogiermann* S. 98). Eine öffentliche Energieversorgung ist vielmehr erst dann anzuerkennen, wenn ein größerer Teil ins Netz eingespeist wird, als für die Eigenversorgung in Anspruch genommen wird (*Bielenberg ZfBR* 1980, 49); denn die Privilegierung einer Anlage, die sowohl privilegierten als auch nichtprivilegierten Zwecken zu dienen bestimmt ist, ist erst dann gerechtfertigt, wenn die privilegierte Nutzung überwiegt, d. h. den **Hauptzweck** ausmacht, und nicht schon dann, wenn diese eine wie auch immer festzulegende Bagatellgrenze übersteigt. Es gilt nichts anderes, als wenn es um die

Frage geht, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine nichtprivilegierte Anlage an der Privilegierung einer anderen Anlage teilnehmen kann. Hier wird gefordert, dass das nichtprivilegierte Vorhaben, wenn es von der Privilegierung eines anderen Vorhabens „mitgezogen“ werden soll, jenem baulich und funktional zu- und untergeordnet sein muss (BVerwG BRS 67 Nr. 99).

2. Privilegierung von Windenergieanlagen als Bestandteile privilegierter Vorhaben

Windenergieanlagen zur vollständigen oder überwiegenden Eigenversorgung können nach den Grundsätzen über den **mitgezogenen Betriebsteil** (s. dazu BVerwGE 50, 346; *Weyreuther* S. 115 f., Stichwort: Betrieb Nr. 23; S. 139, Stichwort: Dienen Nr. 11;) gem. § 35 I Nr. 1 BauGB privilegiert zulässig sein, wenn sie einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb „dienen“ sollen, ggf. auch als Nebenanlagen zu anderen, nach § 35 I Nr. 2 bis 4 BauGB im Außenbereich privilegiert zulässigen Vorhaben. Die Privilegierung sollte von § 35 I Nr. 5 BauGB nicht berührt werden. Der Gesetzgeber wollte das Hemmnis der fehlenden allgemeinen Privilegierung von Vorhaben zur Erforschung, Entwicklung und Nutzung im Außenbereich nämlich beheben, ohne die nach geltendem Recht bestehenden spezifischen Privilegierungen bei Nebenanlagen einzuengen (BT-Drucks. 13/2208 S. 1, 5 mit zustimmender Stellungnahme der Bundesregierung S. 6). Ein Gesetzesantrag des Landes Schleswig-Holstein, der die eigenständige Privilegierung auf Einzelanlagen zur Nutzung der Windenergie im räumlichen Zusammenhang mit der Hofstelle eines landwirtschaftlichen Betriebes beschränken und auch diese Vorhaben einem Planvorbehalt unterwerfen wollte (BR Drucks 153/95), hatte im Bundesrat keine Mehrheit gefunden (BR Drucks 153/1/95 S. 2 f.); er wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht wieder aufgegriffen. Eine **dienende Funktion** hat die Windenergieanlage allerdings nur dann, wenn sie dem Betrieb unmittelbar zu- und untergeordnet ist und durch diese Zu- und Unterordnung auch äußerlich erkennbar geprägt wird (vgl. BVerwGE 41, 138; BVerwG Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 273). Der Begriff der Zuordnung enthält eine räumliche Komponente. Ob sich das neue Vorhaben dem privilegierten unterordnet, ist nach dem äußeren Erscheinungsbild der vorhandenen Bebauung und dem Umfang baulicher Veränderungen infolge der Angliederung des Hinzukommenden zu beurteilen. Abstrakte Kriterien lassen sich hierfür nicht aufstellen. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles. So hat das OVG Schleswig (Urt. v. 7.3.1995 – 1 L 191/94 – juris) einer Windkraftanlage die Teilnahme an der Privilegierung des § 35 I Nr. 1 BauGB abgesprochen, die in einer Entfernung von ca. 320 m zum Gehöft errichtet werden sollte. Unter dem Gesichtspunkt der größtmöglichen Schonung des Außenbereiches würde ein vernünftiger Landwirt eine Windkraftanlage, die Strom für seinen Betrieb erzeugen soll, in erheblich größerer Nähe zu seinem landwirtschaftlichen Betrieb errichten. Durch einen Standort in der Nähe des Gehöftes wäre eine erheblich geringere Beeinträchtigung des Außenbereiches gegeben, da sich die dem landwirtschaftlichen Betrieb dienenden Baulichkeiten im Sinne eines Ensembles auf einen engen Bereich um das Gehöft konzentrieren würden. Dem ist beizupflichten.

II. Windenergieanlagen in der Bauleitplanung

1. Standortsteuerung durch Flächennutzungsplanung

a) **Allgemeines.** § 35 III 3 setzt eine Planung voraus, die zu Gunsten der privilegierten Vorhaben sog. „**Positivflächen**“ (Konzentrationsflächen) festlegt und deren Ausweisung mit dem Ausschluss entsprechender Vorhaben auf den übrigen Flächen des Plangebiets, den sog. „**Negativflächen**“ (Ausschlussflächen) verbindet. Die Planungsträger müssen beiden Formen der Standortplanung wollen: die Festlegung von Positiv- und Negativ-

flächen. Beschränken sie sich auf die Ausweisung von Positivflächen, kommt § 35 III 3 BauGB nicht zum Zuge. Die Gemeinde hat keine Pflicht, Konzentrationszonen auszuweisen. § 35 III 3 BauGB enthält nur eine **Ermächtigung**. Macht die Gemeinde von ihr keinen Gebrauch, sind Windenergieanlagen im gesamten Außenbereich der jeweiligen Gemeinde zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Ihnen kann dann allerdings nicht nach § 35 III 1 BauGB entgegengehalten werden, es bestünde aufgrund ihrer Raumbedeutsamkeit ein Planungsbedürfnis. Der Charakter des Flächennutzungsplans verändert sich durch § 35 III 3 BauGB nicht. Der Flächennutzungsplan hat daher allen Anforderungen zu entsprechen, die an einen Bauleitplan zu stellen sind.

7 **b) Erforderlichkeit (§ 1 III 1 BauGB).** Bauleitpläne sind **erforderlich**, wenn sie nach der planerischen Konzeption der Gemeinde als erforderlich angesehen werden können. Die Gemeinde besitzt für die Frage der Erforderlichkeit ein sehr weites planerisches **Ermessen**. Der Gesetzgeber ermächtigt die Gemeinden, die Städtebaupolitik zu betreiben, die ihren städtebaulichen Vorstellungen entspricht (BVerwG UPR 1999, 352; stRspr). Nicht erforderlich ist u. a. eine Planung, die sich als **nicht vollzugsfähig** erweist, weil ihr auf unabsehbare Zeit unüberwindbare tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen (BVerwG Buchholz 406.11 § 6 BauGB Nr. 7; BVerwGE 109, 246; BVerwG Buchholz 406.11 § 1 BauGB Nr. 110; BVerwGE 117, 351; BVerwGE 120, 239). Ein unüberwindbares tatsächliches Hindernis ist z. B. die mangelnde Windhöflichkeit einer Konzentrationsfläche. Zwar lassen sich auch dort Windenergieanlagen aufstellen, sie bringen aber keinen Ertrag. Die Unwirtschaftlichkeit ihrer Errichtung steht der tatsächlichen Unmöglichkeit der Planverwirklichung gleich. Ein rechtliches Hindernis ist gegeben, wenn die Errichtung von Windenergieanlagen in den Konzentrationsflächen an den Anforderungen anderer Gesetze scheitern muss. Als rechtliches Ausschlusskriterium kommt das Schutzregime der FFH-Richtlinie und der Vogelschutzrichtlinie in Betracht. Rechtlich zwingend kann der Planung von Vorrangflächen auch entgegenstehen, dass sich die maßgeblichen Immissionsgrenzwerte nicht einhalten lassen (BVerwGE 109, 246). Einzelheiten zum Thema rechtlicher Hindernisse für die Planung von Konzentrationsflächen sind im Kapitel „Abwägungsvorgang“ dargestellt.

8 Die Frage, ob ein Flächennutzungsplan wegen eines Verstoßes gegen § 1 III 1 BauGB unwirksam ist, wenn die Konzentrationsfläche im Geltungsbereich einer **Landschaftsschutzverordnung** liegt, die die Errichtung baulicher Anlagen jeder Art untersagt, hat das BVerwG (BVerwGE 117, 287) für den Fall verneint, dass der Gesetzgeber davon absieht, einer von ihm getroffenen Verbotsregelung absolute Geltung beizulegen. Schaffe er zwar einen Verbotstatbestand, eröffne er aber gleichzeitig eine Abweichungsmöglichkeit, so schränke er die Verbotswirkungen insoweit selbst von vornherein ein. Seien die Voraussetzungen, an die er den Ausnahmeverbehalt knüpfe, objektiv erfüllt, so könne von einem unüberwindlichen rechtlichen Hindernis im Sinne der zu § 1 III 1 BauGB ergangenen Rechtsprechung keine Rede sein. Die Entscheidung liegt zwar auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung, blendet aber die Besonderheit aus, dass sich der Flächennutzungsplan in seiner städtebaulichen Wirkung nicht auf das Gebiet beschränkt, das mit ihm überplant wird, sondern mit ihm die innergebietlichen Darstellungen mit außergebietlichen Wirkungen **kombiniert** werden sollen. Das BVerwG (BVerwGE 117, 351) hebt hervor, dass sich das Zurücktreten der Privilegierung in Teilen des Plangebiets nur dann rechtfertigen lässt, wenn die Gemeinde **sicherstellt**, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen. Sichergestellt ist der Vorrang jedoch nicht schon dann, wenn die Errichtung von Windenergieanlagen nicht auf Dauer ausgeschlossen ist. Die Möglichkeit zur Aufstellung von Windenergieanlagen in Konzentrationszonen, die in einem Landschaftsschutzgebiet liegen, ist bereits deshalb nicht rechtlich gesichert, weil die Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen im Ermessen der Naturschutzbehörden steht, die regelmäßig von der planenden Gemeinde organisatorisch und kompetenzrechtlich getrennt sind (Tigges ZNER 2003, 43). Außerdem sind Ausnahmen

und Befreiungen einzelfallbezogen. Sie sind nicht dafür konzipiert, bauliche Anlagen „flächendeckend“ zuzulassen. Die Möglichkeit, dass Ausnahmen oder Befreiungen erteilt werden, reicht daher nicht aus, um einem Flächennutzungsplan, der in einem Landschaftsschutzgebiet eine oder mehrere Konzentrationszonen darstellt, die Rechtswirkungen des § 35 III 3 BauGB zuzubilligen. Wenn dem Plan nicht schon die Erforderlichkeit gem. § 1 III 1 BauGB abzusprechen ist, ist er jedenfalls im Ergebnis abwägungsfehlerhaft. Rechtsicher kann die Planung nur sein, wenn die für die Konzentrationszone vorgesehene Fläche förmlich aus dem Geltungsbereich der Landschaftsschutzverordnung herausgenommen wird.

c) Anpassungsgebot (§ 1 IV BauGB). Die Gemeinde unterliegt einem **überregionalen Anpassungsgebot** (§ 1 IV BauGB). Über seine **Ziele** nimmt das Raumordnungsrecht, in der Regel über Regionalpläne, auf die Bauleitplanung Einfluss. Auf die Raumbedeutsamkeit von Windenergieanlagen kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Das Anpassungsgebot des § 1 IV BauGB gilt für alle Bauleitpläne unabhängig von ihrer Raumbedeutsamkeit (BVerwGE 117, 351). Es greift insoweit über die raumordnungsrechtliche Beachtungspflicht nach § 4 I 1 ROG hinaus. Die Gemeinde kann also nicht autonom ihre eigene Windenergiepolitik betreiben. Sie ist freilich an der „Zielfindung“ zu beteiligen. 9

Die Pflicht zur Anpassung, die § 1 IV BauGB statuiert, reicht weit. Sie ist nicht auf eine „punktueller Kooperation“, sondern auf **dauerhafte Übereinstimmung** der Ebenen der übergeordneten Landesplanung und der gemeindlichen Bauleitplanung gerichtet (BVerwGE 119, 25). Daraus folgt nicht nur eine Anpassungspflicht, wenn die Gemeinde Bauleitpläne aus eigenem Entschluss und allein aus städtebaulichen Gründen aufstellt oder ändert, sondern auch eine Verpflichtung zu planerischem Tätigwerden, wenn geänderte oder neue Ziele der Raumordnung eine Anpassung der Bauleitpläne erfordern. 10

Die Intensität der Bindung wird von der inhaltlichen Formulierung der landesplanerischen Zielvorgabe bestimmt. Auch wenn es sich bei Zielen der Raumordnung um verbindliche Vorgaben in Form von räumlich und sachlich bestimmten oder bestimmbar, vom Träger der Raumordnung **abschließend abgewogenen** textlichen oder zeichnerischen Festlegungen in Raumordnungsplänen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raumes handelt (§ 3 I Nr. 2 ROG), enthalten sie in der Regel Konkretisierungsmöglichkeiten für nachgeordnete Planungen. Den Spielraum, der ihr innerhalb des durch die Ziele der Raumordnung gezogenen Rahmens verbleibt, darf die Gemeinde ausfüllen (OVG Münster UPR 2010, 150). Sie ist indes umso enger an die Ziele der Raumordnung gebunden, je detaillierter diese gefasst sind. Von einer Konzentrationszonenplanung im Regionalplan darf sie sich nicht lösen; die Darstellung einer Konzentrationszone im Flächennutzungsplan außerhalb eines im Regionalplan festgelegten Konzentrationszonenbereichs ist wegen Verstoßes gegen das Anpassungsgebot unwirksam. Konkretisierungen auf der Ebene der Bauleitplanung kommen nur in Betracht, wenn die Konzentrationszone nach dem Willen des Flächennutzungsplaners räumlich in einem Bereich liegen soll, den auch der Regionalplaner als Windvorrangzone vorgesehen hat (OVG Greifswald, Urt. v. 9.4.2008 – 3 L 84/05 – juris Rn. 45). Spielraum besteht beispielsweise, wenn sich die Flächennutzungsplanung nach der Erläuterung zu einem Gebietsentwicklungsplan an der allgemeinen Größenordnung und annähernden räumlichen Lage der raumordnerischen Vorgaben zu orientieren hat (OVG Münster BRS 69 Nr. 8). Auch können z. B. die Erläuterungen bezogen auf den Schutz von Wald klarstellen, dass im Rahmen der Gebietsentwicklungsplanung nur der Schutz von größeren geschlossenen Waldbereiche berücksichtigt worden sei, und, sofern im Einzelfall kleinere Waldbereiche von Konzentrationszonen überlagert würden, diese in den nachfolgenden Planungsstufen zu sichern seien. Die Gemeinde muss sich freilich davor hüten, die auf regionalplanerischer Ebene im Sinne einer abschließend abgewogenen verbindlichen Letztentscheidung getroffene Festlegung, dass der betreffende Bereich – vorbehaltlich der vom Plangeber des Gebietsentwicklungsplans 11