

# Planerische Steuerung der Windkraftnutzung in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung

Rechtsanwalt apl. Prof. Dr. Martin Gellermann



## Stand und Entwicklung der Windkraftnutzung

- In Deutschland wurden bis Ende 2013 insgesamt 23.645 WKA (onshore) errichtet. Die installierte Gesamtleistung aus Windenergie beträgt damit 33.729,83 MW (BWE).
- Im ersten Halbjahr 2014 wurden rund 1.723 Megawatt Leistung neu installiert.

## Vorzüge und Nachteile

- **Klimaschutz**
- **Ressourcenschonung**



- **Immissionsschutz**
- **Orts- und Landschaftsschutz**
- **Biodiversitäts- und Artenschutz**

## Konsequenz

- Um die Entwicklung in geordnete Bahnen zu lenken, ist eine planerische Steuerung unausweichlich!
- Leichter gesagt als getan – Büren-Urteil des OVG Münster kein Einzelfall!

## Baurechtlicher Aufstieg der Windenergie

- Rechtsprechung stand Windenergienutzung zunächst mit Zurückhaltung gegenüber
- 1994: Windkraftanlagen werden durch § 35 I BauGB nicht privilegiert

### Änderung des § 35 BauGB

Einführung des § 35 I Nr. 5 BauGB  
„Erforschung, Entwicklung, Nutzung  
der Windenergie“



Einführung des § 35 III 3 BauGB  
Schutz des Außenbereichs durch  
Regionale oder lokale Standortsteuerung

### Windkraftnutzung unter Planungsvorbehalt

- Es besteht keine Verpflichtung, von dem Planungsvorbehalt Gebrauch zu machen
- Planungsträger können es bei „Positivausweisung“ geeigneter Standorte belassen
- Besondere Anforderungen sind allerdings zu beachten, wenn Planungsträger der unkoordinierten „Verspargelung der Landschaft“ planerisch durch Ausweisung von Konzentrationszonen begegnen wollen.

# *Das schlüssige Planungskonzept*

## **Bundesverwaltungsgericht (2002)**

- Ausschlusswirkung (§ 35 III 3 BauGB) erfordert schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept
- Planung muss Auskunft geben,
  - welche Erwägungen die positiven Standortausweisungen tragen und
  - welche Gründe die Freihaltung des übrigen Planungsraums rechtfertigen

## **Abschnittsweise Ausarbeitung**

### **1. Ausschluss ungeeigneter Bereiche („Tabuzonen“)**

- Harte Tabuzonen = Errichtung/Betrieb von WEA aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ausgeschlossen
- Weiche Tabuzonen = Bereiche, in denen nach den Vorstellungen des Planungsträgers keine WEA errichtet werden sollen

Nach Abzug der „harten“ und „weichen“ Tabuzonen verbleiben „Potenzialflächen“, die für die Windkraftnutzung prinzipiell in Frage kommen

### **2. Auswahl der „Potenzialflächen“**

- Abwägung der auf den Potenzialflächen miteinander konkurrierenden Nutzungen
- Abwägung erfolgt mit dem Anliegen, der Windkraftnutzung eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung gerecht wird.

### **3. Kontrolle des Abwägungsergebnisses**

- Windenergie muss „in substantieller Weise“ Raum gegeben werden
  - Keine Pflicht, der Windenergie in „bestmöglicher“ Weise Rechnung zu tragen
  - Keine „Feigenblattplanung“, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinausläuft

# *Unterscheidung zwischen „harten“ und „weichen“ Zonen*

In der Praxis scheitert die Planung von Konzentrationsflächen nicht selten an der fehlenden Unterscheidung (z.B. Büren-Urteil)

## **Wieso ist Unterscheidung eigentlich erforderlich???**

### **1. „Harte“ Tabuzonen**

- Errichtung/Betrieb von WEA ist aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ausgeschlossen
- Flächen sind der Abwägung von vornherein entzogen
- Überplanung scheitert an mangelnder Erforderlichkeit (z.B. § 1 III BauGB)

### **2. „Weiche“ Tabuzonen**

- Flächen sind der Abwägung zugänglich (§ 1 VI BauGB, § 7 II 1 ROG)
- Plangeber darf Flächen nach einheitlichen Kriterien bestimmen und vorab aussondern
- Plangeber muss sich des Abwägungsspielraums aber bewusst sein und Gründe benennen, die den Ausschluss der Flächen rechtfertigen

**→ Ohne Unterscheidung fehlt der Nachweis,  
dass über den Flächenausschluss abwägend entschieden wurde!**

# *Unterscheidung zwischen „harten“ und „weichen“ Zonen*

Problem: Rechtsprechung lässt in der Zuordnungsfrage keine einheitliche Linie erkennen

## **Anerkannte „harte“ Tabuzonen (Beispiele)**

- Flächen mit zu geringer Windhöffigkeit
- Splittersiedlung im Außenbereich, Wohnsiedlungen im Innenbereich
- Infrastruktureinrichtungen (z.B. Straße, Schiene, Wasserstraße, Leitungen)
- Nationalpark, Naturschutzgebiet, gesetzlich geschütztes Biotop
- Ziele der Raumordnung (z.B. Vorranggebiete mit der Wirkung von Eignungsgebieten)

## **Im Übrigen: Uneinheitliche Beurteilung in der Rechtsprechung**

<b>Tabufläche</b>	<b>„hartes Kriterium“</b>	<b>„weiches“ Kriterium</b>
Waldflächen	OVG Münster	OVG Lüneburg
Natura 2000	OVG Münster – „unter Umständen“	OVG Koblenz
Artenschutz (§ 44 BNatSchG)	OVG Berlin-Bbg. – Tierökologische Abstandskriterien (TAK)	OVG Münster – tendenziell
Landschaftsschutzgebiet	VGH München OVG Münster - denkbar	OVG Koblenz – keine Tabufläche

# *Unterscheidung zwischen „harten“ und „weichen“ Zonen*

## **Problembewältigung**

### **I. Bundesverwaltungsgericht – angepasster gerichtlicher Kontrollmaßstab**

- Abgrenzungsproblemen zwischen „harten“ und „weichen“ Tabuzonen kann Rechnung getragen werden, indem „vom Plangeber nicht mehr gefordert wird, als was er angemessenerweise leisten kann. Die Grenzen des ihm Möglichen hat das OVG anschaulich aufgezeigt“.
- Plangeber verfügt über gerichtlich nur in begrenztem Umfang überprüfbaren Prognose- bzw. Einschätzungsspielraum, der keine aufwändigen Detailuntersuchungen erfordert.
- Konsequenzen (beispielhaft)
  - EU-Vogelschutzgebiete als „harte“ Zone, wenn windkraftsensible Arten geschützt werden
  - Landschaftsschutzgebiete als „harte“ Zone wegen regelmäßig bestehendem Bauverbot
  - Schutzabstände nach LAG VSW (2014) als „harte“ Zone bei gefährdeten Greifvögeln (z.B. Rotmilan, Wiesenweihe)

### **II. Was kann der Plangeber in Zweifelsfällen tun?**

- Als „hart“ bewertete Tabuzonen werden „hilfsweise weggewogen“ (OVG Lüneburg)
- Wird Bewertung als „harte“ Zone beanstandet, hat Ausschluss dennoch Bestand, weil Plangeber zu erkennen gibt, dass die Fläche auch ausgenommen worden wäre, wenn WKA dort nicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen sind

## *„Weiche“ Tabuzonen*

- Plangeber darf „weiche“ Tabuzonen nach einheitlichen Kriterien bestimmen und vorab aussondern. Der Ausschluss muss sachlich gerechtfertigt werden
- Es bleibt dem Plangeber beispielsweise unbenommen:
  - zugunsten der Wohnbevölkerung vorsorgend Immissionsschutz zu betreiben,
  - Schutzabstände zu NSG, LSG und Natura 2000-Gebieten vorzusehen,
  - Waldflächen, avifaunistisch wertvolle Räume (z.B. Kranichrastplatz) und wichtige Erholungsräume von der Windkraftnutzung auszunehmen,
  - Mindestflächengrößen der Konzentrationszonen und Abstände zwischen ihnen im Interesse des Orts- und Landschaftsbildes festzulegen.
- Dem Plangeber ist es – ungeachtet des im zustehenden Abwägungsspielraums – versagt:
  - Flächen im Interesse der „Wahrung des Dorffriedens“ von der Windkraftnutzung auszunehmen,
  - Schutzabstände zur Wohnbebauung zur „Vermeidung eine Negativstimmung der Bevölkerung“ oder zur „Akzeptanzbildung“ großzügig zu bemessen (z.B. 10-fache Fallhöhe),
  - im Hinblick auf potenzielle Wohnbauflächen eine Vorratspolitik zu betreiben,
  - nicht ernstlich beabsichtigte Planung von Wohnbauflächen vorzuschieben („Etikettenschwindel“).

# *Substanzieller Raum für Windenergie*

- **Keine festen Mindestflächengrößen begründbar**
- **Instanzgerichte** ziehen unterschiedliche Beurteilungskriterien heran
  - Vergleich Plangebiet mit Flächengröße der Konzentrationszone als wichtiges Indiz
    - VGH Kassel [3.Senat]: 1,38% des Plangebietes nicht ausreichend
    - OVG Bautzen: 0,25% des Plangebietes ausreichend
    - VGH Mannheim: 1% des Plangebietes gerade noch ausreichend
  - VGH Kassel [6. Senat] nimmt Gesamtbeurteilung anhand unterschiedliche Parameter (Größenvergleich, Vergleich mit Flächen der Nachbargemeinden, Anzahl der Anlagen und Energiemenge) vor
  - OVG-Bbg. vergleicht Fläche der Konzentrationszone mit dem Plangebiet nach Abzug „harter“ Tabuzonen
- **Bundesverwaltungsgericht** (dem folgend OVG Münster)
  - Flächenvergleich des OVG Berlin Bbg. plausibel, aber „nicht allein seelig machend“
  - Festlegung eines bestimmten (prozentualen) Anteils, den die Konzentrationsflächen im Vergleich zu den Potenzialflächen erreichen müssen, um die Rechtsfolge des § 35 III 3 BauGB zu aktivieren ist, unzulässig.
  - Gesamtbetrachtung unter Einbezug unterschiedlicher Beurteilungskriterien erforderlich
  - Je geringer der Anteil der ausgewiesenen Konzentrationsflächen ist, umso gewichtiger müssen die Gründe sein, die zum Ausschluss weiterer Flächen führen

# *Substanzieller Raum für Windenergie*

- **Falls Konzentrationsflächen nicht ausreichend sind**

→ Um Steuerungswirkung des § 35 III 3 BauGB zu aktivieren, muss das Planungskonzept überdacht werden. Zur Disposition stehen „weiche“ Tabuzonen

- Verringerung von Schutzabständen
- Verzicht auf Ausschluss von Wald oder Erholungsflächen
- Reduzierung der Mindestflächengröße der Konzentrationszone

→ Ist der Plangeber zur Veränderung seiner Konzeption nicht bereit, muss er auf die planerische Steuerung der Windkraftnutzung verzichten

## *Darstellung zusätzlicher Flächen im FNP*

- Wenn Regionalplan neue Vorranggebiete ausweist, sind Gemeinden zur Anpassung der Bauleitplanung verpflichtet (§ 1 Abs. 4 BauGB)
- Soll Flächennutzungsplan die Ausschlusswirkung des § 35 III 3 BauGB weiterhin entfalten, bedarf der Klärung, ob es hierzu eines neuen gesamträumlichen Planungskonzepts bedarf
- § 249 I 1 BauGB trägt zur Beantwortung nicht bei, weil hierdurch nur klargestellt wird, dass die Aufnahme neuer Flächen nicht bedeutet, dass die bisherige Darstellung unzureichend war
- Maßgeblich: Steuerungswirkung des § 35 III 3 BauGB setzt Planung voraus, die auf einem „schlüssigen gesamträumlichen Konzept“ beruht
  - Planungskonzept bleibt unberührt, wenn neue Konzentrationszonen ausschließlich in bisherigen „Potenzialflächen“ ausgewiesen werden. Neue Planungskonzeption entbehrlich
  - Werden neue Konzentrationszonen in Bereichen dargestellt, die nach bisherigem Planungskonzept als „weiche“ Tabuzonen bewertet wurden, gerät das Gesamtgefüge in Unordnung. Neue Planungskonzeption unausweichlich, weil die Schlüssigkeit des Gesamtkonzepts von der einheitlichen Anwendung der Tabukriterien abhängt.

**Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit**