

Dr. Markus Edelbluth und Dr. Torsten Heilshorn\*

## Die geplante Novelle des Landesplanungsgesetzes zur Windenergie 2011

Die Landesregierung hat sich in dem am 9.5.2011 unterzeichneten Koalitionsvertrag zum Ziel gesetzt, den Anteil der Windenergie an der Stromerzeugung deutlich auszubauen und bis zum Jahr 2020 mindestens 10 Prozent des Stroms aus „heimischer“ Windkraft zu decken<sup>1</sup>. Bisher gibt es im Land etwa 380 Windkraftanlagen. Um das vorgegebene Ziel zu erreichen, müssen bis zum Jahr 2020 etwa 1000 neue Anlagen hinzukommen<sup>2</sup>.

Ohne eine Lockerung der derzeit geltenden regionalplanerischen Vorgaben ist dies nicht zu schaffen. Deshalb plant die Landesregierung eine Änderung des Landesplanungsgesetzes (LplG). Wenn die seit Ende September als Entwurf vorliegende Novelle<sup>3</sup> verabschiedet wird, müssen die Kommunen kurzfristig planerisch tätig werden, wenn sie auf die Standorte künftiger Anlagen Einfluss nehmen wollen.

### I Geltende Rechtslage

Zur Verdeutlichung der geplanten Änderungen soll zunächst die geltende Rechtslage zusammengefasst werden:

#### 1. „Schwarz-Weiß-Planung“ durch die Regionalverbände

##### a) Festlegung im Regionalplan

Nach geltender Rechtslage erfolgt die Steuerung der Standorte regionalbedeutender Windkraftanlagen in Baden-Württemberg alleine durch eine „Schwarz-Weiß“-Ausweisung in den Regionalplänen. Nach § 11 Abs. 3 Nr. 11, Abs. 7 S. 1 Hs. 2 LplG sind für regionalbedeutende Windkraftanlagen *Vorranggebiete* festzulegen. Diese Festlegung ist zwingend mit einer Ausweisung aller übrigen Bereiche als *Ausschlussgebiete* zu verbinden. Dieser Planungspflicht sind die Regionalverbände nachgekommen. Die Festlegungen erfolgen dabei als *Ziele der Raumordnung*, an die nach § 1 Abs. 4 BauGB auch die Bauleitpläne der Gemeinden *anzupassen* sind. Dieser Pflicht

sind die meisten Gemeinden ebenfalls nachgekommen.

##### b) Auswirkungen im Genehmigungsverfahren

Die regionalplanerische Ausweisung entfaltet im *immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren*<sup>4</sup> unmittelbare Außenwirkung. Die Zulässigkeit von Windkraftanlagen richtet sich in bauplanungsrechtlicher Hinsicht<sup>5</sup> nach den allgemeinen Vorschriften. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind Windkraftanlagen im Außenbereich privilegiert<sup>6</sup>. Sie sind daher zulässig, sofern nicht im Einzelfall überwiegende öffentliche Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehen und die Erschließung gesichert ist. Windkraftanlagen können schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen (§ 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB: z.B. Lärm- oder Lichtimmissionen) oder das Landschaftsbild oder Belange des Naturschutzes oder der Landschaftspflege beeinträchtigen (§ 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB).

Allerdings bestimmt § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB, dass öffentliche Belange nicht entgegenstehen, soweit die Belange bei der Darstellung dieser Vorhaben als Ziele der *Raumordnung* abgewogen worden sind. Weiter stehen nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB öffentliche Belange einem Vorhaben in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung *an anderer Stelle erfolgt ist*<sup>7</sup>. Die regionalplanerische Ausweisung einer Kombination von Vorrang- und Ausschlussgebieten erhält also über § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auch im Anlagenzulas-

ungsverfahren unmittelbare Außenwirkung, indem sie regelmäßig<sup>8</sup> zur Unzulässigkeit von Windenergieanlagen in den Ausschlussgebieten führt<sup>9</sup>. Innerhalb der Vorranggebiete sind Windenergieanlagen dagegen erleichtert zulässig.

##### c) Einschränkung der kommunalen Planungshoheit

Nach § 1 Abs. 4 BauGB haben die Kommunen ihre Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung anzupassen. Dadurch ist es nach geltendem Recht nicht möglich, durch *kommunale Planung* (Flächennutzungsplan, Bebauungspläne) zusätzliche Flächen in Bereichen, die im jeweiligen Regionalplan als Ausschlussgebiete festgelegt sind, einer Nutzung für regionalbedeutende Windkraftanlagen zuzuführen. Ebenso ist es umgekehrt den Kommunen verwehrt, in Bereichen, die regionalplanerisch als Vorranggebiet festgelegt sind, regionalbedeutende Windkraftanlagen auszuschließen. Möglich ist nach geltendem Recht lediglich eine *Feinsteuerung* innerhalb der durch Regionalplan ausgewiesenen Vorranggebiete durch Bebauungspläne<sup>10</sup>, etwa zur Höhenbegrenzung<sup>11</sup> oder zur genaueren Standortbestimmung durch Festsetzung von Baugrenzen für Fundament, Turm und Rotoren<sup>12</sup>, sofern diese

\* Dr. Torsten Heilshorn ist Partner der Sozietät Sparwasser & Heilshorn und Lehrbeauftragter an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Dr. Markus Edelbluth ist Rechtsanwalt in der Sozietät Sparwasser & Heilshorn.

Festsetzungen nicht in Widerspruch zu den Zielen der Raumordnung treten (§ 1 Abs. 4 BauGB). Für eine *zahlenmäßige* Begrenzung der Windkraftanlagen durch Bebauungsplan bieten BauGB und BauNVO dagegen keine Rechtsgrundlage<sup>13</sup>.

## 2. Nicht regionalbedeutsame Windkraftanlagen

Die Festlegungen im Regionalplan betreffen nur regionalbedeutsame Windkraftanlagen. Für *nicht regionalbedeutsame Windenergieanlagen* können die Kommunen daher auch nach derzeit geltender Rechtslage eine Steuerung durch Konzentrationszonenplanung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB im Flächennutzungsplan herbeiführen. In der *Praxis* dürfte dies jedoch *keine große Bedeutung erlangen*: Ob eine Windenergieanlage regionalbedeutsam ist, beurteilt sich nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls und lässt sich nicht generell mittels einer bestimmten Höhenangabe beantworten.

Die Regionalbedeutsamkeit einer Einzelanlage kann sich insbesondere aus ihren Dimensionen (Höhe, Rotordurchmesser), aus ihrem Standort oder aus ihren Auswirkungen auf bestimmte Ziele der Raumordnung (Schutz von Natur und Landschaft, Erholung und Fremdenverkehr) ergeben<sup>14</sup>. In der Praxis wird die Grenze zur Regionalbedeutsamkeit im Flachland von den Gerichten häufig bei einer *Gesamthöhe* von etwa 100 m gezogen<sup>15</sup>. Auf Höhenzügen dürften aufgrund der Sensibilität des Standorts regelmäßig auch deutlich niedrigere Anlagen regionalbedeutsam sein.

Moderne Windkraftanlagen erreichen heute meist große Bauhöhen. Im Jahr 2010 wiesen etwa 96 Prozent aller neu errichteten Anlagen eine *Nabenhöhe* von mehr als 60 m auf, ein erheblicher Teil der errichteten Anlagen (etwa 35 Prozent) sogar eine Nabenhöhe von 101 bis 120 m<sup>16</sup>. In den meisten Fällen dürften daher heute *neu errichtete Windenergieanlagen* die Schwelle zur Regionalbedeutsamkeit *überschreiten*. Für eine kommunale Steuerung der Standorte nicht regi-

onalbedeutsamer Anlagen besteht damit in der Praxis kaum ein Bedürfnis.

## 3. Zwischenergebnis und Bewertung

Nach geltender Rechtslage erfolgt die Standortzuweisung für regionalbedeutsame Windkraftanlagen in Baden-Württemberg ausschließlich über die Festlegung von Vorrang- und Ausschlussgebieten als Ziele der Raumordnung in den Regionalplänen, die über § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren Außenwirkung entfalten. Für eine zusätzliche kommunale Steuerung durch Bauleitplanung, also für die Ausweisung zusätzlicher Standorte oder einen noch weitergehenden Ausschluss, ist wegen der Anpassungspflicht der Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung (§ 1 Abs. 4 BauGB) kein Raum. Lediglich eine gewisse „Feinjustierung“ innerhalb der regionalplanerischen Vorranggebiete ist über den Erlass von Bebauungsplänen möglich, etwa durch Festsetzung von Baugrenzen oder Höhenbegrenzungen.

Dieses Modell der „Entkommunalisierung“ der Festlegung von Windkraftstandorten führte zu einer großräumlich abgewogenen Steuerung unter Berücksichtigung weitgehend einheitlich angewandter Kriterien. Es führte im praktischen Ergebnis aber auch zu einer im bundesweiten Vergleich weit unterdurchschnittlichen Zahl möglicher Standorte und einem entsprechend geringen Windkraftanteil im Landesenergiemix. Angesichts der bekannten, zumindest anfangs feindseligen Haltung der früheren Landesregierung zur Windkraft kann das Ergebnis nicht verwundern. Es kann aber kaum als Beleg dafür herangezogen werden, dass das derzeit noch gültige Regelungsregime nicht auch zu ganz anderen, nämlich weit windkraftfreundlicheren Ergebnissen führen könnte.

## II Gesetzgebungsvorhaben

Um den Ausbau von Windenergie in Baden-Württemberg zu beschleunigen, soll das bisherige Regelungsmodell deutlich modifiziert werden:

### 1. Keine Ausschlussgebiete mehr in den Regionalplänen

Dazu sieht der Entwurf des Gesetzes zur Änderung des LplG zunächst in Art. 1 Ziff. 2 vor, dass die Regionalverbände künftig Standorte für regionalbedeutsame Windkraftanlagen *nur noch als Vorranggebiete* festlegen können<sup>17</sup>. Die Möglichkeit, die übrigen Gebiete als Ausschlussgebiete auszuweisen, soll damit entfallen. Eine solche Abweichung vom ROG des Bundes wäre zulässig, da seit der Föderalismusreform 2006 die Raumordnung Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG) mit Abweichungskompetenz der Länder (Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG) ist.

### 2. Aufhebung der bestehenden Festlegungen in den Regionalplänen

Die noch bestehenden Festlegungen von Vorrang- und Ausschlussgebieten in den Regionalplänen sollen nach Art. 2 des aktuellen Entwurfs zum *1. September 2012 kraft Gesetzes aufgehoben werden*.

### 3. Folgeänderungen

Als Folgeänderung soll zudem das in Ziff. 4.2.7 (Windkraft) des *Landesentwicklungsplans 2002* enthaltene Ziel der Raumordnung, nach dem in den Regionalplänen zur Steuerung der Windkraftnutzung Vorrang- und Ausschlussgebiete festzulegen sind, gesetzgeberisch „ausgeschaltet werden“. Dies will der Landesgesetzgeber dadurch erreichen, dass er durch Anfügung eines Satzes 3 § 11 Abs. 2 LplG insgesamt folgende Fassung gibt<sup>18</sup>: „Der Regionalplan konkretisiert die Grundsätze der Raumordnung nach § 2 des Raumordnungsgesetzes und die Grundsätze des Landesentwicklungsplans und der fachlichen Entwicklungspläne. Er formt diese Grundsätze und die Ziele der Raumordnung des Landesentwicklungsplans und der fachlichen Entwicklungspläne räumlich und sachlich aus. *Dies gilt nicht für das Ziel der Raumordnung Plansatz 4.2.7 (Windkraft) des Landesentwicklungsplans 2002 Baden-Württemberg*“.

Die Regionalpläne sollen also das Ziel der Raumordnung im LEP zur Wind-

kraft nicht konkretisieren bzw. räumlich und fachlich ausformen. Unklar bleibt allerdings, wie künftig das Verhältnis zu § 4 Abs. 1 LplG zu verstehen sein soll. Denn danach *sind* die Ziele der Raumordnung von den öffentlichen Stellen bei ihren raumbedeutsamen Planungen – also auch bei Aufstellung und Fortschreibung der Regionalpläne – zu beachten. Der unbefangene Leser fragt sich weiter, warum der Gesetzgeber nicht das Ziel der Raumordnung in Plansatz 4.2.7 des LEP gesetzlich aufhebt oder modifiziert, so wie er es auch mit den bestehenden Festlegungen in den Regionalplänen beabsichtigt.

### III Auswirkungen der Gesetzesänderung für die Kommunen

Tritt die geplante Gesetzesänderung in Kraft, würde dies für die Kommunen bedeuten:

#### 1. Zulässigkeit von Windkraftanlagen nach Aufhebung der Festlegungen in den Regionalplänen

Nach der gesetzlichen Aufhebung der Vorrang- und Ausschlussgebiete in den Regionalplänen, also ab 1.9.2012, beurteilt sich die *Zulässigkeit von Windenergieanlagen* zunächst bauplanungsrechtlich alleine nach § 35 BauGB. Da Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert sind, müssen sie zugelassen werden, sofern nicht im konkreten Fall öffentliche Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehen. Diese Voraussetzungen – wie auch die übrigen Anforderungen des BImSchG sowie weiterer Fachgesetze – sind einzelfallbezogen im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen. Sind die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt, besteht ein *Genehmigungsanspruch*<sup>19</sup>.

#### 2. Zulässigkeit nach neuer Festlegung von Vorranggebieten in den Regionalplänen

Nach der Änderung des LplG können die Regionalverbände jedoch *Vorranggebiete* für Windenergieanlagen neu aus-

weisen (§ 11 Abs. 7 S. 1 Hs. 2 LplG der Entwurfsfassung). Ob dies geschehen wird, ist unseres Erachtens offen.

#### a) Zulässigkeit innerhalb der Vorranggebiete

Die Ausweisung von (neuen) Vorranggebieten führt dazu, dass Windenergieanlagen *innerhalb dieser Gebiete* öffentliche Belange nicht entgegenstehen, soweit diese bei Aufstellung der Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind. Dies ergibt sich aus der so genannten „*Positivwirkung*“ des § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB. Innerhalb dieser neuen Vorranggebiete sind Windenergieanlagen damit erleichtert zuzulassen.

#### b) Zulässigkeit außerhalb der Vorranggebiete

Außerhalb der Vorranggebiete richtet sich die Zulässigkeit von Windenergieanlagen künftig nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 35 BauGB. Windenergieanlagen sind danach als privilegierte Vorhaben bauplanungsrechtlich *zulässig*, wenn, was im Einzelfall im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen ist, keine öf-

fentlichen Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehen. Eine *Ausschlusswirkung* kommt den Festlegungen von Vorranggebieten in den Regionalplänen nicht mehr zu. Nach dem bloßen Gesetzeswortlaut scheint sich zwar aus § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB das Gegenteil zu ergeben. Dort heißt es: „Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben (...) in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür (...) als Ziele der Raumordnung eine *Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist.*“ Eine „*bloße*“ Vorrangflächenplanung führt gleichwohl diese so genannte „*Negativwirkung*“ des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht (mehr) herbei. Denn nach der Rechtsprechung des BVerwG steht § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB unter einem „*Planvorbehalt*“. Aus den Festlegungen des Regionalplans als Ziel der Raumordnung muss sich ergeben, dass die Ausweisung von Vorranggebieten zugleich die *Ausschlusswirkung* des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB *nach sich zieht*. Dazu bedarf es aber einer entsprechenden landesrechtlichen Rechtsgrundlage<sup>20</sup>. Schließt das novellierte LplG die Festlegung von Ausschlussgebieten für Windkraftanlagen explizit aus<sup>21</sup>, kommt den künftigen Vorranggebieten die *Negativwirkung* des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nicht mehr zu.

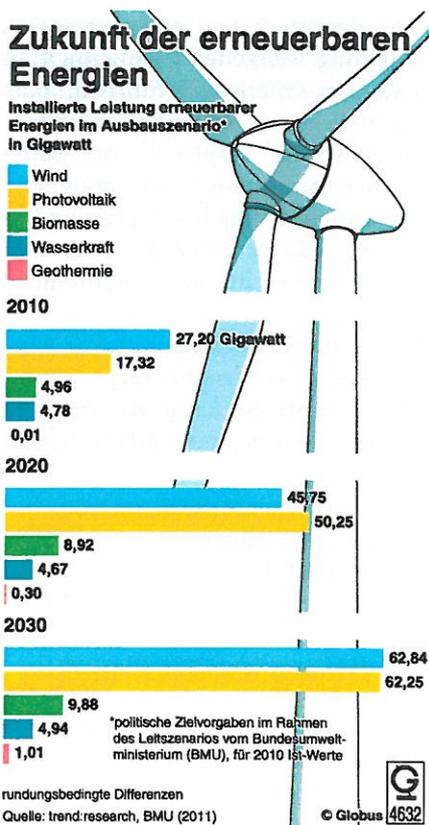
### IV Handlungsmöglichkeiten der Gemeinden

Nach dem Gesetzesentwurf ergeben sich für die Gemeinden folgende Möglichkeiten:

#### 1. Verzicht auf steuernde Einflussnahme

Zunächst kann eine Gemeinde auf ein eigenes Tätigwerden verzichten.

Dann greift künftig *innerhalb* von regionalplanerisch ausgewiesenen Vorranggebieten, sofern diese neu ausgewiesen werden, die *Positivwirkung* des § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB ein, nach der öffentliche Belange einem Vorhaben nicht entgegenstehen, soweit die Belange bei der Aufstellung des Regionalplans als Ziele der Raumordnung abgewogen worden sind. Innerhalb der Vorranggebiete sind Windenergieanlagen dann erleichtert zulässig.



Außerhalb der Vorranggebiete trifft der Regionalplan keine Regelung, d.h. Windenergieanlagen sind hier bauplanungsrechtlich zulässig, wenn die Einzelfallprüfung im Genehmigungsverfahren ergibt, dass keine öffentlichen Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB entgegenstehen.

## 2. „Reaktivierung“ der kommunalen Planungshoheit

Nach Wegfall der Ausschlussgebiete in den Regionalplänen wird es den Kommunen wieder ermöglicht, *selbst* planerisch tätig zu werden. Diese „Reaktivierung“ der kommunalen Planungshoheit ist ein wesentliches Ziel der Gesetzesnovelle.

### a) Ausweisung weiterer Windkraftstandorte

So kann eine Kommune durch Darstellung im Flächennutzungsplan *weitere*, d.h. *außerhalb etwaiger regionalplanerischer Vorrangflächen* befindliche Standorte für Windenergie als „Sonderbaufläche für Windenergie“ darstellen. Anders als den regionalplanerischen Vorrangflächen kommt einer solchen Darstellung allerdings nicht die Positivwirkung des § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB zu<sup>22</sup>, d.h. die bloße Darstellung im Flächennutzungsplan führt nicht zu deren erleichteter Zulässigkeit. Kommunen können aber, aufbauend auf den Darstellungen des Flächennutzungsplans, *Bebauungspläne* aufstellen, um so Baurechte für Windkraftanlagen zu schaffen. In einem solchen Fall richtet sich die Zulässigkeit der Windkraftanlagen nach den Festsetzungen des Bebauungsplans.

Mit einer solchen „Zulassung“ von Windkraftanlagen an bestimmten Standorten ist *noch keine „Ausschlusswirkung“* im Übrigen verbunden; vielmehr bleibt die Zulässigkeit von Windenergieanlagen im sonstigen Außenbereich dem Regime des § 35 BauGB überlassen.

### b) Konzentrationszonenplanung

Eine Kommune kann aber auch durch Flächennutzungsplan Konzentrationszonen für Windenergieanlagen ausweisen und dies *mit einer Ausschlusswirkung „im Übrigen“* verbinden<sup>23</sup>, um den restli-

chen, nicht durch regionalplanerische Vorrangzonen ausgewiesenen Außenbereich freizuhalten. Es ist also möglich, außerhalb der „kommunalen Konzentrationszonen“ und regionalplanerischen Vorrangflächen die Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herbeizuführen.

Da den Darstellungen im Flächennutzungsplan allerdings nicht die Positivwirkung des § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 BauGB zukommt<sup>24</sup>, können Windkraftanlagen *innerhalb* einer (bloß) „kommunalen Konzentrationszone“ *nicht erleichtert zugelassen werden*. Windkraftanlagen sind vielmehr auch innerhalb der kommunalen Konzentrationszonen nur zulässig, wenn im Einzelfall keine öffentlichen Belange i.S.d. § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehen. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass bei der Ausweisung von „Konzentrationszonen“ im Flächennutzungsplan geprüft werden sein muss, ob sich die Flächen überhaupt für eine Windkraftnutzung eignen.

Konzentrationszonenplanung durch Flächennutzungsplan ist keine „Verhinderungsplanung“. Das BVerwG hat mehrfach klargestellt, dass einem Flächennutzungsplan, der die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herbeiführen soll, ein gesamträumliches Konzept zugrunde liegen muss, das zu einer Darstellung ausreichender Positivflächen führt<sup>25</sup>. Der Windenergie muss im Ergebnis *„in substantieller Weise Raum geschaffen werden“*. Eine „Feigenblattplanung“, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinausläuft, führt zu keiner Ausschlusswirkung. Allerdings besteht umgekehrt keine Verpflichtung, solche Standorte auszuweisen, bei denen eine *optimale* Nutzung der Windenergie möglich ist<sup>26</sup>.

Auch das Land wird voraussichtlich – im Rahmen des Genehmigungserfordernisses für die Flächennutzungspläne (§ 6 Abs. 1 BauGB) – kritisch hinterfragen, ob die jeweiligen Flächennutzungspläne der Windkraft ausreichend Raum verschaffen, da andernfalls die Ziele der Gesetzesnovelle nicht erreicht werden. Bei Nichterteilung dieser Genehmigung

kommt es jedenfalls vorläufig zu keiner Ausschlusswirkung, so dass sich die planungsrechtliche Zulässigkeit der Anlagen allein nach § 35 BauGB richtet.

### c) Interkommunale Abstimmung und gemeindeübergreifende Planung

Mögliche Anlagenstandorte liegen häufig auf Höhenrücken, wo oft auch Gemarkungsgrenzen verlaufen. Die Auswirkungen von Windkraftanlagen machen bei solchen Standorten an der Gemarkungsgrenze nicht halt. Andererseits fließen die nicht unerheblichen Gewerbesteuererinnahmen in der Regel zu 70 Prozent der Standortgemeinde zu. Das kann leicht zu einem Wettlauf um gemarkungsgrenznahe Standorte führen. Daher ist – je nach Sachlage – zu erwägen, ob sich nicht eine aufeinander *abgestimmte oder gemeinsame Planung benachbarter Gemeinden* anbietet.

An eine gemeindeübergreifende Planung ist auch dann zu denken, wenn auf einer Gemarkung Windkraftanlagen gänzlich ausgeschlossen werden sollen, etwa mangels hinreichenden Windpotenzials oder nicht einhaltbarer Abstände zu schutzwürdiger Wohnbebauung, oder wenn zum Schutz besonders sensibler Lagen auch windhöfliche Standorte von Windkraftanlagen freigehalten werden sollen. In einer solchen Situation gilt es zu prüfen, ob den Anforderungen der Rechtsprechung, nach der bei einer Konzentrationszonenplanung der Windenergie „in substantieller Weise Raum geschaffen werden“ müsse, dadurch Rechnung getragen werden kann, dass Konzentrationszonen *auf einer Nachbargemarkung* ausgewiesen werden. „Technisch“ könnte eine solche kommunenübergreifende Konzentrationszonenplanung durch einen gemeinsamen Flächennutzungsplan mehrerer Gemeinden (§ 204 S. 1-3 BauGB), durch – sachlich auf Windkraft beschränkte – Darstellungen in den *jeweiligen* Flächennutzungsplänen der beteiligten Kommunen auf der Grundlage einer Vereinbarung<sup>27</sup> (§ 204 Abs. 1 S. 4 BauGB) oder über einen Planungsverband (§ 205 BauGB)<sup>28</sup> erreicht werden – was allerdings zahlreiche Folgefragen aufwirft, die hier im Einzelnen nicht vertieft werden sollen.

### 3. Weitere Einzelfragen

#### a) Teilflächennutzungsplan und Sicherungsmittel

Wollen Kommunen eine Vorrangflächenplanung betreiben, müssen sie nicht den gesamten Flächennutzungsplan fortschreiben, sondern können sich damit begnügen, einen *sachlichen Teilflächennutzungsplan* nach § 5 Abs. 2b BauGB aufzustellen, der die Wirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herbeiführen soll. Wenn ein Beschluss zur Aufstellung eines solchen Flächennutzungsplans vorliegt, können beantragte Vorhaben zur Sicherung der Planung gemäß § 15 Abs. 3 BauGB bis zu einem Jahr *zurückgestellt* werden, um eine geordnete Entwicklung zu gewährleisten.

#### b) Bedingte Darstellungen nach § 249 Abs. 2 BauGB

Eine weitere Neuerung brachte die BauGB-Novelle 2011: Nach Art. 249 Abs. 2 S. 3 i.V.m. S. 1 BauGB können nunmehr Flächennutzungspläne, die die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB haben („Konzentrationsflächenplanung“), bedingte Darstellungen treffen, nach denen eine Nutzung für Windenergieanlagen nur zulässig ist, wenn sichergestellt ist, dass nach Errichtung der (neuen) Windenergieanlagen *andere* näher bezeichnete Windenergieanlagen innerhalb einer bestimmten Frist *zurückgebaut* werden. Durch eine solche Bestimmung soll nach der Vorstellung des Bundesgesetzgebers das Repowering, also die Ersetzung alter Windenergieanlagen durch neue, leistungsfähigere, meist aber auch höhere Anlagen, erleichtert werden.

#### c) „Alte Flächennutzungspläne“

Bestehen in Kommunen noch „alte“ Flächennutzungspläne mit Konzentrationszonen für Windkraftanlagen, die entgegen der Verpflichtung aus § 1 Abs. 4 BauGB den erst später in Kraft getretenen Vorrang- und Ausschlussflächenfestlegungen in den Regionalplänen nicht angepasst worden sind, so gelten diese Flächennutzungspläne fort. Der Regionalplan stellt im Verhältnis zu den kommunalen Bauleitplänen kein „höherrangiges Recht“ dar, das diese im Kollisionsfall außer Kraft setzt<sup>29</sup>. Da die Flächennutzungs-



Foto: Karl-Heinz Laube/PIXELIO.DE

pläne nicht unwirksam geworden sind, gelten sie nach gesetzlicher Aufhebung der Vorrang- und Ausschlussgebiete in den Regionalplänen weiter und es entfällt künftig lediglich die Anpassungspflicht aus § 1 Abs. 4 BauGB. Legen die Regionalpläne künftig neue Vorranggebiete fest, sind die Darstellungen der „alten“ Flächennutzungspläne aber insofern anzupassen.

### 4. Zeithorizont für eine kommunale Planung

Solange die Vorrang- und Ausschlussgebiete in den Regionalplänen noch nicht außer Kraft getreten sind, *was zum 1.9.2012* geschehen soll, können Kommunen noch keine abweichenden Darstellungen in Flächennutzungsplänen treffen. Die Möglichkeit einer „aufschiebend bedingten Darstellung“ im Flächennutzungsplan, die erst nach Außerkräfttreten der regionalplanerischen Festlegungen Wirkung entfaltet, sieht das BauGB – anders als für Bebauungspläne in § 9 Abs. 2 BauGB – nicht vor (mit Ausnahme des in § 249 Abs. 2 BauGB geregelten Sonderfalls<sup>30</sup>). Beabsichtigt eine Gemeinde eine Konzentrationszonenplanung, sollte diese daher so in Kraft gesetzt werden, dass sie zeitlich möglichst nahtlos an die zum 1.9.2012 außer Kraft tretenden regionalplanerischen Festlegungen anknüpft. Gemeinden mit windhöffigen Standorten, die eine Konzentrationszonenplanung anstreben, können bereits jetzt einen Aufstellungsbeschluss fassen und

die Planung für einen (Teil-) Flächenutzungsplan bis zur Beschlussreife vorantreiben. Denn die den Kommunen gewährte „Übergangsfrist“ ist sehr kurz. Etwas entschärft wird der Zeitdruck nur durch die Möglichkeit einer Zurückstellung nach § 15 Abs. 3 BauGB für die Dauer von bis zu einem Jahr.

Zwar gibt es eine landesweite Kartierung zum Windpotenzial<sup>31</sup>, die aber von einer Überprüfung im Einzelfall nicht entbindet. Flächendeckende Untersuchungen zum besonderen Artenschutz (insbesondere zu von Windrädern gefährdeten Vögeln und Fledermäusen) liegen nicht ausreichend vor. Die Grundlagenermittlungen der regionalplanerischen Schwarz-Weiß-Planung bilden zwar sicher einen Ausgangspunkt für eigene gemeindliche Planungen, stehen den Gemeinden aber erstens nicht ohne weiteres zur Verfügung und bedürfen zweitens zumeist der Aktualisierung und der Anpassung an geänderte eigene Kriterien.

Das Ausmaß der hier geforderten Planungssorgfalt ergibt sich aus der Rechtsschutzperspektive: Wie bislang zahlreiche Regionalpläne nach Ablehnung eines dadurch ausgeschlossenen Standorts im Wege der Inzidentkontrolle auf den gerichtlichen Prüfstand gestellt wurden, so wird es auch gemeindlichen Flächenutzungsplänen wieder ergehen. Ungeachtet droht aber auch von Seiten sich von einer Anlageneignung gestört fühlender Anwohner.

**V Ausblick**

Einerseits ist die Reaktivierung der kommunalen Planungshoheit durch die geplante Novelle des Landesplanungsgesetzes zu begrüßen. Sie wird aber auch wieder zu sehr uneinheitlichen Planungsmaßstäben führen. Gerade bei gemarkungsgrenznahen Standorten, wie sie praktisch häufig auftreten, sind Konflikte zwischen „gewerbesteuerhungrigen“ und „landschaftsbildseeligen“ Gemeinden vorprogrammiert.

Die den Kommunen eingeräumte „Übergangsfrist“ ist jetzt schon vorhersehbar zu kurz. Bis sie ausläuft, liegen nicht alle für eine wünschenswert abgestimmte und ausgewogene Steuerung erforderlichen Pläne, noch dazu gerichtsfest, vor. Dabei sind auch der Zeit- und Kostenaufwand für solche Planungsverfahren ebenso wie die Tatsache zu berücksichtigen, dass das Thema Windkraft bei vielen Kommunen nicht ganz oben auf der kommunalpolitischen Agenda stehen dürfte. Damit droht nach Ablauf der Übergangsfrist ein „Anlagenwildwuchs“, da sich die Zulässigkeit der Anlagen (ohne großräumig abgestimmte Konzepte) allein nach § 35 BauGB richtet.

Bei aller Beschleunigung sollte auch beachtet werden, dass der Ausbau von Windenergie in Baden-Württemberg – soll er auf eine nachhaltige Entwicklung gerichtet sein – einer breiten Akzeptanz in der Bevölkerung bedarf. Informations- und Werbeveranstaltungen der Landesregierung alleine werden hierfür nicht genügen. Vielmehr ist eine möglichst umfassende Einbindung der Bevölkerung in die künftig wieder auf kommunaler Ebene angesiedelten Planungsprozesse erforderlich.

Nicht vergessen werden sollte auch, dass die Windkraftfreudigkeit der baden-württembergischen Kommunen, die jetzt auch wieder Ausschlussflächen begründen können, noch lange nicht feststeht. Damit ist letztlich offen, ob das gesetzgeberische Ziel mit dem gewählten Regelungsmodell erreicht werden wird.

Schließlich hat die Rekommunalisierung der Windkraftsteuerung in der im Gesetzentwurf vorgesehenen Weise eine weitere Kehrseite: Die bereits vorhandene Planungskompetenz der Regionalverbände einschließlich der dort vorhandenen „planungstechnischen“ Erkenntnisse geht weitgehend verloren.

Az. 610.01; 613.0; 621.11; 621.65

**Fußnoten**

- 1 Vgl. Koalitionsvertrag vom 9.5.2011, S. 34, abrufbar auf der Internetseite der GRÜNEN: [www.gruene-bw.de/fileadmin/gruenebw/dateien/Koalitionsvertrag-web.pdf](http://www.gruene-bw.de/fileadmin/gruenebw/dateien/Koalitionsvertrag-web.pdf) (letzter Aufruf 24.10.2011).
- 2 Pressemitteilung des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft vom 27.9.2011, abrufbar unter <http://www.um.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/86778/> (letzter Aufruf 24.10.2011).
- 3 Abrufbar über die Seite des Ministeriums für Infrastruktur und Verkehr, [www.mvi.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/103219/](http://www.mvi.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/103219/) (letzter Aufruf 24.10.2011).
- 4 Nach Ziff. 1.6 Spalte 2 des Anhangs zur 4. BImSchV bedürfen Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.
- 5 Daneben müssen selbstverständlich auch die immissionsschutzrechtlichen Voraussetzungen und Anforderungen zahlreicher weiterer Fachgesetze erfüllt werden.
- 6 § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ist allerdings nicht abschließend. So können Windkraftanlagen etwa auch als Nebenanlagen zu einem landwirtschaftlichen Betrieb nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert sein, vgl. dazu *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Loseblatt, Stand Sept. 2010, § 35 Rn. 58a m.w.N.
- 7 Nach seinem ausdrücklichen Wortlaut gilt § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB nur für Vorhaben „nach Absatz 1 Nr. 2 bis 6“. Das bedeutet, dass die Wirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bei Windkraftanlagen, die als Nebenanlagen zu einem landwirtschaftlichen Betrieb unter § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB fallen (dazu Fn. 6), nicht eingreift. Vgl. aber auch Fn. 9.
- 8 In *atypischen Fällen* können die grundsätzlich im Außenbereich privilegierten Windenergieanlagen auch in Ausschlussgebieten zulässig sein; näher dazu BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 (zit. nach juris).
- 9 Dieses Ergebnis wird – für die regionalplanerischen Festlegungen – auch bereits über § 35 Abs. 3 S. 1 Halbs. 1 BauGB erreicht. Ein Unterschied zu § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB besteht darin, dass § 35 Abs. 3 S. 2 Halbs. 1 BauGB auch für Windenergieanlagen, die nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert sind, gilt.
- 10 Dazu auch *Söfker*, a.a.O. (Fn 6), § 35 Rn. 123, 128.
- 11 Näher VGH Mannheim, Urteil vom 24.11.2005 – 8 S 794/05 (zit. nach juris).
- 12 BVerwG, Urteil vom 21.10.2004 – 4 C 3/04 (zit. nach juris).
- 13 Zutreffend OVG Koblenz, Urteil vom 21.1.2011 – 8 C 10850/10 (zit. nach juris) unter Verweis auf BVerwG, Urteil vom 3.4.2008 – 4 CN 3/07 („Windhundrennen“, zit. nach juris).
- 14 BVerwG, Beschluss vom 2.8.2002 – 4 B 36/02; BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 4/02 (zit. nach juris).

- 15 Vgl. etwa VGH Mannheim, Urteil vom 6.11.2006 – 3 S 2115/04 (zit. nach juris); gegen eine starre Anwendung dieser Grenze zu Recht OVG Lüneburg, Urteil vom 11.7.2007 – 12 LC 18/07 (zit. nach juris). Vgl. auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 12.10.2011 – 12 LA 219/10: Raumbedeutung einer Windkraftanlage mit einer Gesamthöhe von 99,50 m verneint, die in einer Reihe zwischen zwei bereits vorhandenen Windenergieanlagen errichtet werden sollte.
- 16 Quelle: <http://de.wikipedia.org/wiki/Windkraftanlage>, dort unter Ziff. 5.1.5 mit Verweis auf Zahlen des Bundesverbands Windenergie e.V. (letzter Aufruf 24.10.2011).
- 17 § 11 Abs. 7 S. 1 Hs. 2 LplG soll folgende Fassung erhalten: „abweichend hiervon können Standorte für regional bedeutsame Windkraftanlagen nach Absatz 3 Satz 2 Nummer 11 nur als Vorranggebiete festgelegt werden.“
- 18 Vgl. Art. 1 Ziff. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes.
- 19 Zu möglichen Sicherungsmitteln (Zurückstellung) vgl. unten IV.3.a.
- 20 BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 4/02 (zit. nach juris); VGH München, Urteil vom 14.8.2008 – 2 BV 07.2226 (zit. nach juris).
- 21 „(...) nur als Vorranggebiete (...)“, vgl. § 11 Abs. 7 S. 1 Hs. 2 LplG in der Entwurfsfassung.
- 22 *Söfker*, a.a.O. (Fn 6), § 35 Rn. 81, 130.
- 23 Wesentlich ist dabei lediglich, dass sich aus der Darstellung oder zumindest der Begründung hinreichend deutlich ergibt, dass die Darstellung die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herbeiführen soll, vgl. *Söfker*, a.a.O. (Fn 6), § 35 Rn. 124.
- 24 Fn. 22.
- 25 BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01 (zit. nach juris).
- 26 BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01 (zit. nach juris); die bisherige Rspr. zusammenfassend BVerwG, Beschluss vom 15.9.2009 – 4 BN 25/09 (zit. nach juris).
- 27 Dazu OVG Magdeburg, Beschluss vom 17.11.2006 – 2 L 278/03; OVG Koblenz, Urteil vom 26.11.2003 – 8 A 10814/03 (zit. nach juris).
- 28 Einem Planungsverband muss nicht die gesamte Bauleitplanung übertragen werden; es ist auch möglich, nur die Flächennutzungsplanung auf den Verband zu übertragen, vgl. dazu *Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Loseblatt, Stand Sept. 2001, § 205 Rn. 23.
- 29 VGH München, Urteil vom 16.11.1993 – 8 B 92.3559 (zit. nach juris; für einen Bebauungsplan); OVG Lüneburg, Urteil vom 16.6.1982 – 1 A 194/80 (zit. nach juris - nur Leitsatz); Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB/BauNVO, 6. Aufl. 2011, § 1 Rn. 64.
- 30 Dazu oben IV.3.b.
- 31 Windatlas Baden-Württemberg (Juni 2011), abrufbar unter <http://www.um.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/82723/> (letzter Aufruf 26.10.2011). ■