



Die Privilegierung der Windenergie im § 35 Baugesetzbuch (BauGB)

März 2019

Nach der Regelung in § 35 Absatz 1 Nr. 5 BauGB gehört ein der Erforschung, Entwicklung und Nutzung der Windenergie dienendes Vorhaben zu den sog. privilegierten Vorhaben im Außenbereich. Das bedeutet, dass Windenergieanlagen bauplanungsrechtlich im Außenbereich zulässig sind, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und die ausreichende Erschließung gesichert ist. Dies gilt ausschließlich für die in § 35 Absatz 1 BauGB genannten Vorhaben. Der Außenbereich soll möglichst von (nicht privilegierten) baulichen Anlagen freigehalten werden.

Den privilegierten Vorhaben können – anders als dies bei sonstigen Vorhaben im Außenbereich (§ 35 Absatz 2 BauGB) der Fall ist – öffentliche Belange nur begrenzt entgegengehalten werden. Die berührten Belange müssen von entsprechendem Gewicht und konkret beeinträchtigt sein. Gewichtige öffentliche Belange sind zum Beispiel solche des Naturschutzes und der Landschaftspflege, der Flugsicherheit, des Denkmalschutzes oder des Anwohnerschutzes z.B. vor einer optisch bedrängenden Wirkung von Windenergieanlagen oder Schallimmissionen. Die Privilegierung von Windenergieanlagen hat also nicht zur Folge, dass diese 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. Die Rechtsprechung hat hierzu ein austariertes System der nachvollziehenden Abwägung entwickelt.

Eine weitere mögliche Einschränkung der Privilegierung ist die Ausweisung einer Fläche für Windenergie an anderer Stelle (über die Regional- und Flächennutzungsplanung) gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Wichtig bei der Steuerung der Windenergieplanung durch Ausweisung von Eignungs- und Vorranggebieten ist, dass der Plan im Ergebnis der Windenergie substanziell Raum verschafft – die Planung der Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich also Rechnung trägt. Nur dann ist eine Einschränkung der Windenergie im Außenbereich möglich. Die Rechtsprechung hat hier Kriterien herausgearbeitet, anhand derer ermittelt werden kann, ob der Windenergie in substanzieller Weise Raum verschaffen wurde.

Darüber hinaus ist die Regelung in § 35 Absatz 1 Nr. 5 BauGB eine wichtige Voraussetzung für die Flächenbereitstellung durch die Ausweisung sogenannter Konzentrationszonen in Regional- und Flächennutzungsplanung für die Windenergie an Land.

Es existiert damit insgesamt ein bewährtes System des Interessenausgleichs bestehend aus:

- der bauplanungsrechtlichen Privilegierung einerseits, ohne die ein kontinuierlicher und verlässlicher Ausbau der Windenergienutzung nicht möglich ist und
- zwei wesentlichen Korrektiven andererseits:
 - die sachgerechte Abwägung von wichtigen Belangen (Naturschutz, Anwohnerschutz etc.) sowie
 - die Steuerung der Windenergieplanung durch Ausweisung sogenannter Konzentrationszonen in Regional- und Flächennutzungsplänen mit Ausschlusswirkung im restlichen Plangebiet.

Es gibt immer wieder Forderungen, die Privilegierung für Windkraftanlagen im Außenbereich abzuschaffen.

Der Bundesverband WindEnergie e.V. spricht sich klar gegen die Abschaffung der Privilegierung aus. Dies hat folgende Gründe:



Fünf Punkte für die Privilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich:

1. Nur die Privilegierung ermöglicht eine Umsetzung der energiepolitischen Beschlüsse zu den Ausbaupfaden und damit die Einhaltung der klimapolitischen Zielsetzungen.
 - 1.1 Ohne Privilegierung wären Windenergievorhaben im Außenbereich lediglich nach § 35 Absatz 2 BauGB genehmigungsfähig. Diese Regelung ist ausgesprochen schwach und für den Ausbau von Windenergieanlagen nicht geeignet. Windenergieanlagen wären dann im Außenbereich unzulässig und nur unter strengeren Voraussetzungen als „sonstigen Vorhaben“ zulässig. 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.
Bei nach § 35 Absatz 1 BauGB privilegierten Vorhaben hingegen ist ein konkretes „Entgegenstehen“ des Belangs erforderlich. **Nur dieser qualitative Unterschied ermöglicht überhaupt eine sachgerechte Abwägung und einen plangemäßen Ausbau der Windenergie.**
 - 1.2 Wären Windenergievorhaben nicht mehr privilegiert, käme es für die Umsetzung solcher Vorhaben aufgrund der mangelnden Genehmigungsperspektive über § 35 Absatz 2 BauGB auf die kommunale Bauleitplanung an. Mit einem Wegfall der Privilegierung und damit dem Gebot der Windenergie substanziell Raum zu schaffen, wäre der bloßen Verhinderungs- und Feigenblattplanungen zum einen Tür und Tor geöffnet. Zum anderen ist eine dann erforderliche Bauleitplanung sowohl zeitlich als auch inhaltlich unabsehbar und taugt daher nicht zur kohärenten Umsetzung einer wie auch immer gefassten Energiestrategie. Den Kommunen würde dann die Entscheidung über die Fortsetzung des Windenergieausbaus im Interesse des Klimaschutzes obliegen, sofern die Landes- oder Regionalplanungsebene der kommunalen Bauleitplanung keine Vorgaben zur Ausweisung bestimmter Gebiete mittels Bebauungsplänen macht. Dies ist mit dem nationalen Ziel der Erreichung der Ausbaupfade des EEG und der Erreichung der international zugesagten Klimaschutzziele nicht zu vereinbaren.
 - 1.3 Schließlich würde die Steuerung von Windenergieanlagen über § 35 Absatz 2 BauGB und damit über die kommunale Bauleitplanung auch nicht zur Verringerung der Beklagung von Plänen führen – was wohl die Hoffnung einiger Befürworter der Abschaffung der Privilegierung sein wird. Auch bei positiv steuernden Plänen können sowohl Umweltverbände als (voraussichtlich) auch von dieser Planung Betroffene¹ gegen die Planung vorgehen.
2. Die Privilegierung erzeugt den notwendigen Handlungsanlass / Handlungsdruck bei den Planungsträgern zur Umsetzung der politisch beschlossenen Energiestrategien. Ohne die Privilegierung würden sich die Planungszeiträume erheblich verlängern. Dies stünde der Erreichung der Ausbauziele entgegen.
3. Die Privilegierung wird auch in raumordnerisch ausgewiesenen Eignungs- und Vorranggebieten benötigt, um diese Gebiete bebaubar zu halten. Die raumordnerische Ausweisung in diesen Gebieten ändert im Wesentlichen nichts daran, dass ohne die Privilegierung Außenbereichsvorhaben planungsrechtlich nur nach dem ausgesprochen schwachen § 35 Absatz 2 BauGB zu beurteilen wären und daher auch bei Ausweisung eines Eignungs- und Vorranggebietes die Voraussetzungen erfüllt sein müssten (siehe oben Nr. 1).
4. Angesichts inzwischen gut entwickelter Planungsprozesse ist die Sorge vor einem „Wildwuchs“ durch die Privilegierung ist unbegründet. Wo ein solcher empfunden wird, ist dieser nicht der Privilegierung zuzuschreiben, sondern dem in der Vergangenheit verorteten Umgang der Kommunen mit dem

¹ Ob dieser Rechtsschutz unzulässig bleibt, wenn damit Baurechte geschaffen werden, bleibt einmal abzuwarten.



Planvorbehalt zuzurechnen. Große Teile des Bundesgebiets sind oder werden bereits mit Ausschlusswirkung gemäß § 35 Absatz 3 S. 3 BauGB beplant. Wo diese eine reine „Verhinderungsplanung“ war, haben Gerichte diese aufgehoben.

Die Anforderungen an Raumordnungs- und Flächennutzungspläne sind durch die Rechtsprechung mittlerweile verlässlich dargelegt, so dass rechtmäßiges Planen verlässlich möglich ist. Erweist sich eine Planung trotzdem vor Gericht als nichtig, steht den Planungsträgern das Mittel der befristeten Untersagung weiterer Genehmigungsanträge bis zum Inkrafttreten einer neuen Planung zur Verfügung. Die Beibehaltung der Privilegierung sorgt damit also nicht für Wildwuchs.

Schließlich besteht schon aufgrund der Steuerung der Windenergieentwicklung durch das EEG im Rahmen von Ausschreibungen keine Gefahr für einen „Wildwuchs“, da der Zubau bereits hierdurch reguliert ist.

5. Behauptet wird, dass eine Abschaffung der Privilegierung den Ausbau der Windenergie „wieder in geordnete Bahnen“ lenken würden. Gleichzeitig soll dies zur „Akzeptanzstärkung“² bei der Bevölkerung beigetragen. Der Ausbau der Windenergie erfolgt über die oben aufgezeigten Möglichkeiten jedoch bereits in „geordneten Bahnen“. Auch ist nicht erkennbar, wie die Abschaffung der Privilegierung sich positiv auf die Akzeptanz auswirken kann. Vielmehr droht eine Abschaffung sämtliche Vorhaben schlicht zu blockieren.

Fazit

Wer die Privilegierung abschaffen will, verabschiedet sich von verlässlichen Ausbauzielen. Ob und gegebenenfalls wann Kommunen die Windenergienutzung „*planerisch ermöglichen wollen*“³, stünde bei Abschaffung der Privilegierung vollständig in deren Belieben. Damit gibt es keinerlei Sicherheit bezüglich der im EEG festgelegten Ausbauziele.⁴ Dies stellt auch die Erreichung des 65 %-Zieles aus dem Koalitionsvertrag bis 2030 in Frage und gefährdet die internationalen Zusagen zum Klimaschutz.

Ansprechpartner

Abteilung Fachgremien und Energierecht

Bundesverband WindEnergie e.V. (BWE)

Neustädtische Kirchstraße 6

10117 Berlin

T +49 (0)30 212341-210

info@wind-energie.de

www.wind-energie.de

² Pressemitteilung, Staatskanzlei der Regierungssprecher Brandenburg vom 04.09.2018 „Zu den Ergebnissen der Kabinettsitzung“

³ aaO

⁴ Diese sind im Übrigen entgegen der Pressemitteilung auch weder Brandenburg noch „in einigen anderen Ländern“ bereits erreicht.