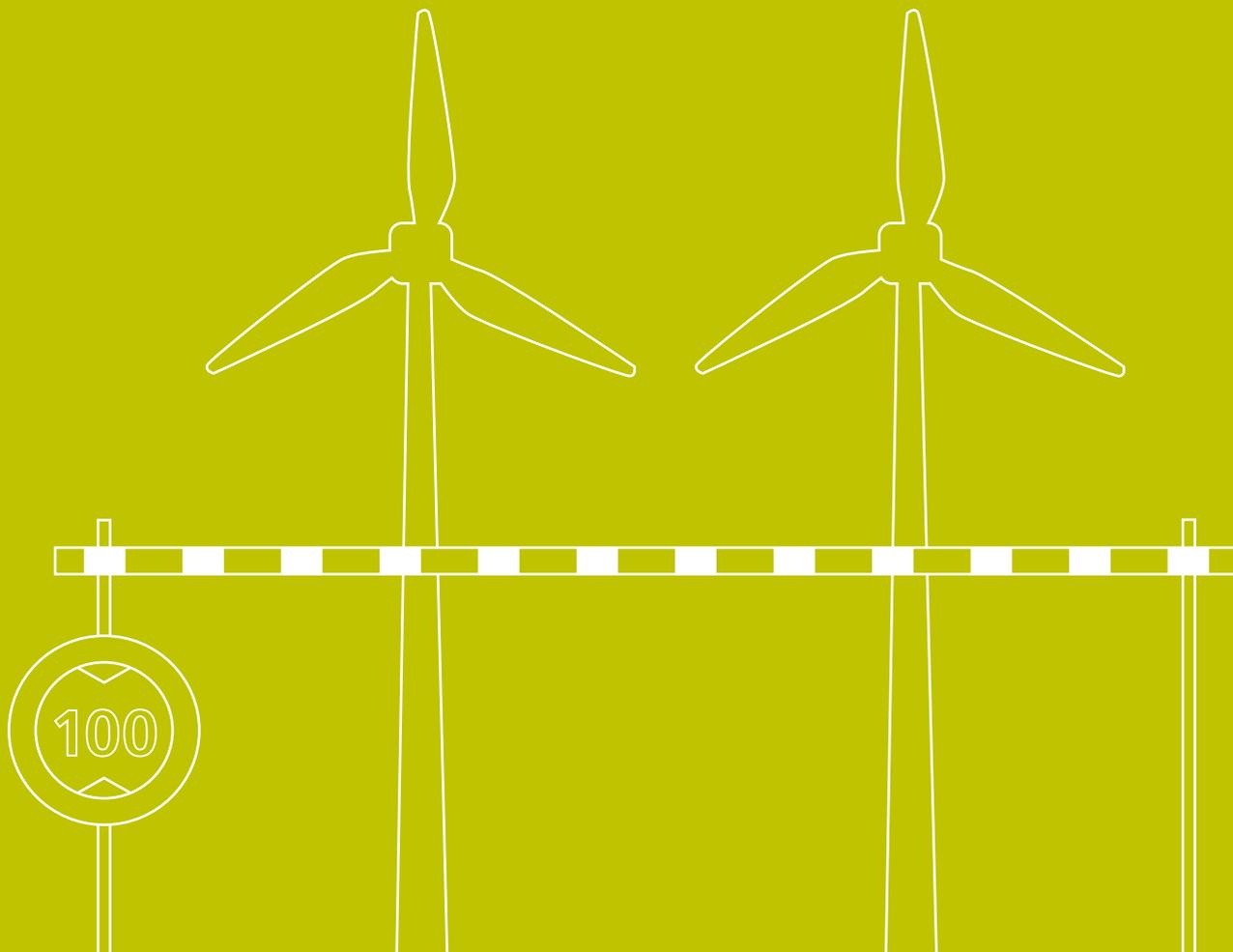




Rechtliche Bewertung der Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen

Vor dem Hintergrund der Ausschreibung



Impressum

© FA Wind, Mai 2018

Herausgeber:

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

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. Klaus Joachim Grigoleit

Redaktion:

Dr. Dirk Sudhaus, Dr. Marike Endell

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



Zitiervorschlag:

FA Wind, Rechtliche Bewertung der Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen vor dem Hintergrund der Ausschreibung, Berlin 2018

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.

Inhalt

Vorwort	4
1 Abschtichtung der Fragestellung	5
1.1 Regional- und Bauleitplanung.....	5
1.2 Unmittelbare und mittelbare Höhenbegrenzungen.....	5
1.3 Rechtsgüterschutz	6
2 Mögliche Rechtsgründe für Höhenbegrenzungen und ihre Bewertung	7
2.1 Immissionsschutzrecht	7
2.2 Bedrängungswirkung	7
2.3 Landschaftsschutz	7
2.4 Denkmalschutz.....	8
2.5 Artenschutz.....	8
2.6 Anforderungen der Flugsicherheit.....	9
2.7 Radar- und Funkanlagen.....	10
3 Das Substanzgebot und seine Bedeutung für die planerische Abwägung	11
4 Zulässigkeit von Höhenbegrenzungen im Hinblick auf das Referenzertragsmodell	13
4.1 Referenzertragsmodell.....	13
4.2 Mögliche Auswirkungen auf die planerische Steuerung von Windenergieanlagen	14
4.3 Parameter unzulässiger Verhinderungsplanung durch Höhenbegrenzungen	15
Zusammenfassung	17
Literaturverzeichnis	18

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz 2017 (EEG 2017) hat der Gesetzgeber die Ausschreibungen zur Ermittlung der Vergütungshöhe von Windstrom eingeführt. Seit Inkrafttreten des Gesetzes erhalten nur noch solche Windenergieanlagen einen Zahlungsanspruch nach dem EEG, welche die Kilowattstunde Strom zum günstigsten Preis anbieten. Gefördert werden damit nur noch die wirtschaftlichsten Anlagen.

Die Wirtschaftlichkeit von Windenergieanlagen hängt neben der Windhöflichkeit des Standorts maßgeblich von ihrer Größe ab. Dies zeigt auch eine Studie zur „Wirtschaftlichkeit unterschiedlicher Nabenhöhen von Windenergieanlagen“ der Deutschen WindGuard und des Zentrums für Sonnenenergie- und Wasserstoff-Forschung Baden-Württemberg aus dem Jahr 2017 auf: Mit steigenden Nabenhöhen werden – bei ansonsten identischen Parametern – höhere Stromerträge erreicht. Auch Anlagen mit größeren Rotordurchmessern – die wiederum höhere Nabenhöhen bedingen – und einer daraus resultierenden geringeren Flächenleistung führen zu relevanten Stromertragssteigerungen. Steigende Nabenhöhen führen also in der Regel zu geringeren Stromgestehungskosten, was potentiell niedrigere Gebotswerte und damit entsprechend höhere Erfolgchancen in der Ausschreibung mit sich bringt. Eine Ausnahme können hier Anlagen an sehr windstarken Standorten sein.

Weiter verstärkt wird dieser Effekt durch das Referenzertragsmodell. Das Referenzertragsmodell sorgt im Ergebnis dafür, dass sich der Zahlungsanspruch für Anlagen an weniger windhöflichen Standorten erhöht, während er für Anlagen an windreicheren Standorten sinkt. Damit soll der Ausbau der Windenergie im gesamten Bundesgebiet wirtschaftlich bleiben. Mit der Einführung des Ausschreibungssystems hat der Gesetzgeber auch dieses Modell angepasst. Die Neugestaltung hat zur Folge, dass Windenergieanlagen mit höheren Nabenhöhen stärker begünstigt werden als niedrigere Anlagen.

Vor dem Hintergrund der größeren Wirtschaftlichkeit höherer Anlagen sind Anlagen mit einer geringeren spezifischen Flächenleistung unterhalb einer Gesamthöhe von 150 Metern kaum am Markt verfügbar. Die Anlagen mit den geringsten Werten für die Flächenleistung weisen in der Regel Gesamthöhen von über 200 Metern auf.

Gleichzeitig wird aus verschiedenen Gründen die Aufnahme von Höhenbegrenzungen in der Regional- und Bauleitplanung diskutiert und umgesetzt. Auch wenn die Wirtschaftlichkeit von Projekten zumindest auf den ersten Blick kein im Rahmen der Regional- und Bauleitplanung zu klärender Aspekt ist, darf sie keinesfalls außer Acht gelassen werden. Höhenbegrenzungen stehen von vornherein unter der Einschränkung, dass der privilegierten Windenergienutzung im Plangebiet substantiell Raum verschafft werden muss. Das Substanzgebot ist wiederum nur dann gewahrt, wenn die Planung eine wirtschaftliche Nutzung der Windenergie an den vorgesehenen Standorten ermöglicht und eine Bezuschlagung im Ausschreibungsverfahren nicht ausgeschlossen ist. Gerade dies kann aber bei zu restriktiven Höhenbegrenzungen der Fall sein.

Mit dem vorliegenden Hintergrundpapier möchte die Fachagentur Windenergie an Land eine Unterstützung zur Klärung der Frage leisten, inwieweit Höhenbegrenzungen unter Berücksichtigung des neuen Referenzertragsmodells, der Anlagenverfügbarkeit am Markt und des Ausschreibungsdesigns zu einer unzulässigen Verhinderungsplanung führen können. Das Papier soll insbesondere Planungsträgern eine erste Orientierung bei der Frage, in welchem Rahmen solche Begrenzungen noch zulässig sind, geben.

Ich wünsche Ihnen eine informative Lektüre!



Dr. Dirk Sudhaus
Geschäftsführer

1 Abschichtung der Fragestellung

Das vorliegende Hintergrundpapier beschäftigt sich mit Fragen der planerischen Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen. Höhenbegrenzungen können in Raumordnungs- oder Bauleitplänen entweder ausdrücklich oder mittelbar enthalten sein.

1.1 Regional- und Bauleitplanung

Die Bauleitplanung ist nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 Baugesetzbuch (BauGB) i. V. m. § 16 Abs. 1 Baunutzungsverordnung (BauNVO) (Flächennutzungsplan) bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i. V. m. § 16 Abs. 3 Nr. 2 (Bebauungsplan) ermächtigt, Höhenbegrenzungen für bauliche Anlagen festzusetzen. Unter den Begriff der baulichen Anlage fallen auch Windenergieanlagen, die somit Gegenstand von Höhenbegrenzungen sein können. Geläufig ist sowohl die Vorgabe einer nicht zu überschreitenden Anlagengesamthöhe in Metern als auch die Angabe einer zulässigen Maximalhöhe über NN. Bezugspunkt dieser Vorgaben sind die im Flächennutzungsplan vorgesehenen Konzentrationszonen für die Windenergienutzung; im Bebauungsplan die zumeist innerhalb eines Sondergebiets vorgesehenen Anlagenstandorte. Da der Flächennutzungsplan das bevorzugte Planinstrument zur Steuerung der Windenergienutzung auf kommunaler Ebene ist, kommt den Konzentrationszonenbezogenen Höhenvorgaben in der Praxis die weitaus größere Bedeutung zu.

In seltenen Fällen geht auch die Regionalplanung den Weg, die von ihr zumeist als Vorranggebiete (§ 7 Abs. 3 Raumordnungsgesetz (ROG)) für die Windenergienutzung ausgewiesenen Flächen mit einer Höhenbegrenzung zu versehen. So sind Höhenvorgaben etwa im aktuellen Entwurf zur Gesamtfortschreibung des Regionalplans Leipzig-West Sachsen enthalten und sollen dort künftig Ziele der Raumordnung i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG darstellen. Die Aussagen differenzieren zwischen den vorgesehenen Vorranggebieten, indem sie jeweils nur einzelne dieser Gebiete adressieren.¹ Eine der Bauleitplanung vergleichbare Rechtsgrundlage, die Höhenvorgaben explizit ermöglicht, besteht für die Regionalplanung nicht. Zumindest für den Bereich der i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG raumbedeutsamen Windenergieanlagen² wird die überfachliche raumordnerische Abwägung aber zu dem Ergebnis kommen dürfen, Höhenbeschränkungen auszusprechen.³

In jedem Falle müssen sich Höhenbegrenzungen auf geschützte Rechtsgüter berufen können, die in der planerischen Abwägung den Vorrang erhalten und insofern die Einschränkung der vorgesehenen Windenergienutzung erforderlich machen (siehe dazu weiterführend Kap. 1.3 und 3).

1.2 Unmittelbare und mittelbare Höhenbegrenzungen

Höhenbegrenzungen von Windenergieanlagen finden sich einerseits als unmittelbare Höhenbegrenzung zumeist in Bauleit- und selten in Regionalplänen, sofern explizit Vorgaben zur zulässigen Anlagenhöhe gemacht werden (siehe dazu Kap. 1.1).

Der Regionalplanung können zudem mittelbare Höhenbegrenzungen zu entnehmen sein, die sich aus Zielaussagen etwa zum Denkmal- oder Landschaftsbildschutz ergeben. Wird aus diesen Gründen beispielsweise als Ziel der Raumordnung gefordert, bestimmte Sichtbeziehungen zu erhalten oder optische Beeinträchtigungen zu vermeiden, kann die

1 Vgl. die Ziele 5.1.2.5, 5.1.2.6 und 5.1.2.7 im Entwurf der Gesamtfortschreibung des Regionalplans Leipzig-West Sachsen 2017, Stand 29.5.2015.

2 Die Raumbedeutsamkeit ist im Einzelfall zu bestimmen. Ein aus marktgängigen Anlagen bestehender Windpark (d. h. mindestens drei Anlagen) ist im Regelfall raumbedeutsam. Mit Blick auf die einzelne Anlage stellen die Windenergieerlasse der Länder auf die Gesamthöhe ab und nennen diesbezüglich zumeist 100 m; die Erlasse sind aber für die Feststellung der Raumbedeutsamkeit nicht bindend (weiterführend siehe Maslaton 2018, Kap. 1 Rn. 244 ff.).

3 In die raumordnerische Abwägung sind gem. § 7 Abs. 2 ROG Belange einzustellen, „soweit sie [...] erkennbar und von Bedeutung sind“. Die wesentlichen Charakteristika einer raumbedeutsamen Planung, zu denen die Höhe der von ihr umfassten baulichen Anlagen gehört, dürften diesen Tatbestand erfüllen. Anderer Auffassung und die Ermächtigung insgesamt verneinend VG Stade, Urt. v. 14.9.2011 – 2 A 866/10.

diesbezügliche Analyse im Einzelfall in eine Höhengabe münden. Virulent wird dies jedoch erst im Genehmigungsverfahren, das gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB an die Ziele der Raumordnung gebunden ist.

1.3 Rechtsgüterschutz

Im Ausgangspunkt ist zu berücksichtigen, dass die Errichtung von Windenergieanlagen grundsätzlich als Ausübung grundrechtlich geschützter Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz) zu werten ist und sich deshalb einschränkende Maßgaben als verhältnismäßiger Schutz konkurrierender Rechtsgüter ausweisen müssen. Nach herrschender Meinung umfasst die Eigentumsfreiheit auch die sogenannte „Baufreiheit“, das heißt die Bebaubarkeit des Grundstücks auch mit Windenergieanlagen. Einschränkungen der grundrechtlich geschützten Baufreiheit sind am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen, müssen also auf ein geschütztes Rechtsgut gestützt und zu dessen Schutz erforderlich sein.⁴

4 Näher Grigoleit 2017, S. 26.

2 Mögliche Rechtsgründe für Höhenbegrenzungen und ihre Bewertung

Die planerische Festsetzung von Höhenbegrenzungen hat einem abwägenden Rechtsgüterschutz zu dienen. Dabei ist bei der Planung zwischen den Grundsätzen der Problembewältigung einerseits und der Zurückhaltung andererseits ein angemessener Ausgleich zu suchen. Die Grenze zulässiger Planung wird deshalb erst dann überschritten, wenn die Plandurchführbarkeit wegen der auf der Zulassungsebene nicht mehr zu lösenden Konflikte in Frage gestellt ist. Nachfolgend sollen die Rechtsgüter kurz dargestellt werden, die allgemein oder im Einzelfall die planerische Festlegung von Höhenbegrenzungen steuern können.

2.1 Immissionsschutzrecht

Überwiegend werden restriktive planerische Bestimmungen zur Windenergienutzung mit Schutzgütern des Immissionsrechts begründet. Insbesondere kommen insoweit Lärmschutzregelungen bzw. der Schutz vor Schattenwurfeffekten zum Tragen. Zwar kann die Anlagenhöhe auch diese Parameter beeinflussen, allenfalls in seltenen Einzelfällen wird aber anzunehmen sein, dass durch Höhenbegrenzungen eine rechtlich relevante Minderung der Immissionsbelastung erzielt werden kann.

2.2 Bedrängungswirkung

Aus § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB leitet die Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem bodenrechtlichen Rücksichtnahmegebot das Verbot einer optisch bedrängenden Nutzung ab. Die baulichen Dimensionen eines Gebäudes erscheinen hier „derart übermächtig, dass das ‚erdrückte‘ Gebäude oder Grundstück nur noch überwiegend wie eine von einem herrschenden Gebäude dominierte Fläche ohne eigene baurechtliche Charakteristik wahrgenommen wird, oder das Bauvorhaben das Nachbargrundstück regelrecht abriegelt, d. h. dort ein Gefühl des Eingemauertseins oder eine Gefängnishofsituation hervorruft.“⁵ Eine solche Bedrängungswirkung kann auch von Windenergieanlagen ausgehen. Daraus hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster einen anlagehöheabhängigen Abstandsmaßstab entwickelt.⁶ Zur Einhaltung der sich aus dem Bedrängungsverbot ergebenden Vorgaben können in Randbereichen auch Höhenbegrenzungen eingesetzt werden.

2.3 Landschaftsschutz

Aspekte des Landschaftsschutzes stützen sich in der Regel auf den in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB genannten Belang des „Orts- und Landschaftsbildes“. Das Landschaftsbild wird verunstaltet, „wenn mit der Errichtung eines Vorhabens der städtebauliche und landschaftliche Gesamteindruck erheblich gestört würde“.⁷ Eine Verunstaltung setzt voraus, dass das Bauvorhaben dem Landschaftsbild gegenüber in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen ist und auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden wird.⁸ Dies kann nur dann angenommen werden, wenn es sich um eine besonders schutzwürdige Umgebung oder um einen besonders groben Eingriff in das Landschaftsbild handelt.⁹ „Ob die Schwelle der Verunstaltung überschritten ist, hängt von den konkreten Umständen der jeweiligen

5 OVG Münster, Urte. v. 9.8.2006 – 8 A 3726/05.

6 So soll eine bedrängende Wirkung in der Regel vorliegen, wenn die Entfernung zwischen Windenergieanlage und Wohnnutzung das Zweifache der Anlagenhöhe unterschreitet. In der Regel zu verneinen ist sie hingegen, wenn die Entfernung mindestens das Dreifache der Anlagenhöhe beträgt. Abstände, die innerhalb der Spanne zwischen dem Zwei- und Dreifachen der Anlagenhöhe liegen, erfordern eine besonders intensive Einzelfallprüfung (OVG Münster, a.a.O. Fn. 5).

7 Mitschang/Reidt in B/K/L, § 35 BauGB Rn. 89.

8 OVG Münster, Urte. v. 18.11.2004 – 7 A 3329/01; Grigoleit 2017, S. 47.

9 BVerwG, Beschl. v. 18.3.2003 – 4 B 7/03 m.w.N.

Situation ab.“¹⁰ Dass das Landschaftsbild durch die Existenz von Windenergieanlagen beeinträchtigt werden kann, ist nicht grundsätzlich in Frage zu stellen. In der Rechtsprechung finden sich sowohl Fälle, in denen eine Beeinträchtigung des Landschaftsbildes angenommen,¹¹ als auch solche, in denen eine Beeinträchtigung verneint worden ist.¹² Ob die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes bereits auf der Anlage an sich beruht¹³ oder abhängig von der Höhe der Anlage ist, ist demnach von den konkreten Umständen abhängig.

2.4 Denkmalschutz

Häufig in engem Zusammenhang mit dem dargestellten Landschaftsschutz können auch denkmalschutzrechtliche Aspekte geeignet sein, Einschränkungen der Windenergienutzung zu rechtfertigen. Höhenbegrenzungen können insbesondere dann gerechtfertigt sein, wenn geschützte Blickbeziehungen aus der Landschaft auf das Denkmal durch Anlagen bestimmter Höhe gestört werden. Im Einzelfall kann auch die Blickbeziehung von dem Denkmal in die Landschaft geschützt sein.¹⁴

2.5 Artenschutz

Höhenbegrenzungen können sich auf das in § 44 Abs. 1 Nr. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatschG) enthaltene Tötungsverbot stützen. Maßgeblich für das Vorliegen des Tatbestandes des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatschG ist eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos für die Individuen der betroffenen Tierart durch das geplante Vorhaben.¹⁵ Ein nicht signifikant erhöhtes Risiko kollisionsbedingter Verluste von einzelnen Tieren ist unter Berücksichtigung von Vermeidungs- und Schutzmaßnahmen zu beurteilen und erfüllt den Tatbestand des § 44 BNatschG nicht. Vermeidungs- und Schutzmaßnahmen, zu denen neben einer Höhenbegrenzung auch die Abschaltung der Anlage zu bestimmten Uhrzeiten zählen kann, sind immer artspezifisch festzulegen.¹⁶ So kann eine bestimmte Anlagenhöhe zu einer Verminderung des Kollisionsrisikos je nach bevorzugter Flughöhe der betroffenen Art führen.¹⁷ Abhängig von der vorliegenden Konstellation kann also eine Höhenbeschränkung oder die Wahl eines besonders hohen Anlagentyps erforderlich sein. Ob eine Höhenbegrenzung sich auf § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatschG stützen kann, ist daher im Einzelfall artbezogen zu beurteilen.

10 OVG Münster, a.a.O. Fn. 8; übereinstimmend BVerwG, a.a.O. Fn. 9: „In welcher Entfernung eine Windkraftanlage nicht mehr verunstaltend wirken kann, lässt sich [...] nicht abstrakt festlegen.“

11 OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.8.2012 – 12 LA 194/11 m.w.N.; OVG Lüneburg, Urt. v. 28.1.2010 – 12 LB 243/07.

12 OVG Lüneburg, Urt. v. 16.11.2009 – 12 LV 181/07; VG Minden, Urt. v. 8.1.2008 – 1 K 619/05; VG Würzburg, Urt. v. 24.11.2015 – W 4 K 14.906.

13 So z. B. die Begründung zu 5.3.2.2.-4 (Z) h) im Entwurf zur 3. Änderung des Landesentwicklungsplans Hessen v. 27.3.2017, S. 83.

14 Vgl. etwa VGH München, Beschl. v. 19.2.2015 – 22 CS 14.2495; VGH München, Urt. v. 18.7.2013 – 22 B 12.1741.

15 BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07.

16 Gellermann in L/R, § 44 BNatschG Rn. 9; Maslaton 2018, Kap. 1 Rn. 149f.

17 LAG VSW 2015, S. 17.

2.6 Anforderungen der Flugsicherheit

Bauschutzbereiche zu Flugplätzen werden nach § 12 Luftverkehrsgesetz (LuftVG) festgelegt und geben die geltenden Baubeschränkungen an. Ein Bauschutzbereich ist jedoch nicht gleichbedeutend mit einem generellen Bauverbot, sondern begründet das Erfordernis einer Zustimmung der Luftfahrtbehörde, die den gefahrlosen An- und Abflugverkehr durch Prüfung sicherstellt. Bei der Zustimmung i. S. d. § 12 LuftVG kommt es nicht auf die Höhe der geplanten Anlage, sondern auf deren Entfernung zum Flughafen an. Höhenbeschränkungen können sich demnach nicht aus § 12 LuftVG ergeben.¹⁸ Außerhalb des Bauschutzbereichs ist die luftverkehrsrechtliche Zustimmung der Luftfahrtbehörden gem. § 14 LuftVG erforderlich, wenn das Bauwerk die in § 14 Abs. 1 LuftVG vorgegebene Höhe von 100m überschreitet. Gleichbedeutend mit einem Bauverbot ist dies jedoch nicht. Die Zustimmung darf nur dann nicht erteilt werden, wenn die Sicherheit des Luftverkehrs dies erfordert, also eine konkrete Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs vorliegt, § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG.¹⁹ Bei der Versagung der Zustimmung auf Grundlage einer Gefahrenprognose ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden. Weniger optimale oder risikoreichere Betriebsmöglichkeiten sind bei der Entscheidung über die Zustimmung nach dem allgemeinen baurechtlichen Gebot der Rücksichtnahme des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB einzubeziehen.²⁰ Aspekte der Vorsorge sind der Entscheidung über die luftverkehrsrechtliche Zustimmung fremd.²¹

Auch die Störung von Flugsicherungseinrichtungen können Höhenbeschränkungen erforderlich machen (§ 18a LuftVG).²² Flugsicherungseinrichtungen, also Einrichtungen am Boden, die für die Navigation im Luftverkehr notwendig sind, können durch Windenergieanlagen gestört werden.²³ Eine rechtlich relevante Störung liegt aber nicht bereits vor, weil eine Windenergieanlage in der Nähe einer Flugsicherungseinrichtung errichtet werden soll:

„Eine Störung tritt erst ein, wenn bauwerksbedingte Beeinflussungen von Flugsicherungseinrichtungen eine bestimmte – feste – Schwelle überschreiten, wodurch deren Funktion beeinträchtigt wird (...). Ob diese Schwelle erreicht ist, muss mit Blick auf die Aufgabenstellung der Flugsicherung in § 27c Abs. 1 LuftVG bestimmt werden. (...) Eine Störung ist danach gegeben, wenn die Funktion der Flugsicherung bauwerksbedingt in einem Maße beeinträchtigt wird, das sich auf die sichere, geordnete und flüssige Abwicklung des Flugverkehrs auswirkt.“²⁴

Wird diese Grenze erreicht, so ist eine schwellensichernde planerische Höhenbegrenzung für Windenergieanlagen gerechtfertigt.

18 Maslaton 2018, Kap. 1 Rn. 198, 216.

19 Maslaton 2018, Kap. 1 Rn. 203, 221.

20 OVG Koblenz, Urt. v. 26.11.2003 – 8 A 10814/03; nachfolgend BVerwG, Urt. v. 18.11.2004 – 4 C 1/04; ausführlich Maslaton 2018 Kap.1 Rn. 204ff.

21 Maslaton 2018, Kap. 1 Rn. 211.

22 Für militärische Flugsicherungseinrichtungen der Bundeswehr ist anstelle der Deutschen Flugsicherung (DFS) die militärische Dienststelle zuständig. Auch die militärischen Flugsicherungsanlagen unterfallen dem § 18a LuftVG, vgl. Maslaton 2018, Kap.1 Rn. 179e.

23 Maslaton 2018, Kap. 1 Rn. 221.

24 BVerwG, Urt. v. 7.4.2016 – 4 C 1.15; näher auch zur Frage der Berechnungsmethodik bei der Störung von Funknavigationsanlagen siehe Maslaton 2018, Kap. 1 Rn. 223, 228ff.

2.7 Radar- und Funkanlagen

Funkstellen und Radaranlagen zählen gem. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB zu den ausdrücklich genannten öffentlichen Belangen, die der Errichtung einer Windenergieanlage entgegenstehen können. Zu den hier gemeinten Radaranlagen zählen in Abgrenzung zu den Einrichtungen der Flugsicherung (siehe dazu oben Kap. 2.6. Anforderungen der Flugsicherheit) sowohl die Wetterradare des Deutschen Wetterdienstes (DWD), als auch die Verteidigungsradare der Bundeswehr.²⁵ Eine Störung der Funktionsfähigkeit der Radaranlage liegt vor, „wenn die Erzielung der (im Hinblick auf die Aufgabenstellung des DWD) erwünschten Ergebnisse verhindert, verschlechtert, verzögert oder spürbar erschwert wird (...).“²⁶ So führt nicht bereits jede Beeinträchtigung der Daten zu einer Störung:

„Für die Rechtsfolge des „Entgegenstehens“ kommt es vielmehr darauf an, in welchem Maße die Aufgabenerfüllung des Trägers der Radaranlage konkret beeinträchtigt wird, mithin also auf das konkrete Gewicht des tatsächlich beeinträchtigten öffentlichen Belangs.“²⁷

Der Nachweis der Beeinträchtigung der Aufgabenerfüllung hat auf das jeweilige Vorhaben bezogen zu erfolgen, pauschale Angaben genügen nicht. Liegt eine Störung vor, wird anhand einer nachvollziehenden Abwägung der Interessen, der Windenergienutzung auf der einen und der Funktionsfähigkeit der Wetterradaranlage auf der anderen, konkret beurteilt, ob der Windenergienutzung Vorrang einzuräumen ist.²⁸

Im Einzelfall kann eine Höhenbegrenzung zu einem sinnvollen Ausgleich der Interessen führen, so dass die Funktionsfähigkeit der Radaranlage erhalten bleibt, da sogenannte „Clutterechos“, „Abschattungen“ oder das Hineinragen der Windenergieanlage in den Radarstrahl vermieden werden.

25 BVerwG, Urt. v. 22.9.2016 – 4 C 2/16; vorangehend Koblenz, Urt. v. 13.1.2016 – 8 A 10535/15.

26 BVerwG, a.a.O. Fn. 25.

27 BVerwG, a.a.O. Fn. 25.

28 BVerwG, a.a.O. Fn. 25; Maslaton 2018, Kap. 1 Rn. 239 ff.

3 Das Substanzgebot und seine Bedeutung für die planerische Abwägung

Der aufgezeigte Rechtsgüterschutz konkurriert jedoch mit der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers zugunsten der Windenergie in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Daraus hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) das Substanzgebot entwickelt. Privilegierungsentscheidung und Substanzgebot sollen nachfolgend kurz skizziert und in ihrer Bedeutung für die Abwägung dargestellt werden.

Die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen wurde als gesetzgeberische Reaktion auf ein Urteil des BVerwG²⁹, in dem die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen durch die bereits vorhandenen Privilegierungstatbestände verneint wurde, im Jahr 1996 in § 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB (a.F.) eingeführt.³⁰ In dieser korrigierenden Entscheidung des Gesetzgebers kommt eine bundesgesetzgeberische Wertung zum Ausdruck: Windenergieanlagen sollen gerade im Außenbereich errichtet werden, um den Anteil der erneuerbaren Energien an der Energieversorgung aus klimaschutz-, energie- und umweltpolitischen Gründen zu steigern und den Ausstoß von Kohlendioxid zu senken.³¹

Zeitgleich mit der privilegierten Zulässigkeit der Windenergie im Außenbereich führte der Gesetzgeber in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Möglichkeit ein, die Windenergie durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder durch Ziele der Raumordnung an bestimmten Stellen zu konzentrieren. Damit wollte der Gesetzgeber den Gemeinden ein Instrument an die Hand geben, um die Windenergie planvoll zu steuern.³² Zu einer Verhinderungsplanung darf der Planvorbehalt aber weder nach der Gesetzesintention noch nach der ständigen Rechtsprechung führen. Entsprechend unterstrich das BVerwG die Bedeutung der gesetzgeberischen Privilegierung in der Planung:

„Das Zurücktreten der Privilegierung in Teilen des Plangebiets lässt sich nach der Wertung des Gesetzgebers nur dann rechtfertigen, wenn die Gemeinde sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen.“³³

Eine Sperrung des gesamten Gemeindegebiets für die Windenergienutzung ist der Gemeinde daher nicht möglich. Eine „Feigenblattplanung, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinauslaufe“³⁴, darf nicht unter dem „Deckmantel“³⁵ der angeblich bloßen Steuerung von Windenergieanlagen erfolgen. Die Gemeinde muss „der Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers Rechnung tragen und für die Windenergienutzung in substantieller Weise Raum schaffen“³⁶ (im Folgenden: Substanzgebot).

„§ 35 Abs. 3 S. 3. BauGB bietet keine Handhabe dafür, die Zulassung von Windkraftanlagen derart restriktiv zu steuern, dass die Gemeinde sich einseitig von dem Ziel leiten lässt, die Entfaltungsmöglichkeiten dieser Nutzungsart auf das rechtlich unabdingbare Minimum zu beschränken. Der Gesetzgeber gestattet es, das durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB rechtlich geschützte Nutzungsinteresse in der Konkurrenz mit anderen Abwägungsbelangen ggf. zurückzustellen. Ein solches „Wegwägen“ ist indes rechtfertigungsbedürftig. Ist die Planung nicht durch Abwägungsoffenheit gekennzeichnet, sondern in einer bestimmten Richtung vorgeprägt, so sind Abwägungsdefizite vorprogrammiert.“³⁷

29 BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20.93.

30 BT-Drs. 13/1733 v. 21.6.1995, S. 3.

31 BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 4.02; BT-Drs. 13/4978, S. 1, 6.; Grigoleit 2017, S. 32.

32 BT-Drs. 13/4978, S. 7

33 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01.

34 BVerwG, a.a.O. Fn.33.

35 BVerwG, a.a.O. Fn.33.

36 BVerwG, a.a.O. Fn.33.

37 BVerwG, a.a.O. Fn.33.

Einen Ausschluss der Windenergienutzung kann der Plangeber also nur erreichen, wenn er dem Substanzgebot an anderer Stelle Vorrang einräumt. Ein absoluter Abwägungsfehler (Disproportionalität) liegt vor, wenn der Plangeber die Anforderungen des Substanzgebotes und damit die Privilegierungsentscheidung des Gesetzgebers missachtet. Legt man diese Rechtsprechung zu Grunde, so wird davon auszugehen sein, dass privilegierte Belange der Windenergie nur für Teilflächen zurückgestellt werden können,³⁸ nicht aber mit Blick auf das Gemeindegebiet insgesamt. Daraus ergibt sich, dass etwa für einen sachlichen Teilflächennutzungsplan das Substanzgebot insoweit einen abwägungsfesten Kern enthält.

Will der Plangeber Höhenbeschränkungen für Windenergieanlagen als Planaussage aufnehmen, muss er sicherstellen, dass der Windenergie dennoch „substantiell Raum“ gegeben wird. Die Vorgaben des EEG 2017, insbesondere die Änderung der Förderbedingungen für Windenergieanlagen an Land, muss der Plangeber in seine Abwägung mit einstellen.³⁹ Ergibt sich aus diesem Zusammenhang, dass der Raum zwar genutzt werden kann, wegen der Höhenbeschränkung aber nicht effektiv, ist dies – nicht anders als eine nicht gerechtfertigte räumliche Beschränkung – als unzulässige Feigenblattplanung zu bewerten.

Auch auf der Ebene der Regionalplanung wendet das BVerwG in seiner ständigen Rechtsprechung das zur kommunalen Planung entwickelte Substanzgebot an.⁴⁰ Das BVerwG führt, anknüpfend an das Urteil vom 17.12.2002⁴¹, ohne weitere Erläuterung zur Anwendbarkeit des Substanzgebotes⁴² aus:

„§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB stellt die Errichtung von Windenergieanlagen (sowie anderer Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB) im gemeindlichen Außenbereich unter einen Planungsvorbehalt, der sich an die Gemeinden als Träger der Flächennutzungsplanung und an die Träger der Raumordnungsplanung, insbesondere der Regionalplanung, richtet. (...) Eine gezielte (rein negative) „Verhinderungsplanung“ ist dem Plangeber jedoch verwehrt. Er muss die Entscheidung des Gesetzgebers, Windenergieanlagen im Außenbereich zu privilegieren (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB), beachten und für die Windenergienutzung im Plangebiet in substantieller Weise Raum schaffen.“⁴³

Von der unmittelbaren Anwendbarkeit des Substanzgebots auch auf der Ebene der Raumordnung ist daher auszugehen. Höhenbeschränkungen von Windenergieanlagen sind in der Regionalplanung demnach nur zulässig, soweit die Grenze des Substanzgebotes nicht unterschritten wird.

38 Grigoleit 2017, S. 33.

39 Siehe dazu unter Kap. 4. Zulässigkeit von Höhenbeschränkungen im Hinblick auf das Referenzertragsmodell.

40 BVerwG, a.a.O. Fn. 31; BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 3.02.

41 BVerwG, a.a.O. Fn. 33.

42 Der Transfer von der kommunalen Planung auf die Raumordnungsplanung lässt sich zumindest durch das Gebot der bundesfreundlichen Kompetenzzusübung rechtfertigen, vgl. BVerfG, Urt. v. 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95 und 2 BvR 2004/95; Grigoleit 2017, S. 37.

43 BVerwG, a.a.O. Fn. 31; BVerwG, a.a.O. Fn. 40.

4 Zulässigkeit von Höhenbegrenzungen im Hinblick auf das Referenzertragsmodell

4.1 Referenzertragsmodell

Mit der EEG-Novelle 2017⁴⁴ hat der Gesetzgeber das Ausschreibungsmodell für Windenergieanlagen eingeführt. Die Höhe der Förderung für Strom aus erneuerbaren Energiequellen wird seitdem nicht mehr gesetzlich festgelegt, sondern durch wettbewerbliche Ausschreibungen⁴⁵ einer bestimmten zu installierenden Anlagenleistung an in § 28 Abs. 1 EEG 2017 verbindlich festgelegten Gebotsterminen ermittelt.⁴⁶ Die finanzielle Förderung kann nur derjenige Anlagenbetreiber erhalten, der den Zuschlag für seine Anlage bekommen hat.⁴⁷ Um den wirtschaftlichen Betrieb von Windenergieanlagen im gesamten Bundesgebiet und nicht nur an den windhöflichsten Standorten sicherzustellen, werden die Gebote auf einen sogenannten Referenzstandort abgegeben. Dieser Referenzstandort bildet die Grundlage für die Berechnung des Referenzertrags. § 36h EEG 2017 sieht nun ein einstufiges Referenzertragsmodell vor, bei dem sich der anzulegende Wert je nach Gütefaktor des Standorts anhand eines sogenannten Korrekturfaktors erhöht bzw. verringert. Im Gegensatz zum EEG 2014 beträgt die Referenzwindgeschwindigkeit in der Referenzhöhe von 100 m 6,45 m/s gegenüber 5,5 m/s in 30 m Höhe.⁴⁸

Ziel dieser Berechnungsmethode ist es, Anlagen an windschwächeren Standorten eine höhere Förderung zukommen zu lassen als Anlagen an windstarken Standorten, so dass auch Anlagen an windschwachen Standorten wirtschaftlich realisierbar sind. Der Gütefaktor des konkreten Anlagenstandortes wird in der Spanne von 70–150 % ausgeglichen, darunter und darüber kann jeweils nur der Korrekturfaktor des nächsten festgelegten Wertes angelegt werden. Der Ausgleich der Standortbedingungen stößt demnach an eine durch § 36h Abs. 1 Satz 4 EEG 2017 festgelegte Grenze.⁴⁹

Die Studie „Wirtschaftlichkeit unterschiedlicher Nabenhöhen von Windenergieanlagen“ der Deutschen WindGuard und des Zentrums für Sonnenenergie- und Wasserstoff- Forschung Baden- Württemberg⁵⁰ hat untersucht, ob planungsrechtliche Begrenzungen der Gesamthöhe von Windenergieanlagen zu nachweisbaren Nachteilen im dargestellten Ausschreibungssystem nach EEG 2017 führen.⁵¹ Ausgehend von der Analyse des Einflusses des Rotordurchmessers und der Nabenhöhe auf den Energieertrag und der Analyse des neuen Referenzstandortes kommt die Studie zu dem Schluss:

„Bei windschwachen Standorten mit Standortgüten unterhalb von 70 % führt eine Limitierung der Nabenhöhe unmittelbar zu einer deutlich verschlechterten wirtschaftlichen Situation mit voraussichtlich geringen Zuschlagschancen im Ausschreibungssystem.“⁵²

Durch die Entwicklung größerer Rotordurchmesser, die einen größeren Energieertrag versprechen, werden auch größere Nabenhöhen benötigt. Größere Rotordurchmesser mit einer spezifischen Flächenleistung von 200–300 W/m² ermöglichen im Vergleich zu Anlagen mit größerer spezifischer Flächenleistung ein niedrigeres Gebot im Ausschreibungsverfahren, sind also im Vorteil. Entsprechend kann bei großen Anlagenhöhen auch ein Schwachwindstandort unter dem Ausschreibungsregime wettbewerbsfähig sein.⁵³ Im Umkehrschluss können Höhenbegrenzungen insbesondere an windschwachen Standorten zur Folge haben, dass der Bieter sein auf den Referenzstandort bezogenes Gebot so weit erhöhen muss, dass er nicht bezuschlagt wird.

44 Gesetz zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 13.10.2016, BGBl. I 2016, 2258.

45 Vgl. Definition in § 3 Nr. 4 EEG 2017.

46 Maslaton 2018, Kap. 4 Rn. 173, 207.

47 Maslaton 2018, Kap. 4 Rn. 172.

48 FA Wind 2017, S. 12 ff.

49 Maslaton 2018, Kap. 4 Rn. 312.

50 WindGuard 2017.

51 WindGuard 2017, S. 4.

52 WindGuard 2017, S. 5.

53 WindGuard 2017, S. 44.

4.2 Mögliche Auswirkungen auf die planerische Steuerung von Windenergieanlagen

Bei der Aufstellung von Bauleit- und Raumordnungsplänen sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander abzuwägen.⁵⁴ Zu den vor diesem Hintergrund zu berücksichtigenden privaten Belangen gehört die Wirtschaftlichkeit einer planerisch vorgesehenen Flächennutzung. Dabei stößt die Gestaltungsfreiheit des Plangebers dort an ihre Grenzen, wo eine von ihm festgesetzte Nutzung mangels Wirtschaftlichkeit nicht umsetzbar und sein Plan damit nicht vollzugsfähig ist. Eine solche Bauleitplanung ist nicht erforderlich i. S. d. § 1 Abs. 3 BauGB und insofern unzulässig.⁵⁵ Dies gilt, ungeachtet des Fehlens einer entsprechenden Klausel im ROG, auch für die Zielfestlegungen der Raumordnung, zu denen etwa die Ausweisung von Vorranggebieten gehört.⁵⁶ Auch ihnen fehlt die Erforderlichkeit, wenn ihrer Verwirklichung auf unabsehbare Zeit rechtliche oder tatsächliche Hindernisse entgegenstehen.⁵⁷ Hiervon ist mit Blick auf die Wirtschaftlichkeit auszugehen, „wenn nach Lage der Dinge eine Rentabilität der [planerisch vorgesehenen] Nutzung auf Dauer nicht erwartet werden kann“.⁵⁸

Die dem Abwägungsspielraum insoweit gezogene Grenze ist auch bei der Ausweisung von Gebieten für die Windenergienutzung zu beachten. Der Plangeber muss von seiner Gestaltungsfreiheit derart Gebrauch machen, dass durch die Nutzung der Windenergie auf den von ihm entsprechend gekennzeichneten Flächen „überhaupt ein nennenswerter Gewinn erwartet werden kann“.⁵⁹ Schon bisher konnte der Plangeber sich dabei nicht auf die Windhöflichkeit als alleiniges Prognosekriterium stützen. Neben Anlagentyp, Einkaufspreis, Finanzierungsmodalitäten und Jahreswetterlagen war vielmehr auch der geltende Regulierungsrahmen – bislang maßgeblich in Form der erzielbaren Einspeisevergütung – zu berücksichtigen.⁶⁰

Können planerisch zur Windenergienutzung ausgewiesene Flächen tatsächlich mangels nennenswerter Rentabilitätserwartung nicht genutzt werden, so scheitert der Plangeber wohlmöglich insgesamt am bundesrechtlichen Substanzgebot⁶¹ und betreibt Verhinderungsplanung. Denn das Substanzgebot verlangt, der Windenergie nicht nur im Plan, sondern im Plangebiet substantiell Raum zu schaffen; es setzt die Durchführbarkeit des Plans voraus. Das Regulierungsregime ist insofern als konkretisierende Ausgestaltung des Substanzgebots aufzufassen. Nicht irgendeiner, sondern der unter den Bedingungen des Regulierungsrahmens wirtschaftlichen Nutzung der Windenergie ist ausreichend Raum zu geben.

Das EEG 2017 hat mit dem Ausschreibungssystem eine neue Regulierungsgrundlage geschaffen, deren Auswirkungen auf die erwartbare Wirtschaftlichkeit der Windenergienutzung planerisch – und somit auch bei der Festlegung von Höhenbeschränkungen – zu berücksichtigen sind. Einzig das in der Ausschreibung konkurrenzfähige Gebot lässt die Nutzung der Windenergie überhaupt und in wirtschaftlicher Weise erwarten. Hinsichtlich der einzelnen Flächenausweisung ist auch vor dieser Folie die Durchführbarkeit hinreichend sicherzustellen. Hinsichtlich des Plankonzepts insgesamt ist weiterhin dem Substanzgebot zu genügen. Daher kann eine räumliche Differenzierung im Plangebiet erforderlich werden. Sollten an einer Stelle Höhenbegrenzungen – etwa für die Luftsicherheit – unvermeidbar sein, kann an anderer Stelle der Rechtfertigungsdruck – etwa auf Belange des Landschaftsschutzes – steigen. Um den abwägungsfesten Kern des Substanzgebotes zu wahren, kann unter diesen Umständen die Zurückstellung des Landschaftsschutzes erforderlich und entsprechend eine Höhenbegrenzung unzulässig sein.

54 Insoweit paradigmatisch § 1 Abs. 7 BauGB; § 7 Abs. 2 ROG entsprechend (siehe dazu Runkel in: S/R/G, § 7 ROG Rn. 22).

55 Siehe dazu Battis in: B/K/L, § 1 BauGB Rn. 28 sowie Söfker/Runkel in: E/Z/B/K, § 1 BauGB Rn. 35 jeweils m.w.N.

56 Entsprechend Goppel in: S/R/G, § 8 ROG Rn. 79 ff.

57 St. Rspr., vgl. etwa VGH Mannheim, Urt. v. 9.6.2006 – 3 S 1545/04.

58 BVerwG, Urt. v. 29.9.1978 – IV C 30.76.

59 OVG Münster, Urt. v. 4.7.2012 – 10 D 47/10.NE.

60 Vgl. OVG Münster, a.a.O. Fn. 59; ähnlich OVG Lüneburg, a.a.O. Fn. 12.

61 Zum Substanzgebot siehe oben Kap. 3.

Durch das EEG 2017 wird die raumplanerische Handhabung des regulatorischen Rahmens erschwert. Konnte die Einspeisevergütung als feste Größe noch vergleichsweise einfach in die Abwägung eingestellt und auf den Zeithorizont der Planung projiziert werden, so verlangt das neue Regime eine flächenscharfe Prognose des noch wettbewerbsfähigen Gebots. Diese Vorausschau muss der Plangeber nicht nur selbst erbringen, er muss auch deren notwendigerweise eingeschränkte Güte anerkennen. So werden auch künftige Schwankungen der Bezuschlagungsschwelle berücksichtigt werden müssen, soweit sie für den Plangeber absehbar sind.

Neben dem privaten Rentabilitätsinteresse muss das öffentliche Interesse an einem möglichst kosteneffizienten Ausbau der erneuerbaren Energien Eingang in die Abwägung finden.⁶² Vor diesem Hintergrund galt und gilt, dass der Plan nicht die Möglichkeit zur aus wirtschaftlicher Perspektive optimalen Flächennutzung eröffnen muss. Sicherzustellen ist nur die Nennenswerte, nicht etwa die maximale Ertragsersparnis.⁶³ Das private Interesse am möglichst hohen Ertrag stellt einen lediglich einfachen Abwägungsbelang dar, der ohne großen Begründungsaufwand zurückgestellt werden kann.⁶⁴ Je weitergehend der Plangeber Einschränkungen mit negativem Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit vorsieht, umso größer wird hingegen seine Darlegungslast hinsichtlich der Frage, ob seine Planung überhaupt noch Aussicht auf Verwirklichung hat. Die in Kap. 2 aufgeführten Belange vermögen Einschränkungen äußerstenfalls bis zur Schwelle der Vollzugsfähigkeit des Plans zu tragen. Angesichts des in Kap. 4.1 dargelegten Zusammenhangs zwischen Raumplanung und Ausschreibungsregime betrifft dies insbesondere die Begründbarkeit von Höhenbeschränkungen.

4.3 Parameter unzulässiger Verhinderungsplanung durch Höhenbegrenzungen

Wirtschaftlichkeitsprognosen sind im Allgemeinen⁶⁵ und insbesondere im Kontext des Ausschreibungsregimes mit Unsicherheiten behaftet. Die sich daraus ergebenden Risiken sind im Grundsatz Lasten des Eigentums und nicht der Bauleit- bzw. Regionalplanung.⁶⁶ Dies ändert sich, sobald die wirtschaftliche Nutzbarkeit der beplanten Flächen zum Kriterium wird, das über die Vollzugsfähigkeit einzelner Festsetzungen sowie des Plankonzepts insgesamt entscheidet (siehe dazu oben Kap. 4.2).

Der Plangeber „wird deshalb bei einer Festsetzung der maximal zulässigen Höhe einer Windenergieanlage prüfen müssen, ob mit dieser Höhenbegrenzung im Ergebnis die Errichtung solcher Anlagen verhindert wird, weil diese sich bei einer Gesamthöhe von [hier: maximal 100 m] wegen des (zu geringen) Windertrags wirtschaftlich nicht lohnen.“⁶⁷

Durch das Ausschreibungsregime wird die mit dieser Prüfung verbundene Darlegungslast erheblich vergrößert. Höhenbeschränkungen, die die planerisch eigentlich vorgesehene Flächennutzung faktisch abschneiden, sind unzulässig. Dies bedeutet zugleich, dass die Schaffung von Rechtsicherheit bereits mit Blick auf solche Höhenbeschränkungen erschwert wird, die die Durchführbarkeitsschwelle zwar nicht übertreten, sich ihr aber annähern.

⁶² Dieses Interesse hat der Gesetzgeber in § 1 Abs. 2 EEG hinterlegt; insbesondere hat er sich bei der Ausgestaltung des Ausschreibungsmodells von ihm leiten lassen (vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 147).

⁶³ Vgl. OVG Lüneburg, a.a.O. Fn. 12; OVG Münster, a.a.O. Fn. 59.

⁶⁴ Die allein privaten Interessen dienende und insoweit vorgeschobene Planung scheidet am Erforderlichkeitsgebot (vgl. Söfker/Runkel in: E/Z/B/K, § 1 BauGB Rn. 34 m.w.N.). Im Umkehrschluss muss sich eine Planung, die das private Maximierungsinteresse zurückstellt, dafür nicht ausgiebig rechtfertigen.

⁶⁵ BVerwG, a.a.O. Fn. 58.

⁶⁶ Explizit für die Bauleitplanung und insoweit auf die Regionalplanung übertragbar BVerwG, a.a.O. Fn. 58.

⁶⁷ OVG Lüneburg, a.a.O. Fn. 11; mit eigener Anmerkung.

Ungeachtet der tatsächlichen Bezuschlagung müssen die bauleit- bzw. regionalplanerisch gesicherten Flächen jedenfalls ein Gebot ermöglichen, das wettbewerbsfähig ist vor dem Hintergrund der Ergebnisse zurückliegender Ausschreibungsrunden und der für den Plangeber absehbaren Schwankungen der noch bezuschlagten Gebotshöhe.⁶⁸ Auszugehen ist dabei, wie schon unter dem ehemaligen Regulierungsregime, von „gängigen Anlagentypen mit hinreichender Nennleistung“.⁶⁹ Laut der jüngsten Untersuchung der Deutschen WindGuard haben Anlagen mit geringer spezifischer Flächenleistung im Vergleich zu Technologien mit größerer spezifischer Flächenleistung geringere Stromgestehungskosten und sind deshalb deutlich bevorteilt im Hinblick auf die potentiellen Gebote.⁷⁰ Eine geringe Flächenleistung geht jedoch regelmäßig mit einer größeren Rotorfläche und damit auch mit einer steigenden Nabenhöhe einher. Entsprechend ist die Verfügbarkeit von Anlagen unter 150 m Gesamthöhe am Markt bereits begrenzt. Weiter zeigen die Berechnungen, dass diese Anlagen – jedenfalls an Standorten mit einem Gütefaktor unter 70 % – unter dem Ausschreibungsregime nur noch sehr eingeschränkt konkurrenzfähig sind.⁷¹ Schon deshalb sehen sich Planungen, die Höhenbeschränkungen im Bereich von 150 m vorsehen, Zweifeln an ihrer wirtschaftlichen Realisierbarkeit und deshalb auch rechtlichen Zulässigkeit ausgesetzt.

Unabhängig von der Festlegung von Höhenbegrenzungen ist abzusehen, dass letztlich die vollständige Simulation der Gebotsermittlung seitens des Plangebers notwendig sein wird. Bis hin zur Ermittlung der Güte- und Korrekturfaktoren erscheint dies zwar aufwendig, aber – jedenfalls durch Hinzuziehung externen Sachverständes – wohl noch darstellbar. Im Anschluss daran müssen die zur Gebotsermittlung notwendigen betriebsbezogenen Informationen jedoch durch bloße Annahmen ersetzt werden, die die Vorhersagequalität erheblich schmälern und im Ergebnis für Rechtsunsicherheit sorgen werden.

Vor diesem Hintergrund wird abzuwarten sein, welche Darlegungslast die Rechtsprechung den jeweils zuständigen Planungsträgern auferlegen wird, um zumindest die wirtschaftliche Möglichkeit der Windenergienutzung an den vorgesehenen Standorten im Streitfall zu begründen. Jedenfalls aber kann angesichts der dargelegten Zusammenhänge zwischen Anlagenhöhe und Wirtschaftlichkeit angenommen werden, dass die Festlegung von Höhenbegrenzungen in Zukunft ausreichen kann, um sachlich begründete Zweifel an der Wirtschaftlichkeit der Windenergienutzung auszulösen und damit die Planung dem Verdacht unzulässiger Verhinderungsplanung auszusetzen. Diesen Verdacht wird der Planungsträger nur zerstreuen können, wenn er seinerseits den Nachweis der Bezuschlagungsfähigkeit und damit Wirtschaftlichkeit auch höhenbeschränkter Windenergienutzung an den betroffenen Standorten führen kann. Im Ergebnis sind also planerische Höhenbegrenzungen zwar nicht von vornherein unzulässig, sie können aber eine schwerwiegende Darlegungslast im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit der vorgesehenen Windenergienutzung auslösen.

Allerdings ist zu beachten, dass die Plangeber nicht verpflichtet sind, die räumlichen Bedingungen für eine optimale wirtschaftliche Nutzung der Windenergie zu ermöglichen. Soweit unter dem gegenwärtigen Regulierungsrahmen die Wettbewerbsfähigkeit mit zunehmenden Anlagenhöhen regelmäßig immer weiter ansteigt, bleibt es der Raumplanung unbenommen, die Höhe von Windenergieanlagen und damit auch deren Rentabilität unter Verweis auf die in Kap. 2 genannten Belange zu begrenzen. Wann eine solche Form zulässiger steuernder Einhegung vorliegt und wann dieser Rahmen verlassen wird und sich die Planung dem Verdacht unzulässiger Verhinderungsplanung aussetzt, hängt neben der konkreten Höhenbegrenzung von weiteren, die wirtschaftliche Standortqualität beeinflussenden Faktoren ab. Die sich daraus ergebenden Abgrenzungsschwierigkeiten führen zu weiteren Einschränkungen rechtssicherer Höhenbegrenzungen.

68 Erschwerend kommen jene Schwankungen hinzu, die zwar bei der Planaufstellung noch nicht absehbar sind, dies aber im Laufe der Geltungsdauer des Plans sein werden. Auch diese Schwankungen können die Verwirklichung dauerhaft unrentabel und die Abwägung damit unhaltbar machen (entsprechend BVerwG, a.a.O. Fn. 58).

69 OVG Lüneburg a.a.O. Fn. 11.

70 WindGuard 2017, S. 43.

71 Vgl. WindGuard 2017, S. 4f.

Zusammenfassung

Die Untersuchung kann wie folgt zusammengefasst werden:

1. Die planerische Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen ist sowohl in der Bauleitplanung als auch in der Regionalplanung grundsätzlich möglich.
2. Höhenbegrenzungen sind nur zum Schutz hinreichend gewichtiger Rechtsgüter gerechtfertigt. In Betracht kommen insbesondere Belange des Landschafts- oder Denkmalschutzes, Erfordernisse der Flugsicherheit, die Funktionsfähigkeit von Radar- und Funkanlagen sowie in Randbereichen die optisch bedrängende Wirkung. In Einzelfällen mag auch der Artenschutz Höhenbegrenzungen rechtfertigen.
3. Höhenbegrenzungen stehen von vornherein unter der Einschränkung, dass der privilegierten Windenergienutzung im Plangebiet substantiell Raum zu geben ist (Substanzgebot). Auf das Plangebiet insgesamt bezogen bildet das Substanzgebot in der Rechtsprechung des BVerwG eine abwägungsfeste Grenze. Der Ausschluss der Windenergie aus zwingenden Gründen (etwa Flugsicherheit) auf Teilflächen kann deshalb Beschränkungen in anderen Teilgebieten erschweren oder ausschließen.
4. Neuere Untersuchungen weisen einen engen Zusammenhang zwischen der Höhe einer Windenergieanlage und ihrer Ertragskraft nach. Unter dem Ausschreibungsmodell des EEG 2017 kann deshalb angenommen werden, dass an windschwächeren Standorten die Bezuschlagung höhenbegrenzter Windenergieanlagen erschwert oder sogar ausgeschlossen ist.
5. Das bundesrechtliche Substanzgebot ist nur gewahrt, wenn die Planung eine wirtschaftliche Nutzung der Windenergie an den vorgesehenen Standorten ermöglicht. Dies ist nicht der Fall, wenn wegen festgesetzter Höhenbegrenzungen eine Bezuschlagung unwahrscheinlich oder ausgeschlossen ist.
6. Planerische Höhenbegrenzungen sind deshalb zwar auch an windschwächeren Standorten nicht von vornherein ausgeschlossen. Sie lösen aber eine umfassende Darlegungslast des Plangebers im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit der Windenergienutzung am vorgesehenen Standort aus, um dem Vorwurf unzulässiger Verhinderungsplanung zu begegnen.

Literaturverzeichnis

Battis, Ulrich/Krautzberger, Michael/Löhr, Rolf-Peter (u. A.): Baugesetzbuch, Kommentar, 13. Auflage 2016 (B/K/L)

Endell, Marike/Quentin, Jürgen: EEG 2017 – Ausschreibungsbedingte Neuerungen für Windenergieanlagen an Land, Fachagentur Windenergie an Land (Hrsg.), 2. aktualisierte Auflage, Berlin 2017 (FA Wind 2017)

Ernst, Werner/Zinkahn, Willy/Bielenberg, Walter/Krautzberger, Michael: Baugesetzbuch, Kommentar, 126. EL August 2017 (E/Z/B/K)

Grigoleit, Klaus Joachim: Möglichkeiten und Grenzen der einschränkenden Steuerung des Windenergieausbaus mit den Mitteln der Landespolitik, Rechtsgutachten im Auftrag des Landesverbands Erneuerbare Energien NRW, September 2017 (Grigoleit 2017)

Landesarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten: Abstandsempfehlungen für Windenergieanlagen zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015), in Berichte zum Vogelschutz Band 51 (2014)(LAG VSW 2015)

Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav: Umweltrecht, Kommentar, 84. EL Juli 2017 (L/R)

Maslaton, Martin: Windenergieanlagen – Ein Rechtshandbuch, 2. Auflage, München 2018 (Maslaton 2018)

Spannowsky, Willy/Runkel, Peter/Goppel, Konrad: Raumordnungsgesetz, Kommentar, 1. Auflage 2010 (S/R/G)

Wallasch, Anna-Kathrin/Lüers, Silke/Rehfeldt, Knud: Studie zur „Wirtschaftlichkeit unterschiedlicher Nabenhöhen von Windenergieanlagen“ der Deutschen WindGuard und des Zentrums für Sonnenenergie- und Wasserstoff- Forschung Baden-Württemberg, 30.6.2017 im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (WindGuard 2017)

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