



Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen

Eine planungsrechtliche Bewertung vor dem Hintergrund
der Wirtschaftlichkeit und der EEG-Ausschreibungen



Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen

Eine planungsrechtliche Bewertung vor dem Hintergrund
der Wirtschaftlichkeit und der EEG-Ausschreibungen

Marianna Roscher

Herausgegeben von der Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Inhalt

1	Einleitung	5
2	Höhenbegrenzungen im Kontext des EEG-Ausschreibungssystems	6
2.1	Ausschreibungssystem und Referenzertragsmodell	7
2.2	Wirtschaftlichkeit und Anlagenhöhe	7
3	Möglichkeiten und Grenzen planerischer Steuerung von Windenergieanlagen mit Blick auf Höhenbegrenzungen	9
3.1	Ausgestaltungsmöglichkeiten von Höhenbegrenzungen	9
3.2	Anlass von Höhenbegrenzungen	10
3.3	Erforderlichkeit der Planung	11
3.3.1	Grenzen und Umfang der Erforderlichkeit	11
3.3.2	Erforderlichkeit von Raumordnungsplänen	11
3.4	Abwägung der Belange	12
3.4.1	Anlagendimensionierung als privater Belang	12
3.4.2	Die Frage der Wirtschaftlichkeit im Rahmen der Abwägung	13
3.4.3	Privilegierung und Substanzgebot im Rahmen der Abwägung	14
3.4.4	Rechtsschutz bei Höhenbegrenzungen	15
4	Ausblick für die planerische Steuerung von Höhenbegrenzungen	16
	Impressum	17

1 Einleitung

Seit der Gesetzesnovelle im Jahr 1996 sind Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dienen, nach dem Baugesetzbuches (BauGB)¹ im Außenbereich privilegiert zulässig. Der damaligen Novelle des BauGB lag das Ziel zugrunde, den aus klima-, energie- und umweltpolitischen Gründen erforderlichen Ausbau der Windenergie zu stärken und Windenergievorhaben zugleich aus baurechtlicher Sicht einen festen Platz im Außenbereich zuzuweisen.²

Innerhalb dieses Rahmens sind in den letzten zwei Jahrzehnten bundesweit zahlreiche Windenergieanlagen errichtet worden. Dabei haben sich auch die Höhe und Leistung der Anlagen stetig fortentwickelt. Unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten und vor dem Hintergrund geringer Flächenverfügbarkeit ist das positiv zu bewerten. Allerdings können sich mit zunehmender Anlagenhöhe Konflikte zwischen Windenergievorhaben und anderen Schutzgütern ergeben; so bspw. mit Belangen des Landschaftsbildes und der Flugsicherheit. Wie bei allen privilegierten Vorhaben ist die Errichtung und der Betrieb einer Windenergieanlage nur dort möglich, wo dem Vorhaben keine anderen öffentlichen Belange entgegenstehen; d. h. durch die Anlagenrealisierung keine anderweitigen Rechtsgüter beeinträchtigt werden. Baustein für eine Lösung hierfür kann mitunter die Begrenzung der Anlagenhöhe sein. Das gilt insbesondere, wenn die Alternative zu einer Höhenbegrenzung das vollständige Erliegen eines Windenergieprojekts ist. Es ist jedoch fraglich, in welchem Umfang Höhenbegrenzungen energiepolitisch denkbar und rechtlich zulässig sind.

Aus energiewirtschaftlicher Sicht spricht vieles für eine optimale Ausnutzung des vorhandenen Raums durch möglichst leistungsstarke und damit in der Regel große Anlagen. Nach einer Studie des Umweltbundesamtes können die Klimaziele der Bundesrepublik Deutschland für 2025 und 2030 aufgrund der begrenzten Flächenkulisse in den nächsten

Jahren nur knapp erreicht werden, wenn die Windenergie an Land ihre bislang tragende Rolle beibehält.³ Gleichzeitig zeigen Berechnungen, dass der Flächenbedarf um bis zu 18 % ansteigt, wenn anstelle von 230 m hohen Windturbinen der 4MW-Klasse Anlagen mit 150 m Gesamthöhe und 3 MW betrieben werden.⁴

Auch unter artenschutzrechtlichen Aspekten können große Anlagen vorteilhaft sein. So geht mit ihnen regelmäßig ein größerer Abstand zwischen Flur und unterer Rotorblattspitze einher. Die sich daraus in Bodennähe ergebenden größeren rotorfreien Zonen⁵ können regelmäßig dazu führen, dass sich die Kollisionsgefahr für Vögel verringert.⁶

Höhenbegrenzungen dürfen aber auch aus planerischer Sicht nicht ungeprüft festgelegt werden. So sind diese besonders vor dem Hintergrund des aktuellen Förderungssystems und deren Wirtschaftlichkeit auf ihre rechtliche Zulässigkeit zu prüfen. Mit der Novellierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG 2017)⁷ hat der Gesetzgeber im Jahr 2017 das bisherige Vergütungskonzept für Strom aus Windenergieanlagen durch die Einführung des Ausschreibungssystems grundlegend geändert. Einen Zahlungsanspruch erhalten nur noch diejenigen Windenergieanlagen, die die Kilowattstunde Strom zum günstigsten Preis anbieten. Der Fokus liegt damit zunehmend auf der Wirtschaftlichkeit und dem Stromertrag der Anlagen.

Größer dimensionierte Anlagen haben in der Regel größere Erfolgsaussichten in den Ausschreibungsverfahren. Allenfalls an sehr windstarken Standorten ist die Anlagenhöhe nicht unbedingt entscheidend. In dem vorliegenden Hintergrundpapier soll schwerpunktmäßig untersucht werden, ob und inwiefern Höhenbegrenzungen rechtlich zulässig sind. Besonders Planungsträgern sollen grundlegende Orientierungspunkte und Maßstäbe für den Umgang mit Höhenbegrenzungen aufgezeigt werden.

1 [Baugesetzbuch v. 3.11.2017](#), BGBl. I S. 1728.

2 BT-Drs. 13/4978, S. 2.

3 Umweltbundesamt, [Flächenanalyse Windenergie an Land](#), 2019, S. 147 ff.

4 FA Wind, [Überblick Windenergie an Land: Anlagenhöhe | Flächenbedarf | Turbinenanzahl](#), 2019, S. 1 ff.; WindGuard, [Wirtschaftlichkeit unterschiedlicher Nabenhöhen von Windenergieanlagen](#), 2017, S. 4.

5 Siehe bspw.: Grünkorn/Welcker, [Erhebung von Grundlagendaten zur Abschätzung des Kollisionsrisikos von Uhus an Windenergieanlagen im nördlichen Schleswig-Holstein](#), 2019, S. 39 ff.; Miosga, Bäumler, Gerdes, Krämer, Ludescher, Vohwinkel, [Telemetriestudien am Uhu](#), Natur in NRW Nr. 1/2019, S. 36 ff.

6 Ecoda, [Modellhafte Untersuchungen zu den Auswirkungen des Repowering von Windenergieanlagen auf verschiedene Vogelarten am Beispiel der Hellwegbörde](#), 2012, S. IX-22 f.

7 [Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien v. 21.7.2014](#), BGBl. I S. 1818.

2 Höhenbegrenzungen im Kontext des EEG-Ausschreibungssystems

Planerische Vorgaben zur Höhe von Windenergieanlagen dürfen nur anlassbezogen und keineswegs pauschal erlassen werden. Sie erfordern das Einbeziehen und die Berücksichtigung verschiedenster Belange, die sich aus dem konkreten Einzelfall ergeben. Ein Aspekt, der die Errichtung und den Betrieb von nahezu allen Windenergievorhaben bundesweit faktisch determiniert, ist die Vergütung durch das EEG. Das EEG setzt den Förderrahmen eines Erneuerbare-Energien-Projekts und regelt damit seine Vergütung. In diesem Rahmen hat es nicht zuletzt mittelbar einen starken Einfluss auf die tatsächliche Projektrealisierung. Insofern muss diese Komponente auch im Kontext planerischer Vorgaben zur Anlagendimensionierung Berücksichtigung finden.

2017 hat das EEG im Rahmen der Novellierung einige maßgeblichen Neuerungen erfahren. Wesentlicher Teil dessen war insbesondere die Einführung des Ausschreibungssystems für Strom aus erneuerbaren Energien einschließlich einer Anpassung des Referenzertragsmodell (§ 36h EEG 2017 i. V. m. Anlage 2) für Windenergieanlagen an Land. Die Wettbewerbsfähigkeit von Windenergieanlagen ist damit zentrale Bedingung für eine Förderung nach dem EEG 2017 geworden.⁸ Eine wesentliche Komponente für die Leistungsfähigkeit einer Anlage ist insbesondere deren Größe. Das wirft die Frage auf, inwiefern die Limitierung von Anlagenhöhen und das heutige Ausschreibungssystem miteinander verknüpft sind.



2.1 Ausschreibungssystem und Referenzertragsmodell

Kerngedanke des Gesetzgebers für die Einführung des Ausschreibungssystems war, den Ausbau erneuerbarer Energien zu steuern und die damit verbundenen Kosten zu senken. Durch die Ausschreibung sollen die Vergütungsansprüche wettbewerblich ermitteln werden; die staatliche Förderung erhalten nur noch diejenigen Anlagen, die sich aufgrund eines möglichst geringen Gebotswerts gegenüber anderen Vorhaben durchsetzen. Die Vergütungshöhe wird damit nicht länger durch gesetzliche festgelegte Vergütungssätze bestimmt, sondern wird im Ausschreibungsverfahren für jede Anlage einzeln ermittelt.⁹

Aufgrund der unterschiedlichen Standorterträge bzw. »Windausbeute« werden die für Windenergieanlagen an Land im Ausschreibungsverfahren ermittelten Zuschlagswerte auf Basis des Referenzertragsmodells an den jeweiligen Standort angepasst. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Ausbau der Windenergie bundesweit flächendeckend und auch an weniger windhöffigen Standorten stattfinden soll. Dies ist aber nur durch eine an den jeweiligen Standort angepasste Vergütung möglich. In der Umsetzung bedeutet

dies, dass der Zuschlagswert einer jeden Anlage mit einem Korrekturfaktor multipliziert wird, der dem jeweiligen Gütefaktor eines Standorts zugeordnet ist. Differenziert wird nach Gütefaktoren im Bereich von 70 bis 150 Prozent entsprechend des Windertrags am jeweiligen Standort (§ 36h Abs. 1 EEG 2017). Ein geringer Gütefaktor wird nach diesem Modell also rechnerisch korrigiert, um seine Wettbewerbsfähigkeit zu gewährleisten.¹⁰ Im Ergebnis steigt die Vergütung an windschwächeren Standorten, während sie an besonders windstarken Standorten sinkt. Im Rahmen der Novelle des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG 2021) ist auch eine Anpassung des Referenzertragsmodells vorgesehen. So soll der Korrekturfaktor bis zu einer Standortgüte von 60 Prozent ausgeweitet werden, um auch Windenergiestandorte zu erschließen, die bislang aus wirtschaftlichen Gründen brach lagen.¹¹ Ebenso soll Wettbewerbsnachteilen für windschwächere Standorte in Süddeutschland durch Einführung einer sog. Südquote begegnet werden. Der Gesetzgeber verspricht sich von der Regelung eine Erhöhung der Zuschlagswahrscheinlichkeit für Windenergieanlagen an windschwächeren Standorten.¹²

2.2 Wirtschaftlichkeit und Anlagenhöhe

Trotz der avisierten Anpassungen des Gesetzgebers, fokussiert das EEG weiterhin stark auf den Wettbewerb der Windenergieprojekte. Dort, wo die Wirtschaftlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit von Windenergieanlagen in den Vordergrund rückt, stellt sich die Frage, inwiefern Limitierungen der Anlagendimensionen rechtlich zulässig sind. Untersuchungen, die sich dem Zusammenwirken von Nabenhöhe und Wirtschaftlichkeit von Windenergieanlagen widmen, bestätigen eine grundsätzliche Korrelation zwischen Wirtschaftlichkeit und Anlagengröße.

In einer Studie der Deutschen WindGuard und dem Zentrum für Sonnenenergie- und Wasserstoffforschung Baden-Württemberg wurde 2017 analysiert, inwiefern planungsrechtliche Begrenzungen der Gesamthöhe von

Windenergieanlagen zu Nachteilen im Ausschreibungssystem führen.¹³ Die Untersuchungsergebnisse zeigen, dass mit dem durch das EEG 2017 geänderte Referenzertragsmodell große Nabenhöhen wirtschaftlich vorteilhafter sind, als noch vor Einführung der Ausschreibungen. Dies sei bei sehr windstarken Standorten zwar weniger ausgeprägt; bei windschwachen (Standortgüte von 70 % und weniger) und mittleren Standorten zeige sich dieser Effekt hingegen deutlich. Insofern steige mit der Nabenhöhe auch die Wahrscheinlichkeit, dass sich Schwachwindstandorte in der Ausschreibung preislich durchsetzen könnten.¹⁴ Die Studie zeigt zudem einen deutlichen Trend in der Anlagenentwicklung zu größeren Rotordurchmessern auf. Dementsprechend steigen auch die Gesamthöhen moderner Windturbinen. Die Höhe sei in diesem Zusammenhang ein wichtiges Kri-

9 BT-Drs. 18/8860, S. 149 ff.

10 BT-Drs. 18/8860, S. 214 f.; FA Wind, EEG 2017: Ausschreibungsspezifische Regelungen für Windenergieanlagen an Land, 5. Aufl. 2020, S. 13.

11 BT-Drs. 19/23482, S. 109.

12 BT-Drs. 19/23482, S. 108.

13 WindGuard, Wirtschaftlichkeit unterschiedlicher Nabenhöhen von Windenergieanlagen, 2017, S. 4f., 44f.

14 WindGuard, Wirtschaftlichkeit unterschiedlicher Nabenhöhen von Windenergieanlagen, 2017, S. 5.

terium, um auch an Schwachwindstandorten in der Ausschreibung wettbewerbsfähig zu sein.¹⁵

Diese Erkenntnisse werden auch durch Berechnungen des Deutschen Windenergie-Instituts (DEWI) gestützt, welche zeigen, dass das geänderte Berechnungsverfahren für die Referenzerträge im EEG 2017 den Bau von Windenergieanlagen mit Nabenhöhen jenseits von 135 m besser stellt, als dies noch bei der Vorgängerregelung der Fall war.¹⁶

Wichtiges Kriterium für die Wirtschaftlichkeit und Beleg für deren Korrelation mit dem Höhenwachstum der Anlage ist zudem die technische Entwicklung in den letzten Jahren. In einer Ende 2020 veröffentlichten Studie befasst sich die WindGuard erneut mit dem dynamischen Entwicklungsprozess der Windturbinentechnik und den sich daraus ergebenden Steigerungen der Anlagengröße. Besonders in den letzten fünf Jahren nahmen die Rotoren, Nabenhöhe und auch die Gesamthöhe der Windenergieanlagen neuer Generationen stetig zu. Die mittlere Gesamthöhe hat sich in den vergangenen 20 Jahren von durchschnittlich 100 m im Jahr 2000 auf rund 220 m im Jahr 2019 mehr als ver-

doppelt. Für die zukünftige Entwicklung prognostizieren die Autoren ein dynamisch fortschreitendes Wachstum der Anlagendimensionen. Bis Ende des Jahrzehnts werden für weite Teile Deutschlands mittlere Gesamthöhen von 230 und 250 m erwartet.¹⁷

Die Tendenz spiegelt sich bereits in den heutigen Ausschreibungen der Windenergie an Land wider. So liegt bei den im Jahr 2020 bezuschlagten Anlagen die Gesamthöhe im Durchschnitt bei 210 m. Dieser Wert liegt bereits 15 m über der Durchschnittshöhe der im selben Jahr in Betrieb gegangenen Anlagen.¹⁸

Vor dem Hintergrund eines stark wettbewerbslich ausgerichteten Ausschreibungssystems gewinnt die Anlagenhöhe an Bedeutung; sichert sie dem Anlagenbetreiber doch eine höhere Zuschlagswahrscheinlichkeit. Insbesondere an Standorten mit niedriger oder mittlerer Windhöffigkeit könnten bereits geringere Anlagenhöhen dazu führen, dass Bieter sich mit ihren Anlagen im Ausschreibungswettbewerb nicht durchsetzen können und das Windenergieprojekt nicht zur Umsetzung gelangt.

Zwischenergebnis

Verschiedene Studien zeigen, dass das Ausschreibungsmodell auf die Planung von Windenergieanlagen maßgeblichen Einfluss haben kann. Dies verstärkt die bestehende Notwendigkeit, neue Anlagen möglichst wirtschaftlich betreiben zu können. Die Größe einer Windenergieanlage kann in diesem Zusammenhang entscheidenden Einfluss darauf haben, ob sich diese im Ausschreibungsverfahren erfolgreich durchsetzen.

15 WindGuard, Wirtschaftlichkeit unterschiedlicher Nabenhöhen von Windenergieanlagen 2017, S. 44.

16 DEWI Magazin Nr. 49, Aug. 2016, S. 60 ff.

17 WindGuard, Volllaststunden von Windenergieanlagen an Land – Entwicklung, Einflüsse, Auswirkungen, 2020, S. 22 ff.

18 Vgl. FA Wind, 19. Ausschreibung für Windenergieanlagen an Land, 2020, S. 16 f.; sowie FA Wind, Ausbausituation der Windenergie an Land im Herbst 2020, S. 18 f.

3 Möglichkeiten und Grenzen planerischer Steuerung von Windenergieanlagen mit Blick auf Höhenbegrenzungen

Aufbauend auf den Erkenntnissen der oben genannten Studien wird deutlich, dass Höhenbegrenzungen an Standorten mit geringerem oder mittlerem Windaufkommen einer erfolgreichen Ausschreibungsteilnahme entgegenstehen können. Fraglich ist, ob und wie sich diese Erkenntnis auf die rechtliche Zulässigkeit von Höhenbegrenzungen in der Bauleit- und Regionalplanung auswirkt.

Bauliche Begrenzungen müssen zunächst rechtlich zulässig sein (siehe Kapitel 3.1) und auf einem Anlass bzw. Grund

beruhen (siehe Kapitel 3.2). Darüber hinaus bemisst sich die rechtliche Zulässigkeit daran, ob und inwiefern Höhenbegrenzungen erforderlich (siehe Kapitel 3.3) und ebenfalls mit anderen öffentlichen Belangen in einen angemessenen Ausgleich (siehe Kapitel 3.4) zu bringen sind.¹⁹ Fehlt es an der Erforderlichkeit oder fällt das Abwägungsergebnis negativ aus, ist die Begrenzung der Anlagendimensionen regelmäßig – unter Berücksichtigung der Regelung in § 214 BauGB – als fehlerhaft zu bewerten.

3.1 Ausgestaltungsmöglichkeiten von Höhenbegrenzungen

Die Dimensionen von Windenergieanlagen können auf Ebene der Bauleitplanung oder Regionalplanung durch unterschiedliche Instrumente gestaltet werden. Je nach den örtlichen Gegebenheiten variieren sie im Einzelfall hinsichtlich ihres Anlasses, ihres Umfangs und ihrer rechtlichen Ausgestaltung. Dies wird durch eine große Bandbreite an möglichen Anwendungsfällen und durch die prinzipiell weiten baugesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen begünstigt.

Da es sich bei Windenergieanlagen um bauliche Anlagen handelt, kann im Wege der Bauleit- oder Regionalplanung gestalterisch auf deren Dimensionierung Einfluss genommen werden. Die einschlägigen Rechtsgrundlagen divergieren je nach der Art des Plans, in welchem Höhenbegrenzungen festgelegt werden sollen.

In Flächennutzungsplänen findet sich die Ermächtigungsgrundlage in § 5 Abs. 2 Nr. 1 BauGB i.V.m. § 16 Abs. 1, § 18 Baunutzungsverordnung (BauNVO)²⁰ und für Bebauungspläne in § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i.V.m. § 16 Abs. 3 Nr. 2,

§ 18 BauNVO. Die gesetzlichen Vorgaben eröffnen die Möglichkeit, die zulässige Anlagengesamthöhe in Metern oder die Angabe einer zulässigen Maximalhöhe über Normalnull festzulegen. Erforderlich sind hierbei klare Parameter, welche die jeweiligen Bezugspunkte hinreichend bestimmt benennen.²¹

Weitaus seltener werden Höhenfestlegungen in Regionalplänen getroffen. Die darin festgelegten Vorrang- oder Eignungsgebiete (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 und 3 Raumordnungsgesetz (ROG)²²) für die Windenergienutzung enthalten nur in Einzelfällen Festlegungen hinsichtlich der Anlagenhöhe.²³ Anders als für die Bauleitplanung gibt es im ROG keine Rechtsgrundlage, welche Höhenvorgaben explizit gestattet. Dennoch wird es bei der Festlegung von Eignungsgebieten grundsätzlich als möglich erachtet, im Rahmen der Ziele der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG) auch Höhenbegrenzungen festlegen zu können, sofern diese von einer ausreichenden planerischen Abwägung (§ 7 Abs. 2 ROG) getragen sind.²⁴

19 Für die Bauleitplanung: BVerwG, Beschl. v. 11.5.1999 – 4 BN 15.99, I 1.

20 Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke v. 1.11.2017 (BGBl. I S. 3786).

21 OVG Münster, Urt. v. 15.2.2012 – 10 D 46/10.NE, Rn. 68ff.

22 Raumordnungsgesetz v. 22.12.2008 (BGBl. I S. 1328).

23 Siehe hierzu bspw. Gesamtforschreibung Regionalplan Leipzig-West Sachsen, Begründung zu 5.1.2.; Entwurf mit Stand: 13.3.2020.

24 OVG Lüneburg, Urt. v. 12.12.2012 – 12 KN 311/10, Rn. 47ff.; OVG Magdeburg, Urt. v. 5.12.2018 – 2 L 47/16, Rn. 170ff.; Schmidt-Eichstaedt: Repowering in der Regionalplanung – Welche Festlegungen sind in Regionalplänen zugunsten des Repowering zulässig oder sogar geboten? ZfBR 2013, 639 (640f.); a.A.: VG Stade, Urt. v. 14.9.2011 – 2 A 866/10, ZNER 2011, 653 (653f.).

3.2 Anlass von Höhenbegrenzungen

Ob ein oder mehrere Gründe für eine Begrenzung der Anlagendimensionierung gegeben sind, bestimmt sich maßgeblich nach der jeweiligen planerischen Konzeption des Einzelfalls. Die Auswahl von konkreten städtebaulichen Zielen obliegt generell dem Entschließungs- und Auswahlmessen des Plangebers, die örtlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen.²⁵

Die Gestaltungsfreiheit des Plangebers ist jedoch nicht unbegrenzt, sondern orientiert sich stark am Einzelfall. Insofern darf die Einführung von Höhenbegrenzungen in Bau- und Flächennutzungsplänen nicht pauschal, sondern nur anlassbezogen stattfinden. Das bedeutet, dass sie dem Schutz von Rechtsgütern dienen muss. Darüber hinaus sind die besonderen gesetzlichen Regelungen bei Windenergievorhaben mit Blick auf deren Privilegierung zu beachten (siehe Kapitel 3.4). Bei eventuellen Limitierungen durch den Plangeber muss bedacht und entsprechend gewichtet werden, dass die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen prinzipiell durch Grundrecht geschützte Tätigkeiten sind. So ist es Teil der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz (GG))²⁶, dass ein Grundstückseigentümer sein Grundstück im Rahmen der Gesetze bebauen kann. Diese sog. Baufreiheit ist ein normgeprägtes Grundrecht. Damit wird das Schutzgut des Eigentums in seinem Inhalt und seinen Schranken durch gesetzliche Vorgaben ausgestaltet und geformt (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Der Gesetzgeber darf eine Beschränkung des Eigentums nur aufgrund eines öffentlichen Interesses unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vornehmen.²⁷

Dementsprechend bedarf eine Beschränkung der Baufreiheit im ersten Schritt eines legitimen Zwecks bzw. Ziels, welcher durch die Baubeschränkung in geeigneter oder angemessener Form erreicht werden kann. Bauliche Beschränkungen von Windenergieanlagen können sich dort als hilfreich erweisen, wo die Projektrealisierung andernfalls ganz oder teilweise in Frage steht, weil die geplanten Anlagen im Konflikt mit anderen Schutzgütern stehen. Die Begrenzung dient damit dem Schutz eines oder mehrerer divergierender Rechtsgüter. Im Rahmen von Windenergieprojekten können je nach Einzelfall unterschiedlichste Zielsetzungen gemeinsam oder für sich gestellt einen Anlass für Höhenbegrenzungen sein; so insbesondere:

- der Schutz des Orts- und Landschaftsbildes²⁸,
- denkmalschutzrechtliche Aspekte²⁹,
- das Erfüllen von Anforderungen der Flugsicherheit und der Ausschluss der Störungen von Flugsicherungseinrichtungen³⁰,
- die Umgehung der Störung von Radar- und Funkanlagen wie bspw. die Verteidigungsradare der Bundeswehr³¹,
- die Minderung erheblicher nachteiliger Umweltauswirkungen³²,
- sowie die Vermeidung einer Bedrängungswirkung für andere Bauwerke.³³

Der planerisch ermittelte Anlass für eine Höhenbegrenzung ist bei der Frage der Erforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB) einer Planung wichtig. Darüber hinaus ist er im Rahmen einer Abwägung mit anderen Belangen (§ 1 Abs. 7 BauGB) von Relevanz.

25 BVerwG, Beschl. v. 11.5.1999 – 4 BN 15.99, I 1; BVerwG, Urt. v. 26.3.2009 – 4 C 21/07, Rn. 17 ff.

26 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl. I S. 2048).

27 Grundlegend m.w.N. hierzu: OVG Schleswig, Urt. v. 26.2.2020 – 5 LB 6/19, Rn. 60 ff.

28 OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.8.2012 – 12 LA 194/11, Rn. 13; OVG Lüneburg, Urt. v. 28.1.2010 – 12 LB 243/07, Rn. 42; OVG Bautzen, Urt. v. 18.5.2000 – 1 B 29/98, S. 8; VGH München, Urt. v. 2.10.2014 – 2 B 14.816, Rn. 43 ff.

29 OVG Münster, Urt. v. 27.5.2004 – 7a D 55/03.NE, Rn. 62; VGH München, Beschl. v. 19.2.2015 – 22 CS 14.2495, Rn. 23 ff.

30 OVG Weimar, Urt. v. 30.9.2009 – 1 KO 89/07, S. 15; VG Aachen, Urt. v. 24.7.2013 – 6 K 248/09, Rn. 46 ff.

31 OVG Koblenz, Urt. v. 13.1.2016 – 8 A 10535/15, Rn. 86; VGH München, Urt. v. 18.9.2015 – 22 B 14.1263, Rn. 38 ff.

32 OVG Münster, Urt. v. 13.3.2006 – 7 A 3414/04, Rn. 62.

33 Grundsätzlich zum Verhältnis Höhe und Rücksichtnahme: OVG Münster, Urt. v. 9.8.2006 – 8 A 3726/05, Rn. 70 ff., 105 ff.

3.3 Erforderlichkeit der Planung

Eng mit dem Planungsanlass bzw. -ziel verbunden ist die Erforderlichkeit einer Planung. Diese entstammt als Grundsatz dem Baugesetzbuch und findet damit vorrangig auf die Bauleitplanung Anwendung. § 1 Abs. 3 BauGB besagt, dass Gemeinden Bauleitpläne aufzustellen haben, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Planerische Vorgaben müssen dementsprechend nach der planerischen Konzeption der Gemeinde durch einen städtebaulich motivierten Grund bzw. Gründe veranlasst sein. Das bedeutet nicht unbedingt, dass die Planung zum Bewältigen einer bauplanungsrechtlichen Problemlage unentbehrlich oder gar zwingend geboten ist; die Planung muss jedoch plausibel sein.³⁴

Die Erforderlichkeit ist zugleich auch Grenze der planerischen Regelungsbefugnisse. Werden die gesetzlich genutzten Festsetzungsgrenzen überschritten, führt dies zur Fehlerhaftigkeit und Unwirksamkeit der Festsetzungen.³⁵ Die jeweiligen Gründe für eine Planung sind je nach Einzelfall durchaus divers. Anlasslose oder fehlerhafte Festlegungen, welche die Höhe von Windenergieanlagen beschränken, sind dementsprechend rechtswidrig.

3.3.1 Grenzen und Umfang der Erforderlichkeit

Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit zieht die Rechtsprechung keine engen Schranken. Nur Bauleitpläne, denen es an einer Planungskonzeption mangelt und welche ersichtlich nicht der Bauleitplanung dienen, sind nicht erforderlich. Damit ist die Erforderlichkeit nur bei groben und offensichtlichen Missgriffen als eine Schranke der Planungsbefugnisse zu verneinen. Der weite Auslegungsspielraum ist Ausdruck des planerischen Ermessens und dient dazu, öffentliche Belange zweckmäßig zu realisieren.³⁶ Inwiefern eine Planung ihre Zweckbestimmung erfüllt, ist hingegen auf Ebene der Abwägung zu erörtern.³⁷ Die Erforderlichkeit

ist dieser rechtlich vorgelagert und kann bei ihrem Vorliegen auch nicht planerisch abgewogen werden.³⁸

Trotz des weiten Anwendungsspielraums gibt es einige Fallgruppen, in welchen die Erforderlichkeit einer Planung fraglich ist. So stellt sich die Frage, der Zulässigkeit einer Planung, welche bewusst in Kauf nimmt, dass bestimmte Nutzungen hierdurch eingeschränkt oder verhindert werden. Eine Plankonzeption, die vorsieht, dass bestimmte Nutzungen auf Kosten anderer Belange gefördert werden, ist grundsätzlich zulässig. Problematisch ist es jedoch, wenn die Verwirklichung bestimmter Vorhaben aus tatsächlichen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen im Ergebnis überhaupt nicht mehr möglich ist.³⁹ Das kann gegeben sein, wenn eine wirtschaftliche Nutzung von Grundstücken perspektivisch nicht erwartet werden kann. In diesen Fällen ist es möglich, dass die planerischen Festsetzungen wie ein dauerhaftes Bauverbot wirken.⁴⁰ Die Erforderlichkeit ist ebenso zweifelhaft, wenn eine Planung allein die Zielsetzung hat, eine bestimmte Nutzung generell auszuschließen, ohne dass dafür städtebaulich begründbare Erwägungen vorliegen (sog. Negativplanung oder Verhinderungsplanung). Ein solcher Plan wird als nichtig zu bewerten sein.⁴¹

3.3.2 Erforderlichkeit von Raumordnungsplänen

Die Erforderlichkeit einer Planung gilt, ungeachtet des Fehlens einer entsprechenden Klausel im ROG, auch für die Ziel festlegungen der Raumordnung. Insbesondere im Rahmen der Ausweisung von Vorranggebieten für die Windenergienutzung kann dies relevant sein. Nach der Rechtsprechung ist damit das Gebot der Erforderlichkeit auch auf die Raumordnungsplanung übertragbar.⁴² Während Bauleitpläne aus städtebaulichen Gründen (§ 1 Abs. 3 BauGB) erforderlich sein müssen, ergibt sich die Erforderlichkeit bei Raumordnungsplänen aus überörtlichen Raumordnungsinteressen.

34 BVerwG, Beschl. v. 14.8.1995 – 4 NB 21/95; Rn. 3; OVG Lüneburg, Urt. v. 24.4.2007 – 1 KN 74/05, Rn. 23 ff.

35 Söfker/Runkel in: E/Z/B/K, 138. EL 2020, § 1 BauGB, Rn. 32; BVerwG, Urt. v. 27.3.2013 – 4 C 13.11, Rn. 9 ff.

36 BVerwG, Beschl. v. 11.5.1999 – 4 BN 15.99, I 1; BVerwG, Urt. v. 26.3.2009 – 4 C 21/07, Rn. 17 ff.

37 Battis in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch 14. Aufl. 2019, Rn. 26.

38 BVerwG, Urt. v. 28.2.2002 – 4 CN 5.01, Rn. 34.

39 BVerwG, Urt. v. 12.8.1999 – 4 CN 4/98, II 1 a; OVG Koblenz, Urt. v. 19.2.2009 – 1 C 10256/08, Rn. 27 ff.

40 BVerwG, Urteil vom 29.9.1978 – 4 C 30/76, Rn. 37.

41 BVerwG, Beschl. v. 18.12.1990 – 4 NB 8/90, Rn. 11 ff., BVerwG, Beschl. v. 22.1.2013 – 4 BN 7.13, Rn. 3; OVG Münster, Beschl. v. 23.6.2014 – 2 B 418/14.NE, Rn. 32 f.; Söfker/Runkel in: E/Z/B/K, 138. EL, 2020, § 1 BauGB, Rn. 35.

42 BVerwG, Beschl. v. 7.2.2005 – 4 BN 1.05, I d.

Dementsprechend fehlt es auch hier an der Erforderlichkeit eines Plans, wenn dessen Verwirklichung dauerhaft rechtliche oder tatsächliche Hindernisse entgegenstehen und die Planung damit nicht vollzugsfähig ist.⁴³

Wie bereits bei der Bauleitplanung ist, mit Blick auf die Regionalplanung, die Rechtsprechung zurückhaltend. So muss die Fläche, die der Errichtung von Windenergieanlagen vorbehalten ist, nicht so beschaffen sein, dass sie eine bestmögliche Ausnutzung gewährleistet. Es reicht aus, wenn an dem Standort die Voraussetzungen für eine dem Zweck angemessene Nutzung gegeben sind.⁴⁴

3.4 Abwägung der Belange

Höhenbegrenzungen können trotz ihrer Erforderlichkeit aufgrund einer fehlerhaften oder fehlenden Abwägung rechtswidrig sein. So besagt § 1 Abs. 7 BauGB, dass bei der Aufstellung von Bauleitplänen die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander abzuwägen sind. Im Rahmen der Ziele der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG) können ebenfalls Höhenbegrenzungen festgelegt werden, sofern diese von einer ausreichenden planerischen Abwägung (§ 7 Abs. 2 ROG) getragen werden.⁴⁵

3.4.1 Anlagendimensionierung als privater Belang

In § 1 Abs. 7 BauGB werden die privaten Belange explizit als abwägungsrelevant aufgeführt. In § 1 Abs. 6 BauGB werden wiederum verschiedenste Belange aufgeführt. Dabei handelt es sich um eine beispielhafte Aufzählung unbestimmter Rechtsbegriffe mit einem weiten Anwendungsspielraum, welche jedoch der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Für die Planung verbleibt aber dennoch Raum für eine Konkretisierung und Gewichtung im Einzelfall.⁴⁶

Zwischenergebnis

Bauleit- oder Raumordnungspläne mit festgelegten Höhenbegrenzungen können als Planungsinstrumentarium gerechtfertigt sein, sofern sie durch einen legitimen öffentlichen Belang motiviert sind. Nur in Ausnahmefällen wird die fehlende Erforderlichkeit eines Plans dazu führen, dass dieser unwirksam ist.

Als berücksichtigungspflichtiger privater Belang wird auch die Wirtschaft (§ 1 Abs. 6 Nr. 8a BauGB) genannt. Dazu gehört auch die Bereitstellung eines Flächenangebots, welches den wirtschaftlichen Bedürfnissen genügt. Dies umfasst sowohl die Größe und Erweiterung eines Betriebs für dessen Konkurrenzfähigkeit, als es auch den Schutz des Eigentums und seiner Nutzung.⁴⁷

Dementsprechend gestalten sich private Belange auch dann als abwägungsrelevant, wenn die Planung Einfluss auf das Grundeigentum und seine Nutzungsmöglichkeiten nimmt, weil die Festlegungen ein konkretes Grundstück betreffen.⁴⁸ Für eine Einschränkung der baulichen Nutzung, wie bspw. Höhenbeschränkungen, bedarf es insofern gewichtiger Allgemeinwohlintressen.⁴⁹ Bei Höhenbegrenzungen ist folglich zwischen dem privaten Nutzungsinteresse an der unbeschränkten baulichen Nutzung einerseits und dem Rechtsgüterschutz bzw. den öffentlichen Belangen andererseits abzuwägen.

Teil der planerischen Abwägung müssen auch Rentabilitätsabwägungen sein. So bestehen nach der Rechtsprechung Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Plans, »wenn nach Lage der Dinge eine Rentabilität der Nutzung auf Dauer

43 VGH Mannheim, Urt. v. 9.6.2005 – 3 S 1545/04, Rn. 42; BVerwG, Beschl. v. 7.2.2005 – 4 BN 1.05, I d.

44 VGH Mannheim, Urt. v. 9.6.2005 – 3 S 1545/04, Rn. 42 ff.

45 OVG Lüneburg, Urt. v. 12.12.2012 – 12 KN 311/10, Rn. 47 ff.; OVG Magdeburg, Urt. v. 5.12.2018 – 2 L 47/16, Rn. 170 ff.; Schmidt-Eichstaedt: Repowering in der Regionalplanung – Welche Festlegungen sind in Regionalplänen zugunsten des Repowering zulässig oder sogar geboten? ZfBR 2013, 639 (640 f.); a.A.: VG Stade, Urt. v. 14.9.2011 – 2 A 866/10, ZNER 2011, 653 (653 f.).

46 Söfker/Runkel in: E/Z/B/K, § 1 BauGB, 138. EL, 2020, Rn. 108 ff.; BVerwG Urt. v. 12.12.1969 – 4 C 105.66, Rn. 26.

47 Söfker/Runkel in: E/Z/B/K, § 1 BauGB, 138. EL, 2020, Rn. 157 ff.

48 BVerwG, Beschl. v. 4.1.2007 – 4 B 74.06, Rn. 3 ff.

49 BVerwG, Beschl. v. 15.5.2013 – 4 BN 1.13, Rn. 17.

nicht erwartet werden kann«.⁵⁰ Dieser Aspekt ist auch bei der Ausweisung von Gebieten für die Windenergienutzung zu beachten. Für den Plangeber kann dementsprechend relevant sein, ob zwischen dem vom Betreiber einer Windenergieanlage eingesetzten Eigenkapital und dem für ihn erzielbaren Gewinn ein angemessenes Verhältnis besteht.

3.4.2 Die Frage der Wirtschaftlichkeit im Rahmen der Abwägung

Der wirtschaftliche Betrieb einer Windenergieanlage bestimmt sich nach zahlreichen Faktoren wie Anlagentyp, Investitionssumme, Finanzierungsmodalitäten, Jahreswetterlagen und ist nicht zuletzt von der Höhe des Vergütungsanspruchs abhängig. Hinzu kommt, dass die Frage nach dem wirtschaftlichen Betrieb immer auch eine Abschätzung für die Zukunft ist, welche sich allenfalls prognostisch vornehmen lässt.⁵¹ Die Rechtsprechung beschränkt sich aus diesem Grund prinzipiell auf die Fragestellung, ob ein wirtschaftlicher Betrieb auf einer bestimmten Fläche von vornherein ausgeschlossen ist.⁵² Nachträgliche Änderungen der Prognosegrundlage oder der Methoden sind generell unerheblich und berühren die Wirksamkeit des Planes grundsätzlich nicht.⁵³

Eine umfassende Wirtschaftlichkeitsprognose verlangt die Rechtsprechung daher nicht. Wirtschaftlichkeitsprognosen sind im Allgemeinen⁵⁴ und insbesondere im Kontext des Ausschreibungsregimes im EEG 2017 mit Unsicherheiten behaftet.⁵⁵ Die Schwierigkeit, vorhersehbar marktwirtschaftlich und gesetzlich bedingte Schwankungen in die Planung einzubeziehen, bleibt bestehen und kann nur im engen Rahmen von der Planung kompensiert werden.⁵⁶ Die

sich daraus ergebenden Risiken wirken sich nach Auffassung der Rechtsprechung im Grundsatz zu Lasten des Eigentums und nicht zu Lasten der Bauleitplanung aus. Eine andere Wertung hieße nämlich, die Bauleitplanung in erster Linie auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit, nicht aber, wie es das Gesetz vorgibt, auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung (§ 1 Abs. 3 BauGB) zu verpflichten.⁵⁷

Zweifel an der Wirtschaftlichkeit sind daher auf die Frage beschränkt, ob die Planfestsetzungen dem Betroffenen nicht zugemutet werden können und seine Belange »völlig verfehlt« werden. Auch wirtschaftliche Unsicherheiten sind hierbei nicht zur Gänze klärungsbedürftig.⁵⁸ Die Fläche, die der Errichtung von Windenergieanlagen vorbehalten ist, muss insbesondere nicht so beschaffen sein, dass sie eine bestmögliche Ausnutzung gewährleistet. Es reicht nach der Rechtsprechung aus, wenn an dem Standort die Voraussetzungen für eine dem Zweck angemessene Nutzung gegeben sind. Gesteigerte Anforderungen an die Wirtschaftlichkeit der Windenergienutzung und die Effektivität der Flächennutzung sind darauf zu beschränken.⁵⁹ Sicherzustellen ist nur die nennenswerte, nicht etwa die maximale Ertragsersparnis.⁶⁰ Teilweise wird es von der Rechtsprechung sogar als ausreichend angesehen, wenn die zuständige Fachbehörde die grundsätzliche Genehmigungsfähigkeit einer Anlage auf der jeweils in Rede stehenden Fläche beurteilt.⁶¹

Unerlässlich bleibt dennoch die Gesamtbetrachtung der konkreten Umstände und Belange innerhalb des vorgesehenen Plangebiets. Dabei können auch die Relation zwischen Zahl und Größe der Flächen, Anzahl und Strommenge der Windenergieanlagen unter Würdigung der konkreten örtlichen Gegebenheiten einfließen.⁶²

50 BVerwG, Urt. v. 29.9.1978 – IV C 30.76, Rn. 36.

51 OVG Münster, Urt. v. 4.7.2012 – 10 D 47/10.NE, Rn. 52.

52 BVerwG, Beschl. v. 2.4.2013 – 4 BN 37.12, Rn. 5; OVG Münster, Urt. v. 4.7.2012 – 10 D 47/10.NE, Rn. 52 f.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.11.2016 – OVG 2 S 66.15; Rn. 17.

53 Söfker/Runkel in: E/Z/B/K, § 1 BauGB Rn. 190.

54 BVerwG, Urt. v. 29.9.1978 – IV C 30.76, Rn. 36.

55 Explizit für die Bauleitplanung und insoweit auf die Regionalplanung übertragbar: BVerwG, Urt. v. 29.9.1978 – IV C 30.76, Rn. 36.

56 OVG Münster, Urt. v. 4.7.2012 – 10 D 47/10.NE, Rn. 58.

57 BVerwG, Urt. v. 29.9.1978 – IV C 30.76, Rn. 36.

58 Vgl. Münster, Urt. v. 4.7.2012 – 10 D 47/10.NE, Rn. 58. Ähnlich: OVG Lüneburg, Urt. v. 16.11.2009 – 12 LC 181/07, Rn. 34.

59 OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 79 f.

60 Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 16.11.2009 – 12 LC 181/07, Rn. 34; OVG Münster, Urt. v. 4.7.2012 – 10 D 47/10.NE, Rn. 52 f.

61 OVG Lüneburg, Urt. v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, Rn. 82 f.

62 VGH Mannheim, Urt. v. 9.10.2012 – 8s 1370/11, Rn. 62 f.

3.4.3 Privilegierung und Substanzgebot im Rahmen der Abwägung

Wichtige Aspekte im Rahmen der Abwägung bei Plänen zur Steuerung der Windenergie im Außenbereich sind zudem der Stellenwert der Windenergie als privilegiertes Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und die damit verknüpfte Forderung der Rechtsprechung, der Windenergie »substanziell Raum zu verschaffen« (Substanzgebot).

Privilegierung der Windenergie

Mit der Einführung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB hat der Gesetzgeber 1997 diejenigen Vorhaben im Außenbereich privilegiert, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dienen. Damit hat der Gesetzgeber die Windenergie grundsätzlich im Außenbereich verortet.⁶³ Die Privilegierung im Außenbereich spiegelt sich im Rahmen des Rechtsgüterschutzes (siehe Kapitel 3.2) wider und ist insofern ein planungsrechtlich wichtiger Teil der Abwägung.

Substanzgebot des Bundesverwaltungsgerichts

Gleichzeitig mit der privilegierten Zulässigkeit von Windenergieanlagen führte der Gesetzgeber in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Steuerungsmöglichkeit von Windenergievorhaben im Außenbereich ein. Danach stehen öffentliche Belange einem Vorhaben in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Der Gesetzgeber hat Gemeinden und weiteren Planungsträgern damit die Möglichkeit gegeben, Vorhaben auf bestimmten Flächen zu konzentrieren (sog. Konzentrationszonen) und gleichzeitig den restlichen Planbereich freizuhalten. Von der Steuerungsmöglichkeit machen zahlreiche Plangeber Gebrauch.⁶⁴

Das Bundesverwaltungsgericht hat der Anwendung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zusätzliche Konturen verliehen, welche für den Plangeber im Rahmen der Abwägung beachtlich sind. So führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass sofern »... eine planerische Entscheidung die Wirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auslösen (soll),... verlangt das

Abwägungsgebot die Entwicklung eines schlüssigen Gesamtkonzepts, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt. Die gemeindliche Entscheidung muss nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen wird, sondern auch deutlich machen, welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten.«⁶⁵ Auf Basis dieses gesamträumlichen Konzepts, soll der Windenergie auf den vorgesehenen Flächen (»Positivflächen«) substanziell Raum verschafft werden. Eine »Negativ- oder Verhinderungsplanung«, mit der die geplanten Anlagen nahezu oder vollständig im gesamten Plangebiet ausgeschlossen werden, ist dementsprechend unzulässig.⁶⁶ Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nicht anhand abstrakter Kriterien, sondern unter Berücksichtigung des Einzelfalls.⁶⁷

Das Substanzgebot findet nicht nur auf Ebene der Flächennutzungsplanung, sondern nach verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ebenso im Rahmen der Regionalplanung Anwendung.⁶⁸ Eine dahingehende Prüfung setzt jedoch in jedem Fall eine Ausweisung an anderer Stelle i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB voraus. Da diese nur im Rahmen von Flächennutzungs- und Regionalplänen erfolgt, ist diese Frage auf diesen Kontext beschränkt.⁶⁹ Für Bebauungspläne ist sie dementsprechend nicht relevant.

Das Substanzgebot fordert nicht, der Windenergie den wirtschaftlich optimalen Standort, sondern nur ausreichend Raum zu verschaffen. Trotzdem kann die Wirtschaftlichkeit von Vorhaben in bestimmten Fällen beachtenswert oder sogar ausschlaggebend sein. Gerade eine in quantitativer, flächenmäßiger Hinsicht kaum ins Gewicht fallende Möglichkeit zur Windenergienutzung kann dadurch zusätzlich erheblich beschnitten werden. Steht der wirtschaftlich sinnvolle Betrieb ohnehin in Frage, kann eine zusätzliche Beschränkung einer unzulässigen Verhinderungsplanung gleichkommen.⁷⁰ Das Bundesverwaltungsgericht führt hierzu aus, dass sofern »... hingegen im gesamten Gemeindegebiet keine geeignete Fläche zu finden (ist), darf die Gemeinde keine Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan vorsehen, weil mit der Darstellung von für die Wind-

63 BT-Drs. 13/1733, S. 3.

64 BT-Drs. 13/4978, S. 6f.

65 BVerwG, Urt. v. 13. 12. 2012 – 4 CN 1/11.

66 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, Rn. 32.

67 St. Rspr.: BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3.18, Rn. 24; BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, Rn. 32f.; BVerwG, Urt. v. 20.5.2010 – 4 C 7/09, Rn. 27ff.

68 BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 3.02, 1c.

69 Söfker/Runkel in: E/Z/B/K, 138. EL 2020, § 35 BauGB, Rn. 123c.

70 VGH Mannheim, Urt. v. 9.10.2012 – 8s 1370/11, Rn. 54ff.

energienutzung ungeeigneten Flächen der Gesetzeszweck des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verfehlt würde.«⁷¹ Dementsprechend ist ein Zurückstellen der von § 35 Abs. 1 BauGB geschützten Nutzungsinteressen nur aufgrund veritabler Abwägungsbelange denkbar und insofern rechtfertigungsbedürftig.⁷²

Für den Plangeber stellt das vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Prüfprogramm für die Steuerung der Windenergie in der Umsetzung einen Sonderfall der Abwägung dar. Hinsichtlich der Prüftiefe ergibt sich daraus jedoch kein gegenüber der allgemeinen Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB (siehe Kapitel 3.4.) gesteigertes Anforderungsprofil. Das bedeutet im Ergebnis, dass eine Überprüfung der Höhenbeschränkungen nur mit Blick darauf erfolgt, ob ein wirtschaftlicher Betrieb von vornherein ausgeschlossen ist. Eine umfassende Wirtschaftlichkeitsprognose ist auch in diesem Rahmen nicht erforderlich.

3.4.4 Rechtsschutz bei Höhenbegrenzungen

Höhenbegrenzungen als solche haben in der Regel unmittelbaren Einfluss auf die Anlagendimensionierung und damit den Energieertrag von Windenergieanlagen. Dennoch sind sie gerichtlich in der Regel nur mittelbar überprüfbar. Dies fußt auf dem grundsätzlich beschränkten Anwendungsbereich des Normenkontrollantrags nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Das Bundesverwaltungsgericht gestattet eine Überprüfung von Flächennutzungs- und Raumordnungsplänen in analoger Anwendung nur, sofern mit ihnen eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erreicht werden soll.⁷³

Nach dem Bundesverwaltungsgericht werden die Nutzungsmöglichkeiten der Windenergie durch Höhebeschränkungen zwar begrenzt, dennoch haben sie nur die Wirkung eines öffentlichen Belangs nach § 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB und keine Ausschlusswirkung (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB). Die Bauanlagenlimitierung kann einem privilegierten Außenbereichsvorhaben grundsätzlich entgegenstehen, muss sich diesem gegenüber aber auch im Rahmen einer Abwägung des Vorhabens durchsetzen. Insofern ist die Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 35 Abs. 3

Satz 3 BauGB auf Höhenbeschränkungen nicht anwendbar.⁷⁴ Das bedeutet in der Konsequenz, dass ein rechtliches Vorgehen gegen einen Bauleit- oder Regionalplan im Wege eines Normenkontrollantrags (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) nicht möglich ist, sofern die Höhenbegrenzung selbst bzw. alleiniger Gegenstand der Normenkontrolle ist.⁷⁵

Das Gericht hat es hingegen ausdrücklich als möglich erwoogen, dass Höhenbeschränkungen Teil einer Normenkontrolle sein können. In diesem Fall könnte im Rahmen der Prüfung, ob ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept vorliegt, die rechtliche Zulässigkeit einer höhenmäßigen Beschränkung inzident überprüft werden.⁷⁶

Zwischenergebnis

Mit baulichen Beschränkungen von Windenergieanlagen ist immer auch eine Beeinträchtigung privater Belange verbunden. Ergibt sich nach prognostischer Abschätzung, dass planerisch zur Windenergienutzung ausgewiesene Flächen mangels nennenswerter Rentabilitätserwartung nicht genutzt werden können, so würde der private Belang des jeweiligen Grundstückseigners verletzt. Dies ist nicht per se untersagt, kann jedoch nur durch gewichtigere Allgemeininteressen legitimiert werden. Darüber hinaus sind auch alle weiteren Bauhöhenbeschränkungen rechtfertigungsbedürftig. Dies bestimmt sich je nach konkretem Einzelfall.

71 BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, Rn. 34.

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

73 St. Rspr. siehe: BVerwG, Urt. v. 13.12.2018 – 4 CN 3/18, Rn. 10 ff.

74 BVerwG, Urt. v. 31.1.2013 – BVerwG 4 CN 1.12, Rn. 23 ff.

75 BVerwG, Urt. v. 13.3.2003 – 4 C 3.02, 1 c.

76 BVerwG, Urt. v. 31.1.2013 – BVerwG 4 CN 1.12, Rn. 25.

4 Ausblick für die planerische Steuerung von Höhenbegrenzungen

Beschränkungen der Dimensionierung von Windenergieanlagen sind nach baurechtlichen Vorgaben prinzipiell möglich und je nach Einzelfall ein denkbare Instrument, um Konflikte mit bestimmten Schutzgütern zu vermeiden oder zu lösen.

Gleichzeitig hat der Gesetzgeber der Windenergienutzung einen wichtigen Stellenwert eingeräumt. So sind Windenergievorhaben im Außenbereich privilegiert; ihre planerische Beschränkung ist damit nur möglich, sofern ihnen im Gesamtplan substantiell Raum verliehen und keine sog. Verhinderungsplanung betrieben wird. Darüber hinaus stellt das Interesse, Grundstücke entsprechend ökonomischer Erwägungen nutzen zu können, einen wichtigen privaten Belang dar. Diese Aspekte sind vom Plangeber bei der Einführung von Höhenbeschränkungen zu beachten.

Das EEG 2017 hat das bislang geltende Förderungssystem für Windenergieanlagen grundlegend modifiziert und wettbewerbliche Komponenten weiter in den Vordergrund gestellt. Die Wettbewerbsfähigkeit einer Windenergieanlage ist heute ein zentrales Kriterium für die Planung. Das Referenzertragsmodell soll in diesem Kontext Wettbewerbsnachteile durch unterschiedliche Standortqualitäten ausgleichen. In diesem Zusammenhang ist die Anlagengröße ein wichtiges Kriterium. Dennoch zeigen Studien, dass Windenergieanlagen mit kleiner Gesamthöhe an Standorten mit geringer oder mittlerer Standortgüte im heutigen Ausschreibungssystem aller Voraussicht nach Wettbewerbsnachteile erleiden werden. Wie groß eine Windenergieanlage ist, bildet dementsprechend einen wichtigen Indikator für deren Wirtschaftlichkeit.

Auch wenn Bauleit- und Regionalpläne keine detaillierten Prognosen über die Wirtschaftlichkeit enthalten müssen, kann diese Frage nicht vollständig ausgeblendet werden. Vielmehr bleibt die tatsächliche und wirtschaftliche Realisierbarkeit einer Anlage eine Komponente, die sowohl die Erforderlichkeit eines Plans als auch das Abwägungsergebnis beeinflussen kann. Steigt der wettbewerbliche Druck, kann insofern auch die Wirtschaftlichkeit der Windenergieanlage als ein privater Belang vermehrt in den Fokus geraten. Bei geringen Flächenkapazitäten für die Windenergie, kann dies perspektivisch ohne umfassende Prognose deutlich werden. Sollten an einer Stelle Höhenbegrenzungen – etwa für die Luftsicherheit – unvermeidbar sein, kann an anderer Stelle der Rechtfertigungsdruck – etwa auf Belange des Landschaftsschutzes – steigen. Im Fall großräumiger Planung kann ebenso ggf. eine räumliche Differenzierung im Plangebiet erforderlich werden. Aufgabe der Planung ist es nicht, umfassende Wirtschaftlichkeitsprognosen zu erstellen. Erforderlich ist es jedoch, dass im konkreten Einzelfall in den Blick genommen wird, ob eine Nutzung der Windenergie offensichtlich ausgeschlossen ist, weil sie evident unwirtschaftlich ist.

Höhenbeschränkungen können damit ein rechtlich zulässiges Instrument sein, um Konflikte mit bestimmten Schutzgütern vor Ort zu lösen. Dem Plangeber kommt hier ein weiter Ermessensspielraum zu. Wie dargestellt, ist dieser Spielraum dennoch nicht unbegrenzt. In diesem Kontext wird nicht nur die Frage der Flächenverfügbarkeit, sondern besonders die zukünftige Entwicklung des EEG-Förderungsmodells und die Wirtschaftlichkeit der Windenergieanlagen von zunehmender Bedeutung sein.

Impressum

© FA Wind, Januar 2021

Herausgegeben von

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

www.fachagentur-windenergie.de
post@fa-wind.de

V.i.S.d.P.: Dr. Antje Wagenknecht

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, VR32573 B

Autorin

Marianna Roscher

Gestaltung

DreiDreizehn Werbeagentur GmbH, www.313.de

Zitervorschlag

FA Wind (2021), Höhenbegrenzung von Windenergieanlagen – Eine planungsrechtliche Bewertung vor dem Hintergrund der Wirtschaftlichkeit und der EEG-Ausschreibungen

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.

Bildnachweis

S. 8: © iStockphoto, Ulrich Knaupe

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