

## Rechtsgutachten

### Das Schutzgut „Landschaftsbild“ im Windenergieerlass Baden-Württemberg vom 09. Mai 2012

im Auftrag des

Landesverbandes baden-württembergischer Bürgerinitiativen  
gegen Windkraftanlagen in Natur- und Kulturlandschaften e.V

#### Karlsruhe

Rechtsanwälte:  
Dr. Hans Caemmerer  
Dr. Eberhard Meiringes  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Dr. Michael Papp  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Dr. Oliver Nisbeiz  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Alexander Doll  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Harminia Weichmann  
Christian Walz  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Harmut Stegmaier  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Dr. Robert Renf. Sc. jur. (Basel)  
Benedikt Schmitz  
Stefan Flügge  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Fachanwalt für Familienrecht  
Karen Fiege  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Dr. Michael Achnar  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Bernhard Fitz  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Ulrich Erdmann-Müller  
Tina Naff  
Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Christian Schiemmer  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Stefania Deutsch  
Fachanwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Martin Eigenberger  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Jörg Schröder  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Fachanwältin für Steuerrecht  
Marc Pfleger  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Dr. Rüdiger Falter  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Schaetan Jung  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Cornelius Weiß  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Dr. Jürgen Höfler  
Fachanwältin für Unternehmensjurisprudenz  
Cornelia Badura  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Veronika Meiringes  
Nicola Günter  
Dr. Susanne Janiczak  
Tobias Usokmann  
Jule Stein  
Paltra Pössel  
Swantje Schreier  
Lisa Kretzschmar

Wirtschaftsprüfer • Steuerberater  
Dr. Michael Ohmer, Dip.-Kfm.

#### Basel

Advokaten • Notare:  
Dr. Peter Lanz, Notar  
Dr. Felix Iselin, Notar  
Dr. Gert Thoenen, LL.M. (Köln)  
Dr. Benedikt A. Suter, Notar  
Dr. Caroline Chon  
Dr. Martin Lanz, Notar  
Fachanwalt SW/Emmental  
Dr. Beat Eisner  
Carlo Scoto Lavizzari LL.M. (Köln)  
Dr. Lucas Huber  
Dr. Andrea Eisner-Kofler  
Dr. Cristine von Holzen  
Dr. Damian Schie  
Dr. Philipp Ziegler, Dr. Beate Wehr

#### Erfurt

Rechtsanwälte:  
Bernd Gindorf  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
Jan-Helge Kessel  
Fachanwalt für Miet- und WEG-Recht  
Dr. Ingo Volgraf  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

In Kooperation mit:  
CL Wirtschaftsprüfung und  
Steuerberatung GmbH & Co. KG  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Karlsruhe

#### Karlsruhe

Dougläser 11-15,  
76133 Karlsruhe  
Telefon +49 721 91250-0  
Telefax +49 721 91250-22  
karlsruhe@caemmerer-lenz.de  
www.caemmerer-lenz.de

#### Basel

Eberhardstr. 15  
4010 Basel / Schweiz  
Telefon +41 61 2721330  
Telefax +41 61 2721485  
cl@clwz.ch  
www.clwz.ch

#### Erfurt

Anger 78/79  
99084 Erfurt  
Telefon +49 361 55926-0  
Telefax +49 361 55926-86  
erfurt@caemmerer-lenz.de  
www.caemmerer-lenz.de

## Inhalt

<b>I. Gegenstand und Anlass dieses Rechtsgutachtens</b> .....	<b>3</b>
<b>II. Der Windenergieerlass als bloße Verwaltungsvorschrift</b> .....	<b>3</b>
<b>III. Zur Rechtslage vor und nach der Änderung des Landesplanungsgesetzes 2012</b> .....	<b>3</b>
<b>(3.1.1 und 3.1.2 im Windenergieerlass)</b> .....	<b>3</b>
1. Kritik und Bedenken der Regionalverbände .....	4
2. Gesetzesänderung trotz Bedenken.....	5
3. Verstoß gegen Unions- und Bundesrecht .....	5
<b>IV. Zur Planung und Zulassung von Windenergieanlagen in Naturparkflächen</b> .....	<b>19</b>
<b>(4.2.4 im Windenergieerlass)</b> .....	<b>19</b>
1. Umsetzung dieser Vorgabe .....	19
2. Rechtliche Bedenken.....	20
<b>V. Zur Beeinträchtigung des Landschaftsbildes</b> .....	<b>21</b>
<b>(4.2.6 und 5.6.4.1.1 im Windenergieerlass)</b> .....	<b>21</b>
1. Verzerrende Darstellung .....	21
2. Erhebliche Beeinträchtigung.....	22
3. Nicht ausgleichbare Beeinträchtigung .....	24
4. Abwägung .....	24
5. Verunstaltung.....	28
6. Zur Umweltprüfung.....	29
<b>VI. Zur Umweltverträglichkeitsprüfung</b> .....	<b>30</b>
<b>(5.3 im Windenergieerlass)</b> .....	<b>30</b>
1. Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen .....	31
2. Erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen .....	31
<b>VII. Resumee</b> .....	<b>36</b>
<b>Anlage 1</b> .....	<b>37</b>
<b>Anlage 2</b> .....	<b>38</b>
<b>Anlage 3</b> .....	<b>39</b>
<b>Anlage 4</b> .....	<b>40</b>

## I.

### **Gegenstand und Anlass dieses Rechtsgutachtens**

Gegenstand dieses Rechtsgutachten ist der Windenergieerlass Baden-Württemberg vom 9. Mai 2012 und die darauf basierende Praxis im Zusammenhang mit der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Baden-Württemberg. Der Windenergieerlass hat sich bereits im Hinblick auf die Ausführungen zum Artenschutz als korrektur- und ergänzungsbedürftig erwiesen, so dass sich – auch wegen der Behördenpraxis in den letzten Monaten und Jahren – die Frage stellt, wie sich dies bezüglich des Schutzguts „Landschaftsbild“ verhält. Im Windenergieerlass werden die Auswirkungen auf das Schutzgut „Landschaftsbild“ insbesondere unter zwei Gesichtspunkten thematisiert: unter 4.2.6 im Zusammenhang mit Planungen und unter 5.6.2.3 sowie 5.6.4.1.1 im Zusammenhang mit der (konkreten) Anlagengenehmigung.

## II.

### **Der Windenergieerlass als bloße Verwaltungsvorschrift**

Es handelt es sich bei dem für „verbindlich“ erklärten Windenergieerlass lediglich um eine Verwaltungsvorschrift, die nicht in der Lage ist, das vorrangige Gesetzesrecht (einschließlich des Unionsrechts) zu verdrängen. Die folgenden Ausführungen gehen auf einzelne Kapitel dieser Verwaltungsvorschrift im Zusammenhang mit dem Thema „Landschaftsbild“ ein.

## III.

### **Zur Rechtslage vor und nach der Änderung des Landesplanungsgesetzes 2012 (3.1.1 und 3.1.2 im Windenergieerlass)**

Der Landesgesetzgeber hat mit dem Gesetz vom 22. Mai 2012 das Landesplanungsgesetz geändert. Diese Änderungen werden im Windenergieerlass stichwortartig wiedergegeben. Unter 3.1.1 und unter 3.1.2 heißt es:

*„Das Landesplanungsgesetz in der Fassung vom 10. Juli 2003 (GBl. S. 385) sah in § 11 Abs. 7 S. 1 2. HS vor, dass im Regionalplan die Standorte für regional bedeutsame Windenergieanlagen als Vorranggebiete und die übrigen Gebiete der Region als Ausschlussge-*

*bierte, in denen regional bedeutsame Windenergieanlagen nicht zulässig sind, festgelegt werden. [...] Die Windenergieanlagen der heutigen Generation sind regelmäßig regionalbedeutsam. [...] Die Änderung des Landesplanungsgesetzes sieht dazu Folgendes vor: die Regionalplanung kann Festlegungen zu Standorten regionalbedeutsamer Windenergieanlagen nur noch in Form von Vorranggebieten treffen. Die Festlegung von Ausschlussgebieten ist nicht mehr möglich. [...] Städte und Gemeinden erhalten damit die Möglichkeit zur eigenen planerischen Steuerung von Windenergieanlagen in ihren Flächennutzungsplänen. [...] Sonst könnte das Ziel eines deutlichen und zeitnahen Ausbaus der Windenergie nicht erreicht werden.* [Hervorh. d. d. Verf.]

## **1. Kritik und Bedenken der Regionalverbände**

Die vorstehend zitierte Begründung dieser Gesetzesänderung zeigt bereits, dass damit ein politisches Ziel verfolgt wird, indem die durchdachte und über Jahre gewachsene – und durch komplexe, wohl überlegte Abwägungsprozesse zustande gekommene – Regionalplanung gewissermaßen mit einem Federstrich beseitigt wird. Dementsprechend kritisch haben sich auch die Regionalverbände geäußert. Nur auszugsweise werden im Folgenden einige der nahezu einhellig kritischen Äußerungen wiedergegeben (nach der veröffentlichten Anhörungssynopse zur Gesetzesänderung).

Arbeitsgemeinschaft der Regionalverbände:

*„Durch den Gesetzentwurf besteht die Gefahr, dass der ganzheitliche Ansatz der Regionalplanung verloren geht [...] Die Strategische Umweltprüfung bedarf der Ergänzung. Der Betrachtungsmaßstab muss auf regionale Ebene herunter gebrochen werden.“* [Hervorh. d. d. Verf.]

Verband Region Stuttgart:

*„Durch ‚Verlust‘ der Ausweisung von Ausschlussgebieten wird eine Reduzierung der Eingriffsintensität in Bezug auf das Landschaftsbild erschwert. Weder die Bündelung von Einzelanlagen, noch der Schutz von Siedlungsanlagen vor Umzingelung kann gewährleistet*

werden. Die möglichst umweltschonende Inanspruchnahme des Freiraums kann planerisch nicht mehr erreicht werden [...] Umweltbericht genügt nicht den Anforderungen eines regionalplanerischen Verfahrens.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

Regionalverband Mittlerer Oberrhein:

„[...] ist nicht nachhaltig, der von den Regionalverbänden geordnete Ausbau ist langfristig und akzeptiert. [...] Umweltbericht ist unzureichend, Beschränkung auf geringen Detaillierungsgrad nicht sachgerecht.“ [Hervorh. d. d. Verf.]

## 2. Gesetzesänderung trotz Bedenken

Die Landesregierung hat dies jedoch nicht von dem Vorhaben abgebracht. Das Landesplanungsgesetz wurde im Wesentlichen wie folgt geändert:

- Die von den Regionalverbänden als Raumordnungsziel festgelegten Vorrang- und Abschlussgebiete für Windenergieanlagen werden aufgehoben (Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes vom 22.05. 2012);
- die Regionalverbände sind künftig ausschließlich dazu ermächtigt, Vorranggebiete für raumbedeutsame Windenergieanlagen festzulegen (§ 11 Abs. 7 LplG);
- den Regionalverbänden wird untersagt, den im Landesentwicklungsplan als Ziel der Raumordnung festgelegten Plansatz 4.2.7 „in windhöffigen Gebieten sollen durch die Regionalplanung Bereiche ausgewiesen werden, in denen die Gewinnung von Windenergie Vorrang vor entgegenstehenden Raumnutzungen hat“ zu konkretisieren (§ 11 Abs. 2 S. 4 LplG).

## 3. Verstoß gegen Unions- und Bundesrecht

Mittlerweile ist zu konstatieren, dass sich die von den Regionalverbänden geäußerten Bedenken als zutreffend erwiesen haben. Sie sind auch rechtlich begründet. Denn die Gesetzesänderung

verstößt – unter mehreren Gesichtspunkten – gegen höherrangiges Recht.

### 3.1

Im Umweltbericht zur Änderung des Landesplanungsgesetzes heißt es, dass für die gesetzliche Änderung zwar eine Umweltprüfung nach Art. 3 der Richtlinie 2001/42/EG (im Folgenden: SUP-Richtlinie) erforderlich sei. Allerdings würden keine konkreten Standortentscheidungen für Windkraftanlagen getroffen, sondern es werde anstelle des bisherigen regionalplanerisch festgelegten Rahmens ein anderer Rahmen vorgegeben. Unmittelbare Auswirkungen seien erst durch die Errichtung von Windkraftanlagen im konkreten Einzelfall denkbar. Deshalb könne eine Bestandsaufnahme noch im Rahmen der zeitlich nachfolgenden Umweltprüfungen (etwa im immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren) erfolgen. Die Gesetzesänderung sei erforderlich, da andernfalls die bisherigen Festlegungen von flächendeckenden Vorrang- und Ausschlussgebieten in den Regionalplänen bestehen bleiben würden. Ein rascher und mengenmäßig deutlicher Ausbau der Windkraftnutzung im Land sei so nicht zu erreichen.

### 3.2

Die dem Gesetz zugrunde liegende Annahme, dass durch die Gesetzesänderung selbst keine Beeinträchtigung von Umweltschutzgütern ausgelöst werden könne, war von vornherein unzutreffend und sie ist es auch heute noch, wie die Entwicklung in den letzten Jahren und Monaten bestätigt. Entgegen dieser Annahme bringt bereits die Gesetzesänderung (und nicht erst konkrete Standortgenehmigungen) massive Auswirkungen mit sich. Denn damit entfällt für die Regionalplanung der Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, der das zentrale Instrument zur positiven und negativen Steuerung von der Windenergienutzung ist.<sup>1</sup> Ein schlüssiges Plankonzept für die gesamte Region oder große Teilräume des Verbandsgebiets kann durch die isolierte Festlegung von Vorranggebieten nämlich nicht (mehr) entstehen.<sup>2</sup> Die zugunsten überörtlicher Interessen von höherem Gewicht zulässige Einschränkung der Planungshoheit ist für Windkraftanlagen zurückgenommen worden, so dass der Anspruch der Landes- und Regionalplanung, alle auftretenden Nutzungsansprüche an den Raum zusammenzufassen und sämtliche raumbedeutsamen Belange durch verbindliche Vorgaben für die nachgeordneten Planungsstufen zu lenken und zu

---

<sup>1</sup> *Nonnenmacher*, Die Windenergienovelle des Landesplanungsgesetzes: Chancen und Risiken für die Kommunen (1. Teil), VBIBW 2012, 256, 257; *Köck*, Planungsrechtliche Anforderungen an die räumliche Steuerung der Windenergienutzung, ZUR 2010, 507.

<sup>2</sup> *Nonnenmacher*, VBIBW 2012, 256, 257.

koordinieren, insoweit aufgegeben wird.<sup>3</sup> Es wird den Regionalverbänden damit unmöglich gemacht, im Regionalplan die Grundaussage des Landesentwicklungsplans zur Stärkung der Windkraftnutzung zu relativieren. Dies bringt es mit sich, dass es dann aber auch nahezu unmöglich ist, etwa die regionalen Interessen an einer Tourismusförderung oder dem Erhalt und der Weiterentwicklung einer Erholungslandschaft stärker zu betonen,<sup>4</sup> wofür aber beispielsweise im Schwarzwald ein großes Bedürfnis besteht.

### 3.3

Die Einschätzung des Gesetzgebers war offensichtlich von der Vorstellung geprägt, dass von der Gesetzesänderung lediglich eine vorgelagerte Planungsentscheidung betroffen ist, die durch die nachgelagerten Entscheidungen – auf unteren Ebenen – konkretisiert wird.<sup>5</sup> Dabei bleibt allerdings außer Betracht, dass auf der Ebene der Raumordnungsplanung bei der Steuerung der Windenergie Umweltvorsorgeaspekte gerade im Zusammenhang mit der Aufgabe der Entwicklung, Sicherung und Ordnung im überörtlichen räumlichen Kontext eine wichtige Rolle spielen.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber hat übersehen – oder aus politischen Gründen ignoriert –, dass gerade durch den Wegfall der planerischen Ausschlusswirkung die Aspekte der Umweltvorsorge und Konfliktvermeidung zum Nachteil der bei der Konzentrationsplanung berücksichtigten Umweltschutzgüter massiv und nachhaltig leiden.<sup>7</sup> Diese Aspekte haben (vor der Gesetzesänderung) nicht nur in der Ausweisung von Vorranggebieten für Natur- und Freiraumschutz ihren Niederschlag gefunden, sondern sie haben auch bei der Bestimmung der räumlichen Tragweite der Ausschlusswirkung eine ausschlaggebende Bedeutung gehabt.<sup>8</sup>

### 3.4

Darüber hinaus bleibt unberücksichtigt, dass eine Agglomeration von Einzelvorhaben mit ihren über das Einzelvorhaben hinausgehenden Folgewirkungen ohne Konzentrationsplanung auf regi-

---

<sup>3</sup> So pointiert *Nonnenmacher*, VBIBW 2012, 256, 257; vgl. auch *Krappel/Freiherr von Süßkind-Schwendi*, Die planerische Steuerung von Windenergieanlagen – neue Entwicklungen im Planungsrecht der Bundesländer, ZfBR-Beil. 2012, 65 ff. sowie *Spannowsky*, Steuerung der Windkraftnutzung unter veränderten landespolitischen Vorzeichen, ZfBR-Beil. 2012, 53 ff.

<sup>4</sup> *Nonnenmacher*, VBIBW 2012, 256, 257.

<sup>5</sup> *Spannowsky*, ZfBR-Beil. 2012, 53, 61.

<sup>6</sup> *Spannowsky*, a.a.O.

<sup>7</sup> *Spannowsky*, a.a.O.

<sup>8</sup> *Spannowsky*, a.a.O.

onaler Ebene nicht sachgerecht gesteuert werden kann.<sup>9</sup> Denn das Prüfprogramm des § 35 BauGB ist einzelfallbezogen, so dass die Zulassungsschranken bezüglich dieser überörtlicher Belange nicht hinreichend sind, was das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit dem interkommunalen Abstimmungsgebot erläutert hat.<sup>10</sup> Diese Problematik verschärft sich noch, wenn die Kommunen nicht oder rechtsfehlerhaft (und damit ohne Steuerungswirkung) planen.<sup>11</sup>

### 3.5

Auch ermöglicht es die Gesetzesänderung, dass die im Interesse der Biodiversität anzustrebende Erhaltung und Pflege von Lebensraumkorridoren und -netzwerken durch die Aufhebung der Ausschlusswirkung der landesplanerischen Konzentrationsplanung leidet.<sup>12</sup>

### 3.6

Übersehen (oder ignoriert) wurde offenbar auch, dass die Gemeinden auf der Basis der Bauleitplanung gar nicht in der Lage sind, die gleiche Steuerungswirkung zu erzeugen wie die Landesplanung. Eine Kompensation des dargestellten Steuerungsdefizits lässt sich durch den Verweis auf die kommunale Konzentrationsplanung nicht herstellen. Denn die Gemeinden können diesen Belang zwar (soweit dort die notwendigen Informationen vorliegen) im Rahmen der Abwägung anführen, nicht aber zum Anlass für eine Konzentrationsplanung zur Wahrnehmung ihrer städtebaulichen Aufgabe nehmen.<sup>13</sup> Denn die jeweiligen Planungsträger können sich für die jeweilige Planung nur auf solche Ausschlussgründe stützen, die sie im Rahmen ihrer Planung zu berücksichtigen haben. Eine Gemeinde kann den Ausschluss der Windkraftnutzung nicht auf raumfunktionelle oder -strukturelle Gründe, wie etwa den Schutz eines gemeindegebietsüberschreitenden Waldes stützen, wenn diese nicht Teil der maßgeblichen Raumordnungsplanung sind.<sup>14</sup> So kann zwar die Erhaltung des Waldes auch ein städtebaulicher Belang (im Rahmen der kommunalen Planung) sein, nicht aber die Erhaltung und der Schutz eines in der Nähe befindlichen regional-

---

<sup>9</sup> *Spannowsky*, a.a.O.

<sup>10</sup> BVerwG, Beschl. v. 22. Dezember 2009 – 4 B 25/09 – (FOC Zweibrücken), juris Rn. 6: „Der Senat hat ausgeführt, dass ein qualifizierter Abstimmungsbedarf im Sinne des § 2 Abs. 2 BauGB ein starkes Anzeichen dafür ist, dass die Zulassungsschranken, die § 35 Abs. 3 BauGB aufrichtet, nicht ausreichen, um ohne planerische Abwägung eine Entscheidung über die Zulässigkeit des beabsichtigten Vorhabens treffen zu können (Urteil vom 1. August 2002 - BVerwG 4 C 5.01 - a.a.O., juris Rn. 22)“. Siehe auch *Spannowsky*, a.a.O.

<sup>11</sup> Vgl. *Spannowsky*, a.a.O.

<sup>12</sup> *Spannowsky*, a.a.O.

<sup>13</sup> *Spannowsky*, a.a.O.

<sup>14</sup> *Spannowsky*, ZfBR-Beil. 2012, 53, 62.

bedeutsamen Waldes.<sup>15</sup> Auch kann eine Gemeinde nicht im Rahmen der Bauleitplanung Naturschutzfachplanung betreiben und anstelle der zuständigen Naturschutzbehörden naturschutzfachliche Anforderungen zur Rechtfertigung einer Ausschlusskonzeption heranziehen (wenn diese keine naturschutzfachliche Abstützung finden).<sup>16</sup> Auch insofern ist *Spannowsky* zuzustimmen, wenn er ausführt, dass eine Gemeinde nicht „anstelle des regionalen Planungsträgers Raumordnungsplanung betreiben [könne]“.<sup>17</sup> All dies zeigt, dass der Verzicht auf eine raumordnungsplanerische Steuerung keineswegs durch eine kommunale Planung kompensiert werden kann – erst recht nicht, wenn eine Kommune nicht plant und auf eine bauplanerische Steuerung der Windkraftnutzung verzichtet oder wenn die kommunale Planung an einem beachtlichen Fehler leidet. Denn dann tritt der Genehmigungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB an die Stelle des nicht vorhandenen oder unwirksamen Plans, was zur Zulässigkeit einer größeren Anzahl von Windenergieanlagen führen kann, da im Genehmigungsverfahren nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB planerische Vorsorgeabstände nicht von Belang sind.<sup>18</sup> Soweit also überhaupt von einer neu gewonnenen Lenkungscompetenz der Kommune die Rede sein kann, wäre diese dann wieder verloren<sup>19</sup> – allerdings ohne dass die Lenkungscompetenz des Regionalverbandes wieder auflebt. Es bleibt bei dem planerischen Defizit mit den dargestellten massiven Auswirkungen.

### 3.7

Dass dieses Steuerungsdefizit massive Folgen hat, wird auch anhand der Regelungssystematik des § 35 BauGB deutlich. Das Bundesverwaltungsgericht hat etwa in seinem Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15/01 – verdeutlicht, dass die im Gesetz vorgesehene Privilegierung von Windenergieanlagen nicht verabsolutiert werden darf (dort etwa unter juris Rn. 52 f.). Zurückstehen müssen aufgrund des dargestellten Defizits Belange, die nur aufgrund des Planvorbehalts

---

<sup>15</sup> *Spannowsky*, a.a.O.

<sup>16</sup> *Spannowsky*, a.a.O.

<sup>17</sup> *Spannowsky*, a.a.O.; Das OVG Berlin-Brandenburg hat im Urteil vom 24. Februar 2011 – OVG 2 A 2.09 – unter juris Rn. 36 folgendes ausgeführt: „Darüber hinaus steht der Annahme eines Verstoßes gegen die Anpassungspflicht des § 1 Abs. 4 BauGB [...] auch der Umstand entgegen, dass die Regionale Planungsgemeinschaft nach den Feststellungen des Senats in den genannten Urteilen eine von ihr möglicherweise bezweckte innergebietliche Steuerungswirkung der Ausweisung der Windeignungsgebiete dadurch selbst konterkariert und im Ergebnis ausgehöhlt hat, dass sie sich einer eigenen Abwägung von Belangen, die bereits auf der Ebene der Regionalplanung erkennbar waren, bewusst enthalten und die Konfliktbewältigung weitgehend auf die kommunale Bauleitplanung bzw. das immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigungsverfahren verlagert hat.“ Daraus wird ebenfalls die Bedeutung der Zuordnung zu einer Planungsebene deutlich.

<sup>18</sup> *Nonnenmacher*, VBIBW 2012, 256, 258.

<sup>19</sup> *Nonnenmacher*, a.a.O.

konkretisiert werden können.<sup>20</sup> Das gerade im Planungsrecht tragende Modell der der Gegenüberstellung und Abwägung öffentlicher Belange gerät somit in eine Schiefelage – verursacht durch das Steuerungsdefizit, das die Gesetzesänderung (und nicht erst die konkrete Standortplanung) mit sich bringt. Dies führt in Baden-Württemberg dazu, dass besondere raumstrukturell bedeutsame Schutzgüter etwa im Schwarzwald oder auf der Schwäbische Alb der „Jagd nach Windenergiestandorten“ geopfert werden.<sup>21</sup>

### 3.8

Das dargestellte Planungsdefizit potenziert sich allerdings noch, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Landschaftsplanung, die eine ganz wesentliche Grundlage der Regionalplanung darstellt, entgegen der gesetzlichen Vorgaben nicht (weiter) betrieben wird.

#### 3.8.1

Zur Rolle der Landschaftsplanung im Zusammenhang mit der Regionalplanung formuliert *Hager*<sup>22</sup> treffend:

*„Der gesamte räumliche und fachübergreifende Ansatz der Regionalplanung besitzt deutliche Vorteile gegenüber kleinräumlichen und vorhabenbezogenen Lösungen. Er kann über Gemeindegrenzen hinweg, an Naturräumen und Biotopstrukturen ausgerichtete Konzepte verfolgen [...]. Die fachliche Grundlage liefern die Landschaftsrahmenpläne [...].“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

Diese fachliche Grundlage fehlt allerdings, so dass sich die negativen Folgen durch das oben dargestellte Steuerungsdefizit noch deutlich verstärken. Denn bei der Landschaftsplanung handelt es sich der Sache nach um eine Querschnittsplanung mit einer Vorlauffunktion insbesondere für die gesamträumliche Planung.<sup>23</sup> Durch die Bestandsaufnahme und auch durch die Erarbeitung der erforderlichen Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege ist sie Grundlage insbesondere sonstiger Planungen, ohne die eine angemessene Berücksichtigung der Belange

<sup>20</sup> *Spannowsky*, ZfBR-Beil. 2012, 53, 62.

<sup>21</sup> *Spannowsky*, a.a.O.

<sup>22</sup> *Hager*, Landesplanungsrecht in Baden-Württemberg, § 11 Rn. 79.

<sup>23</sup> *Kuchler/Spieler* in: *Redeker/Uechtritz*, Anw.-Hdlb. Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., D. Natur- und Landschaftsschutzrecht m.w.N.

des Naturschutzes und der Landschaftspflege häufig nicht möglich wäre.<sup>24</sup>

### 3.8.2

In den Flächenländern ist die Landschaftsplanung mehrstufig aufgebaut. Die überörtlichen Ziele, Erfordernisse und Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege werden für das Gebiet eines Landes im Landschaftsprogramm, für Teile des Landes in Landschaftsrahmenplänen und für die kommunale Bauleitplanung in Landschaftsplänen festgelegt. Ihre Aufstellung bzw. ihre Fortschreibung ist obligatorisch: Nach § 9 Abs. 4 BNatSchG bzw. nach den §§ 11 f. NatSchG BW sind die Landschaftspläne, also auch die Landschaftsrahmenpläne, fortzuschreiben. Insofern kann auch auf die Ausführungen der LUBW verwiesen werden:

*„Landschaftspläne sind gem. § 9 Abs. 4 BNatSchG fortzuschreiben. Die Fortschreibung sollte sich sinnvollerweise auf diejenigen Bereiche beschränken, die von den wesentlichen Veränderungen in der Landschaft betroffen sind. [...] So ist eine Fortschreibung bei folgenden Anlässen sinnvoll:*

- *Veränderung des Nutzungsdrucks und des Bedarfs an kommunaler Entwicklung,*
- *Änderungen der Situation von Natur und Landschaft,*
- *Notwendigkeiten oder Wünsche zur Förderung von Natur und Landschaft,*
- *Wunsch nach Bündelung der Instrumente,*
- *Wunsch nach Weiterentwicklung und Ausbau des Planungsinstrumentariums,*
- *Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]<sup>25</sup>*

Es dürfte unstrittig sein, dass mit dem vorgesehenen Ausbau der Windenergie in Baden-Württemberg enorme Landschaftsveränderungen einhergehen. In diesem Zusammenhang ist auch auf eine Veröffentlichung des Nachhaltigkeitsbeirates Baden-Württemberg (NBBW) vom 23. Mai 2012 hinzuweisen. Dort heißt es u.a.:

*„In Baden-Württemberg soll vor allem der Ausbau der Windenergie forciert werden. Der Beirat empfiehlt generell Augenmaß in der Umsetzung und eine zeitliche Staffelung bei der*

<sup>24</sup> Kuchler/Spieler, a.a.O.

<sup>25</sup> <https://www.lubw.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/42943/>

*Planung der Windkraftstrategie im Land. Windräder mit Höhen von 180 m (ungefähr vergleichbar mit dem Ulmer Münster) sind großtechnische Anlagen, mit denen man erst Erfahrung sammeln muss. Zudem werden die geplanten Windkraftanlagen Landschaftsbild und -eindruck dauerhaft verändern. Der Beirat weist darauf hin, dass die Erreichung des prinzipiell sehr wünschenswerten Ausbauzieles dieser regenerativen Energiequelle und dem dadurch angestrebten Klimaschutzbeitrag des Landes nicht durch eine signifikante und für viele inakzeptable Veränderung des Landschaftseindrucks erkauft werden darf. Um zu vermeiden, dass beim Ausbau der Windenergie in einem Eilverfahren irreversible räumliche Entscheidungen für die nächsten Jahrzehnte getroffen werden, sollte deshalb nach Inkrafttreten der Novellierung des Landesplanungsgesetzes ein mindestens einjähriges Moratorium festgelegt werden, um besonders geeignete Standorte zu identifizieren.“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

### 3.8.3

Wenn man sich nun vor diesem Hintergrund vergegenwärtigt, dass die Regionalpläne durch die Gesetzesänderung teilweise aufgehoben wurden und dass gerade diese Pläne als Abwägungsgrundlage eine Landschaftsrahmenplanung – die zwingend vorgeschrieben ist (§ 10 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG) – besaßen, so wird einmal mehr deutlich, welche massive Folgen mit der Gesetzesänderung einher gehen – erst recht, wenn auch insofern keine Kompensation erfolgt. Zwingende gesetzliche Vorgaben werden zugunsten der Windenergie zurückgestellt.

### 3.8.4

Auch ein Hinweis auf die zwingende Fortschreibung kommunaler Landschaftspläne bei Teilfortschreibungen von Flächennutzungsplanungen zur Windenergie fehlt im Windenergieerlass. Auch hier wird deutlich, dass der Verweis auf Konkretisierung der Strategischen Umweltprüfung in nachgeordneten Planungen ins Leere läuft.

### 3.9

Die Gesetzesänderung verstößt insbesondere aus diesen Gründen gegen Unionsrecht, insbesondere gegen die SUP-Richtlinie.

### 3.9.1

Es ist angesichts der vorstehenden Ausführungen nicht haltbar, wenn es im Umweltbericht zur Gesetzesänderung zwar heißt, dass für die gesetzliche Änderung eine Umweltprüfung nach Art. 3 der Richtlinie 2001/42/EG erforderlich sei, dass unmittelbare Auswirkungen aber erst im konkreten Einzelfall, also etwa im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren abgearbeitet werden könnten. Es wurde oben dargelegt, dass dieses „Verschieben“ der Konfliktprüfung und -bewältigung auf das konkrete Genehmigungsverfahren gerade nicht möglich ist, ohne dass die im Hinblick auf die überörtlichen Aspekte zu prüfenden Auswirkungen „unter die Räder geraten“. Auf die obigen Ausführungen wird insofern verwiesen.

### 3.9.2

Der lediglich acht Seiten umfassende Umweltbericht („Umweltbericht der Landesregierung zur Aufhebung der in den Regionalplänen bestehenden Vorrang- und Ausschlussgebiete für Standorte regionalbedeutsamer Windkraftanlagen“<sup>26</sup>) behandelt erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen entweder überhaupt nicht oder aber inhaltlich unzureichend. Erforderlich sind

- eine Bestandsauffassung und Analyse des Umweltzustandes (Lit. b, Anhang I, Art. 5 Abs. 1 der SUP-Richtlinie);
- Darlegung der Ziele des Umweltschutzes nach Unionsrecht und nach nationalem Recht (Lit. e, Anhang I, Art. 5 Abs. 1 der SUP-Richtlinie);
- Konfliktbenennung und -bewältigung (Lit. f und g, Anhang I, Art. 5 Abs. 1 der SUP-Richtlinie);
- Darstellung von Alternativen (Lit. h, Anhang I, Art. 5 Abs. 1 der SUP-Richtlinie);
- Maßnahmen zur Verhinderung von Beeinträchtigungen (Lit. g, Anhang I, Art. 5 Abs. 1 der SUP-Richtlinie);
- Maßnahmen zur Umweltüberwachung (Lit. i, Anhang I, Art. 5, Abs. 1 der SUP-Richtlinie);

---

<sup>26</sup> GBl. vom 25. Mai 2012

All diesen Anforderungen wird die Gesetzesänderung angesichts ihrer massiven Auswirkungen offensichtlich und in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Begründet wird die Aufhebung alleine mit dem politisch gewünschten raschen Ausbau der Windenergie – so als wären angesichts dieses Ziels alle rechtlichen Maßgaben hinfällig. Dies trifft indes nicht zu, umso mehr, als die SUP-Richtlinie gerade den Zweck hat, Konflikte möglichst frühzeitig zu erkennen und auf der entsprechenden Planungsstufe zu vermeiden oder zu bewältigen. Dem läuft die Gesetzesänderung diametral entgegen.

### 3.9.3

Auch der Abschlussbericht („Abschlussbericht zur Strategischen Umweltprüfung zur Aufhebung der in den Regionalplänen bestehenden Vorrang- und Ausschlussgebiete für Standorte regionalbedeutsamer Windkraftanlagen“<sup>27</sup>) ist zu beanstanden.

#### 3.9.3.1

Unter 1 heißt (auf S. 2) es, dass sich die Landesregierung an den Vorgaben des § 2a LplG orientiert habe und dass angesichts der Tatsache, dass eine Fläche von rund 23.198 m<sup>2</sup> betroffen sei, hinsichtlich der Untersuchungstiefe und -breite ein geringer Detaillierungsgrad festgelegt werde. Dies ist schon deshalb zu beanstanden, weil dieses Vorgehen nicht konsistent ist. Denn wenn sich der Gesetzgeber letztlich dafür entscheidet, die von den Regionalverbänden als Raumordnungsziel festgelegten Vorrang- und Ausschlussgebiete durch Gesetz aufzuheben (vgl. Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes vom 22. Mai 2012), dann kann nicht zugleich argumentiert werden, dass – eben wegen der Regelung durch Gesetz – eine große Fläche betroffen sei und dass deshalb der Detaillierungsgrad gering sein könne. Es ist der Entscheidung, Raumordnungsziele in sämtlichen Regionalplänen des Landes Baden-Württemberg durch ein im gesamten Bundesland Geltung beanspruchendes Gesetz aufzuheben, immanent, dass dann auch sämtliche von der Aufhebung betroffene Räume hinsichtlich der Auswirkungen zu berücksichtigen sind. Dem Erfordernis, die voraussichtlichen erheblichen Auswirkungen darzustellen, wird die Festlegung eines nur geringen Detaillierungsgrades nicht gerecht (vgl. Art. 5 Abs. 1 und 2 der SUP-Richtlinie). Zudem lagen durchaus Daten im landesplanerischen Maßstab vor und hätten

---

<sup>27</sup> GBl. vom 25. Mai 2012

auch ausgewertet werden können.<sup>28</sup>

### 3.9.3.2

Im Hinblick auf die einschlägigen Fachgesetze heißt es unter 2.2 des Abschlussberichts, dass zu der Art, wie die Ziele und Belange (z.B. der Schutz des Landschaftsbildes) berücksichtigt werden, alle relevanten Belange in die planerische Abwägung eingestellt worden seien. Allerdings wird auch darauf verwiesen, dass dem geringen Detaillierungsgrad und dem Umstand, dass keine konkreten Standorte bestimmt werden, Rechnung getragen werden müsse. Auch insofern ist etwa mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 und 2 der SUP-Richtlinie einzuwenden, dass insbesondere durch die Aufhebung der Ausschlussflächen für Windenergieanlagen die Ziele der Fachgesetze massiv und direkt betroffen sind. Auch sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Ausschlussgebiete gerade wegen der Vorgaben in den jeweiligen Fachgesetzen zustande kamen. Es liegt daher auf der Hand, dass die Beseitigung der – in komplexen und wohl überlegten Abwägungsprozessen – zustande gekommenen Ausschlussflächen durch Gesetz eben diese fachgesetzlichen Vorgaben betrifft.

### 3.9.3.3

Unter 2.3.1 des Abschlussberichts wird erläutert, dass wegen des geringen Detaillierungsgrades eine Bestandsaufnahme der einschlägigen Aspekte des Umweltzustands mit vertretbarem Aufwand nicht durchgeführt werden könne. Auch insofern kann auf die bereits dargestellte Kritik verwiesen werden, zumal entsprechende Daten vorlagen.

### 3.9.3.4

Im Rahmen der Prognose über die Entwicklung unter 2.3.2 wird ausgeführt, dass der Zubau von Windenergieanlagen zu langsam stattfinden würde. Ins Hintertreffen gerät hier aber wieder, dass gerade dem Schutz des Landschaftsbildes nicht hinreichend Rechnung getragen wird, wenn ausgeführt wird, dass dieser Aspekt im Rahmen des (dafür nicht hinreichenden) immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens zu prüfen sei. Der Verweis auf die Kommunalplanung führt, wie gezeigt, nicht weiter. Soweit ausgeführt wird, dass schwerwiegende Beeinträchtigungen durch die Berücksichtigung in den Planungs- und Genehmigungsverfahren vermieden werden könnten,

---

<sup>28</sup> Siehe die LUBW-Daten zu Naturschutz, Materialien zum Entwurf eines Landschaftsrahmenprogramms 2002, Daten der Forstverwaltung usw.

trifft dies nicht zu. Es fehlt gerade an landesplanerischen Zielsetzungen, so dass für die unteren Ebenen gar nicht die Möglichkeit besteht dem Gebot der Anpassung an übergeordnete Planungen zu folgen.

#### 3.9.3.5

Soweit unter 2.3.3 des Abschlussberichts auf die Vermeidung und Verringerung von nachteiligen Auswirkungen abgestellt wird, wird im Wesentlichen lediglich auf das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren (in Verbindung mit dem Windenergieerlass) verwiesen. Das geschilderte Problem, auf das seinerzeit auch die Regionalverbände mit deutlichen Worten hingewiesen haben, wird ausgeblendet. Sehr deutlich kommt dies auch bei den Erläuterungen zum Umgang mit den Stellungnahmen zum Ausdruck. So heißt es unter 3.3 des Abschlussberichts (S. 321) zum Landschaftsbild, dass nur die Aufhebung der Vorrang- und Ausschlussgebiete und damit „nur“ die planungsrechtlichen Voraussetzungen geregelt werden.

#### 3.9.3.6

Die Darstellung der in Betracht kommenden anderweitigen Möglichkeiten begnügt sich im Kern damit, festzustellen, dass der Verzicht auf die Aufhebung der Ausschlussflächen dem Ziel des schnellen Ausbaus der Windenergie entgegenstehen würde. Dies ist aber keine fachliche Begründung zur Vermeidung von Umweltbeeinträchtigungen durch Alternativen, wie dies aber von der SUP-Richtlinie verlangt wird (vgl. Lit. h, Anhang I, Art. 5 Abs. 1 der SUP-Richtlinie). Eine Auseinandersetzung mit Alternativen wie beispielsweise der Förderung anderer regenerativer Energien, der Energieeinsparung, der Energieeffizienz findet gar nicht erst statt.

#### 3.9.3.7

Auch die Ausführungen zum Monitoring unter 2.4 greifen zu kurz. Der Verweis auf das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren ist auch insofern nicht überzeugend. Denn in allen bislang bekannten Verfahren wird der Schutz des Landschaftsbildes nicht so wie erforderlich (für die Abwägung) aufbereitet, geschweige denn einem Monitoring unterzogen. Dies ist auf der unteren Ebene – aus den dargelegten Gründen – auch kaum möglich; es fehlen überörtliche Daten. Zu beanstanden ist auch, dass das Landschaftsbild in den Ausführungen unter 2.4 offensichtlich lediglich in seiner Funktion für den Tourismus wahrgenommen wird (es handelt sich primär aber um ein Umweltschutzgut). Auch sei darauf hingewiesen, dass mittlerweile eine landesweite Be-

wertung der landschaftsästhetischen Qualität (Uni Stuttgart / LUBW) vorliegt. Dies war zum Zeitpunkt der hier gegenständlichen Gesetzesänderung bereits beauftragt. Hier hätte ein Monitoring für nachfolgende vergleichende Bewertungsintervalle festgelegt werden müssen. Auch dies ist unterblieben.

#### 3.9.4

Da die Umweltprüfung, wie oben gezeigt, wesentliche Auswirkungen nicht erfasst und insofern auch die erforderliche Öffentlichkeitsbeteiligung nicht hinreichend gewesen ist,<sup>29</sup> dürfte auch Verstoß gegen Art. 6 der SUP-Richtlinie vorliegen.

#### 3.9.5

Mangels hinreichender Öffentlichkeitsbeteiligung dürfte darüber hinaus auch ein Verstoß gegen die der Öffentlichkeitsbeteiligung dienenden Art. 6 bis 8 der Aarhus-Konvention sowie gegen die Vorgaben der diese Konvention umsetzende Richtlinie 2003/35/EG (Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie) vorliegen. Um das Ziel, eine verbesserte Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme zu erreichen, gebietet Art. 2 dieser Richtlinie die frühzeitige und effektive Beteiligung der Öffentlichkeit. Dieses Ziel wird konterkariert, wenn wesentliche Auswirkungen von der Umweltprüfung nicht erfasst werden.<sup>30</sup>

#### 3.9.6

Dem Unionsrecht kommt Anwendungsvorrang zu.<sup>31</sup> Daher ist die Änderung des Landesplanungsgesetzes nicht vollziehbar, sprich: es dient nicht als verbindlicher Rahmen für umweltrelevante Projektzulassungen. Denn jeder Vollzugsakt würde den Unionsrechtsverstoß perpetuieren und im Falle einer konkreten Genehmigung auch durch Schaffung „vollendeter Tatsachen“ vertiefen.<sup>32</sup> Dieser Anwendungsvorrang des Unionsrechts verpflichtet Behörden und Gerichte, nationale Bestimmungen unangewendet zu lassen, soweit diese mit unmittelbar anwendbarem Unionsrecht un-

---

<sup>29</sup> Vgl. *Spannowsky*, a.a.O., Fn. 33, zur Aarhus-Konvention.

<sup>30</sup> Siehe *Spannowsky*, a.a.O.

<sup>31</sup> *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UVPg, Vorbemerkung zu §§ 14 a bis 14 n Rn. 48 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 22. 10. 1998, Rs. C-10/97, IN. CO. GE.90, EuGHE 1998, I-6307, Rdnr. 21; Funke, DÖV 2007, 733, 734; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rdnr. 181; *Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), 154, 161.

<sup>32</sup> *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer, a.a.O., Rn. 49.

vereinbar sind.<sup>33</sup> Es besteht daher die Verpflichtung, die Änderungen des Landesplanungsgesetzes nicht anzuwenden, also keine umweltrelevanten Vorhaben auf der Grundlage dieser Gesetzesänderungen zuzulassen. Die Nicht-Anwendung der Änderungen des Landesplanungsgesetzes führt zwangsläufig dazu, dass Windenergieanlagen nur in den von den Regionalplänen vorgesehenen Vorranggebieten geplant und zugelassen werden dürfen, nicht jedoch in den Ausschlussgebieten.

### 3.10

Aus den genannten Gründen bestehen auch erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der Gesetzesänderung mit Bundesrecht. In Betracht kommen dabei insbesondere die Vorschriften des Raumordnungsgesetzes (ROG). Wenn die gesamtäumlichen Anforderungen bei der Umweltprüfung im Zusammenhang mit der Gesetzesänderung nicht berücksichtigt werden und, wie oben ausgeführt, nicht geprüft wurde, welche Auswirkungen die Aufhebung der Ausschlusswirkung auf den in § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 ROG manifestierten Grundsatz hat, wonach als Konkretisierung des Nachhaltigkeitspostulats<sup>34</sup> ein großräumig übergreifendes, ökologisch wirksames Freiraumverbundsystems zu schaffen ist, so sind Zweifel an der Rechtmäßigkeit geboten. Gleichmaßen wie für die Bauleitplanung die Erforderlichkeit ein Maßstab zur Begrenzung der gemeindlichen Planungsbefugnis ist (§ 1 Abs. 3 BauGB), ist die Erforderlichkeit auch für die Raumordnungsplanung maßgeblich.<sup>35</sup> Bezug genommen werden kann insofern insbesondere auf § 1 Abs. 1, § 2, § 7 und § 8 ROG. Denn nach § 1 Abs. 1 ROG wirken die Träger der Raumordnungsplanung bei der Aufgabe, den Gesamttraum der Bundesrepublik Deutschland und seine Teilräume durch zusammenfassende, überörtliche und fachübergreifende Raumordnungspläne zu entwickeln, zu ordnen und zu sichern, zusammen. Dabei sollen sich die Entwicklung, Ordnung und Sicherung der Teilräume nach § 1 Abs. 3 ROG in die Gegebenheiten und Erfordernisse des Gesamttraums einfügen.<sup>36</sup> Nach § 7 Abs. 1 ROG sind in Raumordnungsplänen für einen bestimmten Planungsraum und einen regelmäßigen mittelfristigen Zeitraum Festlegungen als Ziele und Grundsätze der Raumord-

<sup>33</sup> Gärditz, in: Landmann/Rohmer, a.a.O. Rn. 49 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 10. 4. 1984, Rs. 14/83, von Colson und Kamann, EuGHE 1984, 1891, Rdnr. 26; Urt. v. 13. 11. 1990, Rs. C-106/89, Marleasing, EuGHE 1990, I-4135, Rdnr. 8; Urt. v. 18. 12. 1997, Rs. C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, EuGHE 1997, I-7411, Rdnr. 40; Urt. v. 5. 10. 2004 Rs. C-397/01 u. a., Pfeiffer, EuGHE 2004, I-8835, Rdnr. 113; Urt. v. 22. 11. 2005, Rs. C-144/04, Mangold, EuGHE 2005, I-9981, Rdnr. 77; Urt. v. 19. 1. 2010, Rs. C-555/07, Küçükdeveci, NJW 2010, 427, Rdnr. 51.

<sup>34</sup> Spannowsky, ZfBR-Beil. 2012, 53, 61.

<sup>35</sup> Spannowsky, a.a.O.

<sup>36</sup> Spannowsky, a.a.O.

nung zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums, insbesondere zu den Nutzungen und Funktionen des Raums, zu treffen. *Spannowsky* ist zuzustimmen, wenn er ausführt, dass die Landesplanung ihrer Aufgabenverantwortung nicht gerecht wird, soweit sie durch den Rückzug bei der Steuerung der Windkraftnutzung bewirkt, dass Fakten geschaffen werden, durch die es zu raumstrukturellen Verwerfungen kommt und die nur durch gebietsbezogene raumstrukturelle und raumfunktionelle Festlegungen vermieden werden können. Solche Fehlentwicklungen können, so *Spannowsky* weiter, eintreten, soweit der Aspekt der Umweltvorsorge und der Nachhaltigkeit dem kurzfristigen Projekterfolg geopfert wird.<sup>37</sup>

#### IV.

#### Zur Planung und Zulassung von Windenergieanlagen in Naturparkflächen (4.2.4 im Windenergieerlass)

Sind Naturparkflächen, für die auch andere Schutzgebietsregelungen greifen (z.B. Landschaftsschutzgebiet), betroffen, gelten nach den Ausführungen im Windenergieerlass unter 4.2.4 die Regelungen der jeweiligen spezielleren Schutzgebietsform. Soweit keine spezielle Schutzgebietsform greift, so soll nach den Ausführungen im Windenergieerlass folgendes gelten:

*„Für die übrigen Naturparkflächen können die Städte und Gemeinden nach den Naturparkverordnungen durch Bauleitplanung Erschließungszonen festlegen, in denen die Erlaubnisvorbehalte für die Errichtung baulicher Anlagen gemäß der jeweiligen Naturparkverordnung regelmäßig nicht gelten. Im Rahmen des Bauleitplanverfahrens sind – neben anderen Belangen – die Schutzzwecke des Naturparks und die für die Windenergieplanung sprechenden Belange zu berücksichtigen und abzuwägen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

#### 1. Umsetzung dieser Vorgabe

Vor diesem Hintergrund wurden vielfach die Naturparkverordnungen geändert. So wurde beispielsweise in der Naturpark Südschwarzwald-Verordnung<sup>38</sup> in § 4 Abs. 1 geregelt, dass der Erlaubnisvorbehalt (also das Erfordernis der Zustimmung der Unteren Naturschutzbehörde) nicht für

---

<sup>37</sup> *Spannowsky*, a.a.O.

anwendbar erklärt, soweit es um Gebiete des Naturparks geht, die Erschließungszonen nach § 2 Abs. 5 der Naturparkverordnung sind. Nach § 2 Abs. 5 der Naturparkverordnung sind Erschließungszonen (Nr. 5) auch die im jeweiligen Flächennutzungsplan als Konzentrationszonen für Windenergieanlagen vorgesehenen Flächen.

## 2. Rechtliche Bedenken

Sowohl vor dem Hintergrund des Erschließungsbegriffs als auch wegen des oben erläuterten Defizits bestehen Bedenken.

### 2.1

Diese bestehen bereits deshalb, weil fraglich ist, ob es überhaupt mit dem Erschließungsbegriff noch vereinbar ist, Konzentrationszonen für Windenergieanlagen als Erschließungszonen zu definieren. Nach § 27 Abs. 2 BNatSchG sollen Naturparke entsprechend ihren in § 27 Abs. 1 BNatSchG beschriebenen Zwecken unter Beachtung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege geplant, erschlossen und weiterentwickelt werden. Dabei folgt das Erfordernis der Erschließung aus dem Umstand, dass es erforderlich ist, ein Gebiet zugänglich zu machen, um Natur- und Freizeiterleben zu ermöglichen. Dementsprechend bedarf es der Schaffung einer geeigneten Infrastruktur, welche den verschiedenen Arten der Erholung gerecht wird (z.B. durch Anlage eines Wegenetzes, eines Parkplatzes, eines Grillplatzes).<sup>39</sup> Damit hat allerdings die Planung und Errichtung von Windenergieanlagen nicht das Geringste zu tun. Der Begriff der Erschließung wird hier schlicht missbraucht, um den in den Naturparkverordnungen vorgesehenen Erlaubnisvorbehalt (Erlaubnis der Naturschutzbehörde) zu umgehen. Mit § 27 BNatSchG dürfte dies nicht zu vereinbaren sein.

### 2.3

Weitere rechtliche Bedenken resultieren daraus, dass durch die Regelung, wonach Erschließungszonen auch die im jeweiligen Flächennutzungsplan als Konzentrationszonen für Windenergieanlagen vorgesehenen Flächen sind, wieder das oben bereits erläuterte Defizit zu tragen kommt. Denn durch diese Regelung wird die entscheidende Weichenstellung wieder in die Hände

---

<sup>38</sup> Verordnung des Regierungspräsidiums Freiburg über den Naturpark „Südschwarzwald“ vom 12. Oktober 2014 (GBl. S. 524).

der – für die Beachtung überörtlicher Belange ungeeigneten – kommunalen Planung gelegt.

## V.

### Zur Beeinträchtigung des Landschaftsbildes (4.2.6 und 5.6.4.1.1 im Windenergieerlass)

Unter 4.2.6 des Windenergieerlasses heißt es, dass die Belange des Landschaftsbilds vom Planungsträger abzuwägen sind. Weiter ist dort ausgeführt:

*„Gewichtige Belange des Landschaftsbilds können demnach vorliegen, wenn die Standorte für Windenergieanlagen zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung eines Landschaftsbildes von herausragender Vielfalt, Eigenart und Schönheit führen würden.“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

Eine ähnliche Formulierung findet sich (im Zusammenhang mit Genehmigungen) unter 5.6.4.1.1:

*„Die zu ermittelnden Belange sind im Einzelfall zu gewichten und die widerstreitenden Gesichtspunkte sind in jedem Einzelfall abzuwägen. Wenn Windenergieanlagen zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung eines Landschaftsbildes von herausragender Vielfalt, Eigenart und Schönheit führen, überwiegen die Aspekte des Landschaftsschutzes in der Regel die mit der Errichtung von Windenergieanlagen verfolgten Belange.“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

#### 1. Verzerrende Darstellung

Diese Ausführungen sind für sich betrachtet nicht falsch, aber stark verkürzt und somit verzerrend. So im Zusammenhang mit der Abwägung formuliert, entsteht der Eindruck, dass das Schutzgut „Landschaftsbild“ im Rahmen der Abwägung nur dann relevant ist, wenn schwerwiegenden Beeinträchtigung eines Landschaftsbildes von herausragender Vielfalt, Eigenart und Schönheit gegeben sind und dass nur dann ein Überwiegen der Aspekte des Landschaftsschutzes in Betracht kommt. Dass aber ein derart qualifizierter Eingriff erforderlich ist, um das in § 15

---

<sup>39</sup> Siehe *Hendrischke*, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 27 Rn. 24.

Abs. 5 Halbs. 2 BNatSchG vorgegebene Abwägungsprogramm zu „starten“, trifft nicht zu. Denn auch dann, wenn ein Landschaftsbild nicht von „herausragender Vielfalt, Eigenart und Schönheit“ ist, und beispielsweise „lediglich“ als mittel- oder hochwertig zu bezeichnen ist, ist das Schutzgut „Landschaftsbild“ in die Abwägung einzustellen, was gerade angesichts der derzeit in der Praxis vorherrschenden Anlagenzahl und -höhe durchaus zum Überwiegen des Landschaftsbild-Belangs führen kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Windhöflichkeit bzw. Wirtschaftlichkeit zweifelhaft ist.

## 2. Erhebliche Beeinträchtigung

Eingriffe in Natur und Landschaft sind insbesondere Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen, die das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigen können (§ 14 Abs. 1 BNatSchG).

### 2.1

Dass dies bei Windenergieanlagen der Fall ist, lässt sich nicht ernsthaft in Zweifel ziehen, zumal es bezüglich des Merkmals der Erheblichkeit insbesondere auf die optischen Eindrücke und den Erholungs- und Erlebniswert ankommt. Der VGH Baden-Württemberg hat dies in dem Urteil vom 20. April .2000 – 8 S 318/00 – sehr deutlich sowohl im Leitsatz, als auch unter juris Rn. 23 formuliert:

„Die Errichtung eines Windparks mit vier Windkraftanlagen ist ein nicht vermeidbarer und nicht ausgleichbarer Eingriff in Natur und Landschaft.

[...]

Eine erhebliche Beeinträchtigung liegt schon dann vor, wenn die äußere Erscheinungsform der Landschaft nachhaltig verändert wird, wobei im Hinblick auf optische Beeinträchtigungen Erheblichkeit regelmäßig dann gegeben ist, wenn das Vorhaben als Fremdkörper in Erscheinung tritt und einen negativ prägenden Einfluss auf das Landschaftsbild hat (vgl. VGH Bad.-Württ., NuR 1992, 188ff., 189 m.w.N.). Auch wenn die einzelnen Windkraftanlagen für sich betrachtet ästhetisch befriedigend wirken mögen und nicht allein wegen ihrer Neuartigkeit

*und dadurch bedingten optischen Gewöhnungsbedürftigkeit zu einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes führen können (vgl. BVerwG, Beschl. v. 8.2.1991 - 4 B 10.91 -, NVwZ-RR 1991, 456f., 457), steht bei dem konkret in Aussicht genommenen, in exponierter Höhenlage auf der Lützelalb gelegenen, Standort außer Frage, dass die vier je nach Rotorstellung bis zu 85 m hohen Windkraftanlagen von weit her sichtbar sein werden und sich deshalb störend auf das Landschaftsbild der bisher von Bebauung weitgehend freigehaltenen Albhochfläche auswirken und es erheblich verschlechtern werden.“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

Vergegenwärtigt man sich, dass die derzeit errichteten oder in Planung befindlichen Anlagen sehr häufig im Rahmen von Windparks mit mehr als zehn Windenergieanlagen realisiert werden (sollen) und dass deren Höhe ca. 200 m betragen, so ist es – ausgehend von der vorstehend zitierten Entscheidung – nicht übertrieben, die Verschlechterung des Landschaftsbilds nicht nur als erheblich, sondern als massiv und gravierend zu bezeichnen.

## 2.2

Auf eine Verunstaltung im Sinne des im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB kommt es im Zusammenhang mit der naturschutzfachlichen Eingriffsregelung (die nach dem „Huckepack-Verfahren“ zwingend zu beachten ist) nicht einmal an. Verwiesen werden kann insofern ebenfalls auf die vorstehend zitierte Entscheidung des VGH Baden-Württemberg, wo es unter juris Rn. 30 heißt:

*„Nicht haltbar ist dagegen weiterhin die das angefochtene Urteil tragende Ansicht, die Privilegierung der außerhalb eines Schutzgebiets gelegenen Windkraftanlagen könne nur überwunden werden, wenn diese das Landschaftsbild verunstalteten; dessen von der Behörde angenommene massive Beeinträchtigung genüge für eine Versagung des beantragten Bauvorbescheides nicht. Da vorliegend bereits die Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung (§ 8a Abs. 2 S. 2 BNatSchG [§ 14 ff. BNatSchG]) zur bauplanungsrechtlichen Unzulässigkeit der Vorhabens führt, bedarf es nicht der Feststellung, ob über eine erhebliche Beeinträchtigung des Landschaftsbildes hinaus (§ 10 Abs. 1 NatSchG) auch eine Verunstaltung vorliegt (§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB).“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

Die Darstellung im Windenergieerlass ist mit dieser Rechtsprechung aber nicht zu vereinbaren. Denn das Erfordernis eines derart qualifizierten Eingriffs („schwerwiegenden Beeinträchtigung eines Landschaftsbildes von herausragender Vielfalt, Eigenart und Schönheit“) findet weder im

Gesetz noch in der Rechtsprechung eine Stütze.

### 3. Nicht ausgleichbare Beeinträchtigung

Dieser Eingriff ist in aller Regel auch nicht vermeidbar und kann auch nicht ausgeglichen werden, was im Windenergieerlass unter 5.6.4.1.1 auch zutreffend ausgeführt ist. Auch insofern kann auf die genannte Entscheidung des VGH Baden-Württemberg, juris Rn. 24 f. verwiesen werden:

*„Der demgemäß vorliegende Eingriff ist nicht vermeidbar (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 NatSchG [a.F.]). Dabei ist der Begriff der Vermeidbarkeit nicht im naturwissenschaftlichen Sinn zu verstehen, da in tatsächlicher Hinsicht nahezu jede Beeinträchtigung vermeidbar ist. Die Vermeidbarkeit bezieht sich vielmehr auf die Frage, ob bei Verwirklichung des Vorhabens an der vorgesehenen Stelle erhebliche Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft vermieden oder zumindest vermindert werden können. Werden die projektierten Windkraftanlagen auf dem vorgesehenen Standort aufgestellt, so ist dies ein Eingriff in Natur und Landschaft, der in diesem Sinne weder vermeidbar noch auch weiter minimierbar ist.*

[...]

*Ebenso wenig kommt ein Ausgleich gem. § 11 Abs. 1 Nr. 3 NatSchG [a.F.] in Betracht. Für den Fall der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes stellen Maßnahmen immer dann einen Ausgleich dar, wenn durch sie in dem betroffenen Landschaftsraum ein Zustand geschaffen wird, der in gleicher Art, mit gleichen Funktionen und ohne Preisgabe wesentlicher Faktoren das optische Beziehungsgefüge den vor dem Eingriff vorhandenen Zustand in weitestmöglicher Annäherung fortführt (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.9.1990 - 4 C 44.87 -, BVerwGE 85, 348ff. = NVwZ 1991, 364ff.). Hinsichtlich des optischen Erscheinungsbildes eines Windparks an einem bislang von jedweder Bebauung frei gehaltenen Standort ist ein solcher Ausgleich schlechterdings ausgeschlossen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

### 4. Abwägung

Ist der Eingriff nicht zu vermeiden und kann er auch nicht ausgeglichen werden, so ist eine Abwä-

gung vorzunehmen (§ 15 Abs. 5 Halbs. 2 BNatSchG). In der Entscheidung des VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 19. Juli 2010 – 8 S 77/09 – ist dies unter juris Rn. 57, 66 folgendermaßen formuliert:

*„Danach darf ein Eingriff in Natur und Landschaft (§ 14 Abs. 1 BNatSchG) nicht zugelassen oder durchgeführt werden, wenn die Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft nicht zu vermeiden (§ 15 Abs. 1 BNatSchG) oder nicht in angemessener Frist auszugleichen oder zu ersetzen sind (§ 15 Abs. 2 BNatSchG) und die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft anderen Belangen im Range vorgehen. Dieser Versagungsgrund ist dem fachgesetzlichen Zulassungstatbestand (hier Baugenehmigung) als Teil der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung "aufgesattelt" (§ 17 Abs. 1 BNatSchG; BVerwG, Urteil vom 07.03.1997 – 4 C 10.96 – BVerwGE 104, 144).*

[...]

*Die naturschutzrechtliche Abwägung nach § 15 Abs. 5 Halbsatz 2 BNatSchG unterliegt, wenn sie - wie hier - mit einer gesetzlich gebundenen Zulassungsentscheidung für ein Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB verknüpft ist (§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG), wegen ihres akzessorischen Charakters vollständiger gerichtlicher Kontrolle; die Behörde hat keinen Abwägungsspielraum (BVerwG, Urteil vom 13.12.2001 - 4 C 3.01 - NVwZ 2002, 1112). Die Rechtslage ist insoweit anders als in einem durch planerische Gestaltungsfreiheit geprägten (Planfeststellungs-)Verfahren, in dem sich diese Abwägung rechtlich nicht voll determiniert vollzieht und die Gerichte nur nachzuprüfen haben, ob die behördliche Abwägung sich in dem maßgeblichen rechtlichen Rahmen hält (BVerwG, Urteil vom 17.01.2007 - 9 C 1.06 - BVerwGE 128, 76). Der Senat hat daher selbst festzustellen, ob der naturschutzrechtliche Belang des Landschaftsbildes, sollte seine Beeinträchtigung nicht im Rechtssinne kompensierbar sein, bei der Abwägung anderen Belangen im Range vorgeht, was zwingend zur Versagung des Eingriffs nach § 15 Abs. 5 BNatSchG führte und den im angegriffenen Urteil zuerkannten Anspruch auf erneute Bescheidung ausschlösse." [Hervorh. d. d. Verf.]*

#### 4.1

Die Ausführungen im Windenergieerlass zu den Abwägungsbelangen unter 5.6.4.1.1 sind symp-

tomatisch für den windenergiefreundlichen – und damit asymmetrischen – Ansatz des Windenergieerlasses. Zwar heißt es dort zunächst zutreffend, dass die Zulassungsbehörde bei der Abwägung die im Einzelfall betroffenen Belange zu ermitteln, sachgerecht zu gewichten und eine Entscheidung zu treffen hat. Während einerseits bezüglich des Schutzguts „Landschaftsbild“ pauschal auf die Gesichtspunkte, die zur Frage der erheblichen Beeinträchtigung erläutert sind, verwiesen wird, werden die Belange, die für die Errichtung von Windenergieanlagen sprechen, durch mehrere Aufzählungspunkte aufgelistet. Doch nicht nur diese einseitige Vorgehensweise in der Darstellung ist zu beanstanden. Auch inhaltlich bedarf die Auflistung jedenfalls teilweise der Korrektur:

- Eine hohe Windhöffigkeit am fraglichen Standort spreche in der Regel für das Vorhaben, so die Ausführungen unter dem ersten Aufzählungspunkt. Diese Formulierung legt nahe, dass immer dann, wenn die Windhöffigkeit hoch ist, die Abwägung zu Gunsten der Windenergieanlage ausgeht. Dies ist jedoch angesichts der Bipolarität der vorzunehmenden Abwägung unzutreffend.
- Nach § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG komme dem Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung eine besondere Bedeutung zu; mit Windenergieanlagen werde klimafreundlich Energie erzeugt. Dabei bleibt allerdings unerwähnt, dass nach § 1 Abs. 4 Nr. 1 BNatSchG Naturlandschaften vor Verunstaltung und sonstigen Beeinträchtigungen zu bewahren sind und dass nach § 1 Abs. 4 Nr. 2 BNatSchG zum Zwecke der Erholung in der freien Landschaft nach ihrer Beschaffenheit und Lage geeignete Flächen zu schützen sind. Dem Umstand, dass § 1 Abs. 3 und Abs. 4 BNatSchG gleichermaßen die Leitorientierungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1-3 BNatSchG konkretisieren und nicht etwa in einer Rangfolge zueinander stehen (vgl. § 2 Abs. 3 BNatSchG), wird es nicht gerecht, wenn nur einseitig auf § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG verwiesen wird.
- Schließlich wird ausgeführt, dass die Notwendigkeit, den Anteil von regenerativen Energien zu erhöhen, ein gesamtgesellschaftliches Ziel ist, das auch in der Novelle zum Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 30.06.2011 seinen Niederschlag gefunden habe. Auch dieser Hinweis ist einseitig. Denn auch der Landschaftsschutz ist ein gesamtgesellschaftliches Ziel, das in mehreren Gesetzen seinen Niederschlag gefunden hat.

## 4.2

Der im Windenergieerlass zu erkennenden Tendenz der Verabsolutierung der Privilegierung von Windenergieanlagen lassen sich etwa die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts entgegen setzen. Das Bundesverwaltungsgericht hat etwa in seinem Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 C 15/01 – deutlich gemacht, dass die im Gesetz vorgesehene Privilegierung von Windenergieanlagen nicht verabsolutiert werden darf. Unter juris Rn. 52 f. hat es ausgeführt:

*„Der Gesetzgeber hat in den §§ 30, 34 und 35 BauGB ein differenziertes System geschaffen. Für § 35 BauGB ist der Leitgedanke der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs charakteristisch, der einer Bebaubarkeit enge Grenzen setzt. Dieser Vorbehalt gilt nicht nur für sonstige Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB, sondern gleichermaßen für privilegierte Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Juni 1991 - BVerwG 4 C 11.89 - Buchholz 406.11 § 35 BauGB Nr. 273). Das äußert sich darin, dass auch diese Vorhaben trotz der ihnen vom Gesetzgeber bescheinigten grundsätzlichen Außenbereichsadäquanz nicht an jedem beliebigen Standort zulässig sind. Sie dürfen nach § 35 Abs. 1 BauGB nur dort zugelassen werden, wo ihnen als das Ergebnis einer Bilanzierung öffentliche Belange nicht entgegenstehen.“ [Hervorh. d. d. Verf.]*

## 4.3

In der Genehmigungspraxis ist im Rahmen der naturschutzrechtlichen Abwägung sehr häufig ein erhebliches Ermittlungsdefizit im Hinblick auf das Schutzgut „Landschaftsbild“ festzustellen. Dabei setzt die vorstehend genannte Bilanzierung gerade voraus, dass eine hinreichende Ermittlung erfolgt. Die Sachverhaltsermittlung (§ 24 VwVfG) hat im Blick auf den Tatbestand (Eingriff in Natur und Landschaft) zu erfolgen, weshalb Informationen und Daten auch über das Landschaftsbild erforderlich sind. Solange dies nicht hinreichend ermittelt ist, ist der Genehmigungsantrag nicht entscheidungsreif.<sup>40</sup> Nicht selten bleiben die Ermittlungen hinsichtlich der Landschaftsbildbeeinträchtigungen an der Oberfläche.

---

<sup>40</sup> Stöckel/Müller-Walter, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 14 BNatSchG Rn. 19.

## 5. Verunstaltung

Es wurde bereits oben ausgeführt, dass es auf eine Verunstaltung im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB im Zusammenhang mit der naturschutzfachlichen Eingriffsregelung nicht einmal ankommt. Die Schwelle, um im Rahmen einer Abwägung Berücksichtigung zu finden, ist sehr viel niedriger. Ungeachtet dessen ist aber auch eine Planung bzw. Zulassung am Maßstab der Verunstaltung nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB zu messen. Auch insofern liegt die Schwelle niedriger als häufig angenommen, wie sich etwa aus den Ausführungen des VG Ansbach in seinem Beschluss vom 12. August 2015 entnehmen lässt:

*„Denn jedenfalls sind die in § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB genannten öffentlichen Belange einschlägig, namentlich die "natürliche Eigenart der Landschaft", der "Erholungswert" sowie die "Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes". Dass diese eher "optischen" und "ideellen" Ausprägungen einer Landschaft durchaus Belange sein können, die nicht nur durch ein sonstiges Vorhaben im Sinne von § 35 Abs. 2 BauGB beeinträchtigt werden, sondern die auch einem privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB entgegenstehen können, auch wenn dieses nicht oder jedenfalls nicht nennenswert in die materielle Substanz der Landschaft eingreift, ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt.*

[...]

*Soweit sich dies im Rahmen des notwendigerweise nur summarischen Verfahrens feststellen lässt, wird durch die geplanten Anlagen der Beigeladenen das Landschaftsbild nicht lediglich beeinträchtigt, sondern nachdrücklich verunstaltet. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzt eine Verunstaltung im Sinne von § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB voraus, dass das Vorhaben dem Orts- oder Landschaftsbild in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen ist und auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden wird; dieser Grundsatz gilt auch gegenüber im Außenbereich privilegierten Vorhaben; er gilt auch für Windkraftanlagen,*

[...]

*Bei dieser Beurteilung ist namentlich der Gebietscharakter zu berücksichtigen, wobei eine Anlage desto eher geeignet ist, eine Störung hervorzurufen, je stärker sie als Blickfang den Gesamteindruck beeinträchtigt. Im vorliegenden Fall gilt hiernach Folgendes:*

*[...]*

*Allein der Umstand, dass eine bauliche Anlage in der Landschaft als "Blickfang" wirkt, stellt für sich genommen keine Verunstaltung des Landschaftsbildes dar. Windenergieanlagen sind notwendig auffällig; dennoch hat der Gesetzgeber ihnen eine bauplanungsrechtliche Privilegierung zugestanden. Durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nimmt das Gesetz nachteilige Veränderungen der Landschaft durch Windenergieanlagen in Kauf. Dies bedeutet indessen nach Auffassung der Kammer nicht, dass sich der Betrachter angesichts der gesetzgeberischen Entscheidung generell auf Windräder im Landschaftsbild einstellen müsse, ohne den Eindruck der Verunstaltung gewinnen zu dürfen. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB erteilt den darin bezeichneten Anlagen keinen "Freibrief", kraft dessen sie praktisch überall und unabhängig von der konkreten örtlichen Situation ausgeführt werden können, solange die planende Gemeinde von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB keinen Gebrauch gemacht hat. Ob eine privilegierte Anlage, die nach § 35 Abs. 1 BauGB "an sich" in den Außenbereich gehört, im Einzelfall an entgegenstehenden Belangen scheitert, hängt einerseits von den konkreten Erscheinungsformen der Anlage und andererseits von den konkreten Landschaftsgegebenheiten ab, in welche sie eingebettet werden soll." [Hervorh. d. d. Verf.]*

## **6. Zur Umweltprüfung**

In Planungsrechtlicher Hinsicht ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die für die Aufstellung von Flächennutzungsplänen geltenden Vorschriften des Baugesetzbuchs auf den sachlichen Teilflächennutzungsplan (§ 5 Abs. 2 b BauGB; zur Planung siehe 4.2.6 im Windenergieerlass) Anwendung finden. Dies gilt insbesondere für Umweltprüfung nach den § 2 Abs. 4 BauGB. Gegenstand dieser Umweltprüfung sind nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 BauGB die Belange des Umweltschutzes, einschließlich des Naturschutzes und der Landschaftspflege, auch die Auswirkungen auf die Landschaft. Insofern sei ergänzend zu den Ausführungen im Windenergieerlass insbesondere auf folgendes hingewiesen:

### 6.1

Die Berücksichtigung der überörtlichen weitreichenden visuellen Wirkungen, die aufgrund der derzeitigen Anlagengröße 30 km und weiter reichen können, ist aufgrund des hier anzuwendenden regionalplanerischen Maßstabes nur sehr schwer bzw. wegen fehlender Datenverfügbarkeit für Gemeinden kaum möglich. Auch hier zeigt sich das oben erläuterte Defizit.

### 6.2

In einem Rundschreiben des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg vom 17. Oktober 2014 wird darauf hingewiesen, dass Flächen für die Windenergie auch in „Schwachwindgebieten“ unterhalb der definierten Mindestertragsschwelle von 60% des EEG-Referenzertrages ausgewiesen werden dürfen. Eine wirtschaftliche Nutzung wäre dann aber nur mit verbesserten, also größeren Anlagen möglich. Hinweise aus der Forschung<sup>41</sup> lassen den Schluss zu, dass schon in wenigen Jahren Gesamthöhen bis zu 300 m möglich werden. Auch die Europäische Union richtet dem Vernehmen nach die Förderungen auf solche Anlagengrößen aus. Da eine Umweltprüfung die voraussichtlichen erheblichen Auswirkungen, die die Durchführung des Plans auf die Umwelt hat, zu ermitteln, zu beschreiben und zu bewerten hat,<sup>42</sup> und da in den sachlichen Teilflächennutzungsplänen in der Regel keine Höhenbegrenzungen festgesetzt werden, ist die mögliche Größenentwicklung von Windkraftanlagen im üblichen Geltungszeitraum eines Flächennutzungsplans (ca. 15 Jahre) zu berücksichtigen, zumal jedenfalls die visuellen Wirkungen bereits in der Gegenwart gut abschätzbar sind.

## VI.

### **Zur Umweltverträglichkeitsprüfung (5.3 im Windenergieerlass)**

Zur Umweltverträglichkeitsprüfung wird im Windenergieerlass ausgeführt, dass diese bei zwanzig und mehr Anlagen innerhalb einer Windfarm erforderlich sei und dass bei Windfarmen ab drei bis fünf Anlagen eine standortbezogene, ab sechs bis neunzehn Anlagen eine allgemeine Vorprüfung durchzuführen sei. Wenn eine solche Vorprüfung ergebe, dass erhebliche nachteilige Umwelt-

<sup>41</sup> Fraunhofer IWES Kassel, Juni 2013, Kurzstudie „Entwicklung der Windenergie in Deutschland“.

<sup>42</sup> Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 118. EL August 2015, § 2 Rn. 239.

auswirkungen zu erwarten seien, sei eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich.

## 1. Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen

Diese Ausführungen sind zutreffend. Bei der Frage, ob erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen zu erwarten sind, wird im Hinblick auf die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes in der Praxis aber häufig § 3c Satz 3 UVPG nicht hinreichend beachtet. Danach ist bei den Vorprüfungen zu berücksichtigen, inwieweit Umweltauswirkungen durch die vom Träger des Vorhabens vorgesehenen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen offensichtlich ausgeschlossen werden (§ 3c Satz 3 UVPG). Solche Maßnahmen muss der Vorhabenträger durch Vorlage aussagefähiger technischer Planungsunterlagen darlegen. „Offensichtlichkeit“ ist, entsprechend dem überschlägigen Charakter der Vorprüfung und dem geltenden Prinzip „Im Zweifel pro UVP“ nur dann gegeben, wenn kein Zweifel an der Wirksamkeit der Maßnahmen besteht.<sup>43</sup> Der Eingriff in das Landschaftsbild ist in aller Regel aber nicht vermeidbar und kann auch nicht ausgeglichen werden, was auch im Windenergieerlass unter 5.6.4.1.1 ausgeführt ist. Es bestehen also nicht nur Zweifel an der Wirksamkeit von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen; solche sind bezüglich des Landschaftsbildes von vornherein nicht möglich (auf die oben zitierte Rechtsprechung kann insofern verwiesen werden).

## 2. Erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen

### 2.1

Darüber hinaus ist bezüglich der Frage, ob erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen vorliegen, zu beachten, dass umweltbezogene Anforderungen mit „offenem“, „unbestimmtem“ und ausfüllungsbedürftigem Regelungsgehalt im Sinne des Ziels einer wirksamen Umweltvorsorge (§ 12 UVPG) auszulegen sind. Das in § 15 Abs. 5 Halbs. 2 BNatSchG vorgegebene Abwägungsprogramm zeigt, dass die umweltbezogenen Anforderungen an die Genehmigung von Windenergieanlagen in ganz erheblichem Maße ausfüllungsbedürftig sind und Abwägungsspielräume mit sich bringen. Im Hinblick auf das ebenfalls zu beachtende Verunstaltungsverbot nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB gilt nichts anderes. Auch die Anwendung dieser Norm kommt ohne ausfüllungsbedürftige Begriffe und Abwägungsspielräume nicht aus. Aber gerade dann, wenn der Behörde Ab-

<sup>43</sup> *Sangenstedt*, in: Landmann/Rohmer, a.a.O., § 3 c Rn. 20

wägungs- und Ermessensspielräume eröffnet sind, ist es besonders wichtig, die Zulassungsentcheidung durch eine Umweltverträglichkeitsprüfung vorzubereiten.<sup>44</sup> Denn durch die Umweltverträglichkeitsprüfung wird der genehmigungsrelevante Sachverhalt aus Umweltsicht so aufbereitet, dass eine im Lichte der Umweltbelange optimale Entscheidungsfindung erfolgen kann.<sup>45</sup> Dass gerade bei der Landschaftsbildbewertung eine Sachverhaltsaufbereitung anspruchsvoll und komplex sein kann – und somit die genehmigungsvorbereitende Funktion der Umweltverträglichkeitsprüfung umso wichtiger ist –, kommt letztlich auch in Ausführungen der LUBW zum Ausdruck:

*„Die LUBW hat eine landesweite Ermittlung der Landschaftsbildqualität durch die Universität Stuttgart erarbeiten lassen. Die Modellrechnung wurde auf der Grundlage einer Bildbeurteilung baden-württembergischer Landschaften erstellt. Zur sachgerechten Anwendung solcher Landschaftsbildbewertungen nach dem Verfahren Dr. Roser oder ähnlicher Modelle im Rahmen der Landschaftsplanung wird grundsätzlich auf Folgendes hingewiesen:*

*Um das Landschaftsbild als naturschutzrechtlich festgeschriebenes Schutzgut (§1 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 4 sowie § 14 Abs. 1 BNatSchG) im Rahmen von Abwägungsentscheidungen berücksichtigen zu können, muss seine Qualität zunächst durch die Landschaftsplanung bewertet werden. Verfahren zur Ermittlung der Landschaftsbildqualität können dafür freilich nur eine erste Hilfestellung geben.*

*Bei allen bekannten Verfahren (z. B. Nohl, Heini, Leitl, Roser) handelt es sich um Modelle, die eine sehr starke Vereinfachung der Wirklichkeit darstellen und mit denen die Komplexität der ästhetischen Landschaftswahrnehmung nur sehr begrenzt abgebildet werden kann. Selbst bei Landschaftsbereichen mit hoher Wertigkeit nach einem der oben genannten Modellverfahren kann daher nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass das Landschaftsbild unverändert erhalten werden muss. Vielmehr ist stets eine individuelle Landschaftsbildbewertung im Einzelfall unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten in einem Umfang durchzuführen, der eine hinreichende Differenzierung und sachgerechte Abwägung im konkreten Einzelfall gewährleistet.*

<sup>44</sup> Zur genehmigungsvorbereitenden Funktion der Umweltverträglichkeitsprüfung eingehend Peters, Hk-UVP, § 12 Rdnr. 7, 15 m. w. Nachw.

<sup>45</sup> Sangenstedt, in: Landmann/Rohmer, a.a.O., § 3 c Rn. 26 und 27; Bunge, in: HdUVP, § 12 Rdnr. 28, 51; Peters, in: Hk-UVP, § 12 Rdnr. 17 m. w. Nachw.; vgl. auch Nrn. 0.6.1.2 u. 0.6.2.1 UVPVwV.

Hinzu kommt, dass Verfahren zur Ermittlung der Qualität des Landschaftsbilds bei der Bewertung von Eingriffen nur einen der erforderlichen Parameter für die landschaftsplanerischen Abwägungsentscheidungen liefern, da die Auswirkungen eines möglichen Eingriffs nicht dargestellt werden. Es ist daher stets noch eine individuelle Eingriffsbewertung erforderlich, die wegen der die Komplexität eines Eingriffs (z. B. eines Straßenbauvorhabens mit erforderlichem Brückenbauwerk) beispielsweise im Hinblick auf seine Einsehbarkeit o. ä., in jedem Einzelfall erfolgen muss. Auch kann der Eingriff in ein und dieselbe Landschaft je nach Vorhaben (Gewerbegebiet oder Windkraftanlage als privilegiertes Vorhaben im Außenbereich etc.) im Rahmen der erforderlichen Abwägungen unterschiedlich zu bewerten sein.

[...]

Die Landschaftsbildbewertung nach dem Verfahren Dr. Roser kann allenfalls als erste grobe Orientierung herangezogen werden, die einer ortsspezifischen Überprüfung und Konkretisierung der modellierten Angaben sowie einer Überprüfung der konkreten Auswirkungen der geplanten Vorhaben (Eingriffsintensität, Sichtbarkeitsbereich etc.) bedarf. Ferner muss der Planungsträger den Belang des Landschaftsbilds eigenständig gewichten und anschließend mit den gegenläufigen öffentlichen und privaten Belangen abwägen.<sup>46</sup>

[Hervorh. d. d. Verf.]

Berücksichtigt man darüber hinaus den Umstand, dass die Anlagen heutiger Größenordnung (ca. 200 m) nicht mehr dem entsprechen, was früher gewissermaßen als Eingriffsvermutung galt (ca. 60 - 80 m), so zeigt dies erst Recht, dass schon alleine wegen des Schutzguts „Landschaftsbild“ nur eine Umweltverträglichkeitsprüfung die für die rechtliche Bewertung unabdingbaren Informationen liefern kann. Dies veranschaulichen die Anlagen 1 und 2.

### 2.3

Darauf hinzuweisen ist auch, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung bereits dann durchzuführen ist, wenn das Vorhaben nach Einschätzung der zuständigen Behörde aufgrund überschlüssiger

<sup>46</sup> <https://www.lubw.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/246031/>.

Prüfung unter Berücksichtigung der in der Anlage 2 aufgeführten Kriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben „kann“ (§ 3 c Satz 1 UVPG). Mit dem OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23. Juli 2014 – 8 B 356/14 –, juris Rn. 72, lässt sich festhalten:

*„Die Ermittlung, Beschreibung und Bewertung der tatsächlichen oder der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Umweltauswirkungen eines Vorhabens auf die UVP-Schutzgüter ist nach den §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 1 Satz 2 UVPG Gegenstand der Umweltverträglichkeitsprüfung, während die Vorprüfung des Einzelfalls nach § 3 c Satz 1 UVPG die überschlägige Prüfung, ob das Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, und damit deren konkrete Möglichkeit verlangt. Kommt es - wie hier bei der Windfarm - für die Frage der UVP- Pflichtigkeit eines Vorhabens auf dessen nachteilige Auswirkungen an, reicht danach die abstrakte ("generelle") Möglichkeit ihres Eintritts aus.“*  
[Hervorh. d. d. Verf.]

Dem entsprechen auch die Ausführungen von Sengenstedt, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UVPG § 3 c Rn. 15, 16:

*„Voraussetzung dafür ist, dass die Einschätzung auf einer geeigneten und hinreichenden Informationsbasis beruht und mit der notwendigen Fachkompetenz vorgenommen wird. [...] Bleibt wegen der begrenzten Prüftiefe der Vorprüfung unklar, ob oder mit welcher Gewissheit mit dem Auftreten erheblicher nachteiliger Umweltauswirkungen zu rechnen ist, ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen. Es gilt der Grundsatz: „Im Zweifel pro UVP“. Diese Rechtsfolge ergibt sich daraus, dass mit der Vorprüfung nicht geklärt werden soll, ob es tatsächlich – d. h. mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit – zu erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen kommen wird. Es geht vielmehr um die Einschätzung der Behörde, ob solche Auswirkungen möglich sind, d. h. um die Feststellung eines Besorgnispotentials (so ausdrücklich Begr. RegE BR-DrS. 674/00 vom 10. 11. 2000, S. 115). Dabei kann der Umstand, dass der Gesetzgeber in § 3 c keine tiefer gehende Prüfung vorschreibt, nicht zu Lasten der UVP gehen. Die Regelung würde sonst in Konflikt mit Art. 2 Abs. 1 der EG-UVP-Richtlinie geraten. Nach dieser Zentralvorschrift des europäischen UVP-Rechts sind alle Projekte, die erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben können, einer Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterziehen.“* [Hervorh. d. d. Verf.]

Art und Ausmaß der Auswirkungen lassen sich in der Regel erst dann bestimmen, wenn detailliert – also auf einer „hinreichenden Informationsbasis“ – geklärt ist, welche Umweltfolgen konkret zu erwarten sind und wie weit sie reichen. Diese Fragen lassen sich nicht bereits dann entscheiden, wenn die Behörde über die UVP-Pflicht entscheiden soll. Auch dies ist bei der Frage, ob ein Vorhaben erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben kann, zu beachten. In diesem Zusammenhang ist auch zu bemerken, dass bereits die Möglichkeit im Hinblick auf eine erhebliche Auswirkung auf eines der Schutzgüter des UVPG ausreicht, um die UVP-Pflicht zu begründen. Es reicht also die Identifikation einer einzigen Auswirkung. In diesem Fall kann die Vorprüfung des Einzelfalls abgebrochen und der Feststellung der UVP-Pflicht bejaht werden. Dagegen kann eine Behörde erst dann die Feststellung treffen, dass keine UVP-Pflicht vorliegt, wenn sie alle denkbaren Wirkungen eines Projekts betrachtet hat und zum Resultat gelangt, dass ein Vorhaben keine erheblichen Auswirkungen haben kann.

#### 2.4

Zu prüfen ist ferner, inwieweit ein Vorhaben mit anderen Vorhaben gemeinsam zu betrachten ist. Kumulative Auswirkungen im gleichen Wirkraum können zu sich verstärkenden Umweltbelastungen führen, bestehende oder geplante Windenergieanlagen können gemäß § 3b Abs. 2 UVPG mit den aktuell zur Genehmigung vorliegenden Windenergieanlagen auch gemeinsam in die direkte UVP-Pflicht hineinwachsen. Hier kommt es maßgeblich auf einen räumlichen Zusammenhang der Einzelanlagen bzw. einzelnen Windparks an. Häufig wird bei der Planung von Windparks versucht, kleine Konzentrationszonen mit Abständen von einigen Kilometern untereinander auszuweisen – auch um eine Umweltverträglichkeitsprüfung zu vermeiden. Die Abstände von nur wenigen Kilometern sind aufgrund perspektivischer Verschiebungen optisch häufig weitgehend wirkungslos. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Windenergieanlagen aus größerer Entfernung betrachtet werden. Die in den Anlagen 3 und 4 abgebildeten Visualisierungen realer Planungsfälle (der Abstand der Windparks zum Belchen beträgt über 13 km) zeigen anschaulich wie die drei Konzentrationszonen (trotz der Abstände von zwei bis drei Kilometern untereinander) optisch zusammenwirken.

#### 2.5

Nicht selten betragen die Abstände von Windfarmen zur französischen oder zur Schweizer Gren-

ze nur wenige Kilometer (z.B. 14,5 km beim „Windpark Südliche Ortenau“). Angesichts des Umstandes, dass Windfarmen nicht selten mehr als 30 km sichtbar sind, ist eine grenzüberschreitende Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich (§ 9a UVPG). Auch dies scheint in der Praxis nicht hinreichend berücksichtigt zu werden – möglicherweise basierend auf einer nicht hinreichenden Informationsbasis und auf der durch die Gesetzesänderung herbeigeführten Außerachtlassung überörtlicher Bezüge.

## VII. Resümee

Der Windenergieerlass ist (auch) bezüglich des Schutzguts „Landschaftsbild“ sehr einseitig gestaltet und berücksichtigt aus politischen und wirtschaftlichen Gründen dieses Schutzgut nicht in dem Umfang und nicht in der Intensität, wie dies rechtlich geboten wäre. Es hat sich gezeigt, dass der Erlass an vielen Stellen

- nur „die halbe Wahrheit“ aufführt,
- die obergerichtliche Rechtsprechung nicht berücksichtigt und
- die Zusammenhänge unvollständig und daher letztlich verzerrt darstellt.

Es hat massive und dauerhafte Folgen, wenn der Windenergieerlass die Praxis bestimmt, ohne dass die rechtlichen Vorgaben und die obergerichtliche Rechtsprechung hinreichend beachtet werden. Denn es werden dadurch irreversible Tatsachen (zugunsten der Windkraftindustrie und zulasten des Schutzguts „Landschaftsbild“) geschaffen und damit ein Zustand hergestellt, der nicht nur gegen bundesdeutsches Recht verstößt, sondern auch gegen Unionsrecht.



Dr. Rico Faller  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



Julia Stein  
Rechtsanwältin

### Anlage 1

Vorhandene Windenergieanlage mit 68 m Gesamthöhe bei Melchingen (Schwäbische Alb) und im Wege der Fotomontage danebengesetzt eine Anlage mit 200 m Gesamthöhe

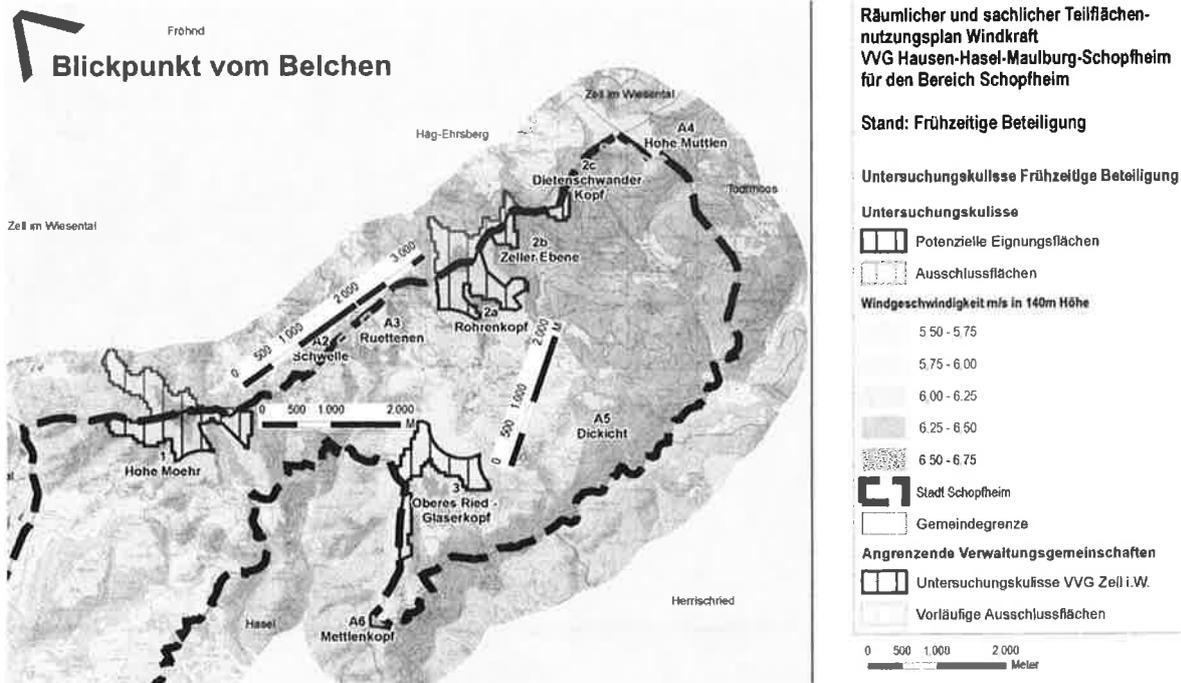


## Anlage 2

Burg Lichtenstein bei Reutlingen und die geplanten fünf Windenergieanlagen mit Gesamthöhen von ca. 200 m (Stand: FNP-Verfahren; Fotomontage); danebengesetzt Anlagen mit 68 m Gesamthöhe (Fotomontage)



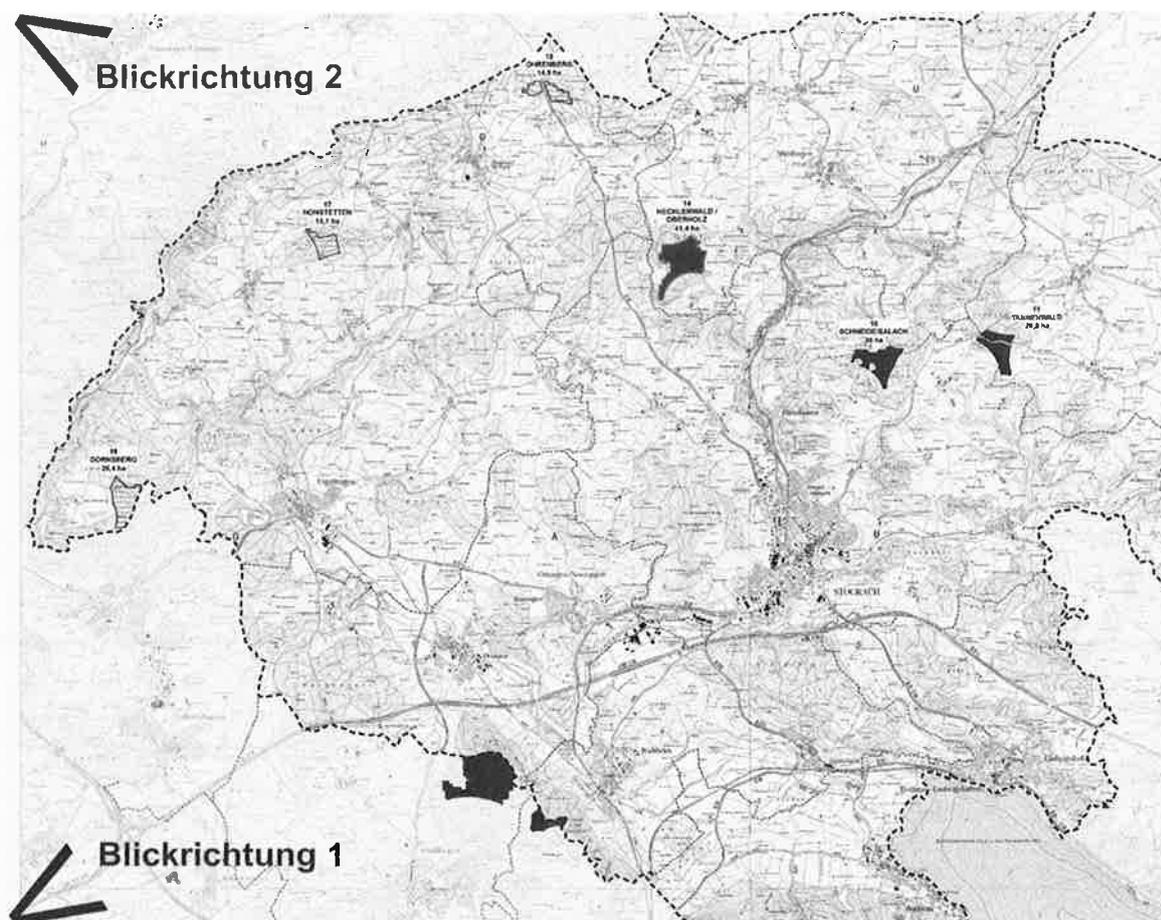
### Anlage 3



Blickrichtung vom Belchen:



### Anlage 4



Blickrichtung 1 vom Hohentwiel:



Blickrichtung 2 von Emmingen (Aussichtsberg Witthoh, Abstand 10-16 km):



In der bisherigen Planung wurden diese Wirkungen nicht analysiert und keine entsprechenden Visualisierungen erstellt. Eine Umweltverträglichkeitsprüfung wurde nicht für erforderlich gehalten.