



Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr
Postfach 22 12 53 • 80502 München

Stand: 12.04.2023

**Bauplanungsrechtliche Behandlung von Windenergieanlagen;
insbesondere: Neuregelung der abstandsbezogenen Privilegierung in
Art. 82 ff. Bayerische Bauordnung und Änderungen im Baugesetzbuch auf-
grund des Wind-an-Land-Gesetzes**

Das Gesetz zur Änderung der Bayerischen Bauordnung (BayBO) vom 8. November 2022 (GVBl. S. 650) betreffend die Neuregelung der abstandsbezogenen Privilegierung in Art. 82 ff. BayBO ist am 16. November 2022 in Kraft getreten; die Regelung in Art. 82b BayBO tritt abweichend davon am 31. Mai 2023 in Kraft.

Am 1. Februar 2023 ist das Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20. Juli 2022 (sog. Wind-an-Land-Gesetz, BGBl. I S. 1353) in Kraft getreten. Das in Artikel 1 enthaltene Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG) sieht eine Verteilung sogenannter Flächenbeitragswerte auf die Länder vor. Artikel 2 enthält verschiedene Änderungen des Baugesetzbuchs (BauGB), die diese Flächenziele in die Systematik des Planungsrechts integrieren.

Insbesondere soll die Planung von Windenergieanlagen (WEA) auf eine Positivplanung umgestellt werden.

Auch das Gesetz zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht vom 4. Januar 2023 (BGBl. I Nr. 6) enthält in Art. 1 (Inkrafttreten: 1. Januar 2023) und Art. 2 (Inkrafttreten: 1. Februar 2023) weitere für den Bau bzw. Betrieb von WEA relevante Änderungen des BauGB.

Mit diesem Hinweisschreiben werden im Einvernehmen mit den Staatsministerien für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie, für Umwelt und Verbraucherschutz sowie für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten erste Hinweise zum Gesetzesvollzug gegeben, die insoweit an Stelle der bisherigen Kapitel 4 (Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit, nachfolgend Gliederungsnummer I.), Kapitel 5 (Repowering von WEA, Gliederungsnummer II.), und Kapitel 7.3.3 (Rücksichtnahmegebot, Gliederungsnummer III.) des Windenergie-Erlasses (GemBek vom 19. Juli 2016, AllMBl. S. 1642 ff.) treten.

I. Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von WEA richtet sich nach den §§ 29 ff. BauGB. Im – immissionsschutzrechtlichen oder baurechtlichen – Genehmigungsverfahren wird die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit geprüft, d. h. die Frage, ob das Vorhaben am geplanten Standort zulässig ist (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG), Art. 59 Satz 1 Nr. 1, Art. 60 Satz 1 Nr. 1 BayBO). WEA, die weder im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans noch im unbeplanten Innenbereich, sondern im Außenbereich errichtet werden sollen, sind als gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB grundsätzlich privilegierte Vorhaben zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen und ihre ausreichende Erschließung gesichert ist. Ab Feststellung des Erreichens des im Landesentwicklungsprogramms jeweils vorgeschriebenen regionalen Teilflächenziels sind WEA gem. § 249 Abs. 2 BauGB nur noch in sog. Windenergiegebieten (vgl. § 2 Nr. 1 WindBG) privilegiert zulässig.

1. 10 H-Regelung und deren Reform

Nach § 249 Abs. 9 BauGB können die Länder bestimmen, dass § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nur Anwendung findet, wenn die Vorhaben einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten. Der bayerische Landesgesetzgeber hat 2014 von dieser Möglichkeit in Form der sog. 10 H-Regelung Gebrauch gemacht. Die Privilegierung von WEA im Außenbereich hängt davon ab, dass sie einen Mindestabstand vom Zehnfachen ihrer Höhe zu geschützten Wohngebäuden einhalten (10 H-Regelung, siehe Art. 82 Abs. 1 BayBO). Die übrigen Anlagen fallen als „sonstige Vorhaben“ unter § 35 Abs. 2 BauGB. Für den Fall, dass es sich um eine untergeordnete Anlage eines anderen privilegierten Vorhabens wie z.B. eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs im

Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB handelt, kommen die Abstandsregelungen der Art. 82 ff. BayBO nicht zur Anwendung.

Die Neufassung des § 249 Abs. 9 Satz 4 BauGB stellt ausdrücklich klar, dass auf Grundlage der ehemaligen Fassung des § 249 Abs. 3 BauGB erlassene Ländergesetze fortgelten.

Die bisherige 10 H-Regelung in Art. 82 Abs. 1 BayBO wurde mit dem o. a. Gesetz vom 8. November 2022 reformiert: Mit Art. 82 Abs. 5 BayBO wurde für sechs Fallgruppen eine Ausnahme von der 10 H-Regelung geschaffen, für die dann nach Art. 82a BayBO ein reduzierter Mindestabstand von 1.000 m zur Wohnbebauung gilt, unabhängig von der Höhe der WEA (entsprechend der Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 9 Satz 2 BayBO).

Diese Fallgruppen sind:

a) Vorhaben in Vorrang- und Vorbehaltsgebieten für Windenergie in der Regionalplanung sowie Sonderbauflächen und Sondergebieten für Windenergie in Flächennutzungsplänen (Nr. 1)

Die Regelung gilt auch für bereits in der Vergangenheit festgelegte bzw. dargestellte Gebiete und steht im engen Zusammenhang zu der Neuregelung des Art. 82b BayBO. Danach gelten für diese Gebiete, die gleichzeitig auch Windenergiegebiete gemäß § 2 Nr. 1 WindBG sind, ab dem 1. Juni 2023 keine landesrechtlichen Mindestabstände. Bis dahin gilt der Mindestabstand des Art. 82a BayBO (zum Hintergrund dieses „gesplitteten“ Inkrafttretens vgl. Gesetzesbegründung, LT-Drs. 18/23858, S. 7 f.).

b) Vorhaben in einem Abstand von höchstens 2.000 m zu einem Gewerbe- und Industriegebiet, wenn der erzeugte Strom überwiegend zur Versorgung der in dem Gewerbe- oder Industriegebiet liegenden Gewerbe- und Industriebetriebe bestimmt ist (Nr. 2)

Bei dieser Ausnahme kommt es auf eine überwiegende Eigenversorgung der in dem betreffenden Gewerbe- oder Industriegebiet gelegenen Gewerbe- und Industriebetriebe an, so dass auch eine Betrachtung der zu in-

stallierenden Leistung der WEA im Verhältnis zum Stromverbrauch der Gewerbe- und Industriebetriebe relevant ist. Kleinere Gewerbebetriebe können somit nicht als Anknüpfungspunkt für größere Windparks dienen. Jedoch kommt zur Versorgung größerer Gewerbe- und Industriebetriebe durchaus die Errichtung mehrerer WEA in Betracht. Ansonsten soll die Ausnahme durch einen möglichst pragmatischen und unbürokratischen Gesetzesvollzug gehandhabt werden.

Es kommen sowohl festgesetzte als auch faktische Gewerbe- und Industriegebiete in Betracht (vgl. Gesetzesbegründung a.a.O. S. 5).

Für die Ausnahme ist es nicht erforderlich, dass der Strom über Direktlieferungen die jeweiligen Betriebe erreicht (als „physischer“ Nachweis), sondern es können die Netze der allgemeinen Versorgung genutzt werden. Sollte dies der Fall sein, müssen aufschiebend bedingte Liefer(vor-)verträge (als „virtueller“ Nachweis über sog. Power Purchase Agreements „PPA“), zumindest aber entsprechende Absichtserklärungen, über längerfristige Stromabnahmen mit den Betrieben der Gewerbe- und Industriegebiete geschlossen und nachgewiesen werden. Das Merkmal längerfristig dient dazu, dass entsprechende Verträge mit Industrie- und Gewerbebetrieben nicht nur für kurze Zeit zur Erfüllung des Ausnahmetatbestandes geschlossen werden. Dem steht eine EEG-Ausschreibungsteilnahme nicht entgegen, sodass ein späterer Wechsel in die EEG-Förderung – auch als zusätzliche Absicherung – möglich ist.

Überwiegend bedeutet, dass der erzeugte Strom zum Entscheidungszeitpunkt zu mindestens 51 % der Versorgung eines oder mehrere Gewerbe- oder Industriebetriebe in diesem Gebiet bestimmt ist, d.h. die Lieferverträge bzw. Absichtserklärungen müssen insgesamt diesen Prozentsatz erreichen.

Im Fall des Wegfalls des Hauptabnehmers oder einzelner Abnehmer ohne Ersatzmöglichkeit wird die Rechtmäßigkeit der Genehmigung nicht berührt, da es für diese Beurteilung des Tatbestandsmerkmals „bestimmt ist“ auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung ankommt. Zwar bestünde nach Art. 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BayVwVfG bzw. § 21 Abs. 1 Nr. 3 BIm-

SchG die Möglichkeit eines Widerrufs, dazu bedarf es jedoch der Gefährdung des öffentlichen Interesses. Eine solche Gefährdung des öffentlichen Interesses liegt dann vor, wenn von der Anlage eine konkrete Gefährdung der Nachbarschaft oder der Allgemeinheit ausgeht. Erforderlich ist, dass der Widerruf zur Beseitigung oder Verhinderung eines sonst drohenden Schadens für wichtige Gemeinschaftsgüter geboten ist (vgl. BVerwG, U. v. 24.01.1992 – 7 C 38/90). Eine solche Gefährdung liegt aber i. d. R. nicht vor, wenn eine überwiegende Abnahme des erzeugten Stroms nach Errichtung der Anlage nicht mehr gewährleistet werden kann. In einem solchen Fall kann die Anlage weiter genutzt und der erzeugte Strom auch anderweitig vermarktet werden (vgl. auch Gesetzesbegründung a.a.O. S. 5 f.).

c) Vorhaben längs von Haupteisenbahnstrecken i. S. v. § 47 b Nr. 4 BIm-SchG, Bundesautobahnen oder vier- oder mehrstreifigen Bundesstraßen in einer Entfernung von bis zu 500 m (zuzüglich des gesetzlichen Mindest- bzw. Sicherheitsabstands) (Nr. 3)

Bei dieser Ausnahme ist besonders darauf hinzuweisen, dass der 500 m Korridor erst jenseits der erforderlichen Sicherheitsabstände beginnt. Da es bei Bundesautobahnen und Bundesstraßen straßenrechtliche Restriktionen für die Errichtung von baulichen Anlagen gibt (beispielsweise die Anbauverbots- und Anbaubeschränkungszonen des § 9 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 Bundesfernstraßengesetz), beginnt der privilegierte Korridor rechnerisch erst jenseits dieser Beschränkungen. Gleiches gilt beispielsweise auch für die Regelung des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Bayerisches Eisenbahn- und Seilbahngesetz.

Die im Einzelfall im Genehmigungsverfahren festgelegten erforderlichen Sicherheitsabstände (z.B. zur Verhinderung von Eiswurfgefahren) zur Gewährleistung der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßen- und Schienenverkehrs sind ungehindert gesetzlicher Abstandsregelungen hinzuzurechnen. Dazu zählen auch Vorgaben zur Freihaltung von Flächen, die nicht durch den Rotor überstrichen werden dürfen.

Der Korridor schließt sich damit an die gesetzlich und/oder im Einzelfall einzuhaltenden Abstände an. Maßgeblich ist der größte gesetzliche Mindestabstand samt eines etwaigen im Einzelfall notwendigen zusätzlichen Sicherheitsabstands. Sofern sich Mindestabstände (teilweise) überlappen, findet keine Addition statt.

Für die Frage, wann eine Haupteisenbahnstrecke im Sinne des § 47b Nr. 4 BImSchG vorliegt (Verkehrsaufkommen von über 30.000 Zügen pro Jahr), können die aktuellen Zugzahlen bei der DB AG abgefragt werden (verkehrsdaten-management@deutschebahn.com). Im Übrigen stellt das Eisenbahn-Bundesamt auf seiner Homepage Lärmkartierungen zur Verfügung, die mindestens alle fünf Jahre überarbeitet werden und aus denen ebenfalls die Haupteisenbahnstrecken ersichtlich werden (https://www.eba.bund.de/DE/Themen/Laerm_an_Schienenwegen/Laermkartierung/Haupteisenbahnstrecken/by/by_node.html).

d) Repowering-Standorte, die die Voraussetzungen des § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG in der am 31. August 2021 geltenden Fassung erfüllen (Nr. 4)

Zur Begriffsbestimmung des Repowerings bezieht sich Art. 82 Abs. 5 Nr. 4 BayBO auf die Legaldefinition in § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG, mit der der Bundesgesetzgeber Erleichterungen für die Modernisierung bestehender Windenergieanlagen (Repowering) schaffen wollte. Danach umfasst Repowering auch den vollständigen oder teilweisen Austausch von Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten zum Austausch von Kapazität oder zur Steigerung der Effizienz oder der Kapazität der Anlage. Voraussetzung ist beim vollständigen Austausch zudem, dass

- die neue Anlage innerhalb von 24 Monaten nach dem Rückbau der Bestandsanlage errichtet wird und
- der Abstand zwischen der Bestandsanlage und der neuen Anlage höchstens das Zweifache der Gesamthöhe der neuen Anlage beträgt.

Bei dem Verweis auf die Regelung des § 16b Abs. 1 und 2 BImSchG in der am 31. August 2021 geltenden Fassung handelt es sich um eine statische Verweisung. Rechtsänderungen im BImSchG werden deshalb nicht erfasst.

e) Vorhaben auf militärischem Übungsgelände (Nr. 5)

f) Vorhaben in Waldgebieten, wenn von der Mitte des Mastfußes zum Waldrand mindestens ein Abstand in Höhe des Radius des Rotors eingehalten wird (Nr. 6)

Voraussetzung ist zunächst, dass der Wald bereits am 16. November 2022 bestanden hat. Dafür trägt der Vorhabenträger die Feststellungslast (vgl. auch Gesetzesbegründung a.a.O. S. 6), soweit sich diese Frage stellt. Der o.g. Abstand ist in jede Richtung einzuhalten. Im Hinblick auf die bezweckte abschirmende Wirkung ist mit „Waldrand“ eine Waldfläche im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Bayerisches Waldgesetz (BayWaldG) gemeint, nicht dagegen eine gleichgestellte Fläche im Sinne des Art. 2 Abs. 2 BayWaldG.

Der Vorhabenträger hat sicherzustellen (z.B. mittels zivilrechtlicher Vereinbarungen) und darzulegen, dass während der Dauer der immissionschutzrechtlichen Genehmigung der WEA die Waldfläche mindestens im Umfang des Radius des Rotors um den Mastfuß nicht gerodet (d.h. dauerhaft zugunsten einer anderen Nutzungsart beseitigt) wird, mit Ausnahme der zwingend für den Betrieb erforderlich dauerhaft freizuhaltenden Fläche, wie z.B. Zuwegung (vgl. Gesetzesbegründung a.a.O. S. 7).

Die 10 H-Regelung gilt nicht, wenn in einem Flächennutzungsplan vor dem 21. November 2014 eine Darstellung für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfolgt ist und soweit die Gemeinde oder eine betroffene Nachbargemeinde der Fortgeltung nicht fristgerecht bis zum 21. Mai 2015 widersprochen hat (Art. 82 Abs. 4 BayBO).

Außerdem ist die 10 H-Regelung unanwendbar bei Anlagen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung des Art. 83 Abs. 1 Nr. 2 BayBO (1. August 2020) bereits (vollständig) errichtet waren und eine genehmigte bzw. genehmigungsfähige, aber noch nicht errichtete Anlage ersetzen.

Ab dem 1. Januar 2028 ist wie folgt zu differenzieren:

- Wird das Flächenziel erreicht, was für jede Planungsregion in Bayern gesondert festgestellt wird (im Folgenden: Teilflächenziel), sind WEA nur noch in den ausgewiesenen Windenergiegebieten (vgl. § 2 WindBG) privilegiert. Außerhalb von Windenergiegebieten richtet sich die Zulässigkeit im Außenbereich nach § 35 Abs. 2 BauGB, vgl. § 249 Abs. 2 BauGB.
Es ist zu beachten, dass die Feststellung nach § 5 WindBG im Rahmen der Verbindlicherklärung der Regionalpläne durch die höhere Landesplanungsbehörde erfolgt, sobald ein (Teil-)Flächenziel erstmals erreicht wird. Nachträgliche Veränderungen des Bestands an Windenergiegebieten (z.B. Wegfall der angerechneten Flächen oder freiwillige Mehrausweisung nach § 249 Abs. 4 BauGB) führen nicht zu einer Abänderung der Feststellung, sondern sind von den Zulassungsbehörden selbständig zu prüfen und zu beachten.
- Wird weder das Teilflächenziel noch das Gesamtflächenziel erreicht, bleibt es bei der grundsätzlich bestehenden Außenbereichsprivilegierung, § 249 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BauGB.

1.1 Geschützte Wohngebäude

In Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB) sowie innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (§ 34 BauGB) werden alle Wohngebäude geschützt, sofern sie in diesen Gebieten nach der Baunutzungsverordnung (BauNVO) nicht nur ausnahmsweise zulässig sind. In einem Allgemeinen Wohngebiet sind Wohngebäude beispielsweise allgemein zulässig (§ 4 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BauNVO); in einem Gewerbe- oder Industriegebiet ist die Zulässigkeit von Wohngebäuden hingegen nur ausnahmsweise gegeben (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 oder § 9 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO). Im Außenbereich sind nur Wohngebäude im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB geschützt, nicht hingegen einzelne Gebäude mit Wohnnutzung (Art. 82 Abs. 1 BayBO; vgl. auch VGH München, B. v. 30. August 2017, Az. 22 ZB 16.1376). Voraussetzung ist in jedem Fall, dass die Gebäude zulässigerweise zu Wohnzwecken errichtet wurden oder errichtet werden können (Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO). Auf noch unbebauten Flächen werden als Bezugspunkt – entsprechend der Gesetzesbegründung – im Zusammenhang mit Bebauungsplänen die Grenzen der überbaubaren Grundstücksflächen empfohlen, innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile der Rand der Fläche, die an den Au-

ßenbereich angrenzt. Erfasst werden auch Gebäude, die nur teilweise zu Wohnzwecken genutzt werden. Die Gebäude müssen sich nicht auf dem Gebiet der Gemeinde befinden, in der die WEA errichtet werden soll.

1.2 Abstandsberechnung

Der erforderliche Abstand berechnet sich aus der Höhe der WEA, d. h. der Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors (Art. 82 Abs. 2 Satz 1 BayBO). Der Abstand bemisst sich nach Art. 82 Abs. 2 Satz 2 BayBO von der Mitte des Mastfußes der Anlage bis zum nächstgelegenen, geschützten Wohngebäude (vgl. Gliederungsnummer I.1.1). Da sich der Mindestabstand auf die Höhe der konkreten WEA bezieht, handelt es sich um keinen feststehenden, sondern um einen vom jeweiligen Einzelfall abhängigen Abstand. Kleinere Anlagen werden den Mindestabstand leichter einhalten können.

2. Auswirkungen der Art. 82 ff. BayBO auf die Bauleitplanung und Steuerungsmöglichkeiten der Kommunen

2.1 Abstandsanforderungen

Weiterhin können Gemeinden auch durch einen Bebauungsplan Baurecht für WEA schaffen, d. h. insbesondere Sondergebiete für Anlagen festsetzen, die der Nutzung von Windenergie dienen (vgl. § 11 Abs. 2 Satz 2, letzte Alt. BauNVO). Auch ein vorhabenbezogener Bebauungsplan (§ 12 BauGB) ist möglich. In der Bauleitplanung ist die Gemeinde an keinen gesetzlichen Mindestabstand nach Art. 82 ff. BayBO gebunden, da diese Regeln nur die Frage der Privilegierung von WEA im unbeplanten Außenbereich betreffen. Es gelten jedoch die allgemeinen Abstandsanforderungen, insbesondere aus Immissionsschutzrecht sowie aus Art. 6 BayBO.

Eine Verpflichtung der Gemeinden, Baurecht zu schaffen, besteht nicht (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB). Dies gilt auch für Bereiche, die in Regionalplänen als Vorrang- oder Vorbehaltsgebiete für die Errichtung von WEA ausgewiesen sind.

Nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ist zu prüfen, in welchem Umfang die Konfliktbewältigung zum Immissionsschutz, Naturschutz, Waldrecht und Denkmalschutz bereits in die Bauleitplanung einzubeziehen ist.

2.2 Konsens vor Ort

Dem geforderten Konsens vor Ort dient im Rahmen des Bauleitplanverfahrens die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung (§§ 3-4c BauGB) sowie die Beteiligung

der Nachbargemeinde (§ 2 Abs. 2 BauGB). Im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB ist das interkommunale Abstimmungsgebot mit betroffenen Nachbargemeinden weiterhin zu beachten. Die Einbindung der betroffenen Nachbargemeinde ist als Abwägungsmaterial zu dokumentieren. Ein Zustimmungserfordernis besteht jedoch nicht.

2.3 Konzentrationsflächenplanung

Für privilegierte WEA im Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) stand den Gemeinden bisher die Konzentrationsflächendarstellung in einem Flächennutzungsplan (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) zur Verfügung.

Gem. § 249 Abs. 1 BauGB gilt der sog. Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nicht mehr. Im Rahmen des Übergangsrechts (§ 245e Abs. 1 BauGB) behalten jedoch solche Flächennutzungspläne ihre steuernde Wirkung bis zum Erreichen der (Teil-)Flächenziele fort, längstens bis 31. Dezember 2027, wenn sie bis zum 1. Februar 2024 wirksam geworden sind.

Im Freistaat Bayern sollen die Regionalen Planungsverbände (RPV) mit der Ausweisung eines prozentualen Anteils ihrer Regionsfläche für Windenergie betraut werden. Gemäß § 249 Abs. 5 Satz 1 BauGB sind sie als „zuständige Planungsträger“ bei der Ausweisung von Windenergiegebieten nicht an entgegenstehende Darstellungen in Flächennutzungsplänen gebunden. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die RPV unverzüglich mit der Planung beginnen können, ohne an etwaige entgegenstehende Planinhalte in Plänen auf anderen Planungsebenen gebunden zu sein.

2.4 Gemeindefreie Gebiete

Für WEA in gemeindefreien Gebieten gelten grundsätzlich die Abstandsregeln der Art. 82 ff. BayBO. Die Möglichkeit, hiervon unabhängig im Wege der Bauleitplanung Baurecht zu schaffen, besteht in gemeindefreien Gebieten nicht; eine Eingemeindung des Gebiets bleibt aber denkbar. Nach Art. 82 Abs. 3 BayBO können angrenzende Gemeinden für WEA in gemeindefreien Gebieten auf den Schutz der Abstandsregelung des Art. 82 Abs. 1 BayBO – auch teilweise – verzichten, wenn nicht eine Ausnahme nach Art. 82 Abs. 5 BayBO einschlägig ist, sodass Anlagen insoweit uneingeschränkt privilegiert bleiben im Sinne von § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.

3. Voraussetzungen im Außenbereich

WEA sind im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 bzw. 2 BauGB nur zulässig, wenn öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB nicht entgegenstehen bzw. beeinträchtigt werden.

Öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB stehen privilegiert zulässigen WEA im Außenbereich nur entgegen, wenn das Vorhaben das Orts- und Landschaftsbild in besonders gewichtiger Weise ungünstig verändert oder das Orts- und Landschaftsbild besonders schützenswert ist.

In Windenergiegebieten können WEA weder die Belange des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB (Widerspruch zu Darstellungen des Flächennutzungsplans) noch gegenläufige Ziele der Raumordnung i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB entgegengehalten werden (§ 249 Abs. 5 Satz 2 BauGB).

Nach § 35 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB können einem raumbedeutsamen, privilegierten Vorhaben öffentliche Belange insoweit nicht entgegengehalten werden, als die Belange bereits bei der Aufnahme der Vorhaben als Ziele der Raumordnung in den Regionalplänen abgewogen worden sind. Soweit einzelne öffentliche Belange bei der Standortfestlegung nicht abgewogen worden sind oder eine solche Abwägung, weil es an entsprechenden Zielen fehlt, überhaupt noch nicht stattgefunden hat, verbleibt es bei der uneingeschränkten Prüfung nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB, ob öffentliche Belange entgegenstehen.

Schließlich hat der Antragsteller eine Erklärung abzugeben, in der er sich zum vollständigen Rückbau der WEA (inkl. Fundamente) nach endgültiger Aufgabe der Nutzung verpflichtet (§ 35 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB). Ob und wie diese Verpflichtung gesichert wird, liegt im Ermessen der zuständigen Genehmigungsbehörde.

II. Repowering

Repowering bezeichnet den Ersatz älterer, leistungsschwächerer WEA durch moderne, leistungsstarke Anlagen.

Gemäß § 249 Abs. 8 BauGB können die Gemeinden in Bebauungsplänen, die die Zulässigkeit von WEA regeln, festsetzen, dass die im Geltungsbereich des Bebauungsplans vorgesehenen neuen und regelmäßig größeren WEA erst errichtet werden dürfen, wenn sichergestellt ist, dass andere im Bebauungsplan bezeichnete WEA innerhalb einer im Bebauungsplan zu bestimmenden angemessenen Frist zurückgebaut werden. Die Standorte der zurückgebauten WEA können auch außerhalb des Bebauungsplangebiets oder außerhalb des Gemeindegebiets liegen. Entsprechend können auch Darstellungen im Flächennutzungsplan mit Wirkung für die Zulässigkeit der WEA nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB verbunden werden. Hierzu wird auf das Merkblatt „Bauleitplanung für Windenergieanlagen, insbes. Repowering-Bebauungsplan“ verwiesen.

Die Übergangsregelung zum Planvorbehalt nach § 245e Abs. 1 Satz 1 BauGB (vgl. Gliederungsnummer I.2.3) gilt ebenfalls nicht für Vorhaben des Repowerings, es sei denn, die Grundzüge der Planung sind berührt (wobei eine Rückausnahme gilt für Natura 2000-Gebiete oder in Naturschutzgebieten nach § 23 Bundesnaturschutzgesetz), § 245e Abs. 3 BauGB.

III. Rücksichtnahmegebot

WEA können nach gefestigter Rechtsprechung aufgrund ihrer Höhe sowie der ständigen Drehbewegung des Rotors samt den Flügeln eine optisch bedrängende bzw. erdrückende Wirkung auf bewohnte Nachbargrundstücke entfalten und damit gegen das in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB verankerte Gebot der Rücksichtnahme verstoßen. Für die erforderliche Einzelfallprüfung hat die Rechtsprechung grobe Ausgangswerte geschaffen, die regelmäßig eingehalten sind, wenn die immissionsschutzrechtlichen Abstände beachtet werden.

Zu beachten ist, dass sich WEA nicht bereits dann als rücksichtslos erweisen, wenn sie von benachbarten Grundstücken aus ganz oder teilweise wahrgenommen werden können. Das Gebot der Rücksichtnahme vermittelt namentlich keinen Anspruch auf eine von technischen Bauwerken freie Aussicht.

Mit dem Gesetz zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht vom 4. Januar 2023 (BGBl I. Nr. 6) wurde § 249 BauGB durch einen neuen Absatz 10 erweitert, wonach der (ungeschriebene) öffentliche Belang einer optisch bedrängenden Wirkung einem Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB in der Regel dann nicht entgegensteht, wenn der

Abstand von der Mitte des Mastfußes der WEA bis zu einer zulässigen baulichen Nutzung zu Wohnzwecken mindestens der zweifachen Höhe der WEA entspricht. Die Regelung lässt Raum, den besonderen Verhältnissen im Einzelfall Rechnung zu tragen. Anlagen, die weiter entfernt sind, kann nur dann eine optisch bedrängende Wirkung zukommen, wenn die Schwelle der Zumutbarkeit aufgrund besonderer Umstände überschritten würde.