

RECHTSGUTACHTEN

**Kommunale Beteiligung an der Wertschöpfung
bei Ausweisung von Konzentrationszonen
für Windenergieanlagen**

im Auftrag der

ARGE Gas Westfalen, Ostring 28, 44787 Bochum

erstellt durch

Christian Held, Rechtsanwalt

Dr. Max Reicherzer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Von

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Untere Weidenstr. 5, 81543 München

Tel. 089 / 23 11 64-0

Fax 089 / 23 11 64-570

E-mail: max.reicherzer@bbh-online.de

www.bbh-online.de

Inhaltsverzeichnis

TEIL 1	EINLEITUNG	4
TEIL 2	AUFGABENSTELLUNG	5
TEIL 3	WERTSCHÖPFUNG BEI WINDENERGIEANLAGEN	8
TEIL 4	VERWALTUNGS- UND VERFASSUNGSRECHTLICHER KONTEXT	10
	1. Konzentrationsflächenausweisung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB	10
	2. Koppelungsverbot	12
	a. Vertragsverbot nach § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB	12
	b. Vertragsverbot bei Anspruch auf Gegenleistung § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB	13
	c. Koppelungsverbot als allgemeiner Rechtsgrundsatz Art. 20 Abs. 3 GG	14
	3. Angemessenheitsgebot § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB	18
	a. Höhe des Kaufpreises bzw. des Pachtzinses	19
	b. Höhe des Erwerbs- bzw. Anpachtungsanteils der Gemeinde	20
	4. Gleichbehandlungsgrundsatz Art. 3 Abs. 1 GG	21
TEIL 5	STRAFRECHTLICHE ÜBERLEGUNGEN	23
TEIL 6	PLANUNGSRECHTLICHE SITUATION IN NRW	25
TEIL 7	MODELLE DER STANDORTSICHERUNG	27
	1. Ankaufsrechtsvertrag ohne Zwischenerwerb	27
	2. Frühzeitiger Zwischenerwerb	28
	3. Ankaufsoption für den Fall der Konzentrationsflächenausweisung	29
	4. Frühzeitiger Zwischenerwerb mit Nachzahlungsvereinbarung	29
	5. Überblick über die Modelle mit gemeindlichem Grunderwerb	30
	6. Pachtmodelle, Erbbaurecht	31
	7. Vergleich zu anderen Wertschöpfungsmodellen	33
	a. Bürgerstiftung	33
	b. Direktvermarktung	34
	c. Bürgerwindräder	35
	d. Beauftragung regionaler Unternehmen	36
TEIL 8	QUALIFIZIERTES STANDORTAUSWAHLVERFAHREN	37
	1. Harte Auswahlkriterien (abwägungsresistent)	38
	a. Tatsächliche Hindernisse	38
	b. Rechtliche Hindernisse	38
	2. Weiche Auswahlkriterien (abwägungsfähig)	38
	3. Zeitpunkt der Standortsicherung	39
TEIL 9	KOOPERATIONSMODELLE	41
TEIL 10	STANDORTSICHERUNG IM KONTEXT DER LANDESPLANUNG	43
	1. Vorranggebiete ohne Ausschlusswirkung	43
	2. Erfordernis der Aktualisierung und Anpassung der gemeindlichen Planung	44

3. Ebenenspezifische Konkretisierung	44
4. Landesplanerische Zurückhaltung	45
5. Gestaltungsoffene Zielvorgaben	46
6. Landesplanerischer Standortsicherungsvorbehalt	47

TEIL 11 ZUSAMMENFASSUNG	49
--------------------------------	-----------

Teil 1 Einleitung

Dieses Gutachten wurde auf der Grundlage des zwischen dem Auftraggeber und BBH bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist ausschließlich für den internen Gebrauch des Auftraggebers bestimmt. Eine Weitergabe des Gutachtens an Dritte oder eine - auch auszugsweise - Veröffentlichung bedarf der vorherigen, schriftlichen Zustimmung von BBH. Für den Fall der Weitergabe wird darauf hingewiesen, dass die Haftungsbeschränkung des Mandatsvertrages auch gegenüber jedem Dritten gilt, dem das Gutachten zugänglich gemacht wird; § 334 BGB ist anwendbar. Ferner weisen wir darauf hin, dass bei der Weitergabe dieses Gutachtens an Dritte ein vertragsähnliches Verhältnis mit dem Dritten zu Stande kommen könnte. Auch in diesem Falle gelten unsere Haftungsbeschränkungen gemäß Mandatsvertrag und zwar für alle Dritten insgesamt. Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Dritten vor der Weitergabe darauf hinzuweisen.

Teil 2 Aufgabenstellung

Die ARGE Gas Westfalen hat BBH beauftragt, zu prüfen, ob und inwieweit Kommunen an der Wertschöpfung bei Ausweisung von Flächen für Windenergieanlagen beteiligt werden können. Im Mittelpunkt steht vor allem die Frage, ob die Kommune vom Grundstückseigentümer vor Ausweisung von Flächen für Windenergieanlagen die Übereignung von Flächen oder deren Anpachtung verlangen kann, um später auf diesen Windenergieanlagen selbst oder zusammen mit einem Partner zu planen und zu errichten.

Diese Fragestellung wurde insbesondere bei der Fachtagung der ARGE Gas Westfalen zur Rolle der Stadtwerke bei der Energiewende am 19.09.2011 in Dortmund thematisiert. Ergebnis der genannten Fachtagung war unter anderem der vorstehende Prüfauftrag an BBH.

Der Windenergieerlass des Landes Nordrhein-Westfalen vom 11.07.2011 enthält zur hier in Rede stehenden Thematik Folgendes:¹

„Auch die Kommunen und deren Einwohner können wirtschaftliche Vorteile aus dem Ausbau der Windenergie ziehen. Im einzelnen kann die Ansiedlung von Windenergieanlagen zu Gewinnen von in der Kommune ansässigen Unternehmen, gesteigerten Einkünften Beteiligter, Zunahme des kommunalen Steueraufkommens sowie zusätzlichen Pachteinahmen für die jeweilige Gemeinde oder deren Einwohner führen.

Bei der Vergabe von Aufträgen für die Errichtung von Windenergieanlagen können die Kommunen Klauseln in die Nutzungsverträge mit den Betreibern von Windenergieanlagen aufnehmen, nach denen angemessene Zusatzleistungen festgelegt werden, wie z.B. die Erbringung besonderer Serviceleistungen und die Ermöglichung jederzeitiger zügiger Wartungsarbeiten. Dies ermöglicht vor allem mittelständischen Unternehmen mit starker regionaler Verankerung, sich mit Erfolg an diesbezüglichen Ausschreibungen zu beteiligen. ...

Ferner kann auch vereinbart werden, dass der Betreiber einer Windenergieanlage andere Gegenleistungen erbringt, welche den Einwohnern der betreffenden Kommune direkt zugute kommen würde. Denkbar wäre hier in erster Linie eine Direktvermarktung

¹ Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergie-Erlass) vom 11.7.2011, gemeinsamer Runderlass des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, und des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen und der Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen (nachfolgend: Windenergie-Erlass), Ziff. 1.3. Zum Erlass insgesamt siehe auch: Fest, ZNER Heft 4/2011, S. 401 ff.

des erzeugten Stroms vor Ort nach § 17 EEG zu einem Preis, der unter dem der großen überregionalen Stromanbieter liegt. ...

Ebenso könnte die Förderung von sozialen kulturellen oder ökologischen Belangen in der Kommune durch den Betreiber erwogen und mittels eines öffentlich rechtlichen Vertrages abgesichert werden. Durch eine solche Vorgehensweise könnte die Akzeptanz der Windenergieanlagen vor Ort voraussichtlich erheblich gesteigert werden und so ein über rein monetäre Gesichtspunkte hinausgehender Mehrwert geschaffen werden, der durch die Vereinigung von ökologischen, ökonomischen und sozialen Aspekten dem Leitbild der nachhaltigen kommunalen Entwicklung entsprechen würde. Im Rahmen einer solchen Vorgehensweise ist allerdings darauf zu achten, dass das Kopplungsverbot nicht verletzt wird. Aus diesem Grund scheiden direkte Zahlungen seitens der Betreiber regelmäßig aus. Empfehlenswert ist stattdessen eine indirekte Förderung über die Gründung einer Bürgerstiftung, welche mit Vertretern verschiedener lokaler Vereine, Verbände und Gremien besetzt ist. Die Stiftung könnte vom Betreiber mit Finanzmitteln ausgestattet werden.

Am weitreichendsten ist die kommunale Wertschöpfung, wenn die Windenergienutzung auf Flächen stattfindet, die im Eigentum einer Kommune stehen oder auf denen die Kommune ein Nutzungsrecht hat. Dadurch wird die Erhebung eines Pachtzinses für die Nutzung der Flächen ermöglicht. Die Höhe der jährlichen Pacht wird sich in der Regel an der Anzahl und der Leistungsfähigkeit der auf dem betreffenden Grundstück errichteten Energieanlagen orientieren. Auf diese Weise können Kommunen an den Erträgen und Potentialen des Repowering von Altanlagen teilhaben. ...“

Windenergieanlagen sind notwendig, um die Energiewende auf dezentraler Basis herbeizuführen. Nicht zu verkennen ist aber, dass diese Anlagen zu zahlreichen Konflikten mit dem Umfeld führen können.² Hinweise zur bauplanungsrechtlichen Konfliktbewältigung gibt der soeben zitierte Windenergieerlass des Landes Nordrhein-Westfalen. Den Kommunen kommt im Rahmen der Energiewende auch die wichtige Aufgabe zu, Akzeptanz für die Windenergieanlagen zu schaffen. Sie sind an den Bürgern am nächsten dran. Sie haben deshalb bei der Gestaltung der Energiewende die Funktion, als Konfliktbewältigungsmanager vor Ort tätig zu werden.

Zentrales rechtliches Instrument einer Definition von Standorten für Windenergieanlagen ist die Planungshoheit der Städte und Gemeinden. Diese kann jedoch nur dann erfolgreich ausgeübt werden, wenn Windenergieanlagen nicht „von oben nach unten“ oktroyiert, sondern wenn stattdessen die Bürger "mitgenommen" werden. Wenn lediglich einige wenige Grund-

² Siehe ausführlich dazu: Fest, Die Errichtung von Windenergieanlagen in Deutschland und seiner Ausschließlichen Wirtschaftszone, 2010.

stückseigentümer an den Bodenwertsteigerungen durch die Ausweisung von Flächen für Windenergieanlagen profitieren, wird es kaum gelingen, die notwendige Akzeptanz bei der Bevölkerung vor Ort herzustellen.

Mangelnde Akzeptanz durch die betroffenen Bürger kann zu erheblichen Verzögerungen derartiger Anlagen führen, so dass dann die Energiewende auf dezentraler Basis in Gefahr geraten kann. Da die Allgemeinheit etwaige Beeinträchtigungen durch Windenergieanlagen hinnehmen muss, die insbesondere durch die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes entstehen, dient es der bauplanungsrechtlich erwünschten Schaffung von Akzeptanz vor Ort nach Wegen zu suchen, die Bürger an der Wertschöpfung zu beteiligen.

Im genannten Windenergieerlass des Landes Nordrhein-Westfalen wird dieses politische Ziel der Beteiligung der Allgemeinheit an der Wertschöpfung bereits deutlich artikuliert. Allerdings wird auch auf die rechtliche Problematik im Zusammenhang mit dem sogenannten Kopplungsverbot hingewiesen.³ Aufgabe dieses Gutachtens ist es, die rechtlichen Spielräume und Grenzen einer Beteiligung der Kommunen an der Wertschöpfung näher auszuleuchten.

³ Windenergie-Erlass, Ziffer 1.3.

Teil 3 Wertschöpfung bei Windenergieanlagen

Die Errichtung von Windenergieanlagen führt dazu, dass das Gewerbesteueraufkommen in der jeweiligen Standortgemeinde ansteigt. Über die Gewerbesteuer werden die Städte und Gemeinden mithin an der diesbezüglichen Wertschöpfung beteiligt (siehe hierzu § 29 GewStG).

Im Unterschied zu anderen Gewerbebetrieben weisen Windenergieanlagen jedoch eine besondere Umgebungsrelevanz auf. Wegen der besonderen Höhe und weitreichenden landschaftlichen Einsehbarkeit der Anlagen wird das Umfeld einer Windenergieanlage landschaftsoptisch weitaus stärker in Anspruch genommen als bei vielen anderen Gewerbebetrieben. Demgegenüber wird nur eine geringe Fläche an Grund und Boden in Anspruch genommen, so dass nur wenige Grundstückseigentümer Pachteinahmen aus dem Betrieb der Anlage erzielen können.

Wegen dieses Auseinanderfallens von Beeinträchtigung und Begünstigung ist von einer erhöhten Sozialpflichtigkeit des Grundstückseigentums auszugehen, wenn in Privateigentum Einzelner befindliche Flächen für Windenergieanlagen ausgewiesen werden. Neben den Gewerbesteuereinnahmen sind deshalb auch die Gewinne ins Blickfeld zu nehmen, die durch Projektierung, Bau und Betrieb derartiger Anlagen erzielt werden.

Die für Windenergieanlagen geeigneten Flächen befinden sich in der Regel im Außenbereich (§ 35 BauGB). Diese Flächen haben im Rechtsverkehr üblicherweise keine Baulandqualität. Der Verkehrswert spiegelt die eingeschränkte Nutzungsmöglichkeit nach § 35 BauGB wieder. Die Grundstücke werden vom Rechtsverkehr als Flächen für die Land- oder Forstwirtschaft angesehen und entsprechend niedrig bewertet.

Werden hingegen Flächen für Windenergieanlagen ausgewiesen, so findet schlagartig eine Aufwertung der vormals lediglich land- und forstwirtschaftlich nutzbaren Grundstücke zu Flächen für gewerbliche Zwecke statt. Der Verkehrswert der Fläche steigt um ein Vielfaches an. Grund für diese Wertsteigerung ist, dass fortan deutlich höhere Pachteinahmen erzielt werden können als bisher.⁴

Im Nachfolgenden wird näher zu erörtern sein, an welchen Stellen der Wertschöpfungskette die Städte und Gemeinden beteiligt werden können. Dabei rückt die Überlegung in den Fokus, ob es denkbar wäre, dass die Gemeinden vom planungsbedingten Anstieg des Verkehrswertes der Grundstücke profitieren können. Die Bodenwertsteigerungen sind abzugrenzen vom Unternehmergewinn, der dem Bauherrn und Betreiber der Anlage als Verzin-

⁴ Siehe hierzu: § 17 ImmoWertV.

sung seines eingesetzten Kapitals und für sein unternehmerisches Wagnis zusteht. Im Gegensatz zum Unternehmergewinn sind die Bodenwertsteigerungen zu einem guten Teil auch das wirtschaftliche Äquivalent für die rechtliche Sicherung des Standortes, insbesondere durch erfolgreiche Konfliktbewältigung mit dem betroffenen Umfeld.

Als Trägerin der Planungshoheit kommt der Kommune die Aufgabe zu, Standorte fachgerecht auszuwählen und Konfliktpotentiale aus dem Umfeld mit den Mitteln des Planungsrechtes möglichst präventiv abzubauen. Die Beteiligung der Kommune an der Wertschöpfung könnte ein Äquivalent für deren Aufgabe darstellen, die zahlreichen Konflikte von Windenergieanlagen mit dem Umfeld abzarbeiten und zu bewältigen (kommunale Konfliktbewältigungsprämie).

Teil 4 Verwaltungs- und verfassungsrechtlicher Kontext**1. Konzentrationsflächenausweisung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB**

Bei Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Windenergie handelt es sich um privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Dies hat zur Folge, dass derartige Vorhaben im bauplanungsrechtlichen Außenbereich in der Regel zulässig sind, wenn es keine besonderen städtebaulichen Hindernisse nach § 35 Abs. 3 BauGB gibt.

Die Gemeinde kann jedoch die Errichtung derartiger Anlagen durch die Ausweisung von Konzentrationszonen gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB steuern. Die Darstellung von Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan führt dazu, dass bestimmte Flächen für Windenergieanlagen reserviert, wohingegen andere Standorte für eine solche Nutzung ausgeschlossen werden. Mit der planerischen Konzentration von Windenergieanlagen auf bestimmte Standorte wird eine „Verspargelung“ der Landschaft vermieden, die durch eine verstreute Errichtung derartiger Anlagen zu befürchten wäre.

Die Darstellung derartiger Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan kann auch gemeindeübergreifend durch einen gemeinsamen Flächennutzungsplan mehrerer Gemeinden oder durch Flächennutzungspläne der einzelnen Gemeinden erfolgen, die über einen koordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag aufeinander abgestimmt werden (§ 204 Abs. 1 BauGB). Möglich sind auch sachliche Teilflächennutzungspläne, die sich nur mit dem Thema Windenergie beschäftigen und räumliche Teilflächennutzungspläne, die nur Teile des Gemeindegebietes umfassen (§ 5 Abs. 2 b BauGB).

Die Ausschlusswirkung der Konzentrationsflächenausweisung gilt jedoch nur im Regelfall. In atypischen Einzelfällen kann eine Windenergieanlage auch außerhalb von Konzentrationszonen zulässig sein. Ein solcher atypischer Fall wird unter Umständen dann vorliegen, wenn es sich um eine baulich untergeordnete Anlage handelt, die dem Betrieb einer anderen zulässigen Nutzung funktional zugeordnet ist, oder wenn der Standort baulich bereits vorbelastet ist.⁵ Zudem greift die Ausschlusswirkung des Flächennutzungsplans auch dann nicht wirksam ein, wenn die Windenergieanlage im Rahmen einer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB errichtet wurde, weil sie einem landwirtschaftlichen Betrieb dient.

Die Ausschlusswirkung des Flächennutzungsplanes dient dazu, eine landschaftsplanerisch unerwünschte verstreute Errichtung von Windenergieanlagen zu vermeiden. Die Windenergieanlagen sollen auf bestimmte Standorte konzentriert werden. Für die Wirksamkeit des Konzentrationszonenkonzeptes ist jedoch erforderlich, dass dieses nach städtebaulichen

⁵ Siehe hierzu: BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01, Rdnr. 47.

Kriterien aufgestellt wurde und dass auch zutreffende wirtschaftliche Annahmen zur Windhöffigkeit und zum Netzanschluss angestellt wurden. Die Kommune darf nicht Standorte als Konzentrationszonen ausweisen, die sich in Wirklichkeit für die Errichtung von Windenergieanlagen gar nicht eignen (sog. „Feigenblatt“-Planung).

Die Gemeinde kann durch die Darstellung von Konzentrationszonen im Flächennutzungsplan dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit entziehen, auf seinem Grundstück eine nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierte Windenergieanlage zu errichten. Voraussetzung der rechtmäßigen Ausübung dieses Planungsvorbehaltes ist jedoch, dass geeignete Standorte für die Konzentrationszonen gefunden werden. Die Gemeinde muss ein substantielles Maß an Fläche für Windenergieanlagen ausweisen; ansonsten kann die Ausschlusswirkung für die anderen Standorte nicht durchgreifen (sog. Substanzgebot).

In der Rechtsprechung wird stets betont, dass das substantielle Maß bezogen auf jeden Einzelfall zu ermitteln sei.⁶ Die Gemeinde darf sich jedenfalls nicht ausschließlich vom Gedanken leiten lassen, die Windenergieanlagen auf ein Minimum zu beschränken, weil es sich dann um eine unzulässige Verhinderungsplanung handeln würde. Sie muss die gesetzgeberische Wertentscheidung in ihre bauleitplanerische Abwägung einstellen, dass es sich bei Windenergieanlagen um privilegierte Vorhaben handelt. Das notwendige Maß an Konzentrationsfläche wird sich auch daran zu orientieren haben, wie viel Fläche in der jeweiligen Gemeinde dem Grunde nach für die Nutzung durch Windenergieanlagen geeignet ist (sog. Potenzialfläche).⁷

Neben dem Gebot der substantiellen Flächenausweisung ist auch ein Gebot der planerischen Nachsteuerung aus der Rechtsprechung abzuleiten. Ergibt nämlich eine sachgerechte städtebauliche Abwägung eine zu geringe Gesamtflächengröße, um dem Substanzgebot gerecht zu werden, ist die Gemeinde verpflichtet, ihre Abwägung zu überprüfen und zusätzliche Flächen im Wege der Nachsteuerung auszuweisen. Gelingt keine weitere Ausweisung, um der Substanzgrenze gerecht zu werden, muss auf die Steuerung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verzichtet werden.⁸

Für die hier im Mittelpunkt stehende Fragestellung, ob Gemeinden an den Bodenwertsteigerungen partizipieren können, kommt es auf die Frage an, ob die Gemeinden ihre Planungshoheit bei der Ausweisung von Konzentrationszonen mit Modellen verknüpfen dürfen, die zu einer Beteiligung der Kommune an der planungsbedingten Bodenwertsteigerung führen.

⁶ Zuletzt: BVerwG, Beschluss vom 18.1.2011 - 7 B 19.10, Rdnr. 41 f.

⁷ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 - 4 C 15.01, Rdnr. 28.

⁸ BVerwG, Urteil vom 24.1.2008 - 4 CN 2.07, Rdnr. 15.

2. Koppelungsverbot

Nach dem sogenannten Koppelungsverbot ist es einem Hoheitsträger nicht gestattet, die Ausübung von Hoheitsgewalt von Gegenleistungen abhängig zu machen. Dieses Koppelungsverbot ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG). Es hat in zahlreichen Einzelrechtsnormen Niederschlag gefunden. So findet sich dieses Rechtsprinzip in § 56 VwVfG sowie in §§ 1 Abs. 3 Satz 2, 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB. Ferner sind auch die §§ 331 ff. StGB Ausfluss dieses Rechtsgrundsatzes. Es gehört zum Wesen des Rechtsstaates, dass der Staat nicht käuflich ist. Träger der Staatsgewalt sind gehalten, ihre Entscheidungen unabhängig davon zu treffen, ob ihnen dafür eine Gegenleistung geboten wird. Macht eine Kommune die Ausweisung von Konzentrationszonen davon abhängig, dass ein Vertrag zur Standortsicherung mit ihr abgeschlossen wird, könnte dies gegen das Koppelungsverbot verstoßen.

a. Vertragsverbot nach § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB

Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB kann ein Anspruch auf Erlass eines bestimmten Bauleitplanes nicht vertraglich begründet werden. Die Gemeinden können deshalb mit ihrem Vertragspartner nicht vereinbaren, dass dieser einen Anspruch auf Ausweisung einer Konzentrationszone für Windenergieanlagen hat, wenn er als Gegenleistung Flächen an die Gemeinde abtritt, verkauft oder verpachtet.

Die genannte gesetzliche Bestimmung verbietet indessen nicht, dass sich der Grundstückseigentümer in einem Vertrag ein Rücktrittsrecht vorbehält für den Fall, dass es zu keiner erfolgreichen Baulandausweisung kommt. Somit steht § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB zwar einer vertraglichen Regelung entgegen, die einen Primäranspruch auf Ausweisung einer Konzentrationszone als Gegenleistung für Flächenabtretungen oder Flächenverpachtung an die Kommune gewährt. Ein sog. hinkendes Synallagma – beispielsweise abgesichert über ein Rücktrittsrecht des Grundstückseigentümers für den Fall der Nichtausweisung – verstößt hingegen nicht gegen die genannte Bestimmung.

Auch wenn Primäransprüche auf Ausweisung einer Konzentrationszonenfläche mithin rechtskonform nicht zu begründen sind, wäre eine vertragliche Konstruktion eines sog. hinkenden Austauschvertrages denkbar und könnte zum Zwecke der Beteiligung an der Wertschöpfung genutzt werden. Hierzu ist aber anzumerken, dass § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB nur einen sehr schmalen Anwendungsbereich des Koppelungsverbot in nicht abschließender Art und Weise gesetzlich normiert. Deshalb sind weitere Verstöße gegen das Koppelungsverbot zu prüfen, die sich aus anderen Rechtsnormen oder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben.

b. Vertragsverbot bei Anspruch auf Gegenleistung § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB

Eine weitere spezielle Ausprägung des Koppelungsverbot findet sich in § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB. Die Gemeinde darf sich nach dieser Regelung für ihr hoheitliches Handeln keine Leistung versprechen lassen, wenn der Vertragspartner auch ohne diese Leistung einen Anspruch auf die Gegenleistung hätte (vgl. § 56 Abs. 2 VwVfG).⁹

Im Zusammenhang mit der Ausweisung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen bedeutet dies, dass Flächenabtretungen oder Flächenverpachtungen an die Gemeinde unzulässig sein könnten, sofern auf die Genehmigung bzw. die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens ein Anspruch besteht. Ein Verstoß gegen § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB könnte insbesondere dann vorliegen, wenn die Kommune androht, die Genehmigung oder das Einvernehmen zur Genehmigungserteilung zu verweigern, wenn mit ihr kein Vertrag zur Grundstücksverfügbarkeit abgeschlossen wird.

Von einem Anspruch auf Genehmigungserteilung im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB ist zunächst dem Grunde nach auszugehen, weil die Entscheidung über die immissionsschutzrechtliche Genehmigung bzw. über das Einvernehmen hierzu auf der Basis der gesetzlichen Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB eine gebundene Entscheidung ohne Ermessensspielraum darstellt. Es erscheint deshalb zunächst als problematisch, die Erteilung der Genehmigung bzw. des gemeindlichen Einvernehmens davon abhängig zu machen, dass eine Teilfläche an die Gemeinde verkauft oder verpachtet wird, weil auf die Genehmigung grundsätzlich ein Anspruch besteht.

Die gesetzliche Privilegierung der Errichtung von Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB steht jedoch unter dem Vorbehalt einer davon abweichenden planerisch-räumlichen Verteilung der Anlagen durch Ausweisung von Konzentrationszonen (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB). Der dem Grunde nach gegebene, gebundene Anspruch auf Genehmigungserteilung mutiert mithin zu einem bloßen Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Planungsermessens, wenn die Gemeinde den oben näher erklärten gesetzlichen Planungsvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB aktiviert.

Die erstmalige Aktivierung des Planungsvorbehaltes setzt seinerseits voraus, dass die Kommune nach § 2 Abs. 1 BauGB beschließt, eine Konzentrationszonenplanung aufzustellen. Sie kann dann die Zurückstellung des Baugesuchs bei der Genehmigungsbehörde für ein Jahr nach § 15 Abs. 3 BauGB beantragen und ist gehalten, diesen Zeitraum für die Aufstellung des Konzentrationszonenplanes zu nutzen.

Der Anspruch auf Genehmigungserteilung wird nach beschlussmäßiger Einleitung des Verfahrens zur Konzentrationszonenplanung (§ 2 Abs. 1 BauGB) zum bloßen Anspruch auf er-

⁹ Siehe hierzu: BVerwG, Beschluss vom 15.6.2011 – 4 C 3.11, Rdnr. 5.

messenfehlerfreie Planungsentscheidung abgestuft. Damit entfällt die Sperre des § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB, weil diese Bestimmung nur für gebundene Entscheidungen der Behörde bzw. der Gemeinde gilt. Demnach steht die gesetzliche Regelung des § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB einem Modell nicht entgegen, wonach die Gemeinde vor Ausweisung von Konzentrationszonen Teilflächen erwirbt oder anpachtet. Vor diesbezüglichen Vertragsabschlüssen muss jedoch in jedem Fall der Planungsvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB durch Einleitungsbeschluss nach § 2 Abs. 1 BauGB aktiviert werden, um einen Spielraum für vertragliches Handeln jenseits der gebundenen Verwaltung zu eröffnen.

Die Umwandlung des gebundenen Anspruches in einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung beruht auf dem Planungsvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Das Bundesverwaltungsgericht stuft diese Regelung als verfassungskonforme Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums ein. Dementsprechend kann davon ausgegangen werden, dass sich das Nutzungsrecht für eine privilegierte Nutzung nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB noch nicht eigentumskräftig in jeder einzelnen Außenbereichsparzelle verfestigt hat. Die Privilegierungsnutzungen sind vielmehr dem Außenbereich lediglich global, also grundstücksübergreifend, zugewiesen. Da sich das privilegierte Nutzungsrecht mithin noch nicht parzellenscharf und eigentumskräftig verdichtet hat, kann der zunächst gebundene Anspruch auf Genehmigungserteilung ohne verfassungswidrigen Eigentumseingriff und ohne Entschädigungspflicht durch Aktivierung des Planungsvorbehaltes beseitigt und einer bauleitplanerischen Ordnung zugeführt werden.¹⁰ Der damit eröffnete Rechtsraum für Planungen stellt zugleich die Grundlage für städtebauliche Vereinbarungen dar, die die Kommune an der Wertschöpfung beteiligen können.

c. Koppelungsverbot als allgemeiner Rechtsgrundsatz Art. 20 Abs. 3 GG

Das Koppelungsverbot gilt jedoch über die enge Formulierung der Spezialnorm des § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB hinaus auch im Bereich der Ermessensverwaltung. Dies ergibt sich daraus, dass dieser Rechtsgrundsatz letztlich im Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes wurzelt und damit alle Räume staatlichen Hoheitshandelns regelnd durchdringt und beeinflusst.

Im Bereich der kommunalen Planung wird mit dem Koppelungsverbot intendiert, dass die Planung auf der Grundlage einer sachgerechten Abwägung nach städtebaulichen Kriterien erfolgt. Das Koppelungsverbot stellt mithin den notwendigen Flankenschutz für das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB dar. Es ist deshalb auch für den nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eröffneten planerischen Ermessensbereich über § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB hinaus zu fragen, ob die Gemeinde gegen das Koppelungsverbot verstößt, wenn sie die Ausübung

¹⁰ Zur Verfassungsmäßigkeit des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB: BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15.01, Ziff. 4.; zur fehlenden Entschädigungspflicht bei Aufhebung der privilegierten Nutzungsmöglichkeit: BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2005 - 4 C 5.04, Ziff. 1.2.2.3.

ihres planerischen Ermessens von Flächenabtretungen für die Errichtung von Windenergieanlagen abhängig macht. Die Planungshoheit darf nicht zur käuflichen Ware werden.

In diesem Zusammenhang muss aber berücksichtigt werden, dass die Rechtsprechung das Koppelungsverbot nicht strikt und ohne jede Ausnahme anwendet. Eine Ausnahme vom Koppelungsverbot ist dann anzunehmen, wenn zwischen der Planungsleistung der Kommune und der Gegenleistung an die Kommune ein Sachzusammenhang besteht. Dann ist abweichend vom Koppelungsverbot die Verknüpfung des planerischen Hoheitsaktes mit einer Gegenleistung ausnahmsweise zulässig.¹¹

Für die Frage, ob ein solcher Sachzusammenhang bejaht werden kann, hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit auf die gesetzgeberische Wertentscheidung des § 11 BauGB zurückgegriffen. Dementsprechend wurde vom Bundesgerichtshof argumentiert, dass sich die Gemeinde Flächen zum Bauerwartungslandpreis in Verknüpfung mit der Bauleitplanung verkaufen lassen darf, wenn dieser Erwerb dazu dient, das Ziel des Bebauungsplanes nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB – Deckung des Wohnbedarfs der einheimischen Bevölkerung – zu verwirklichen. Im Rahmen von sog. Einheimischenmodellen ist es mithin zulässig, Bauleitplanung und gemeindlichen Grunderwerb zu verknüpfen. Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot liegt dann ausnahmsweise nicht vor, weil der gemeindliche Grunderwerb der Verwirklichung der planerischen Ziele dient. Aus der gesetzgeberischen Wertentscheidung des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB wird vom Bundesgerichtshof ein ausreichender Sachzusammenhang zwischen Planung und Grunderwerb abgeleitet.¹²

Bauleitpläne enthalten in der Regel keine Bauverpflichtung. Sie stellen vielmehr lediglich eine Angebotsplanung dar. Dies bedeutet, dass der Grundstückseigentümer einer zu Bauland ausgewiesenen Fläche zwar bauen darf, er muss dies aber nicht. Möchte die Gemeinde aber aus städtebaulichen Gründen sicher sein, dass eine Planung auch tatsächlich verwirklicht wird, sieht das Baugesetzbuch hierfür den Planrealisierungsvertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB vor. In einem solchen Vertrag kann der Eigentümer zur Bebauung nach dem Bebauungsplan verpflichtet werden. So kann beispielsweise der Grundstückseigentümer durch städtebaulichen Vertrag dazu verpflichtet werden, die nach Baulandausweisung entstehenden Parzellen binnen bestimmter Frist zu Vorzugskonditionen an Einheimische mit Baupflicht zu verkaufen (sog. Weilheimer Modell).¹³

Zulässig sind aber nach der Rechtsprechung auch Einheimischenmodelle mit gemeindlichem Zwischenerwerb. Bei diesen Modellen erwirbt die Gemeinde selbst Teile des Plangebietes vor Baulandausweisung zum Bauerwartungslandpreis, um diese später selbst an von ihr ausgewählte Einheimische zum vergünstigten Baulandpreis zu verkaufen. Auch derartige

¹¹ BGH, Urteil vom 2. 10. 1998 - V ZR 45–98, NJW 1999, 208.

¹² BGH, Urteil vom 2. 10. 1998 - V ZR 45–98, NJW 1999, 208.

¹³ BVerwG, Urteil vom 11.02.1993 - 4 C 18.9, NJW 1993, 2695.

Modelle werden nach der Rechtsprechung von der gesetzlichen Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB legitimiert und stellen deshalb keinen Verstoß gegen das Koppelungsverbot dar.¹⁴

Das Zwischenerwerbsmodell hat den Vorteil, dass die Gemeinde die Erfüllung des mit der Planung verfolgten öffentlichen Zwecks besonders effektiv steuern kann, weil sie es selbst in der Hand hat, wer die entstehenden Baugrundstücke letztlich zum Vorzugspreis erhält. Durch die zivilrechtliche Verfügungsmacht als Grundstückseigentümer kann die Gemeinde am wirkungsvollsten die Planverwirklichung steuern. Sie kann sich vor dem Grundstücksverkauf Finanzierungsbestätigungen für die Baufinanzierung vorlegen lassen und damit die Baurealisierung wirkungsvoll sichern. Ferner kann die Vergabe der Parzellen nach sozialen Kriterien im Sinne einer sozialgerechten Bodennutzung (§ 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB) erfolgen.

Wegen dieser städtebaulichen Legitimation der effektiven Planverwirklichung ist es der Gemeinde mithin auf der Basis des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB gestattet, sich Flächen zur Planverwirklichung vorab zum Bauerwartungslandpreis verkaufen zu lassen. Ein ähnlicher Rechtsgedanke – Planung durch gemeindlichen Eigentumserwerb – liegt auch den gesetzlichen Vorschriften über das gemeindliche Vorkaufsrecht in den §§ 24 ff. BauGB zu Grunde.

Im Zusammenhang mit der Ausweisung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen gibt es eine dem § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB ähnliche gesetzgeberische Wertentscheidung in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB. Nach dieser Norm dürfte es auch im Bereich der Konzentrationszonenplanung zulässig sein, die Bauleitplanung mit einem städtebaulichen Vertrag zu verbinden, der Vorab-Flächenabtretungen oder Vorab-Flächenanpachtung an die Gemeinde zum Zwecke der effektiven Planverwirklichung vorsieht.

Sinn und Zweck des Koppelungsverbotes ist es letztlich, die sachgerechte und ordnungsgemäße Abwägung im Rahmen der Bauleitplanung gem. § 1 Abs. 7 BauGB zu sichern. Die Ausweisung von Konzentrationszonen soll von städtebaulichen Kriterien geleitet werden. Die Ausschlusswirkung des Konzentrationszonenkonzeptes nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kann indessen nur greifen, wenn der Grundstückseigentümer die Fläche für die entsprechende Nutzung auch tatsächlich zur Verfügung stellt. Verweigert der Grundstückseigentümer eine derartige Nutzung, wäre die Konzentrationszonenplanung nicht vollzugsfähig und würde deshalb gegen § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB verstoßen. Konsequenz daraus muss nun aber sein, dass die Gemeinde die Verfügbarkeit der Fläche im Rahmen des Bauleitplanungsprozesses vorab, also vor Beschluss des Bauleitplans, durch Standortsicherungsvertrag sichern sollte. Ohne dass die Verfügbarkeit der Fläche gesichert ist, kann sich die Gemeinde nicht darauf verlassen, dass die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB

¹⁴ BGH, Urteil vom 2. 10. 1998 - V ZR 45–98, NJW 1999, 208.

wirksam greift.¹⁵ Demnach ist es ein sachgerechtes städtebauliches Kriterium, wenn sich die Gemeinde vorab die Verfügbarkeit der Fläche vertraglich im Rahmen der Bauleitplanung sichert. Der Standortsicherungsvertrag fungiert insoweit als flankierender Baurealisierungsvertrag, der das Bebauungsangebot des Bauleitplanes um eine Realisierungsverpflichtung ergänzt.

Bei den Einheimischenmodellen hat die Rechtsprechung Zwischenerwerbsmodelle wie oben dargestellt anerkannt. Den Gemeinden ist es demnach gestattet, sich einen Teil der Fläche im Rahmen der Bauleitplanung abtreten zu lassen, um sicherzustellen, dass diese Flächen für den Wohnbedarf der einheimischen Bevölkerung verwendet werden. Analog hierzu könnte es gestattet sein, dass sich die Kommunen die Übertragung von Miteigentumsanteilen oder Teilflächen an Konzentrationszonen bzw. deren Anpachtung vor deren Ausweisung sichern, damit die Realisierung der Windenergieanlagen gewährleistet ist und die Ausschlusswirkung tatsächlich greift. Die Gemeinde könnte die erworbenen oder angepachteten Flächen dann nach Ausweisung in eine Projektgesellschaft zur Errichtung und zum Betrieb der Windenergieanlage einbringen.

Letztlich dient das Zwischenerwerbs- oder Zwischenpachtmodell bei den Konzentrationszonen ebenso wie bei der Wohnbaulandausweisung der effektiven Erfüllung einer planerischen Aufgabe. Die Verträge des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB werden auch als Aufgabenerfüllungsverträge in der Literatur bezeichnet.¹⁶ Dies dürfte auch für die im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Verträge nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB sinnvoll sein. Bei den Konzentrationszonen hat der gemeindliche Zwischenerwerb bzw. die Zwischenpacht ebenfalls die Aufgabe, die bauliche Realisierung und die Nutzung der baulichen Anlagen unter Beteiligung der Kommune sicherzustellen.

Durch den gemeindlichen Zwischenerwerb oder die Zwischenpacht sorgt die Kommune dafür, dass das Konzentrationszonenkonzept nicht gegen § 1 Abs. 3 BauGB wegen mangelnder Vollzugsfähigkeit der Planung verstößt, was der Fall wäre, wenn die Fläche vom Eigentümer nicht zur Verfügung gestellt würde. Der Zwischenrechtserwerb hat dabei neben der positiven Funktion der Sicherstellung einer dezentralen Energieversorgung durch erneuerbare Energien auch die negative Funktion, die Errichtung von Windenergieanlagen in planerisch nicht erwünschten Bereichen auszuschließen, weil die Ausschlusswirkung ihrerseits die Vollzugsfähigkeit der Konzentrationsplanung voraussetzt.

Ferner kann durch eine Anlage in kommunaler Trägerschaft am besten der städtebaulich und landschaftsplanerisch erwünschte Rückbau im Falle der Betriebseinstellung sichergestellt werden, weil mit einem Insolvenzrisiko des Trägers nicht gerechnet werden muss (sie-

¹⁵ A. A. wohl Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2009, Rdnr. 67, der meint, die Zustimmung sei letztlich nur eine Frage der Höhe des gezahlten Entgeltes.

¹⁶ Roithmaier, NVwZ 2005, 56; Reicherzer, KommJur 2004, 331.

he hierzu: § 35 Abs 5 Satz 2 BauGB). Auch darin zeigt sich die städtebauliche Legitimation von Zwischenerwerbs- und Zwischenpachtmodellen.

Der gemeindliche Vorab-Erwerb von möglichen Konzentrationszonen in Verknüpfung mit der Bauleitplanung ist mithin durch städtebauliche Gründe vielschichtiger Art gerechtfertigt und stellt demnach keinen Verstoß gegen das Koppelungsverbot dar. Wichtig ist jedoch, dass die Gemeinde bei der Standortauswahl nicht ausschließlich auf die gemeindliche Verfügbarkeit der Fläche abstellt. Vielmehr müssen auch die anderen städtebaulichen Kriterien, die für die Standortauswahl von Bedeutung sind, abwägend reflektiert werden. Es bedarf mithin eines qualifizierten Standortauswahlverfahrens in dessen Rahmen die gemeindliche Verfügbarkeit lediglich ein Abwägungskriterium einer umfassenden Prüfung sämtlicher städtebaulich relevanter Belange darstellen darf.

Der Kommune ist jedoch bei der Auswahl zwischen unterschiedlichen Standorten gestattet, zum Beispiel die Ausweisung des Standortes mit der besseren Windhöffigkeit gegenüber dem Standort mit mittlerer Windhöffigkeit davon abhängig zu machen, dass der erstgenannte Standort ebenso wie der zweitgenannte für die Errichtung einer Windenergieanlage durch die Gemeinde selbst zur Verfügung gestellt wird. Es wäre mithin auch denkbar, dass die Gemeinde auf die Ausweisung des im Hinblick auf die Windhöffigkeit besseren Standortes verzichtet, weil sie die Verfügbarkeit der Fläche im Gegensatz zum Standort mit der mittleren Windhöffigkeit nicht durch Zwischenerwerb oder Zwischenpacht effektiv sicherstellen kann.

3. Angemessenheitsgebot § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB

Städtebauliche Vereinbarungen, in denen sich die Gemeinde im Zusammenhang mit der Ausweisung von Konzentrationszonen, Flächen zur Standortsicherung entsprechend § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB übertragen oder verpachten lässt, unterliegen nicht nur dem Koppelungsverbot, sondern auch dem Angemessenheitsgebot. Das Angemessenheitsgebot ist in § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB gesetzlich normiert. Leistung und Gegenleistung müssen nach den Gesamtumständen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Maßgeblich für die Beurteilung ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

Das Angemessenheitsgebot eröffnet den Gerichten die Möglichkeit einer Inhaltskontrolle von städtebaulichen Verträgen. Es kann aus diesem Grund nicht argumentiert werden, dass die Verträge zur Standortsicherung schon deshalb angemessen seien, weil die Parteien sich durch ihre Unterschrift mit dem Vertragsinhalt einverstanden erklärt haben. Vielmehr kommt es auf die objektive, also die vom Willen der Vertragsparteien unabhängige Angemessenheit an.

a. Höhe des Kaufpreises bzw. des Pachtzinses

Lässt sich die Gemeinde im Zusammenhang mit der Ausweisung von Konzentrationszonen Teilflächen oder Miteigentumsanteile übertragen, so kann hinsichtlich der Höhe des Kaufpreises jedenfalls dann von einem angemessenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ausgegangen werden, wenn die Gemeinde für die Flächen bzw. Miteigentumsanteile den Verkehrswert (§ 194 BauGB) zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezahlt.

Der Verkehrswert ist nach der Immobilienwertermittlungsverordnung (ImmoWertV) zu ermitteln. Dabei muss beachtet werden, dass Grundstücke im Laufe eines Bauleitplanverfahrens unterschiedliche Bewertungsstufen durchlaufen. Nach § 5 ImmoWertV beginnt die Bewertungsskala mit der Einstufung als land- oder forstwirtschaftliche Fläche und endet als baureifes Bauland. Dazwischen liegen die Bewertungsstufen Bauerwartungsland und Rohbauland.

Kauft die Gemeinde bereits zu einem sehr frühen Stadium des Bauleitplanverfahrens Flächen an, wenn noch gar nicht feststeht, ob dort eine Konzentrationszone ausgewiesen werden wird, dann wird der Verkehrswert noch niedriger anzusetzen sein. Gibt es lediglich einen Beschluss in der Gemeinde, dass überhaupt Konzentrationszonen ausgewiesen werden sollen, wird im fraglichen Bereich der Bauerwartungslandpreis unterer Stufe anzusetzen sein. Dieser stellt lediglich einen Bruchteil des Wertes des baureifen Baulandes dar. Grund für diese niedrigere Bewertung ist die Tatsache, dass der Grunderwerber oder Pächter das Risiko übernimmt, dass die erworbene Fläche doch nicht als Konzentrationsfläche ausgewiesen wird.

Wenn indessen das Verfahren zur Aufstellung des Flächennutzungsplanes bereits soweit fortgeschritten ist, dass die Auslegung nach § 3 Abs. 1 BauGB stattgefunden hat oder sogar bereits die Auslegung nach § 3 Abs. 2 BauGB durchgeführt worden ist, sind die höheren Stufen des Bauerwartungslandpreises anzusetzen. Diese höheren Stufen finden in einem höheren Bruchteil vom baureifen Baulandpreis ihren Ausdruck.¹⁷

Unabhängig von der Entwicklungsstufe des Grundstückes stellt sich allerdings die Frage, nach welchen Bewertungsverfahren Konzentrationsflächen zu bewerten sind. In Betracht kommen das Vergleichs- und das Ertragswertverfahren (§§ 15 f., 17 ff. ImmoWertV). Die Verkehrswertermittlung dürfte an Belastbarkeit gewinnen, wenn der Verkehrswert auf der Grundlage beider Methoden ermittelt wird.

Bezahlt die Gemeinde im Rahmen des Standortsicherungsvertrages den Verkehrswert für den Grunderwerb oder einen Pachtzins auf dieser Basis, so kann in Bezug auf die Kaufpreishöhe sicherlich kein Verstoß gegen das Angemessenheitsgebot angenommen werden.

¹⁷ Reinhardt, in: Gerady/Möckel, Praxis der Grundstücksbewertung, 90. Ausgabe 6/2010, Ziff. 3.1.3/19.

Mit der Orientierung am Verkehrswert liegt die Gemeinde deshalb auf der sicheren Seite. Es empfiehlt sich in jedem Fall die Bewertung durch einen unabhängigen Sachverständigen (Gutachterausschuss nach § 192 BauGB oder IHK-Sachverständiger) einzuholen.¹⁸

Der vom baureifen Bauland bereits abweichende niedrigere Bauerwartungslandpreis ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn die Kommune das Entwicklungsrisiko für die Fläche auch tatsächlich übernimmt. Behält sich die Gemeinde hingegen ein Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht für den Fall vor, dass es zu keiner Konzentrationsflächenausweisung kommt, dürfte der niedrige Bauerwartungslandpreis nicht angemessen sein, weil die Gemeinde kein Baulandentwicklungsrisiko trägt. Wird dennoch lediglich der Bauerwartungslandpreis angesetzt, obwohl kein korrespondierendes Risiko übernommen wurde, könnte der Standortsicherungsvertrag gegen das Angemessenheitsgebot des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB verstoßen.

Zu beachten ist in jedem Fall, dass das Angemessenheitsgebot des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB ausdrücklich auf die Gesamtumstände abstellt. Zu den maßgeblichen Gesamtumständen könnte neben dem Kaufpreis bzw. Pachtzins auch der Planungsgewinn gehören, den der Grundstückseigentümer auf der ihm verbleibenden Grundstücksfläche vereinnahmen kann. Unterschreitungen des Verkehrswertes beim Kaufpreis bzw. Pachtzins sind möglicherweise deshalb zu rechtfertigen, weil dem Grundstückseigentümer ausreichend Flächen verbleiben, auf denen er selbst den Planungsgewinn vereinnahmen kann. Die planungsbedingten Bodenwertsteigerungen auf den dem Grundstückseigentümer verbleibenden Flächen könnten einen Unterwerterwerb der Gemeinde kompensieren, so dass der gemeindliche Grunderwerb bzw. die Flächenanpachtung nach den Gesamtumständen trotz Verkehrswertunterschreitung als angemessen anzusehen wäre. Hierzu gibt es Urteile aus der obergerichtlichen Judikatur, die eine solche Kompensationswirkung für möglich halten.¹⁹ Eine höchstrichterliche Klärung dieser Frage steht indessen aus.²⁰ Aus Gründen der Rechtsicherheit sollte sich die Gemeinde deshalb am Verkehrswert der Fläche orientieren und diesen als Kaufpreis für die Flächen bezahlen oder auf dieser Basis anpachten. Die Standortsicherung sollte zu einem möglichst frühen Zeitpunkt erfolgen, zu der der Bauerwartungslandpreis noch niedrig angesetzt werden kann.

b. Höhe des Erwerbs- bzw. Anpachtungsanteils der Gemeinde

Bei der Prüfung der Angemessenheit muss neben der Höhe des Kaufpreises bzw. Pachtzinses auch ins Blickfeld genommen werden, welchen Anteil der Fläche die Kommune vorab zum Bauerwartungslandpreis erwirbt oder anpachtet. Je größer der kommunale Anteil ausfällt, desto geringer wird der Planungsgewinn sein, der dem Grundstückseigentümer auf sei-

¹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 2. 10. 1998 - V ZR 45–98, NJW 1999, 208 (209).

¹⁹ OLG München, Urteil vom 26.4.2006 – 3 U 1773/06, Ziff. II. 1. u. 2.; OLG München, Urteil vom 20.9.2005 - 28 U 2660/05, Ziff. II. 2.

²⁰ Siehe hierzu: Grziwotz, ZfIR 2004, 847; Reicherzer, ZfIR 2004, 981 m. w. N.

ner Fläche verbleibt. Insoweit wird es bei der Angemessenheitsprüfung auf eine Beurteilung der Gesamtumstände des Vertragsabschlusses bezogen auf jeden Einzelfall ankommen. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, von wem die Initiative für den Vertragsabschluss ausgegangen ist, wer welche Baulandentwicklungsrisiken trägt und welcher Kaufpreis/Pachtzins bezahlt wird. Das OVG Lüneburg hat in einer bestimmten Konstellation den Grunderwerb der Gemeinde in Höhe von 70 % der im Plangebiet liegenden Fläche des privaten Eigentümers als unangemessen erachtet. Auch insoweit ist eine einzelfallbezogene Beurteilung und Überprüfung des konkreten Grundstücksgeschäftes auf seine Vereinbarkeit mit dem Angemessenheitsgebot zu empfehlen.²¹

4. Gleichbehandlungsgrundsatz Art. 3 Abs. 1 GG

Die Kommune hat bei allen Grundstückseigentümern nach denselben Maßstäben hinsichtlich der Ausweisung von Konzentrationszonen und den eingeforderten Flächenabtretungen zu verfahren. Diese Maßstäbe müssen zunächst vorab personen- und grundstücksunabhängig vom Gemeinderat definiert werden. Es geht beispielsweise nicht an, dass die Gemeinde von einem Grundstückseigentümer einen höheren Flächentribut fordert als von einem anderen, wenn es dafür keine sachlichen Gründe gibt.

Ferner muss der von der Kommune bezahlte Kaufpreis bzw. Pachtzins vergleichbar sein. Dabei ist zum einen das zur Planung anstehende Ausgangsgrundstück und dessen derzeitige Nutzbarkeit ins Blickfeld zu nehmen. Daneben sind aber auch die künftige Nutzung als Konzentrationszone für Windenergie und das Entwicklungsstadium des Bauleitplanverfahrens zu beachten. Diese Gesichtspunkte können im Einzelfall einen unterschiedlichen Kaufpreis rechtfertigen.

Bei Grundstücken mit höherer Windhöffigkeit kann möglicherweise ein höherer Preis bzw. Pachtzins bezahlt werden. Insoweit gebietet der Gleichheitssatz unter Umständen, die Regelung unterschiedlicher Sachverhalte zu differenzieren. Ein höherer Grundstückspreis/Pachtzins kann sich beispielsweise auch daraus ergeben, dass ein Grundstück einen besonders günstigen Netzanschluss aufweist. Daneben kann auch die günstige Erschließungssituation für höhere Entgelte sprechen. Demgegenüber dürften rechtliche Hürden für die Ausweisung wie z.B. Landschaftsschutzgebiete oder artenschutzrechtliche Risiken zu einem niedrigeren Wertansatz führen, weil die Fläche mit einem höheren Baulandentwicklungsrisiko verbunden ist.

Zur Gleichbehandlung aller Grundstückseigentümer kann es auch zweckmäßig sein, sämtliche Grundstücke, die in einem größeren Areal für die Errichtung von Windenergieanlagen in

²¹ OVG Nds Beschluss vom 20.04.2007 - 1 MN 204/06; OVG Nds, Urteil vom 03.05.2006 - 1 LC 170/04; OVG Nds, Urteil vom 21. 7. 1999 - 1 K 4974/97, NVwZ-RR 2000, 201.

Anspruch genommen werden müssen, in einen Topf zu werfen und den Planungsgewinn auf alle Grundstückseigentümer gleichmäßig zu verteilen. Zu den zu berücksichtigenden Grundstücken gehören möglicherweise auch Grundstücke, auf denen zwar nicht unmittelbar Windenergieanlagen aber beispielsweise Leitungen, Nebenanlagen oder Schutzflächen ausgewiesen werden. Insoweit ist auf die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 45 ff. BauGB aufmerksam zu machen, die bei der Wertumlegung eine gleichmäßige Verteilung des Planungsgewinns zum Ziel haben.

Ein derartiges Pooling wäre auch bei den Konzentrationszonen grundsätzlich denkbar. Damit wäre es möglich, dass ein größerer Kreis von Grundstückseigentümern an der Ausweisung der Windenergieanlagen partizipiert. Ein Pooling könnte die Akzeptanz bei einer größeren Anzahl von Grundstückseigentümern verbessern und letztlich die Realisierung der Anlagen erleichtern, weil auch die Flächen mit lediglich unterstützender Funktion (Erschließungsflächen, Schutzflächen) reibungsloser gesichert werden können.

Die Baulandumlegung nach den §§ 45 ff. BauGB wird von der Gemeinde oder von einer von ihr beauftragten Stelle durchgeführt. Die Grundstücksverhältnisse werden dabei so geordnet, dass eine Nutzung der Grundstücke nach Bauleitplan ermöglicht wird. Bei der Errichtung von Windenergieanlagen werden in vielen Fällen eine Vielzahl von Grundstücken unterschiedlicher Eigentümer für die Anlage selbst, für Zuwegungen, Schutzflächen und Leitungen in Anspruch genommen werden müssen. Den Kommunen kann dabei ähnlich wie im gesetzlichen Umlegungsverfahren die wichtige Aufgabe zukommen, die Grundstückseigentümer zusammenzuführen, um das Projekt einer grundstücksgrenzenübergreifenden Anlage zu verwirklichen. Die Kommunen sollten dabei als „Bodenmanager“ eine aktive Rolle übernehmen.

Teil 5 Strafrechtliche Überlegungen

In strafrechtlicher Hinsicht ist zu untersuchen, ob die Verknüpfung der Ausweisung von Konzentrationszonen mit der gemeindlichen Grundstückssicherung das Risiko impliziert, dass Amtsträger der Gemeinde strafrechtlich belangt werden können. In Betracht zu ziehen wäre eine Strafbarkeit wegen Erpressung (§ 253 StGB) oder Vorteilsannahme (§ 331 StGB) sowie Bestechlichkeit (§ 332 StGB). Eine Erpressung könnte vorliegen, wenn ein Entscheidungsträger der Gemeinde die Grundstückssicherung als Gegenleistung für die Zustimmung im Gemeinderat verlangt. Vorteilsannahme bzw. Bestechlichkeit könnten anzunehmen sein, wenn sich ein Amtsträger der Gemeinde (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) Flächenabtretungen bzw. Flächenverpachtungen oder Optionen dazu als Gegenleistung für die Ausweisung einer Konzentrationszone versprechen lässt.

Hierzu ist anzumerken, dass eine Strafbarkeit schon tatbestandlich ausscheidet, wenn ein Sachzusammenhang zwischen der Grundstückssicherung und der Ausweisung der Konzentrationszone auf der Grundlage des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB anzunehmen ist. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB enthält die gesetzgeberische Wertentscheidung, dass die Verknüpfung von Bauleitplanung und vertraglichen Verpflichtungen zur Errichtung von Windenergieanlagen zulässig ist. Ein Sachzusammenhang ist deshalb wegen der vorgenannten gesetzgeberischen Wertung anzunehmen.²²

Durch den städtebaulichen Vertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB wird die effektive Planverwirklichung ebenso wie bei den Planrealisierungsverträgen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB sichergestellt. Die Beauftragung mit der Planrealisierung von Privaten durch Private kann dazu führen, dass die Projektierung beispielsweise daran scheitert, dass der private Projektant insolvent wird. Durch Flächenabtretungen an die Gemeinde oder kommunale Anpachtung kann demgegenüber wirkungsvoll gewährleistet werden, dass eine Projektgesellschaft ausgewählt wird, die ausreichend Sicherheit für den Bau, aber auch Rückbau der Anlage sowie deren solide Wartung gewährt. Dies sind zulässige städtebauliche Ziele eines Standortsicherungsvertrages auf der Grundlage der vorgenannten gesetzlichen Bestimmung.

Eine strafrechtliche Relevanz eines solchen baurechtlich zulässigen städtebaulichen Vertragsschlusses scheidet deshalb bereits tatbestandlich aus. Die öffentlich-rechtliche gesetzgeberische Wertentscheidung verdrängt an dieser Stelle tatbestandlich strafrechtliches Handeln. Ein Vertragsschluss nach § 11 BauGB unterliegt neben den Anforderungen des Kopplungsverbot und dem daraus resultierenden Erfordernis des Sachzusammenhangs nach

²² Vgl. BGH, Urteil vom 2. 10. 1998 - V ZR 45–98, NJW 1999, 208 (209).

§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB auch dem Angemessenheitsgebot des § 11 Abs. 2 BauGB und ist zulässig, wenn er diesen Vorgaben entspricht. Dann muss aber der Schluss gezogen werden, dass ein Vertrag, der vom Verwaltungsrecht als zulässig angesehen wird, nicht gleichzeitig strafbar sein kann. Das Strafrecht ist insoweit verwaltungsakzessorisch zu interpretieren.²³

Teilt man diesen Ansatz eines bereits tatbestandlichen Ausschlusses der Strafbarkeit im Wege einer verwaltungsakzessorisch-teleologischen Auslegung des Straftatbestandes nicht, wäre jedenfalls davon auszugehen, dass § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund darstellt, der eine Strafbarkeit letztendlich ausschließt. Strafrechtliche Rechtfertigungsgründe müssen nicht dem Strafrecht entstammen. Sie können sich auch aus anderen Rechtsgebieten, wie zum Beispiel aus dem BGB oder BauGB, ergeben.²⁴

²³ Vgl. LG Stade, Beschluss vom 28.1.2005 – 12 Qs 153/04; Rdnr. 30; Schreiber, GA 2005, 265.

²⁴ Siehe beispielsweise: Schlehofer, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. (2011), Vorbem zu §§ 32 ff., Rdnr. 58 f.

Teil 6 Planungsrechtliche Situation in NRW

Die planungsrechtliche Situation in NRW ist dadurch gekennzeichnet, dass in den meisten Gemeinden bereits rechtsverbindliche Planungen mit Ausweisung von Konzentrationszonen bestehen. Die Kommunen in NRW haben vom Planungsvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB rege Gebrauch gemacht, so dass über dieses Instrument die „Verspargelung“ der Landschaft bereits verhindert wird.

In vielen Fällen dürften indessen die Höhenbegrenzungen in den Bauleitplänen nicht mehr dem aktuellen Stand der Anlagentechnik entsprechen. Zudem kommen nun Flächen, die früher von vornherein für die Windenergienutzung ausgeschlossen waren, wie z. B. Waldflächen, durchaus für die Windenergienutzung mit neueren, höheren Anlagen in Betracht.²⁵ Dies hat auf die Rechtsverbindlichkeit der bestehenden Konzentrationszonenplanungen jedoch keinen unmittelbaren Einfluss, weil es für die ordnungsgemäße Abwägung der Planung auf den Zeitpunkt der gemeindlichen Beschlussfassung über den Flächennutzungsplan ankommt (§ 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB). Eine Funktionslosigkeit der Planungen kann jedenfalls so lange nicht angenommen werden, als die den früheren Planungen zu Grunde liegenden Anlagen noch auf dem Markt sind.

Demnach stellt sich die Situation in NRW so dar, dass in den meisten Gemeinden kein Anspruch auf Genehmigungserteilung außerhalb der Konzentrationszonen mehr besteht. Die Sperre des § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB ist bereits durch die bestehenden Konzentrationszonenplanungen überwunden. Dies stärkt die Kommunen in ihrer Verhandlungsposition, weil hinsichtlich der Ausweisung neuer Flächen das Planungsermessen auf der Grundlage des Planungsvorbehalts in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zum Zuge kommt. Die Kommunen können die Ausweisung neuer Flächen davon abhängig machen, dass der Grundstückseigentümer mit der Gemeinde einen Standortsicherungsvertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB abschließt.

Werden in einem Flächennutzungsplan zusätzliche Flächen für Windenergieanlagen dargestellt, folgt daraus nicht, dass die bisherigen Konzentrationszonenplanungen unzureichend gewesen wären (§ 249 Abs. 1 BauGB). Die Kommunen sollten bei diesbezüglichen Planungen aber ausdrücklich unter Bezugnahme auf die vorgenannte Vorschrift in der Erläuterung der Planung klarstellen, dass das bisherige Konzentrationszonenkonzept weiterhin gelten soll und lediglich um zusätzliche Flächen erweitert wird. Dann muss im Rahmen der ergän-

²⁵ Siehe hierzu: Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, Leitfaden Rahmenbedingungen für Windenergieanlagen auf Waldflächen in NRW, 2012.

zenden Erweiterungsplanung nicht zwingend eine Gesamtaktualisierung der Konzentrationszonenplanung durchgeführt werden.

Die Konzentrationszonenplanung kann nach § 249 Abs. 2 BauGB auch daran geknüpft werden, dass die Wirksamkeit der zusätzlichen Flächen an die aufschiebende Bedingung geknüpft wird, dass anderorts Altanlagen abgebaut werden (sog. Repowering). Der Eintritt der aufschiebenden Bedingung lässt sich ebenfalls durch einen städtebaulichen Vertrag sichern, indem der Abbau von Altanlagen binnen bestimmter Frist mit dem Altanlagenbetreiber rechtsverbindlich vereinbart wird.

Einen besonderen Fall stellt die Planungsregion Münsterland dar, die als einzige über zeichnerische Festsetzungen von Gebieten für die Windenergienutzung verfügt. Die Festsetzungen sind als Eignungsgebiete ausgestaltet und verfügen damit über Ausschlusswirkung, wodurch der Spielraum kommunaler Planung begrenzt ist. Angesichts des Alters der Planung und der zu weiten Teilen erfolgten Ausschöpfung der festgelegten Flächen steht hier jedoch eine Fortschreibung der Planung an. Die Landesregierung hat mit einer Änderung der Durchführungsverordnung zum Landesplanungsgesetz ein Planzeichen eingeführt, dass für die zeichnerische Festlegung von Gebieten für die Windenergienutzung als Vorranggebiete ohne Ausschlusswirkung zur Verfügung steht. Daher ist davon auszugehen, dass dieses künftig genutzt wird und damit auch im Münsterland mehr Spielraum für kommunale Planungen entsteht.

Letztlich ist festzuhalten, dass sich die strategische Verhandlungsposition für die Gemeinden in NRW günstiger darstellt als in Bundesländern, in denen noch keine oder kaum Konzentrationszonenplanungen existieren. Die Gemeinden können die Ausweisung zusätzlicher Flächen vom Abschluss von städtebaulichen Verträgen zwischen Grundstückseigentümer und Gemeinde abhängig machen, die die neuen Standorte sichern und unter Umständen den Abbau von Altanlagen binnen bestimmter Frist vorsehen.

Teil 7 Modelle der Standortsicherung

Da die Ausweisung von Konzentrationsflächen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB keine Verpflichtung des Grundstückseigentümers enthält, sein Grundstück für Windenergieanlagen zur Verfügung zu stellen, muss die Verfügbarkeit des jeweiligen Standortes durch Standortsicherungsvertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB gewährleistet werden. Dieser wird zwischen der Gemeinde und dem jeweiligen Grundstückseigentümer abgeschlossen. Dadurch wird die Verfügbarkeit der Fläche für Windenergieanlagen und die Vollzugsfähigkeit der Planung gesichert sowie ein Verstoß gegen § 1 Abs. 3 BauGB vermieden. Es sind unterschiedliche Modelle von Standortsicherungsverträgen möglich. Die wichtigsten Modelle werden nachfolgend vorgestellt:

1. Ankaufsrechtsvertrag ohne Zwischenerwerb

Der Grundstückseigentümer einer zur Ausweisung als Konzentrationszone anstehenden Fläche kann sich im Rahmen des Standortsicherungsvertrages gegenüber der Gemeinde verpflichten, seine Fläche für die Errichtung von Windenergieanlagen zur Verfügung zu stellen. Für den Fall, dass ein entsprechender Pacht- oder Kaufvertrag mit einem Investor nicht zustande kommt, lässt sich die Gemeinde nach diesem Modell ein Ankaufsrecht vertraglich zusagen. Die Gemeinde springt dann nur subsidiär ein und kauft die Fläche an, falls es zu keinem entsprechenden Vertrag zwischen dem Grundstückseigentümer und einem Drittinvestor kommt.

Denkbar wäre auch, bestimmte Vorgaben im Standortsicherungsvertrag festzulegen für die Gestaltung des Vertrages zwischen Grundstückseigentümer und Drittinvestor. Dem Grundstückseigentümer könnte zum Beispiel auferlegt werden, dass sich der Investor unmittelbar gegenüber der Gemeinde dazu verpflichten muss, binnen bestimmter Frist eine Windenergieanlage zu bauen und den Betrieb binnen bestimmter Frist aufzunehmen. Ferner wäre näher zu untersuchen, ob dem Investor Auflagen zur Direktvermarktung oder Bürgerbeteiligung vorgegeben werden dürfen.²⁶

Die Abschöpfung von Bodenwertsteigerungen erscheint indessen in diesem Modell als schwierig. Das Ankaufsrecht der Gemeinde wird in diesem Modell nur bei Verstoß gegen den Vertrag und erst zu einem Zeitpunkt ausgeübt, zu dem die Fläche bereits als Konzentrationsfläche ausgewiesen wurde. Zu diesem Zeitpunkt dürfte die Bezahlung eines am Bauerwartungslandpreis orientierten Kaufpreises nicht mehr dem Angemessenheitsgebot entsprechen, da von der erwerbenden Kommune kein Entwicklungsrisiko übernommen wird. Die

²⁶ Siehe hierzu: Windenergie-Erlass, Ziff. 1.3.

Gemeinde wird deshalb im Ankaufsrechtsvertrag den Verkehrswert baureifen Baulandes als Ankaufspreis vereinbaren müssen.²⁷ Wegen dieses hohen Ankaufspreises lassen sich Abschöpfungen mit diesem Modell kaum erzielen. Das genannte Modell ist mithin wegen des lediglich subsidiären Zwischenerwerbs der Gemeinde zur Abschöpfung von Planungsgewinnen kaum geeignet.

2. Frühzeitiger Zwischenerwerb

Die Gemeinde könnte Grundstücksteilflächen oder Miteigentumsanteile zu einem möglichst frühen Zeitpunkt zum Verkehrswert als Bauerwartungsland erwerben, um diese dann, wenn es zu Konzentrationsausweisungen gekommen ist, selbst an Investoren für die Errichtung von Windenergieanlagen auf der Grundlage des Baulandpreises weiterzuverkaufen bzw. weiterzuverpachten.

Mit diesem Modell kann die Kommune am ehesten an der Bodenwertsteigerung beteiligt werden.²⁸ Sie muss jedoch das Baulandentwicklungsrisiko für den Fall übernehmen, dass es zu keiner entsprechenden Ausweisung kommen sollte. Die Gemeinde darf sich mithin kein Rücktrittsrecht vom Grunderwerb für den Fall vorbehalten, dass es zu keiner Ausweisung kommt. Sie darf ferner nicht die Bezahlung des Bauerwartungslandpreises an die Bedingung der Konzentrationsflächenausweisung knüpfen bzw. die Fälligkeit erst eintreten lassen, wenn der Flächennutzungsplan bereits in Kraft getreten ist. Bei derartigen vertraglichen Gestaltungen würde nämlich der Vertrag ebenfalls gegen das Angemessenheitsgebot verstoßen, weil lediglich Bauerwartungslandpreis gezahlt wird, aber keinerlei Baulandentwicklungsrisiko übernommen würde.

Der Kaufpreis muss mithin sofort nach Vertragsabschluss gezahlt werden, auch wenn es zu keiner Ausweisung kommen sollte. Die Kommune hat das Verwertungsrisiko zu tragen. Kommt es jedoch zu einer Konzentrationsflächenausweisung, steht der Kommune nach diesem Modell wegen der Risikoübernahme auch die Bodenwertsteigerung zu.

Auch wenn sich Modell 2 nach unserer Ansicht zur Abschöpfung von Planungsgewinnen eignet, muss darauf hingewiesen werden, dass es dazu im Zusammenhang mit Konzentrationszonen keine gesicherte höchstrichterliche Rechtsprechung gibt. Die Abschöpfung von Planungsgewinnen sollte jedenfalls – wie beim Einheimischenmodell für Wohnbebauung – nie alleiniger Zweck des Zwischenerwerbs sein.²⁹ Dieser muss vielmehr hauptsächlich dazu dienen, den Planungsvollzug zu sichern. Diese Hauptzielrichtung des Grunderwerbs – effek-

²⁷ Vgl. OLG München, Urteil vom 12.4.1999 – 31 U 5443.

²⁸ A. A. wohl: OVG Nds, Urteil vom 10.2.2009 - 1 A 274/07 sowie Ipsen, NdsVBl. 2011, 209 (210 f.), der sich jedoch ausschließlich auf § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB fokussiert und zu § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 4 BauGB keine Aussage trifft. Letztgenannte Bestimmungen stellen anders als die Nr. 3 nicht auf die Kausalität ab

²⁹ Vgl. OVG Nds, Urteil vom 10.2.2009 - 1 A 274/07.

tive Planrealisierung - ist bei der Formulierung des Kaufvertrages unbedingt zu beachten und sollte im Vertragstext deutlich zum Ausdruck kommen, damit die Verträge vor Gericht ausreichend belastbar sind und nicht nachträglich von den früheren Grundstückseigentümern in Frage gestellt werden können, wenn die Baulandausweisung nicht mehr entschädigungsfrei rückgängig zu machen ist.

3. Ankaufsoption für den Fall der Konzentrationsflächenausweisung

Die Kommune kann sich im Standortsicherungsvertrag auch die Option eines Flächenankaufs nur für den Fall sichern, dass es zu einer Konzentrationsflächenausweisung kommt.

Dieses Modell hat den Vorteil, dass die Kommune keinerlei Risiko der Grundstücksverwertung eingeht, falls es nicht zur Ausweisung kommen sollte. Sie muss dann die Option des Ankaufs nicht ziehen. Wegen dieser mangelnden Risikoübernahme ist es aber mit diesem Modell bei Beachtung des Angemessenheitsgebotes nicht möglich, Bodenwertsteigerungen abzuschöpfen. Die Kommune muss bei Ausübung der Option wie bei Modell 1 den Verkehrswert bezahlen.

Im Unterschied zu Modell 1 ist die Kommune aber in Modell 3 bei Ausweisung der Konzentrationszone nicht lediglich subsidiärer Ankäufer. Vielmehr kann die Option ausgeübt werden, ohne dass abgewartet wird, bis ein Vertrag binnen bestimmter Frist zwischen Grundstückseigentümer und Drittinvestor zustande kommt.

4. Frühzeitiger Zwischenerwerb mit Nachzahlungsvereinbarung

Die Kommune kann auch zunächst die Fläche zum Vorzugspreis für Bauerwartungsland ankaufen und dem Grundstückseigentümer für den Fall der späteren Ausweisung als Konzentrationszone noch eine weitere Nachzahlung zusagen. Mit der Nachzahlung kann dann der private Grundstückseigentümer noch einen Teil der planungsbedingten Bodenwertsteigerungen selbst vereinnahmen. Der andere Teil steht der Gemeinde als Äquivalent für die bauleitplanerische Konfliktbewältigung und Abstimmung mit dem Umfeld zu.

Ebenso wie beim Modell 2 ist in diesem Modell die Abschöpfung der Bodenwertsteigerungen denkbar. Es muss jedoch ein Teil an den Grundstückseigentümer abgeführt werden, so dass weniger Planungsgewinn durch die Gemeinde vereinnahmt werden kann. Auf der anderen Seite hat dieses Modell aber den Vorteil, dass der Grundstückseigentümer unter Umständen leichter zum Vertragsabschluss bewegt werden kann.

5. Überblick über die Modelle mit gemeindlichem Grunderwerb

	Modell 1 Subsidiäres Ankaufsrecht	Modell 2 Frühzeitiger Zwischenerwerb	Modell 3 Ankaufsoption für den Fall der Konzentrations- flächenauswei- sung	Modell 4 Frühzeitiger Zwi- schenerwerb mit Nachzahlungs- vereinbarung
Sicherung der Vollzugsfähigkeit der Planung, Steuerung der Flächenverwer- tung durch die Kommune	(+)	(+ +)	(+ +)	(+ +)
Abschöpfung von Bodenwertsteige- rungen	(-)	(+ +)	(-)	(+)
Verwertungs- risiko, Vorfinanzierung	(+ +)	(- -)	(+)	(-)

Die Übersicht zeigt, dass das Modell 2 am besten geeignet ist, Bodenwertsteigerungen abzuschöpfen. Bei diesem Modell trägt die Gemeinde jedoch auch das höchste Verwertungsrisiko hinsichtlich der Fläche, falls die Ausweisung scheitert. Es kann der Gemeinde passieren, dass sie den Kaufpreis bezahlt hat, ohne dass auf der Fläche eine Konzentrationszone für Windenergie dargestellt wird.

Es stellt sich ferner die Frage, ob die Kommune aus Rechtsgründen gehalten ist, ein bestimmtes der genannten Modelle dem anderen Modell vorzuziehen. Insoweit könnte argumentiert werden, dass für die Standortsicherung ein Modell ohne jegliche Abschöpfung durch Zwischenerwerb wie z.B. Modell 1 ausreichend wäre. Die Gemeinde würde dann nur subsidiär eingreifen, wenn die Fläche nicht für die Windenergieanlagen zur Verfügung gestellt wird.

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die Rechtsprechung bei den Einheimischenmodellen entschieden hat, dass die Gemeinde auch einen Zwischenerwerb durchführen darf, um die Verfügbarkeit der Fläche für die Deckung des Wohnbedarf der einheimischen Bevölkerung effektiv sicherzustellen. Durch den Zwischenerwerb kann wirkungsvoller als durch das lediglich subsidiäre Ankaufsrecht die Verwendung der Fläche für den von der Bauleitplanung vorgesehenen Verwendungszweck gewährleistet werden.³⁰

Die Rechtsprechung hat beim Einheimischenmodell nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB die Zwischenerwerbsmodelle als zulässig erachtet. Ein Vorrang der Modelle 1 und 3 wurde für Einheimischenmodelle gerade nicht statuiert. Deshalb ist anzunehmen, dass es auch bei den Standortsicherungsverträgen für erneuerbare Energien nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB einen derartigen Vorrang nicht gibt. Die Gemeinde darf deshalb nach eigenem Ermessen entscheiden, welches Modell sie wählt.

Durch die Zwischenerwerbsmodelle (Modell 2 und 4) kann die Erfüllung der bauleitplanerischen Aufgabe - Schaffung von Flächen für Windenergieanlagen - am wirkungsvollsten sichergestellt werden. Eine Beteiligung der Kommune an den Planungsgewinnen ist denkbar. Dies darf aber nicht alleiniger Zweck des Zwischenerwerbsmodells sein. Im Vordergrund des Zwischenerwerbs muss die wirksame Realisierung der Angebotsplanung stehen.

Die Modelle 1 und 3 sind weniger geeignet, um die Kommunen als Nebeneffekt der Standortsicherung an Bodenwertsteigerungen zu beteiligen. Diese Modelle können aber ebenfalls dazu eingesetzt werden, die Wertschöpfung in der Region zu halten. Die Kommune kann ihre Rechtsposition aus dem Standortsicherungsvertrag auch bei diesen Modellen dazu nutzen, dass städtebauliche Belange bei der Projektierung berücksichtigt werden und dass die Projektvergabe somit nicht einseitig unter dem Gesichtspunkt der Gewinnmaximierung zu Gunsten des privaten Grundstückseigentümers oder des Projektanten erfolgt.

6. Pachtmodelle, Erbbaurecht

Im Zusammenhang mit der Projektierung von Windenergieanlagen werden die Flächen allerdings üblicherweise vom Projektanten oder Betreiber der Anlage nicht angekauft, sondern lediglich gepachtet. Die Pachtverträge sind auf 20 bis 30 Jahre Laufzeit angelegt. Damit stellt sich die Frage, ob es neben einem Zwischenerwerbsmodell auch ein Zwischenpachtmodell geben kann, in dessen Rahmen die Kommune sich die Fläche zunächst durch Anpachtung sichert und diese dann später mit einem weiteren Pachtvertrag einem Investor zur Verfügung stellt (Unterverpachtung). Auch damit könnte die Kommune die Verfügbarkeit der Fläche zur Windenergieerzeugung gewährleisten und die Planverwirklichung im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB erreichen.

³⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 2. 10. 1998 - V ZR 45-98, NJW 1999, 208.

Fraglich ist, ob die Kommune auf der Grundlage des Bauerwartungslandpreises anpachten und auf der Basis des Baulandpreises verpachten sowie die Differenz ganz oder teilweise abschöpfen kann.

In diesem Zusammenhang muss der Rechtscharakter der Pacht als Dauerschuldverhältnis im Gegensatz zum Flächenankauf gesehen werden. Es muss berücksichtigt werden, dass der Grundstückseigentümer die Pachtverträge ungeachtet der Laufzeit von 20 bis 30 Jahren aus wichtigem Grund jederzeit kündigen kann (§ 314 BGB). Ein solcher wichtiger Kündigungsgrund könnte im Lichte des Angemessenheitsgebotes des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB dann vorliegen, wenn der vereinbarte Pachtzins zu stark vom bodenwertadäquaten Pachtzins abweicht, wie er sich nach Überplanung darstellt. Es besteht mithin bei einem Zwischenpachtmodell anders als beim Zwischenerwerb die Gefahr, dass der Grundstückseigentümer gegenüber der Gemeinde kündigt, falls die Pacht angesichts der planungsbedingten Bodenwertsteigerung unangemessen wird.

Anders als beim Zwischenerwerb, bei dem es lediglich auf die Angemessenheit des Kaufpreises zum Zeitpunkt des Abschlusses des Grunderwerbsvertrages ankommt, ist für die Frage, ob ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Pachtvertrages besteht, auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung abzustellen. Eine rechtssichere Gestaltung eines Zwischenpachtmodells muss deshalb Vorsorge treffen, damit die Schere zwischen Anpachtungs- und Verpachtungszins nicht zu groß wird, so dass kein außerordentliches Kündigungsrecht des Grundstückseigentümers nach Überplanung zu Lasten der Gemeinde entsteht.

Eine zu starke Divergenz zwischen Anpachtungs- und Verpachtungszins ließe sich dadurch vermeiden, dass der Grundstückseigentümer nach Ausweisung der Konzentrationszone ex nunc einen Zuschlag zum Pachtzins erhält, der vormals für das Bauerwartungsland gezahlt wurde. Dieser Zuschlag könnte die Hälfte der Bodenwertsteigerung zum Bauland abdecken, so dass sich der vormalige Pachtzins zum Bauerwartungsland ein Stück weit dem Pachtzins für Bauland annähert. Die andere Hälfte könnte die Kommune selbst vereinnahmen.

Damit würde ein kündigungsrelevantes Auseinanderklaffen von Pachtzins und Bodenwert nach Ausweisung vermieden werden. Zur Rechtfertigung der Abschöpfung durch die Kommune könnte argumentiert werden, dass die Kommune die Bodenmanagementaufgabe (planerische Konfliktbewältigung) übernommen hat, die erst zur Steigerung des Bodenwertes geführt hat.³¹

³¹ Reicherzer, BayVBl. 2007, 209.

Demnach sind auch Zwischenpachtmodelle denkbar. Der abschöpfbare Planungsgewinn wird bei diesen jedoch geringer ausfallen müssen, damit die Kommunen nicht in ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund hineinlaufen.

Neben der schuldrechtlichen Pacht ist auch an die dinglich wirkende Erbpacht (Erbbaurecht) zu denken.

Erbbaurechtsverträge könnten auch dann eine Rolle spielen, wenn die Kommune zunächst lediglich eine (subsidiäre) kommunale Option auf Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages vereinbaren möchte, um die Verfügbarkeit des Standortes zu sichern. Die Option für die Erbpacht könnte über eine Vormerkung im Grundbuch abgesichert werden und damit den Zugriff Dritter auf das Grundstück wirksam verhindern. Für die Abschöpfung dürfte ein solches Modell jedoch weniger geeignet sein (ebenso wie die oben dargestellten Modelle 1 und 3). Wird indessen nur das Ziel der Standortsicherung und städtebaulichen Einflussnahme auf die Planrealisierung verfolgt, sollte ein solches Modell ernsthaft in Betracht gezogen werden.

7. Vergleich zu anderen Wertschöpfungsmodellen

Die Erzielung einer kommunalen Wertschöpfung über eine Flächensicherung kann aufgrund der Haushaltslage einer Kommune, insbesondere wenn sie sich infolge einer Haushaltsnotlage in einem Haushaltssicherungskonzept befindet, schwierig gestalten. Vor diesem Hintergrund werden weitere Modelle verfolgt und auch im Windenergieerlass NRW empfohlen. Dazu zählen insbesondere die Wertschöpfung in der Region über Bürgerstiftungen, eine Direktvermarktung des erneuerbaren Windstroms sowie die Konzeption von Bürgerwindrädern. Zu denken wäre ferner an die Beauftragung regionaler Firmen.

a. Bürgerstiftung

In manchen Bundesländern haben sich Bürgerstiftungsmodelle etabliert. Auch der Windenergie-Erlass NRW empfiehlt eine indirekte Förderung von sozialen, kulturellen oder ökologischen Belangen in der Kommune durch den Betreiber über die Gründung einer Bürgerstiftung, welche regelmäßig mit Vertretern verschiedener lokaler Vereine, Verbände und Gremien besetzt ist. Die Stiftung könnte vom Betreiber mit Finanzmitteln ausgestattet werden. Dasselbe gilt erst Recht für Zustiftungen zu bereits vorhandenen Bürgerstiftungen.

Diese Modelle sehen regelmäßig vor, dass der Grundstückseigentümer auf einen Teil der Pacht zu Gunsten einer Bürgerstiftung verzichtet, die ihrerseits gemeinnützige Aufgaben finanziert. Derartige Modelle sind zulässig, solange nicht die Planungshoheit unter Verstoß gegen das Koppelungsverbot dazu instrumentalisiert wird, dass die Pacht zum Teil an die Bürgerstiftung fließt. Das kann allerdings im Einzelfall schwierig abzugrenzen sein. Es

kommt für die Beurteilung hier entscheidend auf die Ausgestaltung der Stiftung und die Frage der Verknüpfung mit der Planungshoheit der Gemeinde an.

Unseres Erachtens stellt die Beteiligung der Kommune über Standortsicherungsverträge den rechtssicheren Weg dar, um einen Verstoß gegen das Koppelungsverbot zu vermeiden. Beim Standortsicherungsvertrag wird die Verknüpfung der Standortsicherung mit der Bauleitplanung durch die gesetzliche Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB gerechtfertigt und kann deshalb nicht als rechtswidriger Verstoß gegen das Koppelungsverbot qualifiziert werden.

b. Direktvermarktung

Im Windenergieerlass NRW wird das Fallbeispiel der Gemeinde Lichtenau-Asseln (www.windparklichtenau.de) genannt, bei dem der erzeugte Strom an die Bürger vor Ort zu einem Preis direkt vermarktet wurde, der unter dem der großen überregionalen Stromanbieter liegt.³² Der so direkt vermarktete Strom war von der sog. EEG-Umlage befreit (sog. Grünstromhändlerprivileg). Mit Inkrafttreten des neuen Erneuerbare-Energien-Gesetzes zum 01.01.2012 sind die Möglichkeiten zur Direktvermarktung durch die sog. Marktprämie erweitert worden. Das Grünstromhändlerprivileg ist dagegen eingeschränkt worden. Künftig wird die Befreiung von der EEG-Umlage zum einen an weitergehende Voraussetzungen geknüpft und zum anderen auf einen Betrag von 2,0 Cent/kWh gedeckelt. Ob auch künftig eine Direktvermarktung wirtschaftlich ist, bedarf der Prüfung im Einzelfall.

Im hier interessierenden Zusammenhang wäre die Frage zu stellen, inwieweit die Kommune die Grundstückseigentümer in Verknüpfung mit der Ausweisung einer Konzentrationszone vertraglich verpflichten darf, ein Modell zur Direktvermarktung mit besonderen Vergünstigungen für die betroffenen Bürger zu wählen. Die Kommune könnte dem Grundstückseigentümer vertraglich auferlegen, das Grundstück an einen Vorhabenträger zu verpachten, der sich seinerseits zur Direktvermarktung an die betroffenen Bürger im Umfeld der Anlage zu bestimmten Konditionen bereit erklärt.

Hierzu ist festzustellen, dass es sich bei der Energieversorgung der Bürger zu bezahlbaren Preisen zwar um einen zulässigen städtebaulichen Belang handelt, auch wenn ein solcher nicht explizit in § 1 Abs. 5 BauGB erwähnt wird. Dennoch ist es fragwürdig, ob sich vertragliche Auflagen zur Direktvermarktung oder sogar Preisvorgaben in Verknüpfung mit der kommunalen Planungshoheit allein mit der Motivation einer günstigen Energieversorgung der betroffenen Bürger rechtfertigen ließen. § 11 BauGB bietet jedenfalls für die Zulässigkeit derart motivierter Koppelungsgeschäfte keinen Anhalt, so dass die Gefahr eines Verstoßes

³² Windenergie-Erlass, Ziffer 1.3.

gegen das Koppelungsverbot bestehen könnte, weil zwischen Bauleitplanung und günstigen Strompreisen für die Bürger nur ein mittelbarer Sachzusammenhang besteht.

Denkbar wäre aber, dass neben der oben herausgestellten effektiven Sicherung der Planverwirklichung im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB auch noch zusätzliche Regelungen zur Direktvermarktung in den Standortsicherungsvertrag aufgenommen werden. Im Rahmen eines Bündels an vertraglichen Zielsetzungen könnte die Direktvermarktung eine gewisse Rolle spielen, was bezogen auf den Einzelfall geprüft werden muss. Dabei wird die Wirtschaftlichkeit für den Betreiber im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB näher zu beleuchten sein. In diese Angemessenheitsprüfung sind dann auch die oben angesprochenen EEG-Aspekte einzubeziehen.

Schlussendlich ist festzuhalten, dass die Direktvermarktung kein eigenständiges Modell zur Regionalisierung der Wertschöpfung darstellt. Sie kann vielmehr im Rahmen des hier vorgestellten Modells der kommunalen Beteiligung an der Wertschöpfung über Standortsicherungsverträge Anwendung finden.

c. Bürgerwindräder

Die Projektierung von Windenergieanlagen als sog. Bürgerwindräder bzw. Bürgerwindparks kann ebenfalls dazu beitragen, die Wertschöpfung in der jeweiligen Region zu halten. Dabei erfolgt die Projektierung durch eine Gesellschaft, die ausschließlich oder zumindest teilweise von den Bürgern der jeweiligen Region evtl. mit Beteiligung eines kommunalen Partners getragen wird.³³

Für die Schlüssigkeit eines solchen Bürgerbeteiligungsansatzes ist es wichtig, dass die Gesellschaftsanteile an den Hauptwohnsitz bzw. eine Betriebsstätte in der jeweiligen Gemeinde oder die Betroffenheit durch Wohnsitz/Betriebsstätte in der unmittelbaren Umgebung der Anlage gebunden werden und dass eine Gesellschafterstellung mit entsprechenden Mitsprachemöglichkeiten auch mit vergleichsweise geringen Beträgen als Einlage erlangt werden kann.³⁴ In diesem Punkt unterscheiden sich Bürgermodelle maßgeblich von Investorenmodellen, die eine leichtere Veräußerbarkeit der Beteiligung, keine Bindung an den Wohnsitz oder die Belegenheit der Betriebsstätte und höhere Mindestanlagebeträge vorsehen.

Bürgerwindräder dienen neben der Regionalisierung der Wertschöpfung auch dazu, Akzeptanz bei den örtlich betroffenen Bürgern zu schaffen und eventuelle Vorbehalte der einheimischen Bevölkerung gegen die Anlagen abzubauen. Angestrebt wird eine planerische Konfliktbewältigung durch Gewinnbeteiligung an der jeweiligen Anlagen im Rahmen einer örtlich verwurzelten Streuung von Anteilen. Dabei spielt vor allem die Gesellschaftsform der Ge-

³³ Siehe hierzu: Windenergie-Erlass, Ziffer 1.4.

³⁴ Siehe hierzu: Windenergie-Erlass, Ziffer 1.4.

nossenschaft eine herausragende Rolle, weil dem gesetzlichen Leitbild dieser Rechtsform eine breit Streuung der Anteile mit örtlicher Verwurzelung am besten entspricht.

Die bauliche Realisierung einer Konzentrationszonenplanung im Rahmen eines Bürgerwindrades verfolgt neben der Schaffung von Akzeptanz auch das bauplanungsrechtliche Ziel einer sozialgerechten Bodennutzung im Sinne des § 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB, weil die Bürger der Region an der Wertschöpfung breit angelegt beteiligt werden. Die sozialgerechte Bodennutzung stellt eine zulässige Aufgabe der Bauleitplanung dar und kann deshalb auch Zielsetzung eines Standortsicherungsvertrages nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB sein. Zudem leisten die Bürgerwindräder einen Beitrag zur planerischen Konfliktbewältigung durch Schaffung von Akzeptanz bei den Betroffenen, was ebenfalls als legitime Zielsetzung eines Standortsicherungsvertrages anzusehen ist.³⁵

Ohne die vorgelagerte Standortsicherung wird es für die Kommunen allerdings schwierig sein, Bürgerwindräder durchzusetzen. Bürgerwindräder stellen mithin kein Alternativmodell zum hier vorgeschlagenen Modell der Standortsicherungsverträge dar. Die Zielsetzung der Konzeption von Bürgerwindrädern kann vielmehr integraler Bestandteil des Konzeptes der Standortsicherung sein. Die Kommunen sollten frühzeitig Standortsicherung betreiben, damit sie Bürgerwindräder bei der späteren Projektierung durchsetzen können.

d. Beauftragung regionaler Unternehmen

Die Wertschöpfung in der jeweiligen Standortkommune kann auch dadurch gefördert werden, dass örtliche Unternehmen am Bau und Betrieb der Windenergieanlagen beteiligt werden. In diesem Zusammenhang muss jedoch beachtet werden, dass Kommunen keinen diskriminierenden Einfluss auf die Unternehmersauswahl nehmen dürfen (vgl. § 97 GWB). Die Kommune darf aber bereits im Standortsicherungsvertrag verlangen, dass der sichere Betrieb der Anlagen gewährleistet sein muss. Der sichere Betrieb dient der effektiven Standortsicherung als zulässiges Regelungsziel des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB. Hierzu kann im Standortsicherungsvertrag vereinbart werden, dass eine Störfallbereitschaft innerhalb bestimmter Zeit zur Verfügung gestellt werden muss. Das ermöglicht unter Umständen den Unternehmen vor Ort, sich mit Erfolg an den diesbezüglichen Ausschreibungen zu beteiligen. Ferner kommt eine Aufsplittung der Aufträge in Teillose oder Fachlose in Betracht, um die Ausgangsposition regionaler Unternehmen bei Ausschreibungen zu verbessern.³⁶

³⁵ Vgl. Windenergie-Erlass, Ziffer 1.4.

³⁶ Siehe hierzu: Windenergie-Erlass, Ziffer 1.3.

Teil 8 Qualifiziertes Standortauswahlverfahren

Nach § 1 Abs. 7 BauGB sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Die Verfügbarkeit einer Fläche für die Errichtung einer Windenergieanlage und die Sicherung des Standortes über einen Standortsicherungsvertrag nach den vorbeschriebenen Modellen stellt ein zulässiges Kriterium bei der Standortauswahl im Rahmen der bauleitplanerischen Abwägung dar. Die Gemeinde darf diesen Gesichtspunkt in die Abwägung bei der Standortauswahl einstellen, um die Vollzugsfähigkeit der Planung zu sichern. Sie darf die Ausweisung eines Standortes ablehnen, wenn die Standortsicherung beispielsweise wegen Weigerung des Grundstückseigentümers nicht gelungen ist.

Die Gemeinde sollte bereits zu Beginn des Planungsprozesses entscheiden, welches Modell sie anwendet. Aus Gründen des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist anzuraten, bei allen Grundstückseigentümern dasselbe Modell zur Anwendung zu bringen. Abweichungen bedürfen einer besonderen Rechtfertigung.

Es ist jedoch wichtig, dass die Verfügbarkeit der Fläche und die Standortsicherung nicht das einzige Auswahlkriterium für eine Konzentrationszone sein darf. Vielmehr ist ein qualifiziertes Standortauswahlverfahren durchzuführen, in dem sämtliche öffentlichen und privaten Belange nach dem Abwägungsgebot gerecht gegeneinander und untereinander abgewogen werden. Der Standortsicherungsvertrag muss in ein qualifiziertes Standortauswahlverfahren eingebunden werden.

Die Rechtsprechung gebietet für das Standortauswahlverfahren eine gestufte Vorgehensweise.³⁷ Dabei ist zwischen den abwägungsresistenten (harten) Auswahlkriterien und den abwägungsfähigen (weichen) Auswahlkriterien zu unterscheiden. Die Gemeinde muss ihre Standortauswahl nachvollziehbar dokumentieren. Dabei kann beispielsweise auf die nachfolgende Matrix zugegriffen werden:

³⁷ BVerwG, Urteil vom 24.1.2008 – 4 CN 2.07.

1. Harte Auswahlkriterien (abwägungsresistent)

a. Tatsächliche Hindernisse

- Windgeschwindigkeit zu niedrig
- Kein wirtschaftlicher Netzanschluss möglich
- Keine Zuwegung möglich
- Fläche bereits anderweitig belegt
- Topographie, Bodenbeschaffenheit ungeeignet

b. Rechtliche Hindernisse

- verbindliche anderweitige Planung, Veränderungssperre, Genehmigung
- Anbauverbote, Abstandsgebote (z. B. FStrG, LuftVG)
- Strenges Bauverbot wegen besonderem Schutzregime z. B. Nationalpark, Naturschutzgebiet, geschützter Landschaftsbestandteil, Naturdenkmal, Wasserschutzgebiet Zone 1, Biotop
- Weigerung des Grundstückseigentümers
- Abstand zur Wohnbebauung nach TA Lärm und opt. Bedrängnis (< 2 fache Gesamthöhe)
- Entgegenstehender Flächennutzungsplan

2. Weiche Auswahlkriterien (abwägungsfähig)

- höhere Windgeschwindigkeit
- Mindestgröße der Konzentrationszone, Konzentration der Anlagen auf wenige Flächen mit Mindestgröße
- Abstand zur Wohnbebauung > TA Lärm und 2 fache Gesamthöhe
- Abstand der Konzentrationszonen
- Relative Schutzbereiche z. B. Randbereich eines Landschaftsschutzgebietes, Artenschutz, FFH, qualifizierter Wald
- Informelle Planungen, noch nicht abgeschlossene Planungsverfahren

Wichtig ist, dass die Gemeinde nicht fehlerhaft, ihre eigenen Planungsvorstellungen als nicht abwägungsfähige harte Kriterien einordnet und dann in Folge dieser falschen Einordnung auf eine Abwägung verzichtet. Eine solche Planung wäre nämlich wegen eines Abwägungsdefizites abwägungsfehlerhaft und würde keine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erreichen.

Kommt die Gemeinde nach Abwägung der weichen Kriterien zu einer zu geringen Fläche für die Ausweisung von Konzentrationszonen, die unterhalb der oben genannten Substanzgrenze liegt, muss die Gemeinde ihre Planung auf Stufe 2 (weiche Kriterien) nach dem dargelegten Gebot der Nachsteuerung ändern und der Ausweisung von Konzentrationsflächen höheres Gewicht in Relation zu den anderen Belangen beimessen, so dass ausreichend Konzentrationsflächen ausgewiesen werden. Dies kann dadurch geschehen, dass die einer Ausweisung gegenläufigen, weichen Kriterien nach Stufe 2 beispielsweise durch einen geringeren Abstand zur Bebauung zurückgenommen werden oder dass geringere Anforderungen an den Standort z. B. hinsichtlich der Größe oder Windgeschwindigkeit gestellt werden.

Die oben dargestellte Matrix zeigt, dass die Weigerung des Grundstückseigentümers ein hartes Auswahlkriterium darstellt. Dies bedeutet, dass eine Fläche nicht als Konzentrationszone ausgewiesen werden darf, wenn der Grundstückseigentümer sich weigert, das Grundstück für die Windenergienutzung zur Verfügung zu stellen.³⁸ Daraus ist die Konsequenz zu ziehen, dass die Kommune die Flächenverfügbarkeit der Konzentrationszonen frühzeitig durch Abschluss eines Standortsicherungsvertrag gewährleisten muss, damit die Konzentrationsplanung ordnungsgemäß durchgeführt werden kann und auch die erwünschte Ausschlusswirkung effektiv erreicht wird. Die planerische Aufgabe der Kommune zur Flächensicherung durch Standortsicherungsvertrag eröffnet aber zugleich die Möglichkeit, die Kommune als Nebeneffekt an den Bodenwertsteigerungen durch Zwischenerwerbs- oder Zwischenpachtmodelle zu beteiligen.

3. Zeitpunkt der Standortsicherung

Für die Vertragsverhandlungen mit den Grundstückseigentümern wird zu berücksichtigen sein, dass die Gemeinde ab Stellung eines Genehmigungsantrages für eine Windenergieanlage nur noch ein Jahr Zeit hat, eine Konzentrationszonenplanung auf die Beine zu stellen. Die Zurückstellung des Antrages ist gemäß § 15 Abs. 3 BauGB auf ein Jahr befristet. Ist bis dahin kein Flächennutzungsplan mit Konzentrationswirkung aufgestellt, greift die Privilegierung durch. Es besteht dann in der Regel eine Verpflichtung der Gemeinde das Einvernehmen zur Genehmigung zu erteilen. Die Einvernehmenserteilung darf ohne Konzentrations-

³⁸ So auch der Windenergieerlass Bayern vom 20.12.2011, S. 11, a. A. Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2009, Rdnr. 67.

zonenplanung nicht vom Abschluss eines Standortsicherungsvertrages abhängig gemacht werden.

Je früher die Kommunen die Standortsicherung im Rahmen der Aufstellung von Konzentrationszonenplanungen in Angriff nehmen, umso stärker stellt sich ihre Verhandlungsposition gegenüber den Grundstückseigentümern dar. Wurde demgegenüber bereits die Auslegung nach § 3 Abs. 2 BauGB durchgeführt, dürfte es für die Vertreter der Gemeinde schwierig werden, einen Standortsicherungsvertrag durchzusetzen, der eine Abschöpfung ermöglicht. Die Vertragsverhandlungen werden am erfolgversprechendsten für die Gemeinde dann geführt, wenn sie noch Spielräume hat, die Konzentrationszonen zu verschieben oder einzuschränken.

Die meisten Gemeinden in NRW haben indessen bereits rechtsverbindliche Konzentrationszonenplanungen ausgewiesen. Die Kommunen sollten nun aber bei den ergänzenden Planungen für höhere Anlagen auf eine frühzeitige Grundstücksicherung achten, sobald der Umgriff der ergänzenden Flächen in etwa feststeht.

Teil 9 Kooperationsmodelle

Gemeinden verfügen des Öfteren nicht über ausreichendes Know-How sowie Kapital, um eine Windenergieanlage selbst zu errichten und zu betreiben. Deshalb wird bezogen auf jeden Einzelfall zu prüfen sein, ob die jeweilige Kommune eine Kooperation mit einem Partner eingehen soll, der die letztgenannte Produktionsfaktoren in die Energieerzeugung einbringt.

Für eine solche Kooperation sind unterschiedliche Modelle denkbar:

Die Kommune kann sich beispielsweise auf die Rolle des Verpächters eines Anlagengrundstückes zurückziehen oder das Anlagengrundstück mit städtebaulichen Auflagen zum Bau und zum Betrieb der Anlage veräußern. Auch wenn sich ein solcher Pacht- oder Veräußerungsvertrag im Rahmen eines Zwischenpacht- oder Zwischenerwerbsmodells so ausgestalten lässt, dass die Kommune keinerlei Bauherrn- und Betriebsrisiko selbst schultern muss, sie also nicht selbst unternehmerisch an der Anlagenerrichtung und am Anlagenbetrieb beteiligt ist, wird mit Blick auf die konkrete Konstellation untersucht werden müssen, ob bereits die Grundstücksverpachtung oder -veräußerung einen vergaberechtspflichtigen Vorgang - z. B. in Form einer Baukonzession - darstellt.³⁹

Die Kommune kann aber auch selbst in die Projektentwicklung einsteigen und alleine oder mit anderen gemeinsam einen Rechtsträger zur baulichen Entwicklung des Standortes gründen. Dabei ist vor allem an folgende Rechtsformen der Kooperation zu denken:

- (Gemeinsames) Kommunalunternehmen
- GmbH & Co KG
- Genossenschaft
- Partiarische Darlehen

Die Vor- und Nachteile der einzelnen Rechtsformen lassen sich nur bezogen auf den jeweiligen Einzelfall beurteilen. Oftmals erweist sich eine Kombination aus verschiedenen Rechtsformen z. B. GmbH & Co KG mit Genossenschaft als Kommanditist und angereicht um partiarische Darlehen als beste Lösung.

³⁹ Siehe hierzu: OLG Bremen, Beschluss vom 13.03.2008 – Verg 5/07; EuGH, Urteil vom 25.3.2010 – C 451/08; OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.08.2011 - 11 Verg 3/11; OLG Düsseldorf Beschluss vom 28.07.2011 - VII-Verg 20/2011.

Wird ein gemeinsamer Rechtsträger zur Projektentwicklung gegründet, kann die Kommune ihre Rechtsposition aus dem Standortsicherungsvertrag als geldwertes „Asset“ in den neuen Rechtsträger einbringen und auf dieser Grundlage an den Projektierungsgewinnen teilhaben. Die oben genannten Modelle zur Standortsicherung schaffen mithin die Basis für das weitere kommunale Engagement.

Wegen der besonderen Nähe von Stadtwerken zu Kommunen und zum politischen Umfeld sollte insbesondere an Stadtwerke als Kooperationspartner der Gemeinden gedacht werden. Wie bereits ausgeführt, geht es darum, Akzeptanz bei den Bürgern für die neuen Anlagen zu schaffen. Die Kommunen werden deshalb bei der Wahl des richtigen Kooperationspartners auch darauf achten müssen, dass dieser über die erforderliche politische Sensibilität verfügt, in der örtlichen Bevölkerung als vertrauenswürdig akzeptiert wird und zur Befriedung von Konflikten substantiell beitragen kann.

Teil 10 Standortsicherung im Kontext der Landesplanung

Damit die Energiewende in NRW erreicht werden kann, strebt die Landesregierung an, den Anteil der Stromerzeugung durch Windenergie auf mindestens 15 % bis zum Jahr 2020 zu vervierfachen.⁴⁰ In diesem Zusammenhang wird derzeit geprüft, inwieweit den Gemeinden durch das Landesplanungsrecht verbindliche Ziele zur Ausweisung von Flächen für die Windenergie vorgegeben werden sollen. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Beteiligung der Kommunen an der Wertschöpfung über Standortsicherungsverträge mit den Regelungsabsichten der Landesregierung vereinbar ist. Ferner ist zu fragen, ob darüber hinaus eine Unterstützung der hier vorgestellten kommunalen Beteiligungsmodelle durch landesplanerische Regelungen denkbar wäre.

1. Vorranggebiete ohne Ausschlusswirkung

Als rechtliches Instrument für die landesplanerischen Vorgaben kommt die Ausweisung von Vorranggebieten für Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Windenergie in Betracht. Es wird diskutiert, dass ein Mindestmaß an auszuweisenden Flächen bereits durch die Regionalpläne verbindlich festzusetzen, ohne dass diese Festsetzungen Ausweisungen der Gemeinden an anderer Stelle verbieten (siehe hierzu: § 12 Abs. 2 LplG NRW). Im Landesentwicklungsplan würden die Träger der Regionalplanung bei einer solchen Regelung dazu verpflichtet werden, entsprechende Festsetzungen in die Regionalpläne aufzunehmen. Verpflichtungen der Träger der Regionalplanung zur Erfüllung von Mindestmengenzielen an installierter Windenergieanlagenleistung bzw. Windenergiestrom bestehen bereits in den Landesplanungen von Niedersachsen und Sachsen.⁴¹

Die zeichnerische Festsetzung der Vorranggebiete als bindende Ziele der Raumordnung würde zur Folge haben, dass die Gemeinden ihre Konzentrationszonenplanungen an die genannten Vorgaben der Regionalpläne anpassen müssten (§ 1 Abs. 4 BauGB; § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG; § 34 LplG NRW). Spätestens dann, wenn die Kommunen erstmals Konzentrationszonenplanungen durchführen oder ihre bereits bestehenden Konzentrationszonenplanungen auf den aktuellen Stand der Anlagentechnik - insbesondere in Bezug auf die Anlagehöhe - bringen, wird das Anpassungsgebot greifen.

Die Ausweisung der Vorrangflächen soll lediglich ein bindendes Mindestmaß vorgeben, ohne Ausschlusswirkung in Bezug auf weitere Standorte zu entfalten. In den nicht als Vorrangflä-

⁴⁰ Windenergie-Erlass, Ziffer 1.1.

⁴¹ Vgl. dazu insbesondere OVG Bautzen, Urteil.v. 17.07.2007 – 1 D 10/06; Köck, DVBl. 2012, 3, 6 ff.; v. Seht, Eine neue Raumordnung erforderlich für den Klimaschutz, RaumPlanung Nr. 153 (2010); 277 ff.; ders., DÖV 2011, 915 ff.

chen ausgewiesenen Bereichen wird mithin weiterhin eine gemeindliche Konzentrationsflächenplanung ohne diesbezügliche regionalplanerische Vorgaben möglich sein, sofern sich nicht einzelne Träger der Regionalplanung zu zusätzlichen Vorgaben entschließen. Demnach ist das hier vorgestellte Konzept der Beteiligung der Kommunen über Standortsicherungsverträge in den von der Regionalplanung nicht erfassten Bereichen ohne Weiteres möglich.

2. Erfordernis der Aktualisierung und Anpassung der gemeindlichen Planung

Hinsichtlich der Flächen, die im Regionalplan als Vorrangflächen vorgegeben werden, ist genauer zu untersuchen, inwieweit dadurch die kommunale Gestaltungsfreiheit eingeschränkt wird. Die Landesregierung geht bislang davon aus, dass die Anpassungspflicht nicht ipso iure greift. Vielmehr würden die regionalplanerischen Vorgaben nur dann ihre bindende Wirkung entfalten, wenn die Gemeinde sich entschließt, die bisherige Konzentrationszonenplanung zu überarbeiten oder erstmalig eine Konzentrationszonenplanung aufzustellen. In bestimmten Konstellationen wird von der Rechtsprechung allerdings eine Planungspflicht der Kommune angenommen, die ihrerseits das Gebot der Anpassung an die Regionalplanung auslöst.⁴²

3. Ebenenspezifische Konkretisierung

Im Lichte der hier vorgestellten Konzeption einer Beteiligung der Kommunen über Standortsicherungsverträge gilt es zu hinterfragen, ob die Ausweisung der Vorranggebiete die Kommunen bei Verhandlungen mit den Grundstückseigentümern zur Standortsicherung schwächt. Die Grundstückseigentümer könnten sich durch die Ausweisung der Vorranggebiete in ihrer Position bei den Verhandlungen um den Standortsicherungsvertrag gestärkt fühlen, wenn ihre Flächen ohnehin regionalplanerisch als Vorrangfläche vorgesehen sind und wenn die Kommune ohnehin gehalten ist, die Fläche bei Aktualisierung der Konzentrationszonenplanung in den sachlichen Teilflächennutzungsplan als Fläche für Windenergie aufzunehmen. Dann entfielen unter Umständen für die Gemeinden die Möglichkeiten, die Ausweisung der Konzentrationszone vom Abschluss eines Standortsicherungsvertrages abhängig zu machen.

Bei diesen Überlegungen darf allerdings nicht übersehen werden, dass die Vorranggebiete als Ziele der Raumordnung lediglich bezogen auf die jeweilige Regelungsebene verbindlich sind. Planungskriterien, die auf der Ebene der überörtlichen Planung noch nicht abgearbeitet wurden, können mithin auf der Ebene der Bauleitplanung geprüft werden und eine Konkretisierung der regionalplanerischen Vorgaben dahingehend rechtfertigen, dass Teilbereiche der

⁴² Zur vorherigen Planungs- und Anpassungspflicht der Gemeinden nach § 1 Abs. 3 und Abs. 4 BauGB: BVerwG, Urteil vom 17.9.2003 - 4 C 14.01; zur Erforderlichkeit von Anlagen mit einer Gesamthöhe von über 140 m: Windenergie-Erlass, Ziffer 1.1.

Vorrangflächen nicht als Flächen für die Windenergienutzung ausgewiesen werden. Den Gemeinden bleibt ein ebenenspezifischer Abwägungsspielraum zur Konkretisierung der raumordnerischen Ziele (siehe hierzu: § 7 Abs. 2 ROG).

Zu den Abwägungskriterien, die auf der Ebene der Regionalplanung noch nicht abschließend abgearbeitet wurden und die mithin eine gemeindlichen Abwägung zugänglich sind, dürfte auch die Standortsicherung durch Vertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB zwischen Gemeinde und Grundstückseigentümer gehören. Demnach wäre es den Gemeinden gestattet, die Anpassung ihrer Planung an den Regionalplan an die Voraussetzung zu knüpfen, dass der Grundstückseigentümer mit der Gemeinde einen Standortsicherungsvertrag abschließt. Dies hätte zur Folge, dass das hier entwickelte Modell auch bei Ausweisung von Vorranggebieten durch die höheren Planungsebenen realisierbar erscheint. Trotz Ausweisung von Vorranggebieten verbleibt den Gemeinden die Möglichkeit, die planungsrechtliche Aktivierung der Vorrangfläche davon abhängig zu machen, dass ein Standortsicherungsvertrag zwischen Gemeinde und Grundstückseigentümer zu Stande kommt.

Die Ausweisung von Vorrangflächen wird dazu führen, dass die Gemeinde jegliche Verkleinerung dieser Bereiche städtebaulich begründen muss. Ein städtebaulicher Rechtfertigungsgrund kann die Weigerung des Grundstückseigentümers darstellen, mit der Gemeinde einen Standortsicherungsvertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB abzuschließen. Mit der Annahme eines derartigen ebenenspezifischen Gestaltungsspielraums der Gemeinde wird die Verbindlichkeit des regionalplanerischen Ziels als solches nicht beseitigt. Die Zielvorgabe zwingt die Gemeinde aber in jedem Fall dazu, die Standortsicherung im Bereich der Vorrangflächen zu versuchen. Die Gemeinde darf eine Anpassung ihrer Konzentrationszonenplanung an den Regionalplan aus Gründen der Standortsicherung lediglich unterlassen, wenn sie nachweisen kann, dass der Grundstückseigentümer zur Standortsicherung nicht bereit war. Der ebenenspezifische gemeindliche Gestaltungsspielraum paralyisiert nicht die Verbindlichkeit der regionalplanerischen Vorgaben als solche. Die Kommune darf aber sicherlich nicht die Standortsicherung durch überzogene Forderungen gegenüber dem Grundstückseigentümer konterkarieren und damit die Verbindlichkeit des Regionalplans unter Berufung auf die fehlende Standortsicherung unterlaufen.

4. Landesplanerische Zurückhaltung

Lässt man zu, dass die Kommunen die Aktivierung von Vorranggebieten vom Abschluss eines Standortsicherungsvertrages zwischen Gemeinde und Grundstückseigentümer abhängig machen, wirft dies allerdings die Folgefrage auf, welche Art von Standortsicherung die Kommune vom Grundstückseigentümer verlangen darf, um den regionalplanerischen Vorgaben gerecht zu werden. Insoweit wäre es denkbar, dass es der Kommune in der Vorrangzone lediglich gestattet ist, ein Minimum an Standortsicherung vom Grundstückseigentümer

einzufordern. Es ließe sich vertreten, dass die Gemeinde im Lichte der regionalplanerischen Standortvorauswahl nur noch das zur Standortsicherung unbedingt erforderliche Mindestmaß fordern kann, weil ansonsten die regionalplanerische Zielvorgabe durch zu hohe Anforderungen der Kommune unterlaufen werden könnte.

In Betracht käme auch auf ein zumutbares Angebot des Grundstückseigentümers zum Abschluss eines Standortsicherungsvertrages abzustellen, wie es beispielsweise das Regelungsmodell des § 124 Abs. 3 Satz 2 BauGB in anderem Zusammenhang vorsieht. Lehnt die Gemeinde ein solches zumutbares Angebot ab, wäre sie ungeachtet der Tatsache, dass mit ihr kein Standortsicherungsvertrag zu Stande gekommen ist, zur Anpassung des Flächennutzungsplans an die Vorrangflächenausweisung bei Überarbeitung ihrer Planung verpflichtet. Die Kommune müsste sich nach diesem Denkansatz im Bereich der Vorrangflächen unter Umständen auf die Stellung eines Gewährträgers zurückziehen, wie es Modell 1 vorsieht, weil auch ein solches Modell zumutbar im oben genannten Sinne sein könnte.

Eine nach diesem Muster konzipierte rechtliche Konstruktion würde folglich in Vorranggebieten die Möglichkeiten der Kommunen einengen, unter den oben dargestellten Modellen der Standortsicherung frei zu wählen, und damit letztlich zu einer Verminderung der Abschöpfungspotenziale in diesen Gebieten führen. Die Landesplanung würde hinsichtlich der Modellwahl eine gewisse Präjudizwirkung entfalten.

Wegen dieser nicht auszuschließenden rechtlichen Risiken zunehmender Restriktionen für die kommunale Planung ist festzuhalten, dass landesplanerische Vorgaben die Möglichkeiten der Kommunen zur Beteiligung an der Wertschöpfung unter Umständen einschränken werden. Ein vollständiger Ausschluss einer Beteiligung der Kommunen über Standortsicherungsverträge dürfte damit zwar damit nicht verbunden sein. Es liegt aber im wohl begründeten Interesse der Kommunen, die Landesregierung bzw. die Träger der Regionalplanung bei der überörtlichen Ausweisung von Vorrangflächen zur Zurückhaltung anzuhaltend, damit ein möglichst großer Verhandlungsspielraum für die Kommunen verbleibt, den diese in den Verhandlungen mit den Grundstückseigentümern zur Standortsicherung nutzen können.

5. Gestaltungsoffene Zielvorgaben

Sofern die Landesregierung an den Vorranggebieten für Windenergie festhalten möchte, um ein Mindestmaß an Windenergienutzung landesplanerisch zu gewährleisten, sollten die diesbezüglichen Zielvorgaben möglichst gestaltungsoffen für die kommunale Planungshoheit formuliert werden. Dies könnte beispielsweise dadurch geschehen, dass lediglich Mengenziele für die Stromerzeugung durch Windenergie bezogen auf die Träger der Regionalplanung festgeschrieben werden. Solche Vorgaben könnten auch die Träger der Regionalplanung in Zusammenarbeit mit den jeweiligen Kommunen treffen, wohingegen die Situierung

der Anlagen innerhalb der Vorranggebiete sowie auch deren parzellenscharfe Abgrenzung für die Feinsteuerung der kommunalen Planung offen bleiben sollte.⁴³

Ein dennoch verbleibender ausreichender Gestaltungsraum für die Kommunen setzt allerdings voraus, dass die Vorranggebiete groß genug sind, um den Kommunen Steuerungspotenziale hinsichtlich der Anlagensituierung zu eröffnen. Bei einer ausreichenden Gebietsgröße in Relation zum jeweiligen Mengenziel könnte die Gemeinde die Ausweisung der konkreten Anlagenstandorte vom Abschluss von Standortsicherungsverträgen abhängig machen. Denkbar wäre im Dialog mit der Landesregierung und den Trägern der Regionalplanung eine Relation zu diskutieren, die einen ausreichenden Gestaltungsraum für die Kommunen belässt. Dann könnte die einzelne Gemeinde in Teilbereichen des Vorranggebietes von einer Darstellung im Flächennutzungsplan für Windenergie absehen, weil die vertragliche Standortsicherung nicht gewährleistet ist.

6. Landesplanerischer Standortsicherungsvorbehalt

Die Erfahrungen aus verschiedenen Regionen zeigen, dass es für die Gemeinde oftmals nicht einfach ist, private Grundstückseigentümer zum Abschluss von Standortsicherungsverträgen zu bewegen. Zum Teil sind die Grundstückseigentümer von vornherein negativ zur Windenergie eingestellt und deshalb aus grundsätzlichen Erwägungen nicht bereit, ihre Flächen für Windenergieanlagen zur Verfügung zu stellen. Zum anderen Teil kalkulieren jedoch die Grundstückseigentümer, dass sie ihre Fläche selbst derjenigen Projektgesellschaft zur Verfügung stellen werden, die ihnen den größten persönlichen finanziellen Nutzen verspricht.

Einzelgänge von privaten Grundstückseigentümern dürften der gemeinsame Zielsetzung der Landesregierung und der Kommunen, Bürgerwindanlagen zu konzipieren und damit die Akzeptanz breit angelegt zu verankern, zuwiderlaufen. Um eine breite Beteiligung der Bevölkerung an der Wertschöpfung zu erreichen, müssen sich die Gemeinden den Zugriff auf die Grundstücke frühzeitig selbst sichern, weil nur so die Konzeption einer breit gestreuten Bürgerbeteiligung nachhaltig sichergestellt werden kann.

Bei den Verhandlungen mit den Grundstückseigentümern könnte den Gemeinden eine Regelung im Landesentwicklungsplan bzw. Regionalplan helfen, die die Verbindlichkeit der Vorranggebiete ausdrücklich unter die Bedingung stellt, dass ein Standortsicherungsvertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB zwischen Gemeinde und Grundstückseigentümer abgeschlossen wird (vgl. auch § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BauGB, § 249 Abs. 2 BauGB).

⁴³ Abzustellen wäre auf die gebietsbezogene Gesamtnennleistung: Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 1 Rdnr. 68; siehe ferner zur landesplanerischen Ersetzungsbefugnis: Brohm, DÖV 1989, 429 (441).

Eine solche Regelung hätte wohl nur deklaratorischen Charakter, weil sich die landesplanerische Anpassungspflicht, wie dargelegt, als konkretisierungsoffen für auf den höheren Ebenen noch nicht abgearbeitete Kriterien darstellt. Standortsicherungsverträge nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB sind ein zulässiges Kriterium für die Konkretisierung von Vorranggebieten auf der Ebene der gemeindlichen Bauleitpläne, weil die nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB notwendige Vollzugsfähigkeit der Planung erst gewährleistet ist, wenn die zivilrechtliche Verfügbarkeit der Grundstücke vertraglich verbindlich geregelt wurde. Die strategische Verhandlungsposition der einzelnen Gemeinde gegenüber den Grundstückseigentümern dürfte sich indessen verbessern, wenn sie darauf verweisen kann, dass der Landesentwicklungs- bzw. Regionalplan die Vorrangfläche explizit unter den Vorbehalt des Abschlusses eines Standortsicherungsvertrages mit der jeweiligen Standortgemeinde stellt. Mit einem ausdrücklichen Standortsicherungsvorbehalt könnte es für die Gemeindevertreter einfacher werden, den jeweiligen privaten Grundstückseigentümer zum Abschluss des Standortsicherungsvertrages im Vorranggebiet zu bewegen. Aus verhandlungstaktischen Gründen erscheint deshalb ein expliziter Standortsicherungsvorbehalt im Landesentwicklungsplan und in den Regionalplänen als empfehlenswert. Der hier vorgeschlagene landesplanerische Standortsicherungsvorbehalt könnte als landespolitischer Rückenwind für die gemeindlichen Verhandlungen mit den Grundstückseigentümern fungieren.

Da ein solcher Standortsicherungsvorbehalt lediglich deklaratorischen Charakter aufweist, ist eine explizite Rechtsgrundlage dafür nicht erforderlich. Als Alternative käme auch eine entsprechende Formulierung in der Begründung des Landesentwicklungsplanes in Betracht.

Teil 11 Zusammenfassung

- Bei Windenergieanlagen handelt es sich um privilegierte Vorhaben, die nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB in der Regel zulässig sind, wenn es nicht für den jeweiligen Standort besondere öffentliche Belange gibt, die einer Genehmigung entgegenstehen. Es besteht mithin für den Regelfall ein Anspruch des Antragsstellers auf Genehmigungserteilung. Diesen Genehmigungsanspruch darf die Kommune nicht durch Versagung des Einvernehmens (§ 36 BauGB) blockieren. Die Gemeinde darf die Einvernehmenserteilung nach § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB nicht davon abhängig machen, dass ihr Flächen verkauft oder verpachtet werden.
- Der Planungsvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB eröffnet der Kommune die Möglichkeit zu steuern, an welchen Standorten die Windenergieanlagen errichtet werden dürfen. Die Gemeinde kann Konzentrationszonen für die Errichtung von Windenergieanlagen im Flächennutzungsplan ausweisen, die eine Errichtung an anderen Stellen in der Regel ausschließen. Dabei muss die Gemeinde der gesetzgeberischen Wertentscheidung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB Rechnung tragen und ein substantielles Mindestmaß an Flächen ausweisen. Ansonsten greift die Ausschlusswirkung der Konzentrationszonenplanung nicht ein. Die Konzentrationszonenplanung muss auf einem strukturierten und fachlich qualifizierten Standortauswahlverfahren beruhen, das zu dokumentieren ist.
- Wenn ein Antrag auf Genehmigung einer Windenergieanlage gestellt wird, kann die Gemeinde bei der Bauaufsichtsbehörde die Zurückstellung des Genehmigungsantrages für ein Jahr beantragen (§ 15 Abs. 3 BauGB). Die Gemeinde muss die Kriterien definieren, nach denen sie bei der Konzentrationszonenplanung vorgehen möchte. Die Einleitung des Verfahrens zur Konzentrationszonenplanung führt dazu, dass sich der Genehmigungsanspruch in einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung umwandelt. Die Sperre des § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB wird damit überwunden. Die Kommune kann infolgedessen ohne Verstoß gegen das Koppelungsverbot bei der Standortauswahl berücksichtigen, ob der jeweilige Grundstückseigentümer bereit ist, einen Standortsicherungsvertrag mit der Gemeinde abzuschließen.

- In NRW haben die meisten Gemeinden bereits Konzentrationszonen mit niedrigeren Anlagenhöhen ausgewiesen, die als rechtsverbindliche Planungen dazu führen, dass in der Regel kein Genehmigungsanspruch mehr besteht. Die Kommunen dürfen die Ausweisung zusätzlicher Konzentrationszonen vom Abschluss von Standortsicherungsverträgen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB abhängig machen. Darin liegt kein Verstoß gegen das Koppelungsverbot.
- Weigert sich ein Grundstückseigentümer sein Grundstück für eine Konzentrationszone zur Verfügung zu stellen, führt dies dazu, dass auf dieser Fläche keine Konzentrationszone ausgewiesen werden kann. Die Ausweisung einer Konzentrationszone an dieser Stelle wäre unwirksam, weil die Planung nicht vollzogen werden könnte (§ 1 Abs. 3 BauGB). Deshalb sollte sich die Kommune bereits frühzeitig im Verfahren zur Aufstellung einer Konzentrationszonenplanung um die Standortsicherung bemühen. Den Kommunen ist in jedem Fall zu empfehlen, Vertragspartner des Standortsicherungsvertrages zu werden, damit die Konzentrationszonenplanung nicht an der Weigerung der Grundstückseigentümer scheitert.
- Der Standortsicherungsvertrag ist zwischen dem Grundstückseigentümer und Gemeinde abzuschließen. Er kann auch Dritte (Investoren, Projektanten) einbeziehen.
- Bei der Gestaltung des Standortsicherungsvertrages sind unterschiedliche Modelle denkbar. Die Kommune kann sich auf eine subsidiäre Rolle beschränken und sich lediglich ein Ankaufs- oder Anpachtungsrecht für den Fall sichern, dass die Flächen nicht binnen bestimmter Frist für die Errichtung einer Windenergieanlage zur Verfügung gestellt wird. Sie kann aber die Fläche auch frühzeitig selbst erwerben oder anpachten, um diese im Rahmen eines Zwischenerwerbs- oder Zwischenpachtmodells an eine Projektgesellschaft weiterzuverkaufen oder weiterzuverpachten. Denkbar ist auch eine Option der Kommune auf Flächenerwerb oder Flächenanpachtung für den Fall der Ausweisung einer Konzentrationszone. Optionen auf Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages können im Grundbuch durch Vormerkung gesichert werden.
- Der Standortsicherungsvertrag muss in erster Linie städtebaulich motiviert sein. Er dient dazu, die effektive Realisierung der Angebotsplanung zu gewährleisten. Die Abschöpfung von Planungsgewinnen darf allenfalls Nebeneffekt sein. Das Motiv der effektiven Sicherung der planerischen Ziele hat der Bundesgerichtshof bei Einheimischenmodellen anerkannt und die Zwischenerwerbsmodelle unter Verweis auf die gesetzgeberische Wertentscheidung des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2

BauGB gebilligt (BGH, NJW 1999, 208). Diese Rechtsprechung könnte auf Windenergieanlagen auf der Grundlage des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB zu übertragen sein.

- Bei den Zwischenerwerbsmodellen wird die Fläche zum Bauerwartungslandpreis angekauft und zum Baulandpreis weiterveräußert. Die Weiterveräußerung erfolgt mit vertraglichen Verpflichtungen zur Projektrealisierung (Baupflicht, Betriebspflicht, Unterhaltungspflicht, Rückbaupflicht, evtl. Auflagen zur Direktvermarktung, Eigenverbrauch, Bürgerbeteiligung). Eine gewisse Abschöpfung von Bodenwertsteigerungen ist unseres Erachtens als Nebeneffekt der Standortsicherung denkbar.
- Beim Zwischenpachtmodell wird die Fläche zunächst auf der Basis des Bauerwartungslandwertes angepachtet und auf der Grundlage von Bauland an den Projektanten weiterverpachtet. Zur Vermeidung eines außerordentlichen Kündigungsrechtes des Grundstückseigentümers ist dieser an der Bodenwertsteigerung durch Erhöhung des Pachtzinses nach Ausweisung zu beteiligen. Dadurch wird der abschöpfungsfähige Betrag der Bodenwertsteigerung gemindert.
- Bei den Modellen, die lediglich ein subsidiäres Ankaufs- oder Anpachtungsrecht der Gemeinde vorsehen, ist eine Abschöpfung als Nebeneffekt der städtebaulichen Zielsetzung kaum möglich. Auch dann, wenn sich die Gemeinde eine Option für den Fall der Konzentrationszonenausweisung vertraglich einräumen lässt, wird keine abschöpfungsfähige Bodenwertdifferenz verbleiben, weil die Angemessenheit des Ankaufspreises bzw. Anpachtungszinses zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (Annahme der Option) zu beurteilen ist und weil zu diesem Zeitpunkt das Grundstück bereits Baulandqualität aufweist.
- Die Kommune kann ihre Rechtsstellung aus dem Standortsicherungsvertrag in eine Projektgesellschaft als geldwertes "Asset" einbringen und Mitgesellschafter werden. Denkbar ist aber auch, dass sich die Gemeinde lediglich auf die Rolle des Weiterverkäufers oder Weiterverpächters beschränkt. Die Suche des richtigen Partners für die Projektrealisierung ist unter Umständen vergaberechtspflichtig.
- Es ist bezogen auf den Einzelfall zu prüfen, ob in die Standortsicherungsverträge auch Regelungen zur Direktvermarktung und zur Bürgerbeteiligung z. B. im Rahmen von Bürgerwindrädern aufgenommen werden können. Derartige Regelungen tragen unter Umständen ebenfalls dazu bei, dass die Wertschöpfung der jeweils betroffenen Region zu Gute kommt. Die frühzeitige vertragliche Standortsicherung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB ist in jedem Fall unerlässlich,

wenn die Gemeinde gewährleisten möchte, dass die Anlagen als Bürgerwindräder und nicht als reine Investorenmodelle realisiert werden.

- Im Dialog mit der Landesregierung und den Trägern der Raumordnung ist darauf hinzuwirken, dass für die gemeindliche Planung ein möglichst großer Gestaltungsspielraum verbleibt. Die Ausweisung von Vorranggebieten durch die überörtliche Planung sollte zurückhaltend erfolgen und lediglich gebietsbezogene Mengenziele enthalten, die von der kommunalen Bauleitplanung näher räumlich einzugrenzen und standortscharf zu konkretisieren sind. Die überörtlichen Vorrangflächen sollten unter ausdrücklichen Vorbehalt der Standortsicherung durch Standortsicherungsvertrag mit der Gemeinde gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB gestellt werden.

Christian Held
Rechtsanwalt

Dr. Max Reicherzer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht