

Stellungnahme des Bundesverbandes Windenergie e.V. zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen

Bundestagsdrucksache 18/1310

Der Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen“ weist im Unterschied zum Referentenentwurf, welcher bereits mit der Stellungnahme vom 19. März 2014 kommentiert wurde, eine wesentlich knappere Formulierung des vorgesehenen § 249 Abs. 3 BauGB auf.

Demnach wurde auf jeglichen Anhaltspunkt für die Größe der durch landesrechtliche Regelung zu ermöglichenden Abstandsfestlegungen der Länder verzichtet. Sollte der Abstand bspw. zuvor noch in Abhängigkeit zur Gesamthöhe festgelegt werden und sollten bestehende Flächennutzungspläne und Raumordnungspläne unangetastet bleiben, spielt der aktuelle Entwurf den „schwarzen Peter“ vollkommen den Ländern zu. In ihm heißt es (Art. 1 Ziff. 2 b):

„(...) Die Einzelheiten, insbesondere zur Abstandsfestlegung und zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen, sind in den Landesgesetzen nach Satz 1 zu regeln. Die Länder können in den Landesgesetzen nach Satz 1 auch Abweichungen von den festgelegten Abständen zulassen.“

Hierdurch reagiert der Regierungsentwurf auf die offenbar als zutreffend angesehene hiesige Kritik, wonach Überwiegendes dafür spreche, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG für das – zuvor – in § 249 Absatz 3 des Gesetzesentwurfs vorgesehene „Anforderungsprogramm“ insgesamt zu verneinen, weil nicht hinreichend deutlich werde, ob eine städtebaulich induzierte Abstandsflächenregelung beabsichtigt sei. Zuzugeben ist, dass der damit vorgelegte Vorschlag diese Gefahr nicht mehr – jedenfalls nicht ohne weiteres – birgt, da alles Konkrete in die Hände der Landesgesetzgeber gelegt wird.

Des Weiteren wurde die Formulierung gegenüber dem Referentenentwurf noch einmal verschärft, in dem jetzt nicht mehr nur Abstände zu Wohngebäuden, sondern Abstände zu jeglichen zusätzlichen baulichen Nutzungen festgelegt werden können.

Zudem wurden im Referentenentwurf Flächennutzungspläne und Raumordnungspläne, in denen bereits eine Flächenausweisung stattgefunden hat, und in Aufstellung befindliche Flächennutzungs- und Raumordnungspläne, bei denen schon eine öffentliche Bekanntmachung stattgefunden hat, von der Geltung des Gesetzes ausgenommen. In den aufgestellten Plänen wurden die regional verschiedenen topographischen Gegebenheiten hervorragend berücksichtigt und mit den Akteuren vor Ort eine Einigung erzielt. Die im Regierungsentwurf geänderte umfängliche Gültigkeit wird nicht

zu mehr Akzeptanz zu führen und würde jegliche bereits erfolgte Planung hinfällig machen. Verlässliche Rahmenbedingungen sehen anders aus.

Gefahren dafür lauern nicht allein in der Einschränkung des kommunalen Planungsrahmens, sondern auch in der Problemverlagerung vom Wohnumfeld in Gebiete mit besonderer Bedeutung für den Landschafts- und Naturschutz.

Unabhängig davon gilt die in der Stellungnahme vom 19.03.2014 dargelegte Kritik im Übrigen unverändert fort, nur dass sich nun ein etwa von der Länderöffnungsklausel Gebrauch machendes Bundesland „in die Schusslinie“ insbesondere gegenüber den eigenen Gemeinden begibt:

- Ein bebauungsplanbezogenes Planungsverbot im Hinblick auf Flächen für die Windenergie wird in nicht wenigen Fällen die verfassungsrechtlich garantierte kommunale Planungshoheit aus Art. 28 Abs. 2 GG bzw. Landesverfassungsrecht verletzen. Unabhängig davon würde es die jetzige konzeptionelle Gestalt des BauGB konterkarieren.
- Der Gesetzesentwurf macht die fortbestehende Regelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB praktisch funktionslos, so dass von der Öffnungsklausel des vorgesehenen Zuschnitts Gebrauch machendes Landesrecht entweder einen echten Normkollisionsfall im Verhältnis zu höherrangigem Bundesrecht oder – und das in jedem Fall – einen qualifizierten Wertungswiderspruch auslöst.
- Dies führt auch nach der Rechtsprechung zur handgreiflichen Gefahr, dass jede Anwendung von § 249 Abs. 3 S. 1 BauGB (n.F.) durch ein Land letztlich ins Leere geht, weil die beabsichtigte Regelung nicht den nach wie vor bestehenden Anforderungen des verbleibenden, „öffnungsklauselfesten“ Bundesrechts (v.a. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) an ein Mindestmaß an Positivflächen in den einzelnen Gemeindegebieten des jeweiligen Landes genügt und sich das Bundesrecht durchsetzt.
- Die beabsichtigte Novelle erzeugt Friktionen zu Abstandsflächenregelungen, die sich immissionsbezogen, aus der Anwendung der TA-Lärm ergeben.
- Die inhaltlichen Defizite des Gesetzgebungsentwurfs lassen die Chancen erfolgreicher verfassungs- und verwaltungsprozessualer Rechtsbehelfe seitens Betreiber von Windenergieanlagen und Gemeinden aussichtsreich erscheinen.

Im Resümee kann festgehalten werden, dass der nun vorliegende Vorschlag einer Neugestaltung des § 249 Abs. 3 BauGB als Lehrstück symbolischer Gesetzgebung betrachtet werden muss. Er erweist sich als „Feigenblatt“, welches keine andere Funktion besitzt, als der Bundesregierung eine „Vollzugsmeldung“ im Hinblick auf die Koalitionsvereinbarung und die Kabinettsitzung von Meseberg zu ermöglichen. Versucht ein Bundesland hingegen praktisch, die Novelle anzuwenden, begibt es sich juristisch auf sehr dünnes Eis – bezeichnenderweise sowohl gegenüber den Kommunen als auch gegenüber der Bundesebene selbst.

Da sich die grundsätzlich Kritik an dem Gesetzesentwurf seitens des Bundesverbandes Windenergie e.V. nicht verändert hat, ist die Stellungnahme vom 19. März 2014 als Anhang zu dieser Stellungnahme noch einmal beigefügt.

Berlin, 19. März 2014

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzungen

Vorbemerkung

Die Windenergie kann in Deutschland auf eine beispiellose Erfolgsgeschichte zurückblicken. Wind an Land ist preisgünstig und stabilisiert den Strompreis für Bürger und Industrie. 23.645 Windenergieanlagen (WEA) produzieren preiswert sauberen Strom. Bei der Windenergie gelang durch eine einzigartige technologische Entwicklung der Sprung von einer durchschnittlichen Anlagengröße von 260 kW (1993) zu 2.600 kW (2013). Die 118.000 Beschäftigten der Windbranche in Deutschland beweisen mit einem Exportanteil von 67 Prozent ihre Innovationskraft. Weltweit setzen Unternehmen aus unserem Land den Maßstab für Technik, Effizienz und Systemverträglichkeit. Dienstleister – vom Projektierer über den Windgutachter bis zum Wartungsunternehmer – sind international gefragte Fachleute. Der seit Jahren stabile und so auch berechenbare Ausbau der Windenergie in Deutschland ist Voraussetzung für den Erfolg auf dem Weltmarkt, denn auf dem Heimatmarkt werden Trends gesetzt, Innovationen entwickelt und Ideen getestet.

Wind an Land ist der Leistungsträger der Energiewende. Dank der erfolgreichen Entwicklung der letzten Jahre werden heute 25 Prozent des Bruttostromverbrauchs durch Erneuerbare Energien gedeckt. Immer bessere und leistungsfähigere Anlagen machen eine Nutzung des Windes im Binnenland wirtschaftlich. Dies spart zugleich Netzausbaukosten. Der Erfolg der Erneuerbaren Energien hat dazu beigetragen, dass die Industriestrompreise in Deutschland entgegen der öffentlichen Wahrnehmung seit 2009 sinken. Die Energiewende wird durch den Mittelstand, viele Kommunen und breite Bürgergenossenschaften getragen. Bürgerbeteiligung und kommunales Engagement stellen die Energiewirtschaft auf ein breites gesellschaftliches Fundament und sorgen für Akzeptanz vor Ort. Dezentral und in demokratischen Strukturen haben tausende Menschen die Erneuerbaren Energien vorangebracht. Diese Menschen sind in ihren Heimatorten meist die Impulsgeber für einen umfassenden Bewusstseinswandel, wenn es um die Produktion und den ressourcenschonenden und klimaneutralen Verbrauch von Energie geht. Die Energiewende hilft, die Klimaschutzziele der Bundesregierung zu erreichen. Erneuerbare Energien vermeiden Millionen Tonnen klimaschädliches CO₂ und senken die Abhängigkeit von fossilen Energieimporten aus instabilen Regionen.

Die Zielsetzung der Bundesregierung ist, dass bis 2025 40 bis 45 Prozent und bis 2035 55 bis 60 Prozent des deutschen Bruttostromverbrauchs durch Erneuerbare Energien gedeckt werden. Die einzelnen Bundesländer haben in Summe sogar noch weitaus höhere Ausbauziele. Die Koordination der unterschiedlichen Ausbaupostellungen auf Bundes- und Landesebene ist Angelegenheit der Politik. Der Bundesverband WindEnergie e.V. (BWE) begrüßt allerdings ausdrücklich die länderspezifischen Ausbauziele, denn die Energiewende wird vor Ort in den Ländern, Landkreisen und einzelnen Kommunen gelebt und realisiert.

Eine aktuelle Umfrage der Agentur für Erneuerbare Energien (AEE) bestätigt, dass der entscheidende Faktor für den weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien, nämlich die Akzeptanz der Bevölkerung vor Ort, mit mehr als 90 Prozent Zustimmung nach wie vor außerordentlich hoch ist.¹ Die Zustimmung wächst sogar, je mehr Erfahrungen etwa mit Windenergieprojekten in unmittelbarer Wohnumgebung gesammelt worden sind. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf zur Einführung einer Länderöffnungsklausel in das Baugesetzbuch (BauGB) sollen „angesichts der gewachsenen Gesamthöhe von Windenergieanlagen“ sowohl deren Akzeptanz gefördert, als auch die unterschiedlichen „Ausgangslagen in den einzelnen Bundesländern, auch aufgrund der topographischen Verhältnisse“, berücksichtigt werden.

Der BWE hält den vorgelegten Gesetzentwurf sowohl vor dem Hintergrund der vielfältigen ökologischen und ökonomischen Vorteile der Erneuerbaren Energien gegenüber der fossilen und atomaren Energieerzeugung als auch der beschriebenen hohen Akzeptanz für den Ausbau der Erneuerbaren Energien in der Bevölkerung für nicht zielführend. Vielmehr wird die Gesetzesinitiative nach Einschätzung des BWE dazu führen, dass der Ausbau der Windenergie zum Beispiel in Bayern und Sachsen mit der geplanten Abstandsregelung massiv eingeschränkt bzw. sogar vollständig zum Erliegen gebracht wird. Aus diesem Grunde hat der BWE schon aus energiewirtschaftlicher Sicht massive Bedenken gegen die Umsetzung des Gesetzentwurfes.

Darüber hinaus wirft die geplante Länderöffnungsklausel vielfältige rechtliche Fragestellungen, von der Vereinbarkeit des Gesetzentwurfes mit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, über Fragen der kommunalen Selbstverwaltung bis hin zu spezifischen baurechtlichen Fragestellungen auf, die aus Sicht des BWE rechtlich bedenklich bzw. sogar verfassungs- oder rechtswidrig sind.

Nicht unerwähnt bleiben darf ferner, dass der vorliegende Gesetzentwurf im Zusammenhang mit der Überarbeitung des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts gesehen werden muss. Wenn auch diskussionswürdige Ansätze zur Überarbeitung und Anpassung einzelner bundesgesetzlicher Vorschriften vorhanden sein mögen, so wird das nun von den zuständigen Bundesministerien vorgelegte Gesamtpaket zu einem unangemessen starken Eingriff in den weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien führen. Als Ergebnis werden nicht nur die oben beschriebenen positiven Effekte der Energiewende verloren gehen, sondern darüber hinaus nicht unbedeutende wirtschaftliche Schäden aufgrund der langen Investitionszeiträume von rund fünf Jahren entstehen.

Unbeantwortet bleiben auch Fragen des Zusammenspiels von einzelnen Anpassungen im Erneuerbaren-Energien-Gesetz, dem Energiewirtschaftsgesetz, dem Baugesetzbuch sowie der einzelnen Landesregelungen.

Der BWE möchte noch einmal verdeutlichen, dass Wind an Land die tragende Säule der Energiewende ist. Wind an Land ist preisgünstig und stabilisiert den Strompreis für Bürger, Handwerk, Gewerbe und Industrie. Neue leistungsfähige Anlagen sichern von der Küste bis ins Binnenland mit bis zu 3.500 Volllaststunden eine saubere Stromversorgung. Bürgerbeteiligung und kommunales Engagement sind das gesellschaftliche Fundament der Energiewende. Der vorgelegte Gesetzentwurf zur Einführung einer Länderöffnungsklausel in das Baugesetzbuch (BauGB) bedroht diese positiven Entwicklungen nach Einschätzung des BWE massiv.

¹ Siehe <http://www.unendlich-viel-energie.de/themen/akzeptanz2/akzeptanz-umfrage/umfrage-2013-buerger-befuerworten-energiewende-und-sind-bereit-die-kosten-dafuer-zu-tragen>

I. Grundsätzliche Bewertung

Abseits von rechtlichen Erwägungen, aber vor dem Hintergrund der von der Großen Koalition politisch entschiedenen Ausbauziele für die Windenergie ist der vorliegende Gesetzentwurf insbesondere im Hinblick auf die Akzeptanz vor Ort kontraproduktiv.

Landesweit geltende Mindestabstände würden erheblichen Druck auf die Kommunen bewirken, ihre bereits geltenden oder in Aufstellung befindlichen Flächennutzungspläne und regionalen Raumordnungsprogramme der neuen Rechtslage anzupassen und die neuen Mindestabstände zu übernehmen, soweit die darin dargestellten Flächen noch nicht in Anspruch genommen worden sind und Gründe des Bestandsschutzes einem solchen Begehren nicht entgegengehalten werden können. Es ist nicht davon auszugehen, dass von den Betroffenen vor Ort akzeptiert würde, dass für neue Vorhaben einheitliche und womöglich größere Abstände gelten sollen als nach den bisherigen Vorschriften und Planungskonzepten. Entsprechende Erfahrungen wurden insbesondere mit dem NRW-Windenergieerlass von 2005 gesammelt. Auch hier hatten zahlreiche Kommunen die Abstandsempfehlungen des Landes regelmäßig 1:1 in ihre kommunalen Planungen übernommen und auch vorhandene Planungen entsprechend geändert, obwohl der Erlass insoweit nur empfehlenden Charakter hatte und somit keine rechtliche Bindungswirkung für die Kommunen auslöste. Die Folge war, dass Nordrhein-Westfalen im Vergleich zu anderen Bundesländern jahrelang zu den Schlusslichtern beim Ausbau der Windenergie gehörte.

Starre Abstandsregelungen – auch wenn sie nach Baugebieten (§§ 35, 34 und 30 BauGB) differenziert sind –, die sich aufgrund politischer Vorgaben von Land zu Land unterscheiden, stellen ein Problem für die Akzeptanz und damit für den Windenergieausbau insgesamt dar, wenn unterschiedliche Maßstäbe zugrunde gelegt werden. Wenn alle 16 Länder unterschiedliche Regelungen zu den Mindestabständen von Windenergieanlagen zur Wohnbebauung erlassen, erschwert dieses neue Investitionen in Windkraftprojekte erheblich bzw. lenkt Investitionen vornehmlich dahin, wo in weniger einschneidender Weise Mindestabstände festgelegt sind. Wenn nur einzelne Länder von der Regelung Gebrauch machen, besteht die Gefahr einer Diskussion um die Gleichverteilung von Umweltbelastungen getreu der Frage „Warum haben wir die Lasten zu tragen und nicht z. B. die Sachsen und Bayern?“

Darüber hinaus macht der Gesetzentwurf überhaupt nur Sinn, wenn es den Bundesländern ermöglicht werden soll, deutlich größere Abstände vorzuschreiben als nach geltendem Recht notwendig. Die im Einzelfall zum Schutz anderer Rechtsgüter insbesondere der benachbarten Wohnbevölkerung notwendigen Mindestabstände ergeben sich nämlich bereits aus den jeweiligen spezialgesetzlichen Regelungen. Im Rahmen der Genehmigung zum Bau von Windkraftanlagen ergeben sich die Mindestabstände zu Wohngebäuden z. B. aus den Vorschriften zum Schutz der Bevölkerung vor Lärm oder vor Schattenwurf durch Rotorblätter. Hierzu und auch zur optisch bedrängenden Wirkung von WEA hat sich eine umfangreiche obergerichtliche Rechtsprechung ergeben, die mittlerweile zu einer praktikablen Handhabung in der Genehmigungspraxis geführt hat.

II. Punkte im Einzelnen

1. Widerspruch zur bisherigen Regelung

Der Gesetzentwurf macht die fortbestehende Regelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB praktisch funktionslos, so dass von der Öffnungsklausel des vorgesehenen Zuschnitts Gebrauch machendes Landesrecht entweder einen echten Normkollisionsfall im Verhältnis zu höherrangigem Bundesrecht oder – und das in jedem Fall – einen qualifizierten Wertungswiderspruch auslöst.

Dies führt auch nach der Rechtsprechung zur handgreiflichen Gefahr, dass jede Anwendung von § 249 Abs. 3 S. 1 BauGB (n. F.) durch ein Land letztlich ins Leere geht, weil die beabsichtigte Regelung nicht den nach wie vor bestehenden Anforderungen des verbleibenden „öffnungsklauselfesten“ Bundesrechts (v. a. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) an ein Mindestmaß an Positivflächen in den einzelnen Gemeindegebieten des jeweiligen Landes genügt und sich damit das Bundesrecht durchsetzt.

2. Massive Reduzierung der Flächen für den Ausbau der Windenergie

Durch den vorliegenden Gesetzentwurf wird den Bundesländern die Möglichkeit gegeben, Abstandsflächen zur Wohnnutzung festzulegen, ohne dass nachvollziehbare Kriterien festgelegt würden. Dies schränkt den Außenbereich massiv ein. Sorgfältiger Abwägung wird kaum noch Raum gegeben.

Dies widerspricht den Ausbauzielen der Bundesregierung, die auch im Planungsrecht verankert sind. In den § 1 Abs. 6 Nr. 7f BauGB, § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 8 ROG sind die Grundsätze der Raumplanung verankert. Bei der Aufstellung von Flächennutzungsplänen muss die Flächenausweisung für die Nutzung Erneuerbarer Energie ausreichend berücksichtigt werden. Ebenso muss bei der Aufstellung von Raumordnungs- und Regionalplänen die Berücksichtigung von Vorranggebieten beachtet werden.

Die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB wird durch die Änderung erheblich geschwächt, bei einer Realisierung einer 10H-Abstandsregelung, wie Bayern sie z. B. plant, wird sie außer Kraft gesetzt.

Die Bundesländer Bayern und Sachsen hatten im Sommer 2013 bereits einen Gesetzesantrag zur Ergänzung des Baugesetzbuches eingereicht. Die Ergänzung sollte unter anderem umfassen, dass die Bundesländer individuelle Abstandsregelungen von WEA zur Wohnbebauung festlegen können. In diesem Zusammenhang waren Abstandsforderungen in der Größenordnung der zehnfachen Gesamthöhe der errichteten WEA zu vernehmen. Das würde bei den heutigen Schwachwindanlagen, die mit ihren großen Nabenhöhen und Rotordurchmessern knapp 200m Gesamthöhe erreichen, in Abständen von bis zu 2.000m resultieren. Bestehende Vorrang- und Vorbehaltsgebiete wären von einer Änderung des BauGB zwar nicht betroffen, es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die aktuellen Vorrang- und Vorbehaltsgebiete die Flächen ausweisen, die aus Abstands-, Umwelt- und Windgesichtspunkten für die Windenergienutzung am geeignetsten sind. Sollten die aktuell

vorhandenen Gebiete von einer Abstandserhöhung betroffen sein, kann davon ausgegangen werden, dass für einen zukünftigen Ausbau der Windenergie zur Erreichung von landesspezifischen Ausbauzielen, diese Gebiete nur noch sehr eingeschränkt zur Verfügung stünden.

Im Folgenden werden die Auswirkungen von unterschiedlichen Abständen auf die vorhandenen Vorrang- und Vorbehaltsgebiete für ausgewählte Regionen in Bayern und Sachsen dargestellt.

a. Bayern

Das Bundesland Bayern besteht insgesamt aus 18 Planungsregionen mit entsprechenden Regionalplänen, die die Vorrang- und Vorbehaltsgebiete für die Windenergienutzung ausweisen. Die Auswirkung der Erhöhung von Abstandsanforderungen wird beispielhaft an der Region Oberfranken-Ost untersucht. Die Darstellung in [Abbildung 1](#) macht deutlich, dass bei Abständen von 600m quasi keine Einbußen von Vorrangflächen zu sehen sind. Bei einem Abstand von 1.000m zu Wohnbebauungen reduziert sich die aktuell verfügbare Vorrang- und Vorbehaltsfläche auf 53,73 Prozent. Bei einer Erhöhung der Abstände auf 1.500m und 2.000m verbleibt nur noch ein sehr geringer Anteil bzw. kein Anteil zur Nutzung für die Windenergie.

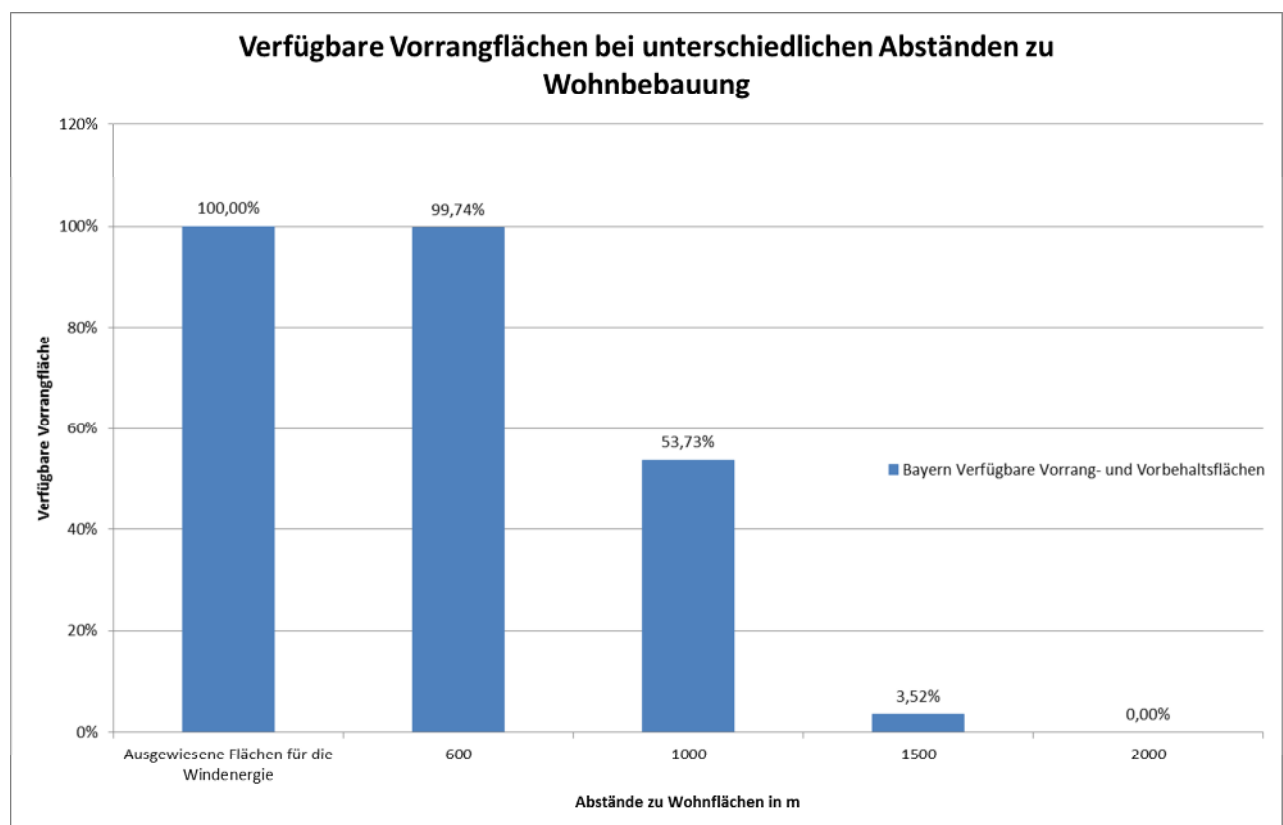


Abbildung 1: Verfügbare Vorrangflächen bei unterschiedlichen Abständen zur Wohnbebauung – Am Beispiel einer repräsentativen Planungsregion in Bayern; (Quelle / Grafik: Deutsche WindGuard GmbH 2014)

b. Sachsen

Das Bundesland Sachsen ist in vier Regionen aufgliedert. Hier wird für eine beispielhafte Betrachtung die Region Chemnitz-Erzgebirge gewählt. Die Ergebnisse der Untersuchung sind in [Abbildung 2](#) dargestellt. Bei Abständen von 600m wird eine leichte Reduktion sichtbar. Eine Erhöhung der Abstände zur Wohnbebauung auf 1.000m führt dazu, dass die für die Windenergienutzung zur Verfügung stehende Fläche nur noch 22,04 Prozent beträgt. Bei den Abständen 1.500m und 2.000m zeigt sich ein ähnliches Bild wie bei der Betrachtung des Bundeslandes Bayern zuvor. Bei einem Abstand von 1500m verbleiben 1,70 Prozent für die Windenergie nutzbare Fläche. Beträgt der Abstand 2.000m sinkt dieser Wert auf null Prozent.

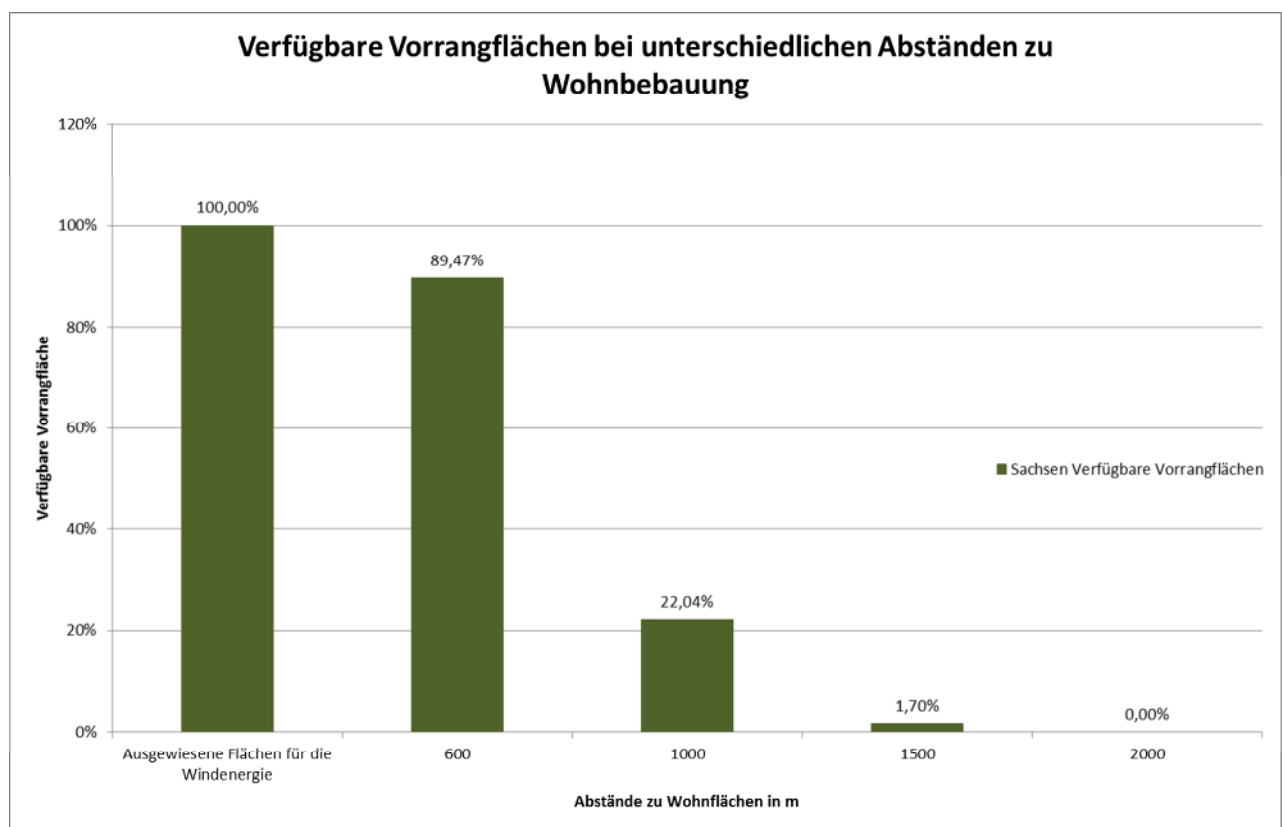


Abbildung 2: Verfügbare Vorrangflächen bei unterschiedlichen Abständen zur Wohnbebauung – Am Beispiel einer repräsentativen Planungsregion in Sachsen; (Quelle / Grafik: Deutsche WindGuard GmbH 2014)

Zwischenergebnis:

Aus den oben dargestellten Berechnungen und Ergebnissen ergeben sich im Hinblick auf eine mögliche Ergänzung des BauGB und der länderspezifischen Ausbauziele im Bereich Windenergie folgende Schlussfolgerungen.

Eine Aufhebung des Bestandsschutzes für aktuell ausgewiesene Vorrang- und Vorbehaltsgebiete würde direkt, bei Abständen ab 1.000m, zu einer deutlichen Reduzierung der für die Windenergienutzung zur Verfügung stehenden Fläche führen. Würde die Festsetzung von Flächen für

die Windenergie durch Bebauungspläne – wie laut Einladungsschreiben zur Verbändeanhörung vom 10.03.2014 offensichtlich erwogen – ausgeschlossen werden, hätte auch das eine Reduzierung der für die Windenergie zur Verfügung stehenden Flächen zur Folge. Neben den geplanten Ergänzungen im BauGB ergeben sich, durch mögliche erhöhte Abstandsregelungen, auch Auswirkungen auf die angestrebten Ausbauziele der Windenergie in Sachsen und Bayern.

Im Energie- und Klimaprogramm des Bundeslandes Sachsen wird als Ziel für 2022 eine Stromproduktion aus Windenergie von 2.200 GWh angegeben. Dieses Ziel soll primär auf den bereits ausgewiesenen Vorrangflächen in Kombination mit einer moderaten Flächenerweiterung realisiert werden. Zur Erreichung dieses Ziels ist somit mindestens ein Bestandsschutz der bisherigen Vorrangflächen sowie die Möglichkeit einer gewissen Erweiterung der bestehenden Vorrangflächen notwendig.

Das Bundesland Bayern setzt sich im Energiekonzept „Energie innovativ“ der bayerischen Staatsregierung das Ziel im Jahr 2021 einen Anteil der Windenergie am Stromverbrauch von 6 bis 10 Prozent zu erreichen. Zur Realisierung der Ziele in 2021 ist nicht nur ein Bestandsschutz der aktuellen Flächen, sondern auch eine deutliche Erweiterung von Vorrang- und Vorbehaltsgebieten für die Windenergienutzung in Bayern notwendig. Bei der Einführung von verbindlichen Abstandsregelungen in den diskutierten Größenordnungen von 1.000m bis 2.000m wäre das Potential zur Erreichung der politischen Zielvorstellungen Bayerns nicht mehr gegeben.

Sollte die Bundesregierung an dem Gesetzentwurf in der vorliegenden Entwurfsfassung festhalten, dann wären aus Sicht des BWE folgende Formulierungen zu ändern.

Formulierungsvorschlag zu § 249 Abs. 3 BauGB-E

Festlegung der Abstände

„Bestimmungen nach Satz 1 finden keine Anwendung im Geltungsbereich von Flächennutzungsplänen oder Raumordnungsplänen, in denen für Vorhaben nach §35 Abs. 1 Nr. 5 eine Ausweisung für diese Zwecke als Sondergebiet nach §11 BauNVO oder in einer anderen geeigneten Kategorie der BauNVO erfolgt ist.“

Der Satz 3: *„Der Abstand ist in Abhängigkeit zur Gesamthöhe der Windenergieanlage festzulegen.“* wäre zu streichen und ein neuer Satz einzubauen: *„Der Abstand ist nach Abwägung aller berechtigten Interessen festzulegen und muss gewährleisten, dass der Windenergie weiterhin substantiell Raum verschafft wird.“*

Zu Übergangsregelungen

Der vorgesehene § 249 Abs. 3 sieht eine Ausnahme von den Möglichkeiten einer Einschränkung von Windenergievorhaben durch Landesregelung vor, wenn die im jeweiligen Verfahren erforderliche Bekanntmachung vor dem 16. Dezember 2013 erfolgt ist. Dieses Datum nicht Bezug auf den Aufwand der langjährigen Planungssituation und sollte nachfolgend geändert werden:

„Satz 4 gilt entsprechend für in Aufstellung befindliche Flächennutzungspläne und Raumordnungspläne, wenn die erstmalige ortsübliche Bekanntmachung nach § 2 Absatz 1 Satz 3 oder die erstmalige öffentliche Bekanntmachung nach § 10 Absatz 1 Satz 3 des Raumordnungsgesetzes vor Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt ist.

Wenn der Bezug zum Datum des Koalitionsvertrages, 16.12.2013 hergestellt werden muss, wäre „vor Inkrafttreten dieses Gesetzes“ durch das Datum zu ersetzen.

3. Rechtliche Bewertung des Gesetzentwurfes

3.1. Verfassungsrecht

Bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit der beabsichtigten Ergänzung von § 249 BauGB ist zu differenzieren: Zunächst muss staatsorganisationsrechtlich kontrolliert werden, ob dem Bundesgesetzgeber eine ausreichende Gesetzgebungskompetenz zur Seite steht, anschließend, ob der Normsetzungsentwurf in Einklang mit Grundrechten und den Grundlagen des gegliederten Staatswesens der Bundesrepublik steht.

a) Mangelnde Gesetzgebungskompetenz

Der Gesetzentwurf stützt sich explizit auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG (Bodenrecht). Diese könnte eine *abstrakt* tragfähige Grundlage sein;² fraglich ist aber, ob die *konkrete Umsetzung* im Gesetzentwurf den dabei zu wahrenden Anforderungen genügt.

Vorangestellt ist zu gewärtigen, dass der vorgeschlagene § 249 Abs. 3 BauGB n. F. wohl fraglos eine besondere Abstandsflächenvorschrift formuliert. Abstandsflächenrecht liegt an der Schnittstelle zwischen Bauplanungs- und Bauordnungsrecht und eröffnet somit kompetenzrechtlich, abhängig von der Zwecksetzung der konkreten Regelung, entweder nur den Zugriff des Bundes oder aber nur den der Länder.³ § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB i.V.m. § 23 BauNVO und mehr noch § 9 Abs. 1 Nr. 2 a BauGB dokumentieren, dass Abstandsflächen, wenn sie städtebaulich motiviert sind, zulässigerweise Gegenstand auch bundesrechtlicher Gesetzgebung sein können. Die Länder dürfen abstandsflächenrelevante Regelungen hingegen vornehmen, wenn dies aus Gründen der Gefahrenabwehr (insbesondere z. B. zur Sicherstellung der Belichtung und Belüftung, also gesunder Wohn- und Arbeitsbedingungen, zur Vermeidung von Brandgefahren oder zur immissionschutzrechtlichen Gefahrenabwehr unter Nachbarn)⁴ erforderlich erscheint. Dieses einfache Abgrenzungsmodell verliert seine scheinbar festen Konturen indes rasch, wenn berücksichtigt wird, welche Zielrichtungen abstandsflächenrelevante Normen der Landesebene verfolgen können: Ausgehend von Verunstaltungsabwehr, die in den Landesbauordnungen umfassend erfolgt, vermögen ästhetische Belange geregelt zu werden.⁵ Letztlich dürfen sogar positive Gestaltungsziele, die von städtebaulichen kaum mehr zu unterscheiden sind, verfolgt werden.⁶ Umgekehrt kann vermeintliche Gefahrenabwehr durch Immissionsreduzierung auch primär städtebauliche Gründe haben.⁷

² Dazu auch: Willmann, Rechtliche Stellungnahme zur Verfassungskonformität einer potentiellen Länderöffnungsklausel im Baugesetzbuch, Braunschweig 2014, S. 3 f., der sich u.a. abstrakt mit der Rechtsfrage beschäftigt, ob Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG ein tauglicher Kompetenztitel sein *könnte*, um eine Regelung wie die angestrebte umzusetzen. Abstrakt ist dies zu bejahen, in der konkreten Umsetzung des Gesetzentwurfs allerdings nicht.

³ Haaß, NVwZ 2008, 252.

⁴ OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.02.2014, Az. 12 ME 227/13, Tz. 11, juris.; *dass.*, Beschl. v. 13.02.2014, Az. 12 ME 221/13, juris.

⁵ VGH München, NVwZ-RR 2005, 785.

⁶ BVerwG, NVwZ-RR 1998, 486.

⁷ Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, § 9 Rz. 17.

Daraus folgt: Die Frage nach der bundesstaatlich richtig zugeordneten Gesetzgebungskompetenz für eine abstandsflächenrechtliche Vorschrift wie die vorliegende, welche die Errichtung einer baulichen Anlage betrifft, ist maßgeblich von den Motiven und Zielen abhängig, die verfolgt werden. Völlig irrelevant ist dabei der systematische „Standort“ der angestrebten Neuregelung. Ohne Frage handelt es sich bei § 35 BauGB und dem diese Norm teilweise modifizierenden § 249 BauGB (a. F.) um bauleitplanerische Vorschriften, gerade auch soweit dort Windenergieanlagen genannt werden. Die Einordnung des beabsichtigten Gesetzentwurfs im BauGB macht aus den Überlegungen zu einer Ergänzung des § 249 BauGB aber noch keine zwingend bauleitplanerischen. Ob es sich um städtebauliche Regelungen handelt oder nicht, muss vielmehr erst – vor allem anhand der Begründung des Gesetzentwurfs – ermittelt werden. Diese bleibt vage. Sie nennt die „Akzeptanz von Windenergieanlagen“, welche erhöht werden solle, und den sachgerechten Ausbau erneuerbarer Energien. Derartige Zwecksetzungen sind weder städtebaulich induziert, noch dienen sie der Gefahrenabwehr, vielmehr widerspiegeln sie ausschließlich eine energiewirtschaftliche, sicher auch energiepolitische Motivation. Letztlich verhält sich die Begründung des Entwurfs nur an einer einzigen Stelle etwas konkreter, wenn nämlich die Regelung des Absatzes 3 Satz 3 (Abstandsbestimmung in Abhängigkeit von der Gesamthöhe der Windenergieanlage) auf die aus Verhältnismäßigkeitsgründen zu beachtenden öffentlichen und privaten Belange rekurriert und als solche neben dem Ausbau Erneuerbarer Energie sowie neben den Anwohner- und Betreiberinteressen auch den Schutz des Landschaftsbildes nennt. Ob es sich hierbei um ein relevantes Regelungsanliegen des Entwurfs handelt, darf freilich bezweifelt werden: Die einzig indikative Regelung im Entwurf – Absatz 3 Satz 3 – führt, teleologisch betrachtet, gerade nicht zu einem erhöhten Schutz des Landschaftsbildes, weil damit lediglich ein abstraktes Berechnungsmaß für Anlagenabstände vorgegeben wird. Auf diese Weise vermag vielleicht Gefahren, die von Windenergieanlagen für andere Grundstücksnutzungen ausgehen, vorgebeugt, nicht aber das Landschaftsbild wirksam geschützt zu werden, denn nach § 249 Abs. 3 S. 3 des Entwurfs sollen abseits von Wohngebäuden gelegene Flächen abstandsflächenrechtlich zulässige Anlagenstandorte sein. Gerade wenn Abstände von über 1.000 und ggf. sogar 2.000 Metern vorgegeben würden,⁸ kämen nurmehr Standorte „in der freien Landschaft“, bspw. auf Bergen oder in Wäldern, in Betracht, zumal Absatz 3 Satz 1 als Bezugspunkte lediglich Siedlungsstrukturen von einigem Gewicht (§§ 30, 34, 35 Abs. 6 BauGB) herausgreift. Alles „Dazwischenliegende“ dürfte oftmals landschaftlich und in Bezug auf ein Ortsbild besonders prägend sein.⁹

Ohne städtebaulichen, sondern nur mit bauordnungsrechtlichem Bezug dürfte der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG seitens des Bundes nicht herangezogen werden. Vielmehr wäre die Gesetzgebungskompetenz der Länder eröffnet. Da Absatz 3 Satz 1 des Gesetzentwurfs eine „Länderöffnungsklausel“ zu begründen beabsichtigt, könnte die vorstehende Argumentation auf den ersten Blick indes als juristisches Glasperlenspiel abgetan werden, da von § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB abweichende Normen – entweder aufgrund der Länderöffnungsklausel des Bundes oder aufgrund eigener bauordnungsrechtlicher Gesetzgebungszuständigkeit – doch im Ergebnis stets von den

⁸ Zu den faktischen Auswirkungen s.o. Ziff. III.

⁹ vgl. dazu: BVerwGE 77, 128, 132 f.; BVerwG, RdE 2014, 139, 145, wobei dem zuletzt entschiedenen Fall eine Höchstspannungs-Stromleitung aufgrund ihrer Höhenentwicklung zu Grunde lag.

Ländern vorgenommen würden. Eine solche Bewertung ließe freilich unberücksichtigt, dass in Fällen originärer Gesetzgebungszuständigkeit der Länder eine vom Bund selbst auch nur „deklaratorisch“ motivierte Öffnungsklausel, gleichwohl ein Bundesgesetz darstellte, welches kompetenzrechtswidrig unter Verstoß gegen Art. 70 Abs. 1 GG erlassen worden wäre.¹⁰ Im vorliegenden Fall tritt hinzu, dass die beabsichtigte Länderöffnungsklausel keineswegs nur eine deklaratorisch auf den Landesgesetzgeber verweisende Vorschrift darstellt. Bereits Absatz 3 Satz 1 trifft eine inhaltliche Anordnung, indem ein festzulegender Abstand zu Wohngebäuden als Bezugspunkt nur Gebiete nach §§ 30, 34 oder 35 Abs. 6 BauGB, nicht aber außerhalb solcher Gebiete belegene bauliche Anlagen wählen darf und bspw. Betriebswohnungen sowie Wochenend- und Ferienhäuser (Begründung, S. 9) nicht erfassen soll. Ebenso stellen Absatz 3 Satz 3 bis 5 materiell-rechtliche Gebote, vor allem zur Berechnungsmethodik und zur zeitlichen Anwendbarkeit, auf. Gerade durch die Kriterien, die der Gesetzentwurf für solche Länder aufstellt, die von der Öffnungsklausel Gebrauch machen, handelt es sich um eine Normsetzung, für die er eine eigene Gesetzgebungskompetenz benötigt. Eine solche könnte sich hier, für eine öffentlich-baurechtlich konzipierte Regelung, nur aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG ergeben. Diesen Kompetenztitel vermag der vorliegende Gesetzentwurf derzeit infolge seiner Unklarheit und Widersprüchlichkeit allerdings nicht auszufüllen.

Zwischenergebnis:

Da die Begründung des Gesetzentwurfs im Dunkeln belässt, welchen anderen Zweck die angestrebte Länderöffnungsklausel verfolgt, als eine Vereinbarung im Koalitionsvertrag zu erfüllen (und dieser Gesetzeszweck – vorsichtig formuliert – kompetenzrechtlich „neutral“ erscheint), spricht derzeit Überwiegendes dafür, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das in § 249 Absatz 3 des Entwurfs Vorgesehene insgesamt als nicht gegeben zu sehen. Der Gesetzgeber muss gerade an einer komplizierten Schnittstelle von Gesetzgebungskompetenzen städtebaulich oder zumindest energiewirtschaftsrechtlich hinreichend deutlich machen, „wohin die Reise gehen soll“. Das geschieht hier nicht. Zwar dürfte die Bundesebene aus dem Blickwinkel des Staatsorganisationsrechts unter Berufung auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG Abstandsflächenregelungen für Windenergieanlagen und solche zur Berechnungsmethodik vornehmen, wenn sie schwerpunktmäßig städtebaulich motiviert wären. Im konkreten Entwurf bleibt jedoch unklar, ob eine solche Zielrichtung überhaupt beabsichtigt ist. Diese Unsicherheit ergibt sich als Ausfluss eines Grundwiderspruchs des Gesetzentwurfs, der – dies muss leider so unverblümt festgestellt werden – im Gewand einer angeblichen Akzeptanzerhöhung (S. 8 des Entwurfs, „Nachhaltigkeit“) daher kommt, de facto aber zumindest die Gefahr einer deutlichen Einschränkung der bislang in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierten Vorhaben birgt. Fraglos mag der Bundesgesetzgeber einen weiten politischen Entscheidungsspielraum bei der Vorgabe „Ausbau“ oder „Einschränkung“ Erneuerbarer

¹⁰ Dieser Befund basiert auf einem Erst-Recht-Schluss aus BVerfG, NJW 2004, 750 ff., welches im dortigen Fall unterstrich, dass selbst ein Regelungsverzicht des Bundes in einer ihm zustehenden Gesetzgebungsmaterie ein korrespondierendes Regelungsverbot der Länder in diesem Bereich nach sich zieht. Wenn sogar einem gesetzgeberischen Schweigen derartige verfassungsrechtliche Konsequenzen anhaften, folgt daraus, dass jegliche normative Äußerung der Bundes- oder Landesebene, auch eine bloß „deklaratorische“ Öffnungsklausel, die ja den Anschein erweckt, es gäbe eine „zu öffnende Materie“, eines ermächtigenden Kompetenztitels gemäß Art. 70 ff. GG bedarf.

Energien haben, er muss sich aber wenigstens zu einer klaren Aussage – insbesondere im vorgelegten Gesetzentwurf – durchringen, andernfalls handelt er nicht verfassungskonform.

b) Ungerechtfertigter Eingriff in den Gewährleistungsbereich des Art. 28 Abs. 2 GG

Gemäß dem Einladungsschreiben zur Verbändeanhörung vom 10.03.2014 (S. 2, Anstrich 2) prüft die Bundesregierung zurzeit die Anfügung eines neuen § 249 Absatz 4 BauGB, nach dem durch Landesgesetz die Festsetzung von Flächen für die Windenergie durch Bebauungspläne ausgeschlossen werden kann. Zwar ist nicht ganz eindeutig, welche Zielrichtung vorgenannte Überlegung hat, zumal ein Normtextentwurf bislang nicht bekannt ist, doch wird unterstellt, dass eine solche zusätzliche Öffnungsklausel darauf gerichtet ist, den Gemeinden als Trägerinnen der Planungshoheit jegliche Festsetzungen von Versorgungsflächen für die Windenergie, insbesondere aber nicht ausschließlich solche i.S.v. § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB, zu untersagen. Landesrechtlich normiert werden kann folglich ein jeweils landesweites Planungsverbot.

Ein solches muss sich an der in Art. 28 Abs. 2 GG (bzw. bei Anwendung durch den Landesgesetzgeber an der in der jeweiligen Landesverfassung) verankerten gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie in ihrer spezifischen Ausformung als kommunale Planungshoheit messen lassen.¹¹ Zwar wird auch diese, wie alle weiteren Gemeindehoheiten, grundsätzlich nur im Rahmen der Gesetze geschützt; eine Ausnahme bildet indes der Kernbereich kommunaler Planungshoheit, der als Ausfluss der objektiven Rechtsinstitutsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG auch durch einfaches Gesetzesrecht nicht angetastet werden darf.¹² Zwar vermag eine Grenzziehung, wann die Kernbereichsschwelle überschritten ist, nur im Einzelfall verlässlich gezogen zu werden. Indes scheinen Fälle keineswegs selten, in welchen Anlagen zur Nutzung von Windenergie für eine Gemeinde, zumal in ländlichen, windhöffigen Gegenden wirtschaftlich und städtebaulich besondere Bedeutung aufweisen. Würde in solchen Fällen verboten, dass kommunale Bebauungspläne entsprechende Festsetzungen treffen dürfen, wäre der Kernbereich kommunaler Planungshoheit jedenfalls dort verletzt, wo sich ein Planungserfordernis gem. § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB aus anderen Gründen weder bislang eingestellt hat, noch perspektivisch ergeben wird, wohl aber (bislang) zur Regelung von Versorgungsflächen für Windenergieanlagen vorlag.¹³

Hinzu tritt die Systemwidrigkeit eines solchen Planungsverbots im Rahmen des BauGB, aus der sich ein weiterer Beleg für dessen Verfassungskonformität ergibt. Erstens wird das Planungsverbot offenbar lediglich für kommunale Bebauungspläne, nicht aber für Darstellungen im Flächennutzungsplan nach § 5 Abs. 2 Nr. 4, Nr. 6 BauGB diskutiert. Ein ausschließlich auf Bebauungspläne bezogenes Planungsverbot verstößt gegen § 8 Abs. 2 S. 1 BauGB, weil entsprechende, völlig zulässige Darstellungen im Flächennutzungsplan (F-Plan) contra legem nicht mehr konkretisiert werden dürfen. Zweitens passt ein Planungsverbot ebenso wenig zum Grundgedanken der Bauleitplanung i.S.v. § 1 Abs. 1 BauGB, wonach die Aufgabe der kommunalen

¹¹ Schmidt-Aßmann, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2002, 803, 821.

¹² Hellermann, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 01.11.2013, Art. 28 Rz. 36.

¹³ BVerwG, NVwZ 2000, 560, 562 ist zu entnehmen, dass jedenfalls schwerwiegende wirtschaftliche Auswirkungen von Vorhaben für eine Gemeinde auch planungsrechtlich zugänglich bleiben müssen.

Bauleitplanung in der Vorbereitung und Leitung der baulichen und sonstigen Nutzung der Grundstücke der Gemeinde besteht. § 1 Abs. 6 Nr. 10 BauGB, der vorgibt, sogar Belange der Landesverteidigung bei der kommunalen Bauleitplanung zu berücksichtigen, und § 37 Abs. 2 BauGB dokumentieren eindrucksvoll, dass selbst Bereiche von gesamtstaatlicher Bedeutung, für die dem Bund eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zusteht (Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG), jedenfalls der Berücksichtigung im Rahmen der kommunalen Bauleitplanung nicht entzogen sind. Flächen für die Windenergie wären es hingegen.

Zwischenergebnis:

Ein bebauungsplanbezogenes Planungsverbot im Hinblick auf Flächen für die Windenergie wird im konkreten Einzelfall nicht weniger Gemeinden die verfassungsrechtlich garantierte kommunale Planungshoheit aus Art. 28 Abs. 2 GG verletzen. In allen anderen Fällen erfordert es zumindest eine grundsätzliche konzeptionelle Neugestaltung des BauGB nach Aufgaben und Grundsätzen der Bauleitplanung, die der derzeitige Entwurf nicht leistet (und wohl auch nicht beabsichtigt).

3.2. Einfachgesetzliche Friktionen

a) Konsistenz der Rechtsordnung

Der vom BMUB vorgelegte Entwurf zur Änderung des BauGB könnte gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung verstoßen.

Dieser Grundsatz wurde vom Bundesverfassungsgericht aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes und der bundesstaatlichen Kompetenzordnung entwickelt.¹⁴ Er verpflichtet alle rechtsetzenden Organe, ihre Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, dass die Rechtsordnung nicht aufgrund unterschiedlicher Anordnungen widersprüchlich wird. Dies gilt nicht nur im Verhältnis zwischen den Rechtsordnungen von Bund und Ländern, sondern auch auf ein und derselben Ebene. Danach ist die Einheit der Rechtsordnung auch gefährdet, wenn es im Bundesrecht zu einer Normenkollision kommt, die zu einem widersprüchlichen Ergebnis führt.¹⁵ Mit dem Gesetzentwurf des BMUB zur Änderung des BauGB sollen die Länder über eine optionale Einführung von Mindestabständen von Windenergieanlagen zu Wohngebäuden die Möglichkeit erhalten, die grundsätzlich in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB geregelte Privilegierung im Außenbereich innerhalb dieser Abstände außer Geltung zu bringen, ohne dass weitere bestimmte gesetzliche Voraussetzungen hierfür erfüllt sein müssen. Auf diese Weise könnten Entscheidungen des jeweiligen Landesgesetzgebers das in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB iVm § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zum Ausdruck gebrachte Ziel nach Sicherung des Ausbaus der Windenergie konterkarieren. Konkrete Anhaltspunkte hierfür finden sich in den öffentlich bekannt gewordenen Forderungen der sächsischen und bayerischen Landesregierungen nach Einführung von Mindestabständen in Höhe des Zehnfachen der jeweiligen Anlagenhöhe. Dies würde im Binnenland grundsätzlich einen Mindestabstand von ca. 2.000 Metern bedeuten. Dies läge aber nach der Rechtsprechungspraxis des BVerwG nicht mehr im

¹⁴ BVerfGE 98,106 ff.

¹⁵ Felix, Einheit der Rechtsordnung, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998 S. 147.

Rahmen des Anerkannten und Vertretbaren und würde nach der UBA-Studie „Potenzial der Windenergie an Land“ von Juni 2013 zu einer Reduzierung des Windenergiepotenzials bundesweit von 13,8 Prozent auf ca. 0,4 Prozent der Gesamtfläche führen. Dabei muss berücksichtigt werden, dass für dieses Flächenpotenzial weitere Einschränkungen für das realisierbare Potenzial gelten, d. h. insbesondere die Belange des besonderen Artenschutzes schränken das bei der Sensitivitätsanalyse ermittelte Potenzial in der Realität zusätzlich erheblich ein.¹⁶

Insoweit hilft allein der Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Gesetzesbegründung nicht weiter. Dort heißt es: „Nach (§249) Absatz 3 Satz 3 ist der zu bestimmende Abstand in Abhängigkeit von der Gesamthöhe der Windenergieanlage zu bestimmen. Hierbei ist – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Benennung – der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten: Die berührten öffentlichen und privaten Belange (z. B. der stetige Ausbau erneuerbarer Energien, Schutz des Landschaftsbildes, Anwohner- und Betreiberinteressen) sind in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.“ Das allein entspricht aber nicht der Wertung der gesetzlichen Konzeption aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 Satz 3 BauGB iVm § 1 EEG. Danach ist der Grundentscheidung des Gesetzgebers für den privilegierten Ausbau der Windenergie im Außenbereich entsprechend Rechnung zu tragen. Das ist aber nur der Fall, wenn ein gesamtplanerisches Konzept für den gesamten Außenbereich erstellt wird und im Rahmen der Abwägung der Windenergie substanzieller Raum verschafft wird.¹⁷

Anders als in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB geregelt, wird durch den Gesetzentwurf selbst nicht zugleich gewährleistet, dass der Windenergienutzung entsprechend der in § 35 Abs.1 Nr. 5 BauGB getroffenen Wertung des Bundesgesetzgebers in substanzieller Weise Raum verschafft wird. Denn für zukünftige Planungen in Flächennutzungsplänen oder in Zielen der Raumordnung wird § 35 Abs.3 Satz 3 BauGB praktisch funktionslos. Da auch für diese die landesweit festgesetzten Mindestabstände künftig gelten, findet allein deshalb schon die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr.5 BauGB *innerhalb der Mindestabstände* keine Anwendung mehr. Es bedarf also *insoweit* keines gesamtträumlichen Planungskonzeptes mehr, das der Windenergie substanziell Raum verschafft, um die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr.5 BauGB auszuschließen. Es reicht aus, wenn Mindestabstände in Abhängigkeit zur Gesamthöhe der Windenergieanlagen aus dem Blickwinkel des Wohnraumschutzes und Akzeptanzsteigerung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vom Landesgesetzgeber vorgeschrieben werden. Nur für solche Windenergieanlagen, die in Abständen gebaut werden sollen, die über die landesweit geltenden Mindestabstände hinausgehen, gilt die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB weiter. Angesichts der von den Ländern angekündigten Größenordnung für die Mindestabstände – bis zum 10-Fachen der Anlagenhöhe – bleibt für den Planungsvorbehalt des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB kein relevanter Anwendungsbereich übrig. Zumindest wird den Ländern mit dieser Regelung die Möglichkeit eröffnet, über ihr planerisches Ermessen die Mindestabstände so zu wählen, dass die Privilegierung aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und damit auch der Planungsvorbehalt nach Abs. 3 Satz 3 praktisch nicht mehr zur Anwendung kommt.

¹⁶ vgl. UBA-Studie „Potenzial der Windenergie an Land“, Juni 2013, S. 38 Abb. 12 und Tabelle 11.

¹⁷ BVerwG, Urt. v. 24.01.2008, Az. 4 CN 2.07, juris.

Ob eine solche Regelung auf Landesebene inhaltlich überhaupt in der Lage wäre, die Folgen für den weiteren Windenergieausbau substantiell abzuschätzen und im Sinne der bundesgesetzlichen Ausbauziele in die landesgesetzgeberische Entscheidung über die Bemessung der Mindestabstände in vergleichbarer Weise wie in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB einfließen zu lassen, darf bezweifelt werden. Hierzu bedarf es vielmehr der planerischen Entscheidung der jeweiligen Kommune, die die örtlichen Verhältnisse in ihrer Abwägung berücksichtigen kann und muss. Die Regelung in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB wird aber nach Inkrafttreten des neuen § 249 Abs.3 des Gesetzentwurfs ins Leere laufen, weil für die Nichtanwendung der Außenbereichsprivilegierung innerhalb der vom Land vorgegebenen Mindestabstände die Aufstellung eines F-Plans oder von Zielen der Raumordnung nicht mehr notwendig ist und auch nicht vorgesehen ist, dass die Kommunen in ihren örtlichen Planungen von diesen landesweiten Mindestabständen auf Grund der besonderen örtlichen Verhältnisse abweichen dürfen. Das nimmt zwar den Kommunen den Planungsdruck und vermindert das örtliche Konfliktpotenzial durch Verlagerung auf die Landesebene, steht aber im Widerspruch zu Sinn und Zweck des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.

Ob hier ein echter Normwiderspruch zwischen § 249 Abs. 3 BauGB-E und den §§ 35 Abs. 1 Nr. 5 und Absatz 3 Satz 3 BauGB iVm § 1 EEG vorliegt, also ein Zustand, in dem zwei Regelungen für denselben Sachverhalt zwei einander ausschließende, also miteinander unvereinbare Rechtsfolgen anordnen, kann dahinstehen. Denn auch in der Entscheidung des BVerfG vom 07. Mai 1998 zur kommunalen Verpackungssteuer bestand ein solcher echter Normwiderspruch nicht.¹⁸ Dort reichte es jedoch für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung aus, dass ein gesetzlich geregeltes Konzept durch eine andere Regelung verfälscht wurde. Das ist hier der Fall. Da der Gesetzentwurf die Regelung in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB praktisch funktionslos macht und ermöglicht, dass Länder im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung ohne Aufstellung eines – unter Beachtung der in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB getroffenen Grundsatzentscheidung für die Windenergie – gesamtträumlichen Planungskonzeptes Mindestabstände festlegen können, die zu einer erheblichen Reduzierung ihrer Ausbaupotenziale führen und damit die an anderer Stelle geregelten Ziele¹⁹ des Bundesgesetzgebers massiv gefährden könnten, liegt ein in dieser Weise qualifizierter Wertungswiderspruch hier vor.

Dem kann auch nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, der Gesetzentwurf habe in der praktischen Anwendung kaum Auswirkungen, weil er nicht für die bereits in F-Plänen oder als Ziele der Raumordnung dargestellten Flächen für die Windenergienutzung gelte, aber hiervon nahezu alle Kommunen bereits Gebrauch gemacht hätten. Falls dies zuträfe, würde sich rechtspolitisch die Frage stellen, ob es dann überhaupt noch einer solchen Regelung bedarf. Davon geht aber offenbar der Gesetzentwurf selbst nicht aus. Denn in § 249 Abs. 3 Satz 6 trifft er eine Übergangsregelung für Planungen, die sich in Aufstellung befinden und vor dem 16.12.2013 bekannt gemacht worden sind.

Abgesehen davon, dass eine solche Argumentation den Wertungswiderspruch rechtsdogmatisch auch nicht aufzulösen vermag, greift das Argument auch nicht in der Sache. Es mag zwar zutreffen, dass ein überwiegender Teil der Kommunen in Deutschland bereits Windenergieflächen planerisch

¹⁸ BVerfGE 98, 106 ff.

¹⁹ § 35 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 Satz 3 BauGB iVm § 1 EEG

ausgewiesen hat – insbesondere im Norden der Republik –, auf die dieser Gesetzentwurf keine Anwendung findet. In den weiter südlich gelegenen Bundesländern, insbesondere in Thüringen, Sachsen, Bayern, Hessen und Baden-Württemberg scheint es aber noch einen deutlichen Nachholbedarf zu geben. Ein Indiz dafür ist die Verteilung der Neuinstallationen auf die Bundesländer.²⁰ So wurden in der Region „Süden“ (Rheinland-Pfalz, Bayern, Baden-Württemberg und Saarland) nur 11 Prozent der Jahres-Gesamtleistung zum 30.06.2013 installiert. Auch wenn dies im Vergleich zu den Vorjahren eine deutliche Steigerung bedeutet, bleibt für den Windenergieausbau im Süden noch ein deutliches Entwicklungspotenzial. Insbesondere liegen keineswegs überall qualifizierte gesamträumliche Plan-Konzepte vor, die eine Freihaltung des übrigen Außenbereichs nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zur Folge haben.²¹

Zwischenergebnis:

Der Gesetzentwurf macht die fortbestehende Regelung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB praktisch funktionslos, so dass von der Öffnungsklausel des vorgesehenen Zuschnitts Gebrauch machendes Landesrecht womöglich einen echten Normkollisionsfall im Verhältnis zu höherrangigem Bundesrecht, jedenfalls aber einen qualifizierten Wertungswiderspruch darstellt.

b) Abstandsbezogene Leitlinien der Rechtsprechung

Der obergerichtlichen Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass gegen die von allen Landesgesetzgebern in den jeweiligen Landesbauordnungen vorgesehene – oder jedenfalls nicht ausgeschlossene – Erstreckung bauordnungsrechtlicher Abstandsflächenvorschriften auch auf die Errichtung oder Änderung von Windenergieanlagen keine rechtlichen Bedenken bestehen.

Das OVG Lüneburg geht in ständiger Judikatur von einer „gebäudegleichen Wirkung“ bei Windenergieanlagen aus, die die Anwendung von Abstandsflächen rechtfertigt.²² Differenziert werden allenfalls nachgelagerte Fragestellungen betrachtet, so insbesondere ob und wenn ja, in welchen Dimensionen das Rotorfeld bei der Abstandsflächenberechnung einzubeziehen sei.²³ Grundsätzlich gilt demnach, dass jedenfalls von der Gesamthöhe der Anlage, also Nabenhöhe zuzüglich Rotorradius, auszugehen sei. Diesen Ansatz greift auch Absatz 3 Satz 3 des Gesetzentwurfs auf („Gesamthöhe“). Anders als die Landesbauordnungen, welche sodann Abstandsmaße von zumeist unter 1,0 H anlegen,²⁴ lässt der vorliegende Gesetzentwurf weit größere Abstände zu. Dies ist per se rechtlich zwar nicht unrichtig, greift aber nach höchstrichterlicher Rechtsprechung jedenfalls dann zu kurz, wenn rein schematische Vorgaben für die in § 249 Absatz 3 Satz 1 des

²⁰ vgl. die Verteilung des Windenergiezubaues auf die Bundesländer bis zum 30.06.2013, in: Deutsche WindGuard „Status des Windenergieausbaus in Deutschland“, Seite 7 und Tabelle 4.

²¹ vgl. beispielhaft: Augsburger Allgemeine vom 20.09.2013 „Windräder auf weißen Flächen“.

²² OVG Lüneburg, Beschl. v. 13.08.2001, Az. 1 L 4089/00, Tz. 7, juris; dass., Beschl. v. 21.06.2010, Az. 12 ME 240/09, juris; jüngst: dass., Beschl. v. 10.02.2014, Az. 12 ME 227/13, Tz. 12, juris; VGH München, Urt. v. 28. 7. 2009, Az. 22 BV 08.3427, juris.

²³ Nach dem Ansatz des VGH München bleibt es außen vor, nach dem des OVG Lüneburg ist es in eine Berechnung der Abstandsfläche einzubeziehen.

²⁴ OVG Lüneburg, Beschl. v. 13.02.2014, Az. 12 ME 221/13, juris, wo die bauordnungsrechtlich zuletzt vorgenommene Verkürzung der Abstandsfläche von 1,0 H auf 0,5 H für unproblematisch erklärt wird.

Gesetzentwurfs genannten Gebiete gemacht werden, mögen diese auch noch einmal nach Teilen des Landesgebietes untergliedert sein. Genau dies ist indes Kernanliegen von § 249 Absatz 3 Satz 2 des Entwurfs: Entweder werden wenige, pauschale Abstände definiert oder es entsteht eine landesrechtliche Regelung, die gleichsam gemeindegebiets-trennscharf hunderte, wenn nicht tausende unterschiedlicher topografischer Situationen auf kommunaler Ebene ermitteln, auswerten und individuellen Maßstäben als Ergebnis eines Abwägungsprozesses zugrunde legen müsste. Die zuletzt genannte Variante erscheint administrativ und verwaltungsökonomisch unrealistisch, die erstgenannte ist rechtlich nicht zulässig.

„Schematische“ Abstände („1000 m“) dürfen seitens des kommunalen Planungsträger bei der Entwicklung seiner Konzentrationsflächen nämlich nur anfänglich, auf einer ersten Planungsstufe zugrunde gelegt werden.²⁵ Je kleiner aber die für die Windkraftnutzung verbleibenden Flächen ausfallen – was nicht nur von Gemeindegebiet zu Gemeindegebiet, sondern auch innerhalb des räumlichen Umgriffs einer Kommune stark variieren und stets von den individuellen Gegebenheiten vor Ort abhängen dürfte –, umso stärker muss der Planungsträger prüfen, ob nicht auch geringere Abstände in Betracht kommen. Dies ist Ausfluss des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, welcher die Errichtung von Windenergieanlagen im Außenbereich unter einen Planungsvorbehalt stellt, der sich nicht nur an die Gemeinden als Träger der Flächennutzungsplanung, sondern auch an die Träger der höherzonigen Planung, insbesondere an die Ebene der Regionalplanung, richtet.²⁶

Bezeichnenderweise lässt der Gesetzentwurf einer Länderöffnungsklausel – wie bereits oben geführt – § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gänzlich unberührt. Aus diesem Planungsvorbehalt folgt indes, dass eine Gemeinde zwar nicht alle in Betracht kommenden Standorte entsprechend ausweisen muss; sie hat in einem gesamträumlichen Plankonzept aber eine ausreichende Darstellung von Positivflächen vorzunehmen.²⁷ Da sich das Programm von § 35 BauGB durch die beabsichtigte Neuregelung des § 249 BauGB nicht im Kern verändert, bleibt diese Verpflichtung bestehen. Sie träfe im Falle der Novellierung allerdings den von der Öffnungsklausel Gebrauch machenden Landesgesetzgeber, dem nur die Wahl zwischen einer mit höherrangigem Bundesrecht trotz Länderöffnungsklausel nicht vereinbaren normativen „Holzschnitt“ oder einer organisatorisch kaum leistbaren Kasuistik bliebe.

Gänzlich absurd geriete das Verhältnis zu § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, wenn – wie im Einladungsschreiben für die Verbändeanhörung vom 10.03.2014 genannt (S. 3, Anstrich 5) – einzelne Wohngebäude im Außenbereich als Bezugspunkt einer landesweiten Abstandsflächenregelung einbezogen würden. Eine solche Anknüpfung würde, sicherlich mit graduellen Unterschieden nach der regionaltypischen Siedlungsstruktur (geschlossene Siedlung – Streusiedlung), dazu führen, dass Flächen für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB in den Gemeindegebieten faktisch gar nicht mehr zur Verfügung stehen.²⁸ § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB stünde dann im Widerstreit zu einer landesrechtliche Regelung, die – schematische Mindestabstände im Verhältnis zu einzelnen Wohngebäuden im Außenbereich

²⁵ BVerwG, Urt. v. 24.1.2008, Az. 4 CN 2/07, juris

²⁶ BVerwG, a.a.O., Tz. 10.

²⁷ BVerwG, Urt. 21.10.2004, Az. 4 C 2/04; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Loseblattsammlung, Bd. 2, Stand: 2012, § 35 Rz. 124 a.

²⁸ Vgl. dazu oben zu den empirischen Abstandsberechnungen.

vorgeben würde. In dieser Situation würde sich, trotz Öffnungsklausel, vorrangiges Bundesrecht abweichendem Landrecht gegenübersehen; zumindest bei Ausdehnung der Neuregelung auf einzelne Gebäude im Außenbereich würde mit hoher Wahrscheinlichkeit der im Übrigen offene (s. o.) Eintritt eines Normkollisionsfalles nach Art. 31 GG ausgelöst. Das wäre Konsequenz der dann zur Gänze inkonsistenten und widersprüchlichen Konzeption des vorliegenden Gesetzentwurfs, der sich nicht entscheiden mag, ob er den Ausbau der Windenergie fördert oder begrenzt.

Zwischenergebnis:

Der Gesetzentwurf birgt auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung die handgreifliche Gefahr, dass jede Anwendung von § 249 Abs. 3 Satz 1 BauGB n. F. durch ein Land ins Leere geht, weil die beabsichtigte Regelung nicht den nach wie vor bestehenden Anforderungen des verbleibenden, „öffnungsklauselfesten“ Bundesrechts (v.a. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) an ein Mindestmaß an Positivflächen in den einzelnen Gemeindegebieten des jeweiligen Landes genügt und sich letztere durchsetzen.

c) Mangelhafter Bezug der vorgeschlagenen Öffnungsklausel zu immissionsschutzrechtlichen Abstandsregelungen

Fraglich ist weiter, ob der Gesetzentwurf im Einklang zu immissionsschutzrechtlichen Vorschriften steht. Über die Standorte für Windenergieanlagen entscheiden nicht allein öffentlich-baurechtliche Anforderungen, sondern auch diese. Aus dem BImSchG ergeben sich zudem grundsätzliche Trägerverfahren für die Genehmigung von Windenergieanlagen. Gerade die Richtwerte der TA-Lärm in Ziff. 6 definieren schallschutzbezogene Mindestabstände zwischen Wohnnutzung und Windenergieanlagen.

Friktionen können sich daraus ergeben, dass § 249 Absatz 3 Satz 1 und Satz 2 des Entwurfs zwar eine Differenzierung in drei Abstandsgruppen zwischen Windenergieanlagen und Wohngebäuden (1) in Gebieten mit Bebauungsplänen, (2) innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile sowie (3) im Geltungsbereich von Außenbereichssatzungen zulässt, nicht aber eine weitergehende Unterscheidung nach den Gebietstypen der BauNVO. Letztere sind aber wiederum Anknüpfungspunkte für Ziff. 6.1 der TA-Lärm und als solche zumindest in Gebieten nach § 30 sowie § 34 Abs. 2 BauGB relevant. Rechnet man Außenbereich und Gemengelagen zu den sechs Gebietstypen aus Ziff. 6. 1 der TA-Lärm hinzu, können immissionsschutzrechtlich acht Gebietsgruppen abgegrenzt werden. Durch diesen Versatz vermögen zwangsläufig abstandsbezogene Wertungswidersprüche zum Immissionsschutzrecht zu entstehen.

Zwischenergebnis:

Die beabsichtigte Novelle erzeugt Friktionen zu Abstandsflächenregelungen, die sich immissionsbezogen, aus der Anwendung der TA-Lärm ergeben.

d) Rechtsschutzmöglichkeiten bei Umsetzung des Gesetzentwurfs

Würde der vorgelegte Gesetzentwurf ohne Veränderungen umgesetzt, erschiene er aus materiell-rechtlichen Gründen, wie oben dargestellt, in mehrfacher Weise mit überwiegender Aussicht auf Erfolg angreifbar. Die vorgetragenen verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Argumente könnten insbesondere von Betreibern von Windenergieanlage oder von Gemeinden als Rechtsbehelfsführern in Ansatz gebracht werden. Beide Gruppen könnten zunächst eine originäre verfassungsrechtliche Kontrolle (Individualverfassungsbeschwerde bzw. kommunale Verfassungsbeschwerde) initiieren, bei der auch Aspekte der Gesetzgebungszuständigkeit (s. o.) geprüft würden. Im Erfolgsfalle wäre die Novelle nichtig, zumindest unwirksam. Betreiber von Windenergieanlagen könnten zudem inzidenter, im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von Ablehnungsentscheidungen über Genehmigungsanträge im Einzelfall, die o. g. Argumente anbringen. Die Instanzgerichte haben ggf. Art. 100 Abs. 1 GG (Richtervorlage) anzuwenden.

Würde ein Planungsverbot für Festsetzungen von Flächen von Windenergie begründet, von einem Landesgesetzgeber aufgegriffen und von einer Gemeinde auf einer zuvor bereits gegenteilig überplanten Fläche umgesetzt, so könnte sich zudem im Einzelfall gegenüber der Trägerin der Planungshoheit sekundärrechtliche Planschadensansprüche gem. §§ 39 ff. BauGB einstellen.

Wenn schließlich der Bestandsschutz für vorhandene oder in Aufstellung befindliche Ausweisungen eingeschränkt würde, ergäbe sich einer der wenigen Fälle echter Rückwirkung.²⁹ Dessen verfassungsrechtliche Rechtfertigung wäre vorliegend nicht ersichtlich, so dass sich ebenfalls Nichtigkeit einer entsprechenden Regelung ergebe würde.³⁰

²⁹ BVerfGE 57, 361, 391; 68, 287, 306; 126, 369, 391.

³⁰ Ganz h.M. vgl. nur: Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 01.11.2013, Art. 20 Rz. 186.

4. Vorschläge für eine alternative Regelung

Sollte der Bundesgesetzgeber grundsätzlich eine Regelung für nötig halten, sollte er eine alternative Regelung nutzen. Um die oben beschriebenen Wertungswidersprüche zu vermeiden und um die Länderöffnungsklausel inhaltlich zu begrenzen und die Ausbauziele des EEG nicht zu gefährden, müsste die Länderöffnungsklausel an den im EEG vorgegebenen Ausbaupfad für die Windenergie gekoppelt und ihre Anwendung auf den Fall der optisch bedrängenden Wirkung beschränkt werden. Für Mindestabstände aus anderen Gesichtspunkten, wie z. B. Lärm und Schattenwurf bedarf es keiner Länderöffnungsklausel, weil sich diese bereits aus anderen Vorschriften, wie z. B. dem BImSchG bzw. der TA-Lärm ergeben.

Hierzu bieten sich zwei Wege an:

4.1. Die Koppelung wird direkt im Gesetzestext der Länderöffnungsklausel vorgenommen. Dann könnte § 249 Abs. 3 BauGB-E z. B. folgende Fassung bekommen:

„(3) Die Länder können bestimmen, dass § 35 Absatz 1 Nummer 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie einen in der Bestimmung festzulegenden angemessenen Abstand zu Wohngebäuden zum Schutz vor einer optisch bedrängenden Wirkung einhalten. ²Der Abstand ist in Abhängigkeit zur Gesamthöhe der Windenergieanlage festzulegen. ³Die Bestimmung nach Satz 1 hat den für die Windenergie vorgegebenen Ausbaupfad des Erneuerbare-Energien-Gesetzes zu beachten. ⁴Das länderspezifische Windenergiepotenzial darf durch die Bestimmung nicht weiter vermindert werden, wie es der Schutz vor einer optisch bedrängenden Wirkung erfordert. Durch die Bestimmung dürfen insgesamt nicht mehr als 90 Prozent der Landesfläche von der Windenergienutzung ausgeschlossen werden. ⁵Der Abstand nach Satz 1 kann für Wohngebäude in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30) und innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (§ 34) unterschiedlich bestimmt werden. ⁶Bestimmungen nach Satz 1 finden keine Anwendung im Geltungsbereich von Flächennutzungsplänen oder Raumordnungsplänen, in denen für Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 5 vor Inkrafttreten der Bestimmung eine Ausweisung für die Zwecke des § 35 Absatz 3 Satz 3 erfolgt ist. ⁷Satz 5 gilt entsprechend für in Aufstellung befindliche Flächennutzungspläne und Raumordnungspläne, wenn die ortsübliche Bekanntmachung nach § 2 Absatz 1 Satz 2 oder die öffentliche Bekanntmachung nach § 10 Absatz 1 Satz 3 des Raumordnungsgesetzes vor dem 16. Dezember 2013 erfolgt ist.“

4.2. Der Ausbaupfad des EEG wird durch die Bundesraumordnung sichergestellt.

a) De lege lata könnte der Bund in einem Bundesraumordnungsplan den Ländern Vorgaben für ihre jeweiligen Landesplanungen machen, indem er gem. § 17 Abs. 1 ROG den Grundsatz aus § 2 Abs. 2 Nr. 6 ROG konkretisiert. Dort heißt es: „Den räumlichen Erfordernissen des Klimaschutzes ist Rechnung zu tragen, sowohl durch Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, als auch durch solche, die der Anpassung an den Klimawandel dienen. Dabei sind die räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau der erneuerbaren Energien, für eine sparsame Energienutzung

sowie für den Erhalt und die Entwicklung natürlicher Senken für klimaschädliche Stoffe und für die Einlagerung dieser Stoffe zu schaffen.“

Dieser Grundsatz könnte vom Bund gem. § 17 Abs. 1 ROG in einem Raumordnungsplan im Benehmen mit den Ländern soweit konkretisiert werden, dass er die Größenordnung der räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau der EE, insbesondere der Windenergie, differenziert vor dem Hintergrund der jeweiligen länderspezifischen Potenziale als Grundsatz der Raumordnung vorgibt. Diese Vorgaben hätten dann die Länder gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 ROG bei Abwägungs- und Ermessensentscheidungen im Rahmen ihrer Landesplanungen zu berücksichtigen. Die Schwäche einer solchen Regelung liegt darin, dass die vom Bund vorgegebenen Grundsätze der Raumordnung für die Landesplanungen keine Bindungswirkung entfalten. Die Länder haben diese Grundsätze zwar zu berücksichtigen, können sie aber im Rahmen ihres planerischen Ermessens abwägen und im Ergebnis gegenüber anderen Belangen zurücktreten lassen. Dennoch wäre ein solcher Bundesraumordnungsplan neben einer Regelung unmittelbar in § 249 BauGB-E sinnvoll, würde er doch richtunggebend für die Landesplanungen sein und dem nationalen Reformprojekt Energiewende auch auf Landesebene die Bedeutung vermitteln, die ihm aus Sicht des Bundes zukommt.

b) Ob darüber hinaus de lege ferenda der Bund durch Änderung des § 17 ROG auch ermächtigt werden könnte, einen Bundesraumordnungsplan für den Ausbau der EE als für die Länder verbindliche Rechtsverordnung aufzustellen allein mit der Möglichkeit der Zielabweichung nach §§ 21, 6 Abs. 2 ROG, wie es jetzt bereits in § 17 Abs. 2 für Häfen und Flughäfen sowie in § 17 Abs. 3 ROG für die Ausschließliche Wirtschaftszone geregelt ist, ist fraglich. Seit der Föderalismusreform des Jahres 2006 hat der Bund zwar für den Bereich der Raumordnung die sog. konkurrierende Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31), wonach den Ländern die Gesetzgebung grundsätzlich nur zusteht, soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Für den Bereich der Raumordnung steht den Ländern jedoch gem. Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG ein Abweichungsrecht zu. Dabei enthält Nr. 4 keinen Klammerzusatz, der einen abweichungsresistenten Bereich kraft ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Regelung festlegen würde. Dennoch wird in der Literatur von verschiedenen Autoren ein ungeschriebener abweichungsfester Kern für die Gesetzgebung des Bundes im Bereich der Raumordnung angenommen. Kern sei eine abschließende Bundeskompetenz kraft Natur der Sache.³¹ Andere wiederum sprechen sich für eine uneingeschränkte Abweichungsmöglichkeit der Länder aus.³² Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Verfassungsänderung und insbesondere der zahlreichen Interventionen Bayerns gegen ein Aufweichen der Abweichungsbefugnis im Verlauf der Föderalismusreform, liegt es jedoch näher, davon auszugehen, dass es bezogen auf die Raumordnung der Länder keinen abweichungsfesten Kernbereich des Bundes gibt.³³ Eine von der

³¹ vgl. z. B. Kment, NuR 2006, 217.

³² Schulze-Fielitz, NVwZ 2007, 249, 258.

³³ Runkel, Auszug aus: Bielenberg/Runkel/Spannowsky: Raumordnungs- und Planungsrecht des Bundes und der Länder-Kommentar -, www.dihk.de/ressourcen/downloads/runkel.pdf.

Größenordnung her konkretisierte Raumvorgabe des Bundes für den Ausbau der Windenergie mit rechtlicher Bindungswirkung, d. h. ohne Abweichungsmöglichkeit der Länder, scheidet damit aus.

Ansprechpartner:

Georg Schroth
Leiter Politik / Policy Director
g.schroth@wind-energie.de

Sonja Hemke
Leiterin Fachgremien / Committees Director
s.hemke@wind-energie.de

Bundesverband WindEnergie e.V. (BWE) / German Wind Energy Association
Neustädtische Kirchstraße 6
10117 Berlin
T +49 (0)30 / 212341-210
F +49 (0)30 / 212341-410