

# Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände



Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände · Hausvogteiplatz 1, 10117 Berlin

Herrn Ministerialrat

Dr. Jörg Schliepkorte

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz,

Bau und Reaktorsicherheit

- Referat SW 10 -

11055 Berlin

per eMail: [ref-sw10@bmvi.bund.de](mailto:ref-sw10@bmvi.bund.de)

14.03.2014

Bearbeitet von  
Eva Maria Niemeyer (DST)  
Bernd Düsterdiek (DStGB)  
Dr. Markus Brohm (DLT)

Telefon +49 221 3771-287  
Telefax +49 221 3771-509

E-Mail:  
[evamaria.niemeyer@staedtetag.de](mailto:evamaria.niemeyer@staedtetag.de)

Aktenzeichen  
61.05.00

**Gesetz zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzungen**  
**Ihr Schreiben vom 10.März 2014; Ihr Zeichen: SW 10 – 4115.3/2**  
**Hier: Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände**

Sehr geehrter Herr Dr. Schliepkorte,  
sehr geehrte Damen und Herren,

für die Übersendung des oben genannten Gesetzentwurfs sowie der hiermit verbundenen Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen. Trotz der kurz bemessenen Frist möchten wir Ihnen nachfolgend eine erste Einschätzung zum Gesetzentwurf sowie zu den im Anschreiben benannten fünf Punkten geben, welche innerhalb der Bundesregierung zurzeit noch geprüft werden. Die endgültige Fassung dieses Schreibens konnte mit dem Deutschen Landkreistag innerhalb der Stellungnahmefrist aus terminlichen Gründen nicht mehr abstimmt werden; er behält sich eine ergänzende Stellungnahme vor.

Um die Akzeptanz des weiteren Ausbaus der Windenergie in der Bevölkerung zu erhöhen soll den Ländern die Befugnis eingeräumt werden, den Privilegierungstatbestand für Windenergieanlagen im Außenbereich von der Einhaltung höhenbezogener Abstandsregelungen abhängig zu machen. Dies soll durch die Einfügung eines neuen Absatzes 3 in § 249 BauGB erreicht werden.

Maßnahmen, die dazu dienen, die Akzeptanz des weiteren Ausbaus der Windenergie an Land zu befördern, sind grundsätzlich zu begrüßen. Die hier vorgeschlagenen Änderung des BauGB ist allerdings nach unserer Auffassung nicht der richtige Weg, um dieses Ziel zu erreichen. Eine Akzeptanzverbesserung im Zuge des Ausbaus der Windenergie erfordert ein

abgewogenes Vorgehen, das unter Einsatz der bewährten Instrumente der Regional- und Bauleitplanung zu sachgerechten Ergebnissen führt. So wurden bereits vielfach in gemeinsamer Arbeit von regionalen Planungsträgern mit den Gemeinden unter Einbeziehung der Bürgerinnen und Bürger aufgrund von umfassenden und aufwändigen Standortanalysen regionalplanerische und bauleitplanerische Standortkonzepte für Windenergieanlagen entwickelt bzw. sind vielerorts in Vorbereitung. Eine Regelung, die starre Abstandserfordernisse für Windenergieanlagen vorsieht, kann nicht die Ab- und Ausgewogenheit eines planerischen Standortkonzepts ersetzen – sie erschwert und behindert sogar den weiteren Einsatz der planerischen Instrumente.

Daher sehen wir für die vorgeschlagene Änderung des BauGB keine Notwendigkeit, da die Länder und Gemeinden mit der Landes-, Regional- und Bauleitplanung bereits über ein bewährtes Instrument verfügen, das sinnvoll und wirksam zur Steuerung von Windenergieanlagen eingesetzt werden kann.

Wir weisen auch darauf hin, dass der von der Bundesregierung beschlossene Ausstieg aus der Atomenergie und der damit verbundene weitere Ausbau der erneuerbaren Energien eine gesamtstaatliche Aufgabe ist, die nur gelingen kann, wenn man im gesamten Bundesgebiet einheitlich und abgestimmt vorgeht. Eine bundesgesetzliche Erlaubnis zu unterschiedlichen Vorgehensweisen auf der Länderebene laufen diesem Ziel zuwider und stößt auch aus rechtssystematischen Gründen auf Bedenken: Wenn der Bund den uneingeschränkten Privilegierungstatbestand für Windenergieanlagen im Außenbereich grundsätzlich ändern möchte, so müsste dies auch durch eine entsprechende Regelung im BauGB erfolgen, wie es beispielsweise bei den Tierhaltungsanlagen (§ 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB) und bei der energetischen Nutzung von Biomasse (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB) erfolgt ist. Eine Verlagerung in die Kompetenz der Länder könnte auch dazu führen, dass die die Intention des Bundesgesetzgebers, die er mit der Privilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich zum Ausdruck bringt, unterlaufen werden kann.

Sollte dennoch an einer Länderöffnungsklausel im BauGB festgehalten werden, nehmen wir – vorbehaltlich weiterer Beratungen in unseren Gremien – wie folgt Stellung:

## **I. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzungen**

### **Art. 1 – Änderung des Baugesetzbuchs**

#### Zu Nr. 2: Ergänzung des § 249 BauGB

Die vorgesehene Neuregelung will angesichts der gewachsenen Gesamthöhe von Windenergieanlagen dem Umstand Rechnung tragen, dass ihre Akzeptanz vielfach von der Entfernung zur Wohnbebauung abhängt. Dabei soll den Ländern ein Spielraum sowohl hinsichtlich der Einführung und der Reichweite einer Mindestabstandsregelung als auch hinsichtlich der Größe des Mindestabstandes eingeräumt werden.

Aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände muss diese Regelung so gestaltet werden, dass sie dem Ausbau der Windenergie nicht entgegensteht, bestehende Planungen respektiert und den Kommunen die Letztentscheidung im Rahmen ihrer Planungshoheit lässt.

Die Vorgaben für die landesgesetzliche Regelung – sowohl die Beschränkung auf Wohngebäude in Anknüpfung an die Begrifflichkeit der BauNVO als auch die Option, innerhalb des Landes unterschiedliche Abstandregelungen treffen zu können – wird hinsichtlich ihrer Zielsetzung, auf örtliche Besonderheiten dennoch flexibel reagieren zu können zwar begrüßt, allerdings besteht für potentiell betroffene Gemeinden große Unsicherheit, wie denn auf Landesebene eine rechtssichere Abgrenzung von Gebieten mit ggf. unterschiedlichen Abstandsregelungen zu treffen ist.

Die derzeit in den Sätzen 4 und 5 vorgesehenen Regelungen, wonach die landesgesetzlichen Abstandsregelungen keine Anwendung finden sollen, wenn durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder in Raumordnungsplänen eine planerische Steuerung bereits erfolgt ist oder sich entsprechende Pläne in Aufstellung befinden, ist unbedingt erforderlich (siehe auch unten). Wir regen ausdrücklich an, auch Regionalpläne mit zu erfassen, die (lediglich) Vorranggebiete (§ 9 Abs. 7 Nr. 1 ROG) ohne die Wirkung von Eignungsgebieten festlegen. Der ausdrückliche Bezug in § 249 Abs. 3 Satz 4 (neu) auf die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 lässt den Schluss zu, dass nur Pläne mit entsprechender Ausschlusswirkung erfasst sein sollen.

Die vorgeschlagenen Neuregelung in Satz 6, wonach eine Änderung der Ausweisungen für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in Flächennutzungs- oder Raumordnungsplänen nach Inkrafttreten der Neuregelung dazu führt, dass die landesgesetzlich geregelten Mindestabstände dann auch im Geltungsbereich der neuen Planung Anwendung finden, verstehen wir so, dass der Bestandsschutz des Plans im übrigen unangetastet bleibt. Andernfalls würde eine entsprechende Regelung von uns abgelehnt.

Um eine Verunsicherung der kommunalen Planungspraxis zu verhindern, ist es darüber hinaus dringend geboten, die in § 249 Abs. 3 BauGB-neu vorgesehene Länderöffnungsklausel (Ermächtigungsgrundlage) **zeitlich zu befristen**. Hintergrund ist, dass Städte und Gemeinden laufende (soweit sie nicht unter die Neuregelung des Satzes 5 fallen) oder beabsichtigte Planungen zur Steuerung der Windenergie an Land nicht weiterverfolgen werden, solange nicht feststeht, ob überhaupt, wann und mit welchem Inhalt eine Länderregelung regulierend auf die kommunale Planung einwirken könnte. Wir schlagen daher eine zeitliche Befristung der vorgesehenen Neuregelung bis zum 31.12.2015 vor.

Es ist zudem sicherzustellen, dass die gemeindliche Möglichkeit erhalten bleibt, durch kommunale Bauleitplanung (zum Beispiel durch Ausweisung eines Sondergebiets) andere Abstände zuzulassen. In der Begründung zum Bauleitplan kann dann auf die Abweichung näher eingegangen werden. Wir regen daher an, den in der Begründung zum Gesetzentwurf aufgeführten Satz „Den Gemeinden bleibt das Recht, durch Aufstellung von Bebauungsplänen Baurechte zu schaffen, unbenommen“, unmittelbar in die gesetzliche Regelung zu übernehmen. Hierbei sollte auch klargestellt werden, dass die vorstehende Betrachtung auch Anwendung auf Raumordnungspläne (im Sinne des § 8 ROG) findet.

Unseres Erachtens wirkt sich die Einschränkung der Privilegierung auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum **substantziellen Raum** reduzierend aus. Es muss bei der landesgesetzlichen Konkretisierung sichergestellt werden, dass die Planungshoheit der Städte und Gemeinden für den umgekehrten Fall des Heranrückens der Wohnbebauung an bestehende Windenergieanlagen nicht beschränkt wird.

In der kommunalen Planungspraxis taucht schließlich auch die Frage auf, ob die möglicherweise in den Ländern festgelegten Abstandsregelungen auch zu bestehenden Wohngebäuden jenseits der jeweiligen Landesgrenze gelten beziehungsweise einzuhalten sind, obwohl im Nachbarbundesland der Mindestabstand geringer festgelegt ist. Es sollte daher erwogen werden, die Länderöffnungsklausel durch eine bundesrechtliche Kollisionsregel zugunsten des jeweils höheren Mindestabstandes zu ergänzen.

### **Derzeit noch offene Fragestellungen**

- Beibehaltung des Bestandsschutzes für bestehende (Entwurf: § 249 Abs. 3 S. 4) und in Aufstellung befindliche Ausweisungen (Entwurf: § 249 Abs. 3 S. 5) nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB

Die Beibehaltung des Bestandsschutzes für bestehende oder in Aufstellung befindliche Flächennutzungspläne oder Raumordnungspläne ist ein Kernanliegen der kommunalen Spitzenverbände und darf keinesfalls zur Disposition gestellt werden. Das Energiekonzept der Bundesregierung hat einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Aus Vertrauensschutzgesichtspunkten dürfen landesgesetzliche Abstandsregelungen im Geltungsbereich von Flächennutzungsplänen oder Raumordnungsplänen keine Anwendung finden, wenn in diesen Plänen vor Inkrafttreten der landesgesetzlichen Regelungen zum Zwecke der Steuerung die regionalplanerischen Instrumente des Vorrang- und des Ausschlussgebiets angewandt beziehungsweise nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB Flächen oder Gebiete für Windenergie ausgewiesen wurden. Es muss vermieden werden, dass Planungen obsolet und kostenintensive Umplanungen erforderlich werden. Zahlreiche Städte und Gemeinden und vor allem regionale Planungsverbände haben nicht selten mit erheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand Konzentrationszonenplanungen durchgeführt beziehungsweise sind noch bei der Erarbeitung dieser Pläne. Es ist daher erforderlich, dass eine klarstellende Regelung erfolgt, dass die Vertrauensschutzregelung die vorgenannten Planungen umfasst.

- Anfügung eines neuen § 249 Abs. 4 BauGB, nachdem durch Landesgesetz auch die Festsetzung von Flächen für die Windenergie durch Bebauungspläne ausgeschlossen werden kann.

Die kommunalen Spitzenverbände lehnen die vorstehende Überlegung zur Anfügung eines neuen § 249 Abs. 4 BauGB ab. Ein Ausschluss der Festsetzungsmöglichkeit für Windenergie bedeutet eine gewichtige Beschränkung der kommunalen Planungshoheit. Es muss der Entscheidung der Städte und Gemeinden obliegen, in Bebauungsplänen Windenergieanlagen unabhängig des angestrebten Mindestabstands festzusetzen. Das Bauleitplanverfahren bietet den Rahmen zur Herstellung eines Konsenses. Es sieht eine umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung, eine Beteiligung der Träger öffentlicher Belange sowie den Beschluss im Rat vor. Die Bauleitplanung ist ein Kernbestandteil der kommunalen Planungshoheit und damit des verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Die Umsetzung und Konkretisierung überörtlicher Planungen geschieht bereits heute über die Anpassungspflicht der Bauleitpläne an die Ziele der Raumordnung.

- Verknüpfung der Länderöffnungsklausel mit dem Ausbaupfad nach dem derzeit in Überarbeitung befindlichen Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2014)

Die kommunalen Spitzenverbände lehnen eine Verknüpfung der Länderöffnungsklausel mit dem Ausbaupfad nach dem derzeit in Überarbeitung befindlichen Erneuerbare-Energien-Gesetz ab. Diesem Ansinnen steht die kommunale Planungshoheit entgegen.

- Aufnahme des Gesichtspunktes einer optisch bedrängenden Wirkung in den Regelungstext

Die kommunalen Spitzenverbände lehnen diesen Vorschlag ab. § 249 Abs. 3 BauGB-neu hat bereits zum Ziel, der gewachsenen Gesamthöhe von Windenergieanlagen und der hieraus resultierenden Effekte Rechnung zu tragen. Ziel soll es sein, die Akzeptanz von Windenergieanlagen gerade mit Blick auf die vorhandene Wohnbebauung zu erhöhen. Es ist daher dringend davon abzuraten, neben den vorgeschlagenen länderspezifischen Regelungen für Mindestabstände weitere unbestimmte Rechtsbegriffe einzuführen. Darüber hinaus ist dieser Aspekt seit langem Bestandteil der Rechtsprechung und Element der Vorhabenzulassung. Eine explizite Regelung würde weitere, in der Einzelfallentscheidung zu beachtende Aspekte in der Bedeutung herabsetzen würde. Dagegen spricht auch die zunehmende Komplexität der Regelung.

- Einbeziehung von einzelnen Wohngebäuden im Außenbereich in die Länderöffnungsklausel.

Die kommunalen Spitzenverbände lehnen diesen Vorschlag ab. Eine Einbeziehung einzelner Wohngebäude im Außenbereich hätte zur Folge, dass in den Ländern eine sinnvolle kommunale Steuerung von Windenergieanlagen im Außenbereich noch weiter erschwert würde. Das Wohnen für sich betrachtet ist ohne weitere besondere Zwecksetzung, etwa dem Betrieb einer Landwirtschaft, im Außenbereich nicht privilegiert und deshalb nach der gesetzlichen Wertung nicht schützenswert. Die Wohnbebauung genießt einen geringeren Schutz als in einem Plangebiet oder im Innenbereich. Soweit sie im Außenbereich stattfindet, muss sie sich dann aber den Gegebenheiten des Außenbereichs, so wie sie in den Privilegierungstatbeständen des § 35 BauGB zum Ausdruck kommen, „einfügen“ und erhöhte Belastungen hinnehmen. Es erscheint daher sachgerecht – entsprechend dem Gesetzesvorschlag – lediglich an die Begriffsbestimmung des „Wohngebäudes“ aus der Baunutzungsverordnung anzuknüpfen und Betriebswohnungen sowie Wochenendhäuser und Ferienwohnungen grundsätzlich nicht zu erfassen. Im Übrigen sollte es bei der Inbezugnahme von Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB) und innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (§ 34 BauGB) sowie für Wohngebäude im Geltungsbereich einer Satzung nach § 35 Abs. 6 BauGB bleiben.

## **II. Kommunale Steuerung der Windenergie verbessern – Präzisierung des § 35 BauGB**

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände möchte die Vorlage des oben genannten Gesetzentwurfs zum Anlass nehmen, ergänzend auf das Erfordernis einer Verbesserung der kommunalen Steuerung der Windenergie in § 35 BauGB hinzuweisen.

Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie verschiedener Obergerichte zur planungsrechtlichen Steuerung der Windenergie im Außenbereich bedarf es unseres Erachtens einer gesetzgeberischen Präzisierung.

### **Hintergrund:**

Derzeit haben Städte und Gemeinden mit der Flächennutzungsplanung die Möglichkeit, die privilegierte Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich auf bestimmte Standorte zu konzentrieren und damit zu steuern. Hierbei sind neben den allgemeinen Vorschriften des BauGB über die Aufstellung von Bauleitplänen die speziellen Anforderungen an die Steuerung der Standorte im Außenbereich nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, wie sie vor allem von der Rechtsprechung entwickelt worden sind, zu beachten.

Mit Urteil vom 13.12.2012 hat das Bundesverwaltungsgericht vorgegeben, dass für die Ausarbeitung eines Plankonzepts insbesondere auch die präzise Ermittlung und Dokumentation sogenannter „harter Tabuzonen“ erforderlich ist. Dies hat die Planungspraxis der vom Windenergieausbau betroffenen Städte und Gemeinden teilweise erheblich erschwert. Zahlreiche kommunale Pläne wurden in Normenkontrollentscheidungen inzwischen für unwirksam erklärt und es ist eine große Rechtsunsicherheit entstanden.

Zwischenzeitlich haben zudem verschiedene Obergerichte das Urteil des BVerwG zu den Einzelheiten der Ermittlung der „harten Tabuzonen“ unterschiedlich ausgelegt. Hier ist insbesondere auf die Entscheidung des OVG Nordrhein-Westfalen vom 01.07.2013 einerseits und die Entscheidungen des OVG Lüneburg vom 16.05.2013 und des OVG Koblenz vom 16.05.2013 hinzuweisen. Folge ist, dass in verschiedenen Bundesländern mittlerweile ein faktischer „Planungsstopp“ auf kommunaler Ebene feststellbar ist. Unserer Auffassung nach muss daher die Praktikabilität der gemeindlichen Planung wiederhergestellt und die entstandene Rechtsunsicherheit durch eine Präzisierung des § 35 BauGB beseitigt werden.

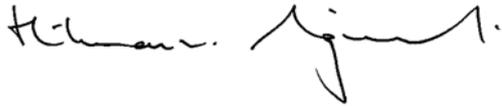
Folgende Eckpunkte könnten hierbei in Betracht gezogen werden:

1. Für die Ausweisung von Flächen für die Windenergie (Steuerung im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) haben „harte Tabuzonen“ nur bei der Frage Bedeutung, ob der Windenergie in substantieller Weise Raum verschafft wird.
2. Hierbei kommt es auf die genaue Ermittlung und Dokumentation der „harten Tabuzonen“ nicht an, wenn auch unter Berücksichtigung der von der Gemeinde angenommenen Bereiche und Abstände der Windenergie in substantieller Weise Raum verschafft wird.

Eine entsprechende Änderung könnte sicherstellen, dass die Zonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen schlechthin ungeeignet sind, nur bei der Frage Bedeutung haben, ob der Windenergie „in substantieller Weise Raum verschafft wird“. Eine konkrete Ermittlung „harter Tabuzonen“ wäre mithin nicht erforderlich.

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände bittet um Berücksichtigung der vorstehenden Anregungen in weiteren Verfahren und steht Ihnen gerne für weitere Gespräche zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen  
In Vertretung



Hilmar von Lojewski  
Beigeordneter  
des Deutschen Städtetages



Dr. Ralf Bleicher  
Beigeordneter  
des Deutschen Landkreistages



Norbert Portz  
Beigeordneter  
des Deutschen Städte- und Gemeindebundes