

# Viel Wind für weniger Windenergie?

## Zur BauGB-Novelle 2014

von Prof. Dr. Michael Krautzberger, Bonn/Berlin und Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück\*

Die BauGB-Novelle 2014 gibt den Ländern die Möglichkeit, in einem Landesgesetz Mindestabstände zu baulichen Nutzungen festzulegen, die von den planenden Gemeinden und den Trägern der Raumordnung bei der Ausweisung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen zu beachten sind (§ 249 Abs. 3 BauGB). Die bis Ende 2015 befristete Länderöffnungsklausel wirft allerdings eine Reihe von Fragen auf, über die vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung zur Planung von Windenergieanlagen berichtet wird.<sup>1</sup>

### A. BauGB-Novelle 2014

Da soll noch einer sagen, der Baugesetzgeber sei nicht fleißig: Gerade erst ist die BauGB-

Novelle 2013<sup>2</sup> im letzten Schritt erst kurz vor Weihnachten 2013<sup>3</sup> in Kraft getreten<sup>4</sup> – und schon lag bereits zum Osterfest die nächste Novelle auf dem Tisch: Der „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen“<sup>5</sup>. Nun ist das Gesetz bereits verabschiedet, die BauGB-Novelle 2014 – kein großer Wurf aber ein kleiner Schritt zurück auf dem politisch und juristisch verminten Felde der Energiewende. Mit einem engen sich bis Ende 2015 öffnenden Zeitfenster können die Länder zu baulichen Nutzungen Mindestab-

\* Krautzberger ist Ministerialdirektor a.D., Honorarprofessor an der Humboldt-Universität in Berlin und der Universität Dortmund; Stüer ist Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Honorarprofessor an der Universität Osnabrück und Richter am BGH-Senat für Anwaltssachen.

1 Zu den Gesetzesmaterialien: Deutscher Bundesrat: Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen, BR-Drucks. 155/14 vom 11.04.2014; Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/1310 v. 05.05.2014; Bundesrat: Empfehlungen der Ausschüsse BR-Drucks. 15/1/14 v. 12.05.2014; Deutscher Bundestag Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit, 15. Sitzung vom 21.05.2014 mit Sachverständigenanhörung (Bundesvereinigung kommunaler Spitzenverbände, Bürgerinitiative Windradfreies Dietramszell e.V. und Sprecher von VER-NUNFTKRAFT, Regionalbündnis Windvernunft, Bürgerinitiative „Keine neuen Windräder in Crussow“, Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V. (DIHK), Prof. Dr. Dr. Ulrich Battis, Berlin, Bund Naturschutz Bayern e.V., Bundesverband WindEnergie e.V.); Bundesrat, Empfehlungen der Ausschüsse, Drucks. 15/1/14 v. 12.05.2014; Bundesrat, BR-Drucks. 155/14 v. 23.05.2014; Beschluss des Bundesrates Drucks. 155/14 v. 23.05.2014; Deutscher Bundestag, Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung, Drucks. 18/1580 v. 28.05.2014; Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit, Drucks. 18/1900 v. 25.06.2014; Deutscher Bundestag, Beschluss v. 27.06.2014 (Annahme), BR-Drucks. 294/14 v. 03.07.2014; Bundesrat, Empfehlungen der Ausschüsse, Drucks. 294/1/14; Plenarprotokoll der Sitzung des Bundesrates v. 11.07.2014. Gesetz vom 15.07.2014 (BGBl. I, 954). Es ist am 01.08.2014 in Kraft getreten.

2 Battis/Mitschang/Reidt, NVwZ 2013, 961; Bienek, SächsVBl. 2013, 288; Hagebölling, NuR 2013, 99; Kopf, LKRZ 2014, 45; Krautzberger/Stüer, DVBl. 2013, 805; Krautzberger, ZfIR 2013, 533; Mitschang/Schwarz, KommunalPraxis 2013, 124; Otto, ZfBR 2013, 434; Nicolai, NordÖR 2013, 397; Peters/Weber/Pfalzgraf, HGZ 2013, 318; dies., Gemeinde 2013, 250; Ruf, BWGZ 2013, 758; Schröder/Kullick, NZBau 2013, 425; Uechtritz, BauR 2013, 1354. Zu den Vorarbeiten Bunzel, ZfBR 2013, 211. Zur notariellen Vertragsgestaltung Grziwotz, NotBZ 2013, 369. Zur BauNVO-Novelle 2013 Berkemann, DVBl. 2013, 815; Boeddinghaus, BauR 2013, 1601. Zu Schrottimobilien Brenner, UPR 2014, 7; Krautzberger/Stüer, ZfBR 2013, 529. Zum Bebauungsplan der Innenentwicklung Krautzberger, DVBl. 2014, 270. Zum geänderten Rechtsrahmen für Erschließungsverträge und den Grenzen städtebaulicher Verträge Bier, DVBl. 2013, 541; Bunzel, KommunalPraxis spezial 2013, 133; Krautzberger, ZfIR 2013, 472; Portz, BWGZ 2013, 1136; Stüer/Garbrock, DVBl. 2013, 1044.

3 Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der „Innenentwicklungsnovelle (Fußn. 2) v. 20.12.2013.

4 Zu vorangehenden Reformen des Städtebaurechts und zu Reformvorschlägen Stüer, DVBl. 1996, 177; ders., DVBl. 1997, 1201; Battis/Krautzberger/Löhr, NVwZ 2001, 961; Krautzberger, DVBl. 2002, 285; Stüer/Upmeyer, ZfBR 2003, 114; Krautzberger/Stüer, BauR 2003, 1301; dies., DVBl. 2004, 781; dies., DVBl. 2004, 914; Battis/Krautzberger/Löhr, NJW 2004, 2553; Krautzberger, UPR 2004, 241; ders., UPR 2004, 401; ders., DWW 2005, 224; ders., UPR 2006, 405; Krautzberger/Stüer, BauR 2009, 180; dies., DVBl 2007, 160; Krautzberger, UPR 2007, 53; ders., UPR 2007, 170; Stüer/Ehebrecht/Stüer, DVBl. 2010, 1540; Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stüer, NVwZ 2011, 897; Krautzberger, UPR 2011, 62; ders., UPR 2011, 361; Krautzberger/Stüer, BauR 2011, 1416; Stüer/Ehebrecht/Stüer, DVBl 2011, 472; Krautzberger/Stüer, BauR 2012, 874; Krautzberger/Stüer, StG 2012,487; Krautzberger, UPR 2012, 380; ders., DVBl. 2012, 69.

5 Gesetzentwurf vom 11.04.2014 BR-Drucks. 155/14.

stände für Windkonzentrationszonen festlegen und den planenden Gemeinden oder den Trägern der Raumordnung vorgeben – aber ihnen auch entsprechende Spielräume eröffnen. Zudem sollen die Länder auch ermächtigt sein, Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen zu regeln – eine rechtlich nicht ganz ungefährliche Expedition.

### I. Nach den BauGB-Novellen 2011 und 2013

Abgesehen von den Fragen, die gerade mit den letztgenannten Regelungskompetenzen der Länder aufgeworfen werden, bestätigt sich die langjährige Beobachtung: Keine Legislaturperiode des Deutschen Bundestages ohne Novellierung des Städtebaurechts. In der vorangegangenen Legislaturperiode (2009 bis 2013) kam es gleich zu zwei Novellierungen: Zur „Klimaschutznovelle 2011“ (verbunden mit einer Novelle der Planzeichenverordnung)<sup>6</sup> und zu der „Innenentwicklungsnovelle 2013“ (verbunden mit einer Novelle der BauNVO)<sup>7</sup>.

In der Fachwelt hatte man in der im Herbst 2013 begonnenen Legislaturperiode zunächst mit keinen weiteren gesetzgeberischen Aktivitäten gerechnet. Die Praxis, allen voran die Städte und Gemeinden, die ja die Hauptlast der Umsetzung des Städtebaurechts zu tragen haben, stellte an die Politik keine Forderungen nach Änderungen des Rechts. Die Steuerung des Einzelhandels, der Windenergie, der Tierhaltungsanlagen oder auch der Artenschutz und selbst eine grundlegende Novelle der BauNVO – sie alle werden zumeist so kontrovers diskutiert, dass es aus der Sicht der Praxis wohl besser ist, einfach alles beim alten zu lassen. Denn wenn die Gesetzgebungslawine erst einmal rollt, ist es nicht selten empfehlenswert, zeitnah in Deckung zu gehen.

Auch schien die Auffassung vorzuherrschen, das Städtebaurecht nach den zahlreichen rechtlichen Änderungen der zurückliegenden Jahre und Jahrzehnten in der jetzt gewachsenen Struktur erst einmal zu praktizieren und allenfalls in Ruhe und in breiter fachlicher Diskussion zu überdenken: ob es um die absehbaren grundsätzlichen Veränderungen der Siedlungsstruktur („Demographie-Effekte“, Klimaschutz und Klimaanpassung) geht oder um die europarechtlichen Einflüsse und Anforderungen. Das heißt nicht, dass in der fachlichen und fachpolitischen Auseinandersetzung

- Reformfragen des Städtebaurechts nicht auftraten.
- Der Deutsche Bundestag hatte noch zur Klimaschutznovelle eine weitere Überprüfung der BauNVO angemahnt.<sup>8</sup>
  - Eine Novellierung der europäischen Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung ist in Kraft getreten und muss innerhalb von zwei Jahren umgesetzt werden. Darin eingeschlossen ist auch eine erweiterte Vorprüfung.<sup>9</sup>
  - Die Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Bekanntmachung der umweltbezogenen Elemente der Bauleitplanung gegenüber ihren „sonstigen“ Inhalten<sup>10</sup> hat manchen Beobachter zum Nachdenken darüber veranlasst, ob der Weg der „Integration“ von Umwelt- und Planungsrecht zukunftsfähig ist.

Gleichwohl: Die Zurückhaltung gegenüber Novellierungen schien deutlich zu überwiegen.

### II. Anlass und Ziel der BauGB-Novelle 2014

Die Vorentscheidung für eine Novelle des BauGB auch in der 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages ist bereits im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 16.12.2013 getroffen worden: Dort wurde vereinbart, für die Windenergie an Land eine Länderöffnungsklausel in das BauGB einzuführen, die länderspezifische Regelungen für Mindestabstände zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzungen ermöglicht.<sup>11</sup> Dass eine Regelung, die in diese Richtung zielte, gewissermaßen in der Luft lag, deutete sich allerdings schon Monate vorher an: Der Freistaat Sach-

<sup>6</sup> Gesetz vom 30.07.2011 (BGBl. I, 1509).

<sup>7</sup> Fußn. 2.

<sup>8</sup> Entschließungsantrag BT-Drucks. 17/13281.

<sup>9</sup> Richtlinie 2014/52/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/92/EU über die UVP bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten; Schink, DVBl. 2014, 877.

<sup>10</sup> BVerwG, Urteil v. 18.7.2013 – 4 CN 3.12 –; hierzu Stür/Stür, DVBl. 2013, 1321. Manchem aufmerksamen Begleiter der Rechtsentwicklung stellte sich auch die Frage, ob nicht der Weg der Integration der EU-rechtlich gebotenen Umweltauflagen in die Bauleitplanung (UVP, UP, FFH, Vogelschutz, Habitat-Schutz u.a.) zu einer Überlastung der Bauleitplanung in ihren Grundaufgaben führen kann.

<sup>11</sup> „Wir werden eine Länderöffnungsklausel in das BauGB einführen, die es ermöglicht, länderspezifische Regeln über Mindestabstände zur Wohnbebauung festzulegen.“

sen<sup>12</sup> – später unterstützt vom Freistaat Bayern<sup>13</sup> – hatte schon im Frühjahr 2013 im Bundesrat einen Gesetzesantrag eingebracht der darauf abzielte, die Länder zu ermächtigen selbst darüber zu entscheiden, ob in ihrem Landesgebiet Windkraftanlagen weiterhin in den Genuss der bauplanungsrechtlichen Privilegierung im Außenbereich kommen.<sup>14</sup> Der Koalitionsvertrag geht – wie erwähnt – nicht so weit, aber er ist von einer ähnlichen Motivation getragen. Deshalb lohnt es sich, die Begründungen der damaligen, im Bundesrat dann nicht weiter betriebenen sächsisch-bayerischen Initiative von 2013 heranzuziehen:

- Die Anzahl der Genehmigungen für Windenergieanlagen sei seit der Einführung der Privilegierung erwartungsgemäß deutlich gestiegen.<sup>15</sup>
- Dagegen haben sich die Erwartungen, die man an die Einführung des Planvorbehalts (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) geknüpft habe, nicht erfüllt.
- In vielen Gemeinden und Regionen sei es bis heute nicht gelungen, Flächennutzungs- oder Regionalpläne aufzustellen, die den Anforderungen einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle standhalten.
- Diese Anforderungen seien inzwischen so hoch geschraubt, dass auch personell und fachlich gut ausgestattete Planungsträger daran scheitern würden.
- Die obergerichtliche Rechtsprechung weiche zudem in entscheidenden Fragen stark voneinander ab und sei nicht verlässlich prognostizierbar.
- Dies betreffe z.B. die Zulässigkeit pauschaler Mindestabstände zu bestimmten sensiblen Nutzungen, den Mindestanteil von Windenergieflächen von der Gesamtfläche, die Differenzierung zwischen sog. harten und sog. weichen Tabuzonen bei der Standortsuche sowie formale Anforderungen.
- Die Ineffizienz der planerischen Steuerung der Windenergieanlagen gibt Anlass, den vor fünfzehn Jahren vom Gesetzgeber gewählten Lösungsansatz zu überprüfen.<sup>16</sup>

### III. Verfahren

Das innerhalb der Bundesregierung federführende Bundesministerium für Umwelt und Bau (BMUB) hat im März 2014 entsprechend dem Koalitionsvertrag von Dezember 2013 einen Gesetzentwurf vorgelegt und – noch vor der abschließenden Abstimmung innerhalb der Bundesregierung – in

eine Abstimmung mit Ländern, kommunalen Spitzenverbänden und weiteren Verbänden und Einrichtungen gegeben.<sup>17</sup>

Den Ländern sollte nach diesem ersten Entwurf die Befugnis eingeräumt werden, den Privilegierungstatbestand für Windenergieanlagen von der Einhaltung höhenbezogener Abstandsregelungen abhängig zu machen. In der Versendung des Entwurfs an die beteiligten Einrichtungen hat das BMUB darauf hingewiesen, dass zwischen den Ressorts u.a. folgende Fragen noch zu prüfen seien:

- Beibehaltung des Bestandsschutz für bestehende und in Aufstellung befindliche Ausweisungen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB.
- Anfügung einer Ermächtigung, nach dem durch Landesgesetz auch die Festsetzung von Flächen für die Windenergie durch Bebauungspläne ausgeschlossen werden kann.
- Verknüpfung der Länderöffnungsklausel mit dem Ausbaupfad nach dem derzeit in Überarbeitung befindlichen Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2014).

12 Bundesrat, Gesetzesantrag des Freistaates Sachsen, Drucks. 206/13 v. 20.03.2013.

13 Bundesrat, Gesetzesantrag der Freistaaten Bayern und Sachsen, BR-Drucks. 569/13 v. 02.07.2013.

14 Raschke, NVwZ 2014, 414.

15 Zur Einführung der Windenergieprivilegierung durch die BauGB Novelle 1997 (G. v. 30.07.1996, BGBl. I, 1189) vgl. z.B. Krautzberger, NVwZ 1996, 847.

16 Bundesrat, Gesetzesantrag des Freistaates Sachsen, Drucks. 206/13 v. 20.03.2013.

17 Der Entwurf sah folgende Ergänzung des § 249 BauGB vor: „(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 Abstand zu Wohngebäuden einhalten. Der Abstand kann für Wohngebäude in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30) und innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (§ 34) einerseits und in bebauten Bereichen im Außenbereich (§ 35) andererseits unterschiedlich bestimmt werden; der Abstand kann auch für Teile des Landesgebiets unterschiedlich bestimmt werden. Der Abstand ist in Abhängigkeit zur Gesamthöhe der Windenergieanlage festzulegen. Die Bestimmung nach Satz 1 kann auch auf Windenergieanlagen erstreckt werden, die von § 35 Absatz 1 Nummer 1, 2, 3 oder 4 erfasst werden. Bestimmungen 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. Satz 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 16.12.2013 erfolgt ist.“

- Aufnahme des Gesichtspunktes einer optisch bedrängenden Wirkung in die Regelung.
- Einbeziehung von einzelnen Wohngebäuden im Außenbereich in die Öffnungsklausel.

Die Bundesregierung hat das Verfahren sehr zügig weiter betrieben und den Gesetzentwurf bereits am 09.04.2014 beschlossen.<sup>18</sup> Der Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit führte am 15.05.2014 eine Sachverständigenanhörung durch.<sup>19</sup>

Der Bundesrat beschloss in seiner Stellungnahme in der 922. Sitzung am 23.05.2014, den Gesetzentwurf abzulehnen. Die Bundesregierung hielt in ihrer Gegenäußerung an dem Gesetzentwurf fest und berief sich auf die Koalitionsvereinbarung<sup>20</sup>. Der Deutsche Bundestag nahm das Gesetz am 27.06.2014 in dritter Lesung an<sup>21</sup>. Der Bundesrat verzichtete in der Sitzung vom 11.07.2014 darauf, gem. Art. 77 Abs. 2 GG den Vermittlungsausschuss anzurufen<sup>22</sup>. Das Gesetzgebungsverfahren wurde gemeinsam mit der von der Großen Koalition angestrebten und ebenfalls verabschiedeten Reform des EEG<sup>23</sup> beraten.

#### IV. Der Gesetzentwurf im Überblick

Die BauGB-Novelle beinhaltet eine Länderöffnungsklausel, die den Ländern ermöglicht, für die nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB grundsätzlich privilegierte Windenergie verbindliche Abstandsregelungen zu zulässigen baulichen Nutzungen festzulegen. Die Einzelheiten sind in den Landesgesetzen zu regeln. Dabei können auch Abweichungen von den festgelegten Abständen zugelassen werden.

##### 1. Die erfolgten Neuregelungen

Das inzwischen verabschiedete Gesetz sieht in einem Art. 1 vor, § 249 BauGB um einen Abs. 3 zu ergänzen, der folgendermaßen lautet:

„Die Länder können durch bis zum 31.12.2015 zu verkündende Landesgesetze bestimmen, dass § 35 Absatz 1 Nummer 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten. Die Einzelheiten, insbesondere zur Abstandsfestlegung und zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungs-

plänen, 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.“

In Art. 2 des Entwurfs ist das Inkrafttreten der Regelung zum 01.08.2014 bestimmt.

##### 2. Zur Begründung des Gesetzentwurfs

Die vorgeschlagene Regelung zu möglichen Abstandsregelungen wird im Gesetzentwurf zunächst allgemein mit der gewachsenen Gesamthöhe von Windenergieanlagen begründet. Diese Vorgabe trage – so der Entwurf – dem Umstand Rechnung, dass die Akzeptanz von Windenergieanlagen vielfach von der Entfernung solcher Anlagen zu Wohnnutzungen abhängt. Hinzu komme, dass sich die Ausgangslage in den einzelnen Bundesländern – auch aufgrund der topographischen Verhältnisse – unterscheidet. Die Amtliche Begründung ist im Übrigen ungewöhnlich zurückhaltend, wenn nicht sogar eher schmallippig:

- Die Neuregelung füge sich an die Regelung des § 249 BauGB, die seit der Klimaschutznovelle 2011 bereits Regelungen zur Windenergie enthalte.
- Die Regelung zielt auf Windenergieanlagen im Außenbereich.
- § 249 Abs. 3 Satz 1 des Entwurfs sehe vor, dass die Länder bestimmen können, dass der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten.
- Für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen seien die übrigen einschlägigen

18 Bundesrat, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucks. 155/14 v. 11.04.2014.

19 Die schriftlichen Stellungnahmen der geladenen Sachverständigen (Ausschuss-Drucks. 18(16)58-A bis 18(16)58-H) sowie das Wortprotokoll der Anhörung sind der Öffentlichkeit über das Internet zugänglich.

20 Deutscher Bundestag, Drucks. 18/1580 v. 28.05.2014.

21 Deutscher Bundestag, Gesetzesbeschluss v. 27.06.2014, BR-Drucks. 294/14 v. 03.07.2014.

22 Bundesrat, Empfehlungen der Ausschüsse v. 04.07.2014, BR-Drucks. 294/1/14 und Beschluss des Bundesrates v. 11.07.2014.

23 Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung.

- Rechtsvorschriften weiterhin anzuwenden; dies gelte insbesondere für die immissionsschutzrechtlichen Regelungen, unter anderem die TA Lärm, sowie für die Vorgaben aus dem Luftverkehrsgesetz und dem Schutzbereichsgesetz.
- Nach § 249 Abs. 3 Satz 2 BauGB-Entwurfs seien die Einzelheiten, insbesondere zur Abstandsfestlegung und zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen, in den Landesgesetzen nach § 249 Abs. 3 Satz 1 BauGB-Entwurf zu regeln. Hierbei seien auch die Anforderungen des Art. 28 Abs. 2 GG zu beachten. Die Länder können dabei auch Abweichungen von den festgelegten Abständen zulassen.
  - In den Regierungsentwurf wurde eine Regelung aufgenommen (§ 249 Abs. 3 Satz 2 BauGB-E), wonach die Länder in den Landesgesetzen auch Abweichungen von den festgelegten Abständen zulassen können.
  - Aufgegeben wurden bestimmte Vorgaben für die Abstandsregelung der Länder wie z.B. die Anwendung nur bei Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB), Innenbereichsgebiete (§ 34 BauGB) oder Gebiete in Außenbereichs-satzungen (§ 35 Abs. 6 BauGB).
  - Ebenso wurde ein Vorschlag aufgegeben, den Abstand (nur) in Abhängigkeit zur Gesamthöhe der Windenergieanlage festlegen zu können.
  - Auch wurde eine ausdrückliche Regelung aufgegeben, dass die Neuregelung nur auf solche Flächennutzungs- und Regionalpläne angewendet werden sollte, die vor dem 16.12.2013 (also dem Tag des Abschlusses des Koalitionsvertrages) aufgestellt worden sind bzw. deren Aufstellung ortsüblich bekannt gemacht worden ist (§ 2 Abs. 1 Satz 2 BauGB; § 10 Abs. 1 Satz 3 ROG).

## V. Beurteilung

Die Gesetzgebungsvorschläge wurden vielfach eher mit Zurückhaltung aufgenommen. Wer eine Energiewende wolle, müsse auch der Windenergie als wichtiges Element der erneuerbaren Energien einen wichtigen Platz im Energiekonzept einräumen. Da sei es eher kontraproduktiv, wenn die Abstände insbesondere zur Wohnbebauung durch die Landesgesetzgebung auf ein Maß vergrößert werde, das aus Gründen des nachbarlichen Rücksichtnahmegebotes<sup>24</sup> nicht geboten sei. Zudem wurden auch verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht.

### 1. Überblick

Während in Erwartung der BauGB-Novelle 2014 die Bayerische Staatsregierung bereits am 04.02.2014 beschlossen hatte, künftig grundsätzlich einen Mindestabstand von 10 H (H = Gesamthöhe der Windkraftanlage) vorzusehen<sup>25</sup>, haben sich die bei der Vorbereitung der Novelle beteiligten Verbände gegenüber der vorgesehenen Gesetzesänderung in der überwiegenden Zahl zurückhaltend bis ablehnend geäußert. Die Stellungnahmen enthielten grundsätzliche (meist ablehnende) Voten, aber auch Voten zu Einzelfragen des „März-Entwurfs“ des BMUB, denen im verabschiedeten Gesetz bereits seit dem Regierungsentwurf der Bundesregierung („April-Entwurf“) z.T. schon Rechnung getragen wurde. Der Regierungsentwurf unterschied sich vom Ministeriumsentwurf u.a. wie folgt:

- Die Begrenzung der Abstandsregelungen nur auf Wohngebäude wurde aufgegeben.

### 2. Allgemeine Einschätzung

Der Bundesrat lehnte in seiner Stellungnahme den Regierungsentwurf ab. Die Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen sei überflüssig und im Hinblick auf die notwendige Umsetzung der Energiewende kontraproduktiv. Bereits das geltende Recht gebe den Ländern und insbesondere den Kommunen die Möglichkeit, im Rahmen der Bauleitplanung ausreichende Abstände zu anderen baurechtlich zulässigen Nutzungen, insbesondere zur Wohnbebauung, festzulegen. Eine Länderöffnungsklausel würde vielmehr dazu führen, dass die Privilegierung der Windenergie ausgehöhlt bzw. unterlaufen werden könnte.

Da die Abstandsregelungen die zentrale Stellschraube für die Entscheidung seien, wieviel Raum für die Windenergienutzung zur Verfügung steht, könnten durch entsprechend hoch festgesetzte Mindestabstände den notwendigen Ausbau der

24 BVerwG, Urteil v. 25.02.1977 – IV C 22.75 –, BauR 1977, 244 = BVerwGE 52, 122 – Schweinemäster; Urteil v. 26.05.1978 – IV C 9.77 –, BauR 1978, 276 = BVerwGE 55, 369 – Harmonie.

25 Raschke, NVwZ 2014, 414; ein entsprechender Vorschlag war auch schon in der bayerischen Bundesrat-Initiative von 2013 vorgesehen, BR-Drucks. 569/13.

Windenergienutzung unmöglich machen oder zumindest stark einschränken. Die Energiewende sei eine gesamtstaatliche Aufgabe, die von allen Ländern gemeinsam bewältigt werden müsse. Dazu seien auch möglichst einheitliche Rahmenbedingungen erforderlich. Da die Regelung keine Übergangslösung enthalte, werde das Risiko entsprechender Planungsschäden auf die Länder verlagert, was zu einer nicht unerheblichen Rechtsunsicherheit bewirke. Auch seien vielfältige Rechtsstreitigkeiten zwischen betroffenen Kommunen und Ländern geradezu vorprogrammiert. Zugleich werde die Komplexität des Planungsrechts weiter erhöht.<sup>26</sup>

Auch die Städte, Gemeinden und Landkreise haben sich durch die kommunalen Spitzenverbände gegen die Sinnhaftigkeit der beabsichtigten Neuregelung ausgesprochen: Maßnahmen, die dazu dienen, die Akzeptanz des weiteren Ausbaus der Windenergie an Land zu befördern, seien zwar grundsätzlich zu begrüßen. Die inzwischen beschlossene Änderung des BauGB sei allerdings nicht der richtige Weg, um dieses Ziel zu erreichen. Eine Akzeptanzverbesserung im Zuge des Ausbaus der Windenergie erfordere ein abgewogenes Vorgehen, das unter Einsatz der bewährten Instrumente der Regional- und Bauleitplanung zu sachgerechten Ergebnissen führe. Die kommunale Seite weist dabei auf die Chance der Einbeziehung der Bürgerinnen und Bürger aufgrund von umfassenden und aufwändigen Standortanalysen, während starre Abstandserfordernisse für Windenergieanlagen die Ab- und Ausgewogenheit eines planerischen Standorte Konzepts nicht ersetzen könne, ja sie erschwert und sogar behindern kann.

Auch der Deutsche Industrie- und Handelskammertag – DIHK – sieht keinen Handlungsbedarf für die Schaffung einer Länderöffnungsklausel im BauGB zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzungen. Bereits heute biete das Raumordnungsrecht die Möglichkeit, die Ansiedlung von Windenergieanlagen zu steuern und Abstandsvorgaben im Rahmen der Landes- und Regionalplanungen zu machen. Dort seien auch die erforderlichen Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren vorgesehen.

Der Regelungsvorschlag wurde in Stellungnahmen seiner Sinnhaftigkeit bzw. Zweckmäßigkeit u.a. auch deshalb in Frage gestellt, weil die Steuerung

der Windenergienutzung im Rahmen der Bauleitplanung auf die örtlichen und regionalen Besonderheiten eingehen könne und in die Abwägung eingestellt würde. Damit können gebietsbezogene und flexible Abstände festgelegt werden und so auch für eine möglichst breite Akzeptanz in der Bevölkerung gesorgt werden.

In der Expertenanhörung im zuständigen Bundestagsausschuss vom 21.05.2014 verfestigte sich dieses Bild. Die überwiegende Zahl der Sachverständigen begegnete dem Gesetz doch eher mit Skepsis. Zudem wurden verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht.

Ein Eingriff der Länder in die Planungshoheit der Kommunen, der das Ziel hätte, Windenergieanlagen landesweit zu verhindern, sei mit den weiterhin bestehenden bundesgesetzlichen Vorgaben unvereinbar und ein unverhältnismäßiger und daher verfassungswidriger Eingriff in die kommunale Planungshoheit.<sup>27</sup>

In den Beratungen des zuständigen Bundestagsausschusses herrschte teilweise eine ähnliche Stimmung vor. Während die CDU-Fraktion sich durch die Koalitionsvereinbarung gebunden sah, kam bei der SPD-Fraktion eine eher zurückhaltende Bewertung auf. Die Länderöffnungsklausel schade augenblicklich nicht. Der Gesetzgeber ändere nichts an den Grundsätzen des § 1 BauGB. Er enthalte einen deutlichen Auftrag für den kommunalen Klimaschutz. Auch ändere die Länderöffnungsklausel nichts an der Rechtsprechung des BVerwG hinsichtlich der Privilegierung der Windkraftanlagen. Eine Verhinderungsplanung bleibe im deutschen Recht rechts- und verfassungswidrig.

Es obliege den Ländern, ob und wie sie von der Kompetenz aus der Länderöffnungsklausel Gebrauch machen. Es sei aber nicht ratsam, es den Kommunalpolitikern zu überlassen, die Konflikte vor Ort auszustehen. Weder die Bundes- noch die Landespolitiker dürften sich hier einen schlanken Fuß machen und die im Stich lassen, die vor Ort den Initiativen pro und contra Rechnung tragen

26 Deutscher Bundestag, Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung, Drucks. 18/1580 v. 28.05.2014.

27 So Battis, Stellungnahme im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit Drucks. 18(16)58 v. 21.05.2014.

müssten. Insofern vertraue die SPD-Bundestagsfraktion darauf, dass die Länder sehr verantwortungsvoll mit dieser Kompetenz, die man ihnen einräume, umgingen.

## VI. Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Gesichtspunkte

In Stellungnahmen wurde auch die Sorge geäußert, durch die Schaffung einer neuen Regelungskompetenz für die Länder könne in die verfassungsrechtlich garantierte kommunale Planungshoheit in Art. 28 Abs. 2 GG eingegriffen werden. Nach dem geltenden Recht können allein die Städte und Gemeinden für das Gemeindegebiet durch Darstellungen im Flächennutzungsplan die Standorte für Windenergieanlagen im Außenbereich nach § 35 BauGB planerisch vorgeben und Abstände zu Wohngebäuden definieren. Auf der Basis des Vorschlags zu § 249 BauGB könnte es je nach den Vorgaben des Landes tatsächlich zu einem Ausschluss für Windenergieanlagen kommen und damit die kommunale Planungshoheit komplett ausgehöhlt werden. Der DIHT äußert die Sorge, dass nach Maßgabe der bayerischen Bundesrat-Initiative vom Sommer 2013<sup>28</sup> der Bau von Windenergieanlagen beispielsweise in Bayern oder Nordrhein-Westfalen nahezu landesweit ausgeschlossen wäre.

Bedenken wurden auch gegen die im Gesetzentwurf vorgesehene Verlagerung der bundesrechtlichen Kompetenz auf die Länder geäußert. Eine derartige Regelungskompetenz der Länder gegenüber den Gemeinden im BauGB könnte auch ein Präzedenzfall für den Ausschluss anderer Bodennutzungen werden.

## VII. Offene Fragen

Bereits nach den Gesetzesmaterialien stellen sich eine Reihe offener Fragen. So wurde vor allem die Notwendigkeit und Sachgerechtigkeit des Regelungsvorschlags bei den Stellungnahmen zum Gesetzentwurf in Frage gestellt. Zudem wurden Antworten auf wichtige Fragen zu möglichen Abstandsregelungen in die Hände der Landesgesetzgeber gelegt. Wie etwa:

- Wieso können bei gleichen Verhältnisse in den Ländern unterschiedliche Abstandsregelungen gelten?
- Wie begründen sich unterschiedliche Schutzbedürfnisse allgemeiner Art (z.B. Lärm, optische Wirkung) regional?

- Wie wirkt sich die Reduzierung der Windpotenzialflächen bei „alten“ Flächennutzungs- und Regionalplänen aus, die nach Erlass eines Landesgesetzes nicht mehr ausgeschöpft könnten?

Die Bewertung des Gesetzes kann damit nicht ohne Würdigung der bisherigen Rechtsprechung zum Darstellungsprivileg des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und speziell der „Windenergieklausel“ erfolgen. Sodann stellt sich dann die Frage, ob und in welchem Umfang die Länder in dieses System eingreifen können.

## B. Bundesrechtliche Rahmenbedingungen

Mit der Baurechtsnovelle 1996 wurde die Windenergie im Gegensatz zur vorherigen Rechtslage<sup>29</sup> zum Jahresbeginn 1997 einerseits privilegiert, andererseits aber mit einem Darstellungsprivileg versehen, das den Trägern der Bauleitplanung durch den Flächennutzungsplan und der Raumordnung durch Ziele Steuerungsmöglichkeiten an die Hand gab<sup>30</sup>. Dabei wurde das vom BVerwG<sup>31</sup> aus Anlass der Kölner Nassauskiesung entwickelte Steuerungsmodell vom Grundsatz her übernommen, allerdings weiter verfeinert. Die Windenergie wurde danach einerseits im Außenbereich privilegiert, andererseits aber in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB mit den Steuerungsmöglichkeiten des Darstellungsprivilegs verbunden. Die planenden Gemeinden wurden über Darstellungen im Flächennutzungsplan und die Träger der Regionalplanung über entsprechende Ziele in Raumordnungspläne in die Lage versetzt, die Standorte im jeweiligen Gemeindegebiet zu bündeln und so auf die Steuerung der Standorte Einfluss zu nehmen. Zugleich musste allerdings in Fortführung der genannten BVerwG-Rechtsprechung eine substantielle Nutzung der Windenergie gewährleistet werden.

Mit dem Ziel, den Gemeinden Leitlinien für das Planungsgeschehen an die Hand zu geben<sup>32</sup>, wurde ein fünfstufiges Prüfungssystem entwickelt, das mit einer genauen Bestandserfassung des gesamten Planungsraumes beginnt (Schritt 1: Bestandsauf-

28 Vgl. oben zu Fußn. 16.

29 BVerwG, Urteil v. 16.06.1994 – 4 C 20.93 –, BVerwGE 96, 95 = DVBl. 1994, 1141.

30 Zum Folgenden Stüer, DVBl. 2014, 360.

31 BVerwG, Urteil v. 22.05.1987 – 4 C 57.84 –, BVerwGE 77, 300 = DVBl. 1987, 1008 – Kölner Nassauskiesung.

32 So schon Gatz, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, nunmehr 2. Aufl. 2013.

nahme), sodann feste, der Abwägung nicht zugängliche Ausschlusskriterien anlegt (Schritt 2: harte Tabukriterien), im Anschluss daran den Raum durch aus einer Abwägung gewonnene Kriterien verringert (Schritt 3: weiche Tabukriterien) und die so ermittelten Weißflächen nach weiteren Abwägungskriterien zu den endgültig ausgewiesenen Flächen formt (Schritt 4: Konzentrationsflächen). Abschließend ist zu prüfen, ob die ausgewiesenen Flächen eine substanzielle Nutzung der Windenergie gewährleisten (Schritt 5: Prüfprogramm substanzielle Nutzung). Ist dies nicht der Fall, muss der Planungsträger wieder von vorn beginnen und insbesondere in den abwägungsgesteuerten Planungsschritten die Stellschrauben mit dem Ziel einer stärkeren Zulassung von Windenergieanlagen neu justieren<sup>33</sup>.

Die gemeindlichen und regionalen Entscheidungen durften nicht lediglich eine Feigenblatt-Planung darstellen.<sup>34</sup> Gelingt es dem Planungsträger nicht, auf der Grundlage einer umfassenden Konzeption ein mehrstufiges Prüfungssystem abzuarbeiten oder ist gar der Windenergie am Ende nicht genügend Raum gegeben, dann platzt das Steuerungssystem wie ein auch nur an einer Stelle durch einen kleinen Nadelstich in sich zusammenfallender Luftballon<sup>35</sup>.

In der Praxis wirft dabei die Abgrenzung der „harten“, nicht der Abwägung zugänglichen Kriterien von den „weichen“, der Abwägung unterliegenden Kriterien nicht selten Schwierigkeiten auf. Denn eine falsche Einsortierung in die jeweiligen Schubladen kann zu erheblichen Schwierigkeiten führen, zumal teilweise angenommen wird, dass „harte“ Ausschlusskriterien eher selten sind<sup>36</sup>. Hierzu ist bereits die Empfehlung gegeben worden, bei Zweifeln darüber, ob es sich wirklich um ein „hartes“ Kriterium handelt, nach dem Vorbild der schwäbischen Hausfrau vorsorglich doppelt zu nähen und nach der Einsortierung als „hartes“ Kriterium vorsorglich auch eine Einsortierung als „weiches“ Kriterium in Aussicht zu nehmen.<sup>37</sup>

### C. Einflüsse der Länder auf die Steuerungsmöglichkeiten

Mit der Verabschiedung der Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB 2014 stellt sich nun die Frage, ob und in welchem Umfang die Länder an diesen rechtlichen Stellschrauben drehen können. Nach der gesetzlichen Ergänzung können die Lan-

desgesetzgeber bis Ende 2015 Mindestabstände zu schutzbedürftigen baulichen Nutzungen festlegen. Auch können sie Abweichungen von den festgelegten Abständen zulassen. Im Gegensatz zu den vorherigen Gesetzgebungsvorschlägen ist die Regelung von Einzelheiten der Landesgesetzgebung vorbehalten. Damit ist ein Spannungsfeld aufgerufen, das durch das Darstellungsprivileg des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in der Auslegung der Rechtsprechung gekennzeichnet wird.

### I. Länderabweichungsklauseln

Gesetzliche Regelungen zum Bodenrecht fallen zwar nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes<sup>38</sup>. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Bundesgesetzgeber damit den Inhalt städtebaulicher Regelungen abschließend bestimmen würde. Der Bundesgesetzgeber ist vielmehr in der Lage, insbesondere durch Länderöffnungs- oder -abweichungsklauseln Gesetzgebungskompetenzen aus dem Bereich des Städtebaurechts auf die Länder zu übertragen. Denn im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Zwar werden im Allgemeinen die bundesgesetzlichen Regelungen zum Städtebaurecht als abschließend beurteilt. Dem Bundesgesetzgeber steht es allerdings frei, von seiner konkurrierenden Gesetzgebung keinen abschließenden Gebrauch zu machen und damit den Ländern entsprechende Gesetzgebungsspielräume zu eröffnen. Das gilt selbst in den Bereichen, in denen die Länder die Kompetenz zur Abweichungsgesetzgebung haben (Art. 73 Abs. 3 GG). Der Bund konnte daher den Ländern auch im Bereich der Windenergie entsprechende Gesetzgebungsspielräume eröffnen.

33 BVerwG, Urteil v. 13.12.2012 – BVerwGE 145, 231 = DVBl. 2013, 507; Urteil v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12 –, NVwZ 2013, 489; Stür, DVBl. 2013, 509; Stür/Garbrock, ZfBR 2014, Heft 8.

34 BVerwG, Urteil v. 17.12.2002 – 3 C 15.01 –, BVerwGE 117, 287 = DVBl. 2003, 797 – Feigenblatt.

35 BVerwG, Urteil v. 13.03.2003 – 4 C 402 –, BVerwGE 118, 33 = DVBl. 2003, 1064 – Luftballon.

36 OVG Münster, Urteil v. 01.07.2013 – 2 D 46/12.NE –, DVBl. 2013, 1129 m. Anm. Stür/Garbrock, DVBl. 2013, 1134 – Büren; dies., ZfBR 2014, Heft 8.

37 Stür/Garbrock, DVBl. 2013, 1134 – Büren.

38 BVerfG, Entscheidung v. 16.06.1954 – 1 PBvV 2/52 –, BVerfGE 3, 407 – Gutachten Bodenrecht.

## II. Grenzen der Länderkompetenzen

Nach § 249 Abs. 3 BauGB können die Länder daher durch bis zum 31.12.2015 zu verkündende Landesgesetze bestimmen, dass § 35 Abs. 1 Nr. 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie einen bestimmten Abstand zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen einhalten. In diesem Rahmen sind die Regelungsmöglichkeiten der Länder nicht weiter eingegrenzt. Allerdings sind die bundesrechtlichen Vorgaben zu beachten. Eine landesrechtliche Regelung, die den bundesrechtlichen Gedanken der Privilegierung innerlich aushöhlt und eine substantielle Nutzung der Windenergie auf dem Gebiet eines Landes nicht mehr gewährleistet, könnte im Hinblick auf das Gebot der Bundestreue der Länder bedenklich erscheinen. Klare Regelungen des Bundesgesetzgebers liegen allerdings hierzu nicht vor.

Auch die weiteren bundesgesetzlichen Regelungen in § 249 Abs. 3 BauGB werfen Fragen auf. Danach sind Einzelheiten, insbesondere zur Abstandsfestlegung und zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen, in den Landesgesetzen nach § 249 Abs. 3 Satz 1 BauGB 2014 zu regeln. Die Länder können in den Landesgesetzen nach Satz 1 auch Abweichungen von den festgelegten Abständen zulassen.

Auch mit diesen Regelungen werden verfassungsrechtliche Fragestellungen angesprochen. Vor allem die Befugnis des Landesgesetzgebers, in geltende Flächennutzungspläne und Raumordnungspläne einzugreifen, könnte im Hinblick auf die kommunale Selbstverwaltung bedenklich sein und zudem Entschädigungsansprüche nach §§ 39 bis 44 BauGB auslösen.

In der Anhörung des zuständigen Bundestagsausschusses wurde vielleicht nicht ganz zu Unrecht davor gewarnt, mit landesgesetzlichen Regelungen in die Planungshoheit der Städte und Gemeinden einzugreifen.

Nach geltendem Recht kann durch die Landesplanung die Planungshoheit der Kommunen für die Standortbestimmung von Windkraftanlagen zwar eingeschränkt werden. Ein Eingriff der Länder in die Planungshoheit der Kommunen, die das Ziel hätte, Windenergieanlagen landesweit zu verhin-

dern, wäre möglicherweise mit den bundesgesetzlichen Vorgaben unvereinbar und dann ein unverhältnismäßiger und verfassungswidriger Eingriff in die kommunale Planungshoheit<sup>39</sup>. Die Beurteilung dürfte allerdings davon abhängen, in welchem Umfang der Bundesgesetzgeber durch § 249 Abs. 3 BauGB den Ländern eine eigene Gesetzgebungskompetenz zuerkannt hat (Art. 72 Abs. 1 GG).

Fragen der zulässigen Eingriffsmöglichkeit in die kommunale Planungshoheit stellen sich vor allem auch dann, wenn der Landesgesetzgeber in vorhandene Planausweisungen eingreifen würde. Hier geht grundsätzlich die kommunale Planungshoheit nachträglichen veränderten Bewertungen des Gesetzgebers vor. So hat das BVerwG herausgestellt, dass der Bundesgesetzgeber nicht durch eine Änderung der BauNVO in den Bestand rechtsverbindlicher Bauleitpläne eingreifen darf. Vielmehr gelten die Änderungen der BauNVO in aller Regel nur für neue aufzustellende oder im Aufstellungsverfahren verbindliche Pläne. Geltende (alte) Pläne haben demgegenüber einen Bestandsschutz gegenüber einer nachträglichen anderen Bewertung<sup>40</sup>. Ob und in welchem Umfang der Landesgesetzgeber daher in bestehende Pläne eingreifen und diese hinsichtlich der einzuhaltenden Abstände vielleicht sogar rückwirkend anders bewerten darf, scheint wohl noch nicht abschließend geklärt. Jedenfalls würde der Landesgesetzgeber ein nicht unerhebliches Risiko eingehen, wenn er die ihm durch § 249 Abs. 3 Satz 3 BauGB 2014 formal eröffneten Eingriffsmöglichkeiten in vorhandene Planungsweisungen nutzt.

Zudem stellen sich dann Entschädigungsfragen. Im Planungsschadensrecht hat das BVerwG bisher zwar eher Zurückhaltung walten lassen<sup>41</sup>. Sind nach Einführung der Privilegierung der Windkraftanlagen erstmals Konzentrationszonen ausgewiesen worden und wurde dies mit der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verbunden, war für die im Übrigen ausgeschlossenen Flächen keine Entschädigungsgrundlage gegeben.<sup>42</sup> Anders

39 So Battis, Stellungnahme im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit Drucks. 18(16)58 v. 21.05.2014.

40 BVerwG, Urteil v. 16.01.2003 – 4 CN 8.01 –, BVerwGE 117, 31 = DVBl 2003, 804 – Entsteinerungsklausel.

41 BVerwG, Urteil v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12 –, NVwZ 2013, 489.

42 Stür/Stür, NuR 2004, 341.

könnte sich die Rechtslage allerdings darstellen, wenn durch eine Änderung der Planung einem Grundstück die Lage in einer Konzentrationszone entzogen wird.<sup>43</sup> Das BVerwG hat diese Frage bisher nicht entschieden. Das Verfahren, in dem es um die rechtsgrundsätzliche Klärung ging, ob derartige Entschädigungsansprüche in die Abwägung einzustellen sind, ist durch Vergleich beendet worden<sup>44</sup>. Einiges könnte dafür sprechen, dass bei Eingriffen in ausgewiesene Konzentrationszonen Entschädigungsansprüche bestehen könnten – eine Frage, die allerdings weiterhin als offen bezeichnet werden muss.

### III. Fragen an den Gesetzgeber

Es gibt Gesetze, bei denen sich mehr Fragen stellen, als sie vom Gesetzgeber beantwortet werden. Über ein durchaus vorzeigbares Beispiel einer solchen Fallgestaltung konnte hier berichtet werden. Das liegt natürlich nicht an denjenigen, die das Gesetz formuliert haben. Sie haben wieder einmal eine gute Figur gemacht und eine ausgezeichnete handwerkliche Arbeit geleistet. Aber so diametrale politische Interessen, wie sie sich im Bereich der Windenergie darstellen, waren wohl nicht besser unter einen Hut zu bringen.

---

43 BVerwG, Beschluss v. 05.03.2013 – 4 B 40.12 –.

44 BVerwG, mündliche Verhandlung vom 12.06.2014 – 4 C 1.13 –.