

## **Stellungnahme zur Änderung des § 249 Abs. 3 BauGB**

### 1. Problemstellung

Seit 1997 sind Windenergieanlagen im Außenbereich bauplanungsrechtlich privilegiert, § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Als Korrektiv können die Gemeinden in ihren Flächennutzungsplänen und die Träger der Raumordnung in den Regionalplänen Vorrangzonen darstellen bzw. festlegen, um Windenergieanlagen auf bestimmte Außenbereichsflächen zu konzentrieren und den Planungsraum im Übrigen von Windenergieanlagen freizuhalten, § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Windenergieanlagen stehen in einem Spannungsfeld zwischen energiepolitischer Notwendigkeit einerseits und der Veränderung des Landschaftsbildes einschließlich damit einhergehender Immissionen andererseits. Das führt zunehmend zu Akzeptanzproblemen bei der davon betroffenen Bevölkerung. Mittlerweile führt fast jede Konzentrationszonenplanung und jedes Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen zu heftigen Auseinandersetzungen und gerichtlichen Streitverfahren vor Ort. Hauptstreitpunkt ist dabei die Entfernung, die zwischen Windenergieanlagen und Wohngrundstücken einzuhalten ist. Für Genehmigungsverfahren gibt es keine speziellen Regelungen, der Abstand ergibt sich in der Regel aus der Anwendung der TA Lärm im Einzelfall (immissionsschutzrechtlicher Mindestabstand). In der Planung werden regelmäßig Vorsorgeabstände berücksichtigt, die von Land zu Land und von Gemeinde zu Gemeinde stark variieren und Auslöser heftiger und kontroverser Debatten sind. Lediglich Bayern hat von der befristeten Möglichkeit des § 249 Abs. 3 BauGB Gebrauch und in Art. 82 BayBO die Privilegierung von der Einhaltung eines Mindestabstands („10 H“) abhängig gemacht.

Eine eindeutige gesetzliche Regelung des Mindestabstandes könnte die Planung von Konzentrationszonen und die Genehmigungsverfahren vereinfachen und beschleunigen und bei den Betroffenen für eine größere Akzeptanz sorgen. Damit könnte auch die Zahl der Gerichtsverfahren zurückgehen. Teilweise wird erwartet, dass auf aufwändige und rechtlich komplizierte Planungen verzichtet werden kann, wenn über ausreichende Mindestabstände zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung auch in Genehmigungsverfahren ein gesetzlicher Vorsorgeabstand zwingend vorgegeben ist.

## 2. Die Lösung

Das Problem hätte über die Einführung eines bundeseinheitlichen Mindestabstandes gelöst werden können. Der Weg ist mit dem Entwurf eines § 35a BauGB auch zunächst beschritten worden. Bundeseinheitliche Abstandsregelungen können allerdings die unterschiedlichen siedlungsstrukturellen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen gar nicht oder nur schwer berücksichtigen. Außerdem hätte der Entwurf zu Entscheidungen über den Mindestabstand auf der Ebene des Bundes, wegen der ebenfalls vorgesehenen Länderöffnungsklausel auf der Ebene der Länder und wegen der Opt-out-Möglichkeit auf der Ebene der Kommunen, also auf drei Entscheidungsebenen, geführt. Deshalb bietet sich die Lösung über eine Änderung der bereits seit 2014 bestehenden Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB als einfache und effiziente Regelung auf nur einer Entscheidungsebene an. Die bisher im Gesetz vorgesehene Möglichkeit eines landesgesetzlich festgelegten Abstandes ist bis Ende 2015 befristet gewesen. Sie wird nunmehr unbefristet gewährt.

Die bayerische 10-H-Lösung in Art. 82 BayBO gilt fort. Angesichts der Gesamthöhe moderner Windenergieanlagen wird deshalb in Bayern regelmäßig ein deutlich größerer Abstand zwischen Windenergieanlagen und Wohngebäuden erforderlich sein als in den anderen Bundesländern, in denen gesetzliche Mindestabstände bestimmt werden.

### 3. Möglichkeiten der Länder

Der jetzige Entwurf begrenzt bundesrechtlich den Mindestabstand auf 1.000 m, belässt aber den Ländern im Übrigen große Spielräume. So ist die Einführung eines Mindestabstandes auf Landesebene eine Option und keine Pflicht. Macht ein Land davon Gebrauch, sind die Bezugsobjekte zu bestimmen. Vorgegeben, aber auch selbstverständlich ist, dass es sich um zulässige bauliche Nutzungen zu Wohnzwecken handeln muss. Das kann zu einem einheitlichen Mindestabstand zu festgesetzten oder faktischen Baugebieten nach der BauNVO führen, aber auch zu sehr ausdifferenzierten Mindestabständen, die etwa Wohnnutzungen im unbeplanten Innenbereich, Außenbereichswohnanlagen, Wohnnutzungen in Misch- und Dorfgebieten, in urbanen Gebieten usw. erfassen. Die Länder können auch regeln, ob der Mindestabstand nur für reine Wohnnutzungen oder auch für gemischt genutzte bauliche Anlagen gelten soll.

Berücksichtigt man die Rechtsprechung einiger Oberverwaltungsgerichte, so spricht manches dafür, sich bei den Mindestabständen an der Typologie in Nr. 6.1 TA Lärm zu orientieren und baugebietsbezogene Vorsorgeabstände zu bestimmen (vgl. etwa OVG NRW, Urteil v. 20.1.2020 – 2 D 100/17.NE – Rdnr. 200, juris). Bayern hat etwa bei seiner Regelung in Art. 82 BayBO an Wohngebäude in Gebieten mit Bebauungsplänen, innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile, sofern in diesen Gebieten Wohngebäude nicht nur ausnahmsweise zulässig sind, und im Geltungsbereich von Außenbereichssatzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB angeknüpft. Das ist weitgehend, weil davon Kleinsiedlungsgebiete, reine, allgemeine und besondere Wohngebiete, Dorfgebiete, Mischgebiete und urbane Gebiete erfasst werden. NRW hat dagegen in seinem

Landesentwicklungsplan (LEP NRW) in Gestalt eines Raumordnungsgrundsatzes einen Mindestabstand lediglich zu reinen und allgemeinen Wohngebieten festgelegt.

§ 249 Abs. 3 BauGB lässt in der vorgeschlagenen Form offen, ob die Länder den Mindestabstand für Planverfahren mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB und für Genehmigungsverfahren festlegen oder ob er nur in Genehmigungsverfahren gelten soll. Da Planungen nur erforderlich sind, wenn sie später auch vollzugsfähig sind, wird die Einführung eines Vorsorgeabstands in Genehmigungsverfahren aber zumindest mittelbar auch auf Planverfahren durchschlagen.

Aus den Erfahrungen unserer Beratungspraxis – wir beraten bezüglich der Windenergie ausschließlich die öffentliche Hand in Planungen und Genehmigungsverfahren – lässt sich die Prognose wagen, dass die Bestimmung eines Mindestabstandes Auswirkungen auf die Planungspraxis haben wird. Je größer der Mindestabstand ist und je mehr Wohngebäude von ihm erfasst werden, umso weniger besteht Anlass zu Konzentrationszonenplanungen mit der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Die Planungen sind kosten- und zeitaufwändig (Verfahrensdauer: kaum unter zwei Jahren; sechstellige Kosten) und bergen hohe Rechtsrisiken, weil die Gerichte mit dem Tabukriteriensystem ein Abwägungsmodell kreiert haben, das im Laufe der Jahre durch die Instanzgerichte immer weiter ausdifferenziert worden ist. In NRW hat in den letzten 5 Jahren keine einzige Konzentrationszonenplanung vor dem Normenkontrollgericht gehalten. Eine nennenswerte Zahl von Kommunen wird auf Planung verzichten, wenn über die Anwendung eines auskömmlichen Mindestabstandes in Genehmigungsverfahren Rechtsfrieden vor Ort geschaffen werden kann. Allerdings werden die Länder darauf zu achten haben, dass durch Mindestabstände die gesetzliche Privilegierung von Windenergieanlagen nicht konterkariert wird. Das setzt eine vertiefte Prüfung voraus, welche Auswirkungen Mindestabstände auf die für Windenergie zur Verfügung stehenden Flächen haben. Insofern zielt § 249 Abs. 3 BauGB auf Akzeptanz, nicht auf Verhinderung.

Festzulegen ist auch, wie die Abstände zwischen den Anlagen und den Gebäuden genau ermittelt werden. Hier bietet es sich an, auf die Berechnungsregeln für Abstandsflächen in den Landesbauordnungen zurückzugreifen.

Der Mindestabstand orientiert sich an den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken. Zulässige Nutzungen sind jedenfalls solche, die aufgrund einer (wirksamen) Baugenehmigung ausgeübt werden oder aus sonstigen Gründen Bestandsschutz genießen. Ob darüber hinaus auch solche Nutzungen hierunter zu subsumieren sind, die zwar noch nicht verwirklicht wurden, auf deren Zulassung aber ein Rechtsanspruch besteht – das betrifft vor allem unbebaute, aber bebaubare Wohngrundstücke –, ist offen und ergibt sich nicht bereits aus dem Begriff der „zulässigen baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken“. Vielmehr müssen die Landesgesetzgeber selbst festlegen, ob sie unter diesem Begriff nur zulässigerweise bereits errichtete und genutzte Wohngebäude oder darüber hinaus auch bebaubare Wohngrundstücke verstehen (Decker in Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, Art. 82 Rdnr. 26). Der Entwurf des § 35a BauGB verwendete eindeutig einen weiten Zulässigkeitsbegriff, weil sich der Mindestabstand auf Wohngebäude bezog, die zulässigerweise errichtet wurden oder errichtet werden können. Ein weit verstandener Zulässigkeitsbegriff kann im Einzelfall erhebliche Vollzugsprobleme aufwerfen, weil für die Einhaltung des Mindestabstands auch zu prüfen sein kann, ob ein bisher unbebautes Grundstück mit einem Wohngebäude bebaubar ist – das kann jedenfalls im unbeplanten Innenbereich zu fiktiven Genehmigungsverfahren führen, was allerdings die Bestimmtheit der Vorschrift nicht in Frage stellt (so auch BayVerfGH, Entscheidung vom 09.05.2016, aaO, Rdnr. 131).

Schließlich müssen die Länder regeln, wie mit Bestandsplanungen in Flächennutzungs- und Regionalplänen umzugehen ist, die auf der Grundlage anderer Abstände erstellt worden sind. Denkbar ist eine Bestandsgarantie für geltende Pläne und mittels einer Stichtagsregelung der Schutz fortgeschrittener Planungsverfahren. Denkbar ist auch eine Anpassungspflicht für Altpläne und eine Kombination beider Modelle.

#### 4. Die Rechtssicherheit der Lösung

Ein Vorteil der Änderung des § 249 Abs. 3 BauGB liegt darin, dass Bayern von der 2015 geltenden Länderöffnungsklausel bereits Gebrauch gemacht und der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 9.5.2016 die Umsetzung in Landesrecht (weitgehend) gebilligt hat (Az.: 14-VII-14 u.a.), wobei allerdings Maßstab das bayerische Verfassungsrecht war. In seiner Entscheidung hat der Verfassungsgerichtshof wesentliche Grundsätze herausgearbeitet, die für die Umsetzung des § 249 Abs. 3 BauGB maßgebend sind und die auch für die Neufassung der Norm und ihre Umsetzung in Landesrecht Beachtung gebieten, selbst wenn der Bayerische Verfassungsgerichtshof nur über bayerisches Recht entschieden hat (Rdnr. 119 bis 125 der Entscheidung). Wenn der Gesetzgeber die Regelung zu den Mindestabständen über die Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB sucht, greift er also auf eine gerichtlich bereits erprobte Systematik zurück.

Keinen durchgreifenden Bedenken begegnet die Klarstellung, dass die bayerische Lösung unangetastet bleibt und es dadurch zu unterschiedlichen Abständen in Bayern und im übrigen Bundesgebiet kommt. Abgesehen davon, dass dies auch jetzt bereits so ist, liegt die sachliche Rechtfertigung in dem Schutz geltenden Rechts. Eine Änderung des bayerischen Landesrechts mit einem noch höheren Abstand wird dagegen durch § 249 Abs. 3 Satz 5 BauGB ausgeschlossen.

Die jetzt vorgeschlagene Gesetzesfassung ist rechtssicher und lässt auf der Ebene der Landesgesetzgebung ebenfalls rechtssichere Lösungen mit erheblichem Gestaltungsspielraum zu. Dass gleichwohl neues Landesrecht kritisch geprüft und richterlicher Kontrolle unterzogen werden wird, liegt in der Natur der Sache und im Wesen des Rechtsstaats.

## 5. Fazit

Die Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB greift auf ein bewährtes Instrument zurück und eröffnet den Ländern die Möglichkeit, den siedlungsstrukturellen Gegebenheiten ihres Landes durch Mindestabstände Rechnung zu tragen. Die Ausübung der Option wird zu mehr Akzeptanz für die Windenergie bei der Bevölkerung zu sorgen. Die Neuregelung ist für die Länder praktisch handhabbar und wird die Aufgabe der planenden Kommunen und Regionalplanungsträger sowie der Genehmigungsbehörden fühlbar erleichtern. Tritt dieser Effekt ein, werden sich auch Beschleunigungseffekte in Genehmigungsverfahren und eine Abnahme von Gerichtsverfahren einstellen. Die Gesetzesänderung ist ein Fortschritt, bedeutet aber natürlich nicht das Ende aller Streitfragen und -verfahren zur Windenergie.

Münster, den 9. Juni 2020



---

Thomas Tyczewski  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht