

**Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung
in den Städten und Gemeinden
– Erste Gedanken –**

von **Dr. Nils Gronemeyer**,
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
BRANDI Rechtsanwälte,
Paderborn, im Oktober 2011

Die Reaktorkatastrophe in Fukushima am 11.03.2011 hat mit dem Beschluss zum Ausstieg aus der Kernenergie und der intensiven Suche nach neuen Energieträgern in kürzester Zeit zu einem grundlegenden Wandel in der Energiepolitik geführt. Ausdruck dieses Wandels sind zahlreiche neue Rechtsvorschriften wie z. B. das Gesetz zur Neuordnung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien¹, das Gesetz zur Neuordnung energiewirtschaftlicher Vorschriften², das Gesetz über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus der Elektrizitätsnetze³ und schließlich auch das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden⁴. Die Bemühungen um eine Beschleunigung der Energiewende spiegeln sich auch in der Dauer des Gesetzgebungsverfahrens wider: Der Referentenentwurf vom 16.05.2011 wurde bereits am 06.06.2011 von der Bundesregierung⁵ und den Fraktionen der CDU/CSU und der FDP⁶ verabschiedet, am 30.06.2011 beschloss der Bundestag das Gesetz, am 30.07.2011 trat es in Kraft.

Durch das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden werden in § 1 Abs. 5 BauGB die Aufgaben und Grundsätze der Bauleitplanung um die Förderung des Klimaschutzes erweitert. Ergänzungen der §§ 5 und 9 BauGB ermöglichen den Gemeinden Darstellungen und Festsetzungen zur Ausstattung des Gemeindegebietes mit Anlagen und Einrichtungen und sonstigen Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken sollen. Nach § 11 Abs. 1 S. 2 BauGB ist es nunmehr zulässig, in städtebaulichen Verträgen Maßnahmen zur Nutzung von erneuerbaren Energien und Regelungen zur energetischen Qualität von Gebäuden zu treffen. Durch Änderungen im § 35 Abs. 1 BauGB wird die zulässige Leistung von privilegierten Biomasseanlagen erhöht, Anlagen zur Spaltung von Kernbrennstoffen und zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität werden entprivilegiert, dafür werden Anlagen zur Nutzung von

¹ vom 28.07.2011, BGBl. I, 1634.

² vom 26.07.2011, BGBl. I, 1554.

³ vom 28.07.2011, BGBl. I, 1690.

⁴ vom 22.07.2011, BGBl. I, 1509.

⁵ BT-Drucksache 344/11.

⁶ BT-Drucksache 17/6076.

Sonnenenergie im Außenbereich ausdrücklich privilegiert. Neu eingeführt werden Sonderregelungen zur sparsamen und effizienten Nutzung von Energie in § 248 BauGB und zur Windenergie in der Bauleitplanung in § 249 BauGB⁷. Zu einigen dieser Neuregelungen drängen sich erste Überlegungen auf:

I. Windenergieanlagen

1. Ausweisung neuer Windkonzentrationszonen

Die Landesregierung in Nordrhein-Westfalen hat sich zum Ziel gesetzt, den Anteil der Windenergie an der Stromerzeugung von heute 3 % bis zum Jahre 2020 auf mindestens 15 % auszubauen. Neben dem Ersatz alter Anlagen durch neuere, leistungsstärkere Anlagen (Repowering) wird es zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sein, neue Konzentrationszonen für die Windenergie auszuweisen. Hierzu wären viele Gemeinden grundsätzlich auch bereit und in der Lage. Sie scheuen jedoch häufig den dabei erforderlichen Aufwand und die Risiken, die mit der Neuausweisung von Windkonzentrationszonen im Flächennutzungsplan einhergehen. Nach der Rechtsprechung erfordert eine Veränderung der Darstellung von Konzentrationszonen eine erneute Abwägung. Die gemeindliche Abwägungsentscheidung muss nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortausweisung getragen wird, sondern auch deutlich machen, welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten. Ein schlüssiges Gesamtkonzept liegt jedoch nur dann vor, wenn die Gemeinde die als abwägungserheblich zu erkennenden Belange vollständig ermittelt und erneut in die Abwägung der für und gegen die wegfallenden oder hinzutretenden Standorte sprechenden Belange eintritt und dabei das gesamte Gemeindegebiet erneut in den Blick nimmt⁸.

Der neu in das BauGB eingeführte § 249 bestimmt: *„Werden in einem Flächennutzungsplan zusätzliche Flächen für die Nutzung von Windenergie dargestellt, folgt daraus nicht, dass die vorhandenen Darstellungen des Flächennutzungsplans zur Erzielung der Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 nicht ausreichend sind.“* Mit dieser „Generalabsolution“ will der Gesetzgeber die in der Praxis bestehende Unsicherheit darüber, ob und inwieweit es möglich ist, die bisherigen Ausweisungen für Windenergie insbesondere für die Zwecke des Repowering rechtssicher zu

⁷ Vgl. zu den Neuregelungen des Gesetzes im Einzelnen: *Söfker*, Das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden, ZfBR 2011, 541 ff.; *Krautzberger/Stüer*, Neues Städtebaurecht des Bundes aus Gründen des Klimaschutzes, BauR 2011, 1416; *Stüer/Stüer*, Die BauGB-Klimanovelle und das Energiefach- und -finanzierungsrecht 2011, DVBl. 2011, 1117.

⁸ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 15.09.2009 – 4 BN 25/09 –, BauR 2010, 82 = ZfBR 2010, 65; OVG Münster, Urteil vom 19.06.2007 – 8 A 2677/06 –, ZNER 2007, 237 = juris Rn. 58.

ändern oder zu ergänzen, auch ohne die bisherigen Ausweisungen in Frage zu stellen, beseitigen⁹. Ist das gelungen?

Der Forderung der Rechtsprechung, bei einer Änderung oder Ergänzung von im Flächennutzungsplan dargestellten Konzentrationsflächen immer und erneut das gesamte Gemeindegebiet „in den Blick zu nehmen“ und ein „in sich schlüssiges Gesamtkonzept“ zu erarbeiten, beruht auf der auch bei Bebauungsplänen geltenden Überlegung, dass jede Bauleitplanung das – gerechte – Ergebnis einer Abwägung zahlreicher und vielschichtiger, miteinander und untereinander verflochtener öffentlicher und privater Belange ist. Greift der Plangeber durch Veränderung der Parameter in das Abwägungsgeflecht ein, hat dieses zwangsläufig Auswirkungen auf den Bestand des gesamten Abwägungsergebnisses. Die Frage, ob dadurch die Abwägung und damit die bisherige Darstellung von Konzentrationszonen rechtmäßig bleibt, kann nicht durch eine gesetzliche Fiktion beantwortet werden. Es bestehen deshalb schon grundsätzliche Zweifel an der Anwendbarkeit dieser Vorschrift zur Rechtfertigung der isolierten Ausweisung weiterer Windkonzentrationszonen im Gemeindegebiet.

Doch selbst wenn man die Vorschrift grundsätzlich für anwendbar hält, stellt sich die Frage nach der Reichweite und Wirksamkeit der Gesetzesfiktion, wonach *„die vorhandenen Darstellungen des Flächennutzungsplanes zur Erzielung der Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 ... ausreichend sind“*. Bislang hat noch niemand abstrakt die Frage beantwortet, wann eine Gemeinde „ausreichend“ Flächen für die Windenergienutzung dargestellt hat. Das Bundesverwaltungsgericht betont immer nur, dass für die Windenergienutzung *„in substantieller Weise Raum geschaffen werden muss“*¹⁰. Auch positive Kriterien anhand derer sich bestimmen ließe, wann der Windenergienutzung substantiell Geltung verschafft worden ist, hat das Bundesverwaltungsgericht noch nicht formuliert. In der Literatur¹¹ wird die Auffassung vertreten, dass der Windenergienutzung jedenfalls dann substantiell Raum gegeben wird, wenn die Konzentrationszonen mindestens 1/5 der Windenergieanlagen aufnehmen können, die auf den Potentialflächen (Fläche des Gemeindegebietes abzüglich der aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für die Windenergie ausgeschlossenen Tabuzonen) Aufnahme finden können, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass sich dieser Wert nicht mathematisch ableiten lässt.

Diese Auffassung eines Mitgliedes des für die Rechtsfragen um die Windenergie zuständigen 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichtes ist sicherlich gewichtig, verschafft jedoch auch den

⁹ Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drucksache 17/6076, S. 12.

¹⁰ Vgl. grundlegend BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01 –, BauR 2003, 828 = NVwZ 2003, 733; Urteil vom 20.05.2010 – 4 C 7/09 –, BauR 2010, 1879 = NVwZ 2010, 1561.

¹¹ Vgl. Gatz, Rechtsfragen der Windenergienutzung, DVBl. 2009, 737 (739 f.).

Gemeinden, die über Windvorrangflächen in der von *Gatz* genannten Größenordnung verfügen, keine Rechtssicherheit.

Aus diesem Grund bleibt es bei der Empfehlung, bei der Ausweisung neuer Windvorranggebiete oder bei der Verlagerung von Konzentrationsflächen zur Ermöglichung des Repowering erneut das gesamte Gemeindegebiet in den Blick zu nehmen, um ein neues schlüssiges Gesamtkonzept zu entwickeln. Diese Empfehlung enthält im Übrigen auch der neue Windenergieerlass des Landes Nordrhein-Westfalen¹², allerdings ohne sich mit dem aus dieser Empfehlung ergebenden Widerspruch zu der ebenfalls erwähnten Neuregelung des § 249 BauGB auseinanderzusetzen.

2. Teilflächennutzungspläne

§ 5 Abs. 2b BauGB ermöglicht es schon bisher den Gemeinden, durch sog. sachliche Teilflächennutzungspläne die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB herbeizuführen. Durch die Hinzufügung des zweiten Halbsatzes „*Sie können auch für Teile des Gemeindegebietes aufgestellt werden*“ stellt der Gesetzgeber jetzt klar, dass die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auch auf Teile des Gemeindegebietes begrenzt werden kann, ohne dies aus einem lückenlos stimmigen gemeindlichen Gesamtkonzept ableiten zu müssen¹³.

Ob durch diese Ergänzung des Gesetzeswortlautes die Forderung der Rechtsprechung, zur Herbeiführung der Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB durch die Darstellung von Windkonzentrationszonen ein „*schlüssiges Gesamtkonzept*“ für das gesamte Gemeindegebiet zu erarbeiten, obsolet wird, erscheint fraglich. Vor dem Hintergrund, dass bei der Aufstellung eines räumlichen Teilflächennutzungsplanes die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB natürlich auch nur für den Teilbereich des Gemeindegebietes gelten, mag der Teilflächennutzungsplan grundsätzlich noch rechtsprechungskonform sein. Anwendung finden kann der Teilflächennutzungsplan jedoch nur in den Gemeinden, die bislang noch gar keine Windkonzentrationszonen in ihrem Gemeindegebiet dargestellt haben. Für alle anderen Gemeinden gilt, dass die Veränderung oder zusätzliche Ausweisung von Windkonzentrationszonen in ihrem Gemeindegebiet einen Eingriff in das bisherige gemeindliche Gesamtkonzept bedeutet. Doch auch für Gemeinden, die noch keine Windkonzentrationszonen dargestellt haben stellt die Aufstellung eines Teilflächennutzungsplanes ein nicht unerhebliches Risiko dar. Es mag zwar sein, dass sich in bestimmten Konstellationen weite Teile des Gemeindegebietes als von vorneherein ungeeignet für die Windenergienutzung darstellen, weil sie

¹² Vgl. Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergieerlass) vom 11.07.2011, Ziffer 4.3.1.

¹³ Vgl. *Krautzberger/Stür*, a. a. O., S. 1419.

entweder bebaut sind, als Naturschutzgebiete ausgewiesen sind oder aus anderen Gründen eine Tabufläche darstellen. Schließt die Gemeinde diese Flächen jedoch von vorneherein bei der Aufstellung eines Flächennutzungsplanes zur Ausweisung von Windkonzentrationszonen aus ihrer Betrachtung aus, läuft sie Gefahr, einzelne potentiell geeignete Flächen zu übersehen und damit auch für ihren Teilflächennutzungsplan kein „schlüssiges Gesamtkonzept“ zu entwickeln. Gegen diese Gefahr steht die „Ersparnis“ bei der Betrachtung nur einzelner Gemeindeteile in keinem Verhältnis – grundsätzlich nicht geeignete Gemeindegebiete können im Rahmen der ersten „Tabuzonenermittlung“ leicht erkannt und mit entsprechender Begründung in einem ersten Schritt der Ermittlung der Potentialflächen ausgeschlossen werden.

Die Aufstellung von Teilflächennutzungsplänen scheint deshalb keine Option mit großem Anwendungspotential zu sein.

II. Photovoltaikanlagen

Gem. § 65 Abs. 1 Nr. 44 BauO NRW sind Solarenergieanlagen auf oder an Gebäuden oder als untergeordnete Nebenanlagen genehmigungsfrei. Mit Beschluss vom 20.09.2010¹⁴ hat das Oberverwaltungsgericht Münster einmal wieder ausdrücklich vor Augen geführt, dass „baugenehmigungsfrei“ nicht gleichbedeutend ist mit „der Bauherr kann machen was er will“.

Das Betreiben von Photovoltaikanlagen ist jedenfalls dann, wenn – wie in den allermeisten Fällen – der gewonnene Strom ganz oder überwiegend in das öffentliche Netz eingespeist wird, um die erhöhten Einspeisevergütungen nach dem EEG zu erzielen, eine gewerbliche Tätigkeit. Das Oberverwaltungsgericht Münster hat in seinem Beschluss ausgeführt, dass zwar die Anbringung der Photovoltaikanlagen auf Dächern nach der BauO NRW genehmigungsfrei ist, die Nutzungsänderung des unter dem Dach befindlichen Gebäudes zu gewerblichen Zwecken jedoch aus bauplanungsrechtlichen Gründen einer Genehmigung bedarf. In Gebieten, in denen eine gewerbliche Betätigung nicht oder nur ausnahmsweise zulässig ist wie im Außenbereich, in reinen Wohngebieten und in allgemeinen Wohngebieten, kann diese Nutzungsänderungsgenehmigung jedoch nicht oder nicht ohne Weiteres erteilt werden. Die insbesondere im Außenbereich auf Scheunen und Stallgebäuden und in Wohngebieten anzutreffenden Photovoltaikanlagen sind deshalb bislang formell und materiell illegal. Einem Einschreiten der Bauaufsichtsbehörden steht nach wie vor der Erlass des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr vom 13.10.2010 entgegen.

¹⁴ – 7 B 985/10 –, BauR 2011, 240 = NWVBl. 2011, 58.

Für die im Außenbereich befindlichen Anlagen hat der Bundesgesetzgeber nunmehr reagiert und in § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB *„die Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden“* für im Außenbereich privilegiert zulässig erklärt, *„wenn die Anlage dem Gebäude baulich untergeordnet ist“*.

An der Genehmigungspflichtigkeit der Nutzungsänderung der „Trägergebäude“ für die nach BauO NRW grundsätzlich genehmigungsfrei aufzumontierenden Photovoltaikanlagen hat diese Regelung nichts geändert. Die Genehmigungsfähigkeit der gewerblichen Nutzung von Gebäuden im Außenbereich zur Erzeugung von Solarenergie – so wird man die Nutzungserweiterung dieser Gebäude zusammengefasst bezeichnen können – hat der Gesetzgeber einige Voraussetzungen geknüpft: Es muss sich um ein intaktes, nicht baufälliges Gebäude mit Dach- und Wandflächen handeln. Ein Holzgerüst ohne Wände, das letztendlich nur dazu dient, eine Dachfläche zu tragen und dessen eigentlicher Nutzungszweck dadurch verbrämt wird, dass sonst im Freien gelagerte Heu- oder Strohballen darunter gelegt werden, erfüllt diese Voraussetzung nicht. Das Gebäude muss genutzt werden und die Nutzung muss zulässig sein. Aus dem letztgenannten Erfordernis könnten sich in der Praxis die größten Probleme ergeben und mancher Antragsteller wird es bereuen, die Legalisierung seiner Photovoltaikanlagen betrieben zu haben. Schließlich müssen die Photovoltaikanlagen dem Gebäude baulich untergeordnet sein. Dieses Kriterium dürfte noch erfüllt sein, wenn die Dachflächen und ggf. auch Wandflächen mit Photovoltaikanlagen belegt werden. Die Anlagen dürfen jedoch nicht wesentlich über die Dachflächen hinausragen und auch dem Aufbau von Gestellen für Photovoltaikanlagen z. B. auf Flachdächern sind erhebliche Grenzen gesetzt.

Rechtliche Regelungen, die es ermöglichen, die gewerbliche Nutzung von Wohngebäuden in reinen oder allgemeinen Wohngebieten durch den Betrieb von Photovoltaikanlagen zu legalisieren stehen noch aus. Sie könnten z. B. durch eine Ergänzung der Nutzungskataloge der §§ 3 Abs. 2 und 4 Abs. 2 BauNVO erfolgen.

Das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden zeigt erste richtige Ansätze. Die kurze Entstehungszeit fordert jedoch ihren Tribut: Das Gesetz erscheint weder richtig durchdacht, noch kann es abschließend sein. Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber für die zahlreichen ungelösten Fragen zeitnah sinnvolle Regelungen findet.