

Stellungnahme zum Referentenentwurf: Änderung des § 249 Abs. 3 BauGB

Referentenentwurf des BMBSW „Entwurf eines (...) Gesetzes zur
Änderung des Baugesetzbuchs“: Änderung des § 249 Abs. 3 BauGB
(Länderöffnungsklausel)

Stand vom 01.04.2022, 15:33

April

2022





Bundesverband WindEnergie

Impressum

Bundesverband WindEnergie e.V.
EUREF-Campus 16
10829 Berlin
030 21234121 0
info@wind-energie.de
www.wind-energie.de
V.i.S.d.P. Wolfram Axthelm

Foto

Istockphoto/Meinzahn

Haftungsausschluss

Die in diesem Papier enthaltenen Angaben und Informationen sind nach bestem Wissen erhoben, geprüft und zusammengestellt. Eine Haftung für unvollständige oder unrichtige Angaben, Informationen und Empfehlungen ist ausgeschlossen, sofern diese nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verbreitet wurden.

Der Bundesverband WindEnergie e.V. ist als registrierter Interessenvertreter im Lobbyregister des Deutschen Bundestages unter der Registernummer R002154 eingetragen.
Den Eintrag des BWE finden Sie [hier](#).

Ansprechpartnerinnen

Lilien Böhl
Fachreferentin Recht
l.boehl@wind-energie.de

Philine Derouiche
Leiterin Justizariat
p.derouiche@wind-energie.de

Datum

April 2022

Einleitung

Das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) übersendete dem Bundesverband WindEnergie e.V. (BWE) am 05.04.2022 den Referentenentwurf (RefE) für ein Gesetz zur Aufhebung der Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen (WEA) und Nutzungen zu Wohnzwecken und gibt Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb von 48 Stunden. Das BMWSB weist daraufhin, dass der Entwurf noch nicht innerhalb der Bundesregierung abgestimmt ist und sich daher im weiteren Verfahrensverlauf ggf. weitere Änderungen ergeben können. Der BWE begrüßt den ersten Vorstoß des BMWSB zum Abbau von Hemmnissen durch pauschale Abstandsregelungen, bedankt sich für die Möglichkeit der Stellungnahme und stellt nachfolgend die nach seiner Ansicht dringend erforderlichen Ergänzungen des Änderungsvorschlags dar. Der BWE bittet zukünftig um eine frühzeitigere Einbindung und steht auch gerne für vorherige Fachgespräche bereit.

1 Gesetzesentwurf und Begründung

Der § 249 Abs. 3 BauGB soll wie folgt geändert werden:

„(3) Landesgesetzliche Regelungen, die auf der Grundlage einer vor dem [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 2 dieses Gesetzes] geltenden Fassung dieses Absatzes erlassen wurden, gelten fort, wenn sie vor Ablauf des [einsetzen: Datum des Kabinettschlusses dieses Gesetzes] verkündet wurden. Die Länder können ihre in Satz 1 genannten landesgesetzlichen Regelungen nach Ablauf des [einsetzen: Datum des Kabinettschlusses dieses Gesetzes] einschränken oder ganz oder teilweise aufheben.“

Mit dieser Änderung will das BMWSB in einem ersten Schritt verhindern, dass neue landesgesetzliche Mindestabstände nach § 249 Abs. 3 a.F. (Möglichkeit von Abstandsregelungen WEA und Nutzungen zu Wohnzwecken von bis zu 1000 m) erlassen werden können, indem die ursprüngliche Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB a.F. durch die Ersetzung gestrichen wird. Begründet wird der Gesetzesentwurf damit, dass die Abstandsregelungen den derzeit in Vorbereitung befindlichen Neuregelungen zur planerischen Steuerung von WEA an Land, genauer den „in einem gesonderten Gesetz festzulegenden Flächenbeitragswerten“, entgegenstehen können.¹ Die Begründung führt aus, dass deutlich mehr Flächen ausgewiesen werden müssen und diese Flächen für den beschleunigten Ausbau der Erneuerbaren Energien und das Erreichen der Klimaschutzziele notwendig sind. Die Länder sollen keine neuen Mindestabstände einführen, ohne die Flächenbeitragswerte berücksichtigen zu können.

Zunächst sollen aber die bestehenden Länderöffnungsklauseln (z.B. 10H in Bayern) fortgelten können, wobei die Ländervertretungen nicht gehindert sind, ihre Regelungen eigenständig einzuschränken bzw. aufzuheben.

¹ Gemeint sind damit die Regelungen zur dringlichen Flächenbereitstellung und der 2 Prozent Flächenvorgabe für Windenergie im Bundesgebiet, wie im Koalitionsvertrag angekündigt.

Im Regelungszusammenhang mit den kommenden weiteren Änderungen zur Flächenbereitstellung sollen dann auch die bestehenden Mindestabstandsregelungen - ggf. mit Übergangsregelungen - abgeschafft werden.²

2 Kommentierung des Entwurfs

Der BWE begrüßt die Initiative des BMWSB ausdrücklich. Wir haben bereits in der Vergangenheit und zuletzt in unserer [Stellungnahme](#) in der Verbändeanhörung zum sog. „Osterpaket“ deutlich gemacht, dass pauschale Abstandsregelungen regelmäßig deutliche Einschnitte beim notwendigen Ausbau der Windenergie bedeuten und Bund und Länder daher generell auf sie verzichten und bereits bestehende pauschale Abstandsregelungen zurücknehmen müssen.³ Der BWE hat hierzu bereits mehrfach dargelegt, dass die maßgeblichen Mindestanforderungen an die Abstände zwischen Windenergieanlagen und Wohnbebauung sowie weiteren Schutzgütern sich bereits jetzt aus immissionsschutzrechtlichen und planungsrechtlichen Anforderungen (z.B. TA Lärm) ergeben und in den einzelnen Genehmigungsverfahren geprüft werden. Pauschale Abstandsfestlegungen sind nicht erforderlich. Diese haben nachweislich auch keinen Einfluss auf die Akzeptanz.⁴

Der BWE fordert daher, dass dieser Entwurf nicht auf halbem Wege Halt macht, sondern wirklich konsequent unverzüglich die Abstandsregelungen abschafft. Jede weitere Verzögerung und künstliche Flächenreduzierung muss verhindert werden. Das Abwarten auf ein eventuelles zukünftiges Gesetz im sogenannten Sommerpaket mit noch unklaren Regelungen ist angesichts des enormen Verhinderungsgrunds insbesondere von 10 H in Bayern nicht akzeptabel.

Im Einzelnen:

Positiv zu bewerten ist, dass mit der Neuregelung die Neuplanung und der Erlass von Abstandsregelungen nach § 249 Abs. 3 BauGB unterbunden wird.

Fraglich ist allerdings, was die Vorschrift für die Länder bedeutet, die Abstandsregelungen in Planung haben. Hierzu zählen Thüringen, Sachsen und Brandenburg. Die Regelung sieht vor, dass vor dem Kabinettsbeschluss verkündete Abstandsregelungen fortgelten. Die Planungen in den genannten Bundesländern sind teils bereits weit fortgeschritten.⁵ Die Abstandsregelungen würden ggf. auf ca. 1/3 der Fläche Deutschlands gelten, wenn die neuen Abstandsregelungen in den drei genannten Ländern nicht verhindert werden. Wir können es uns nicht leisten, noch mehr Fläche durch weitere Abstandsregelungen in den genannten Ländern zu verlieren, sollten diese Bundesländer ihre Regelungen nun in Kenntnis der im Referentenentwurf vorgesehenen Frist (Kabinettsbeschluss) beschleunigt auf den Weg bringen.

² RefE des BMBSW „Entwurf eines [...]ten Gesetzes zur Änderung des Baugesetzbuchs“: Änderung des § 249 Abs. 3 BauGB, Stand vom 01.04.2022, 15:33, S. 6 (unter Punkt B. Besonderer Teil, zu Artikel 1).

³ BWE (2022): Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMWK zum sog. Osterpaket, S.9 - [LINK](#).

⁴ Vgl. FA-Wind (2015): Mehr Abstand – mehr Akzeptanz? S. 22 - [LINK](#); hierzu auch BReg, BT-Drs. 19/3053, S. 1, 3 - [LINK](#).

⁵ In Brandenburg befindet sich der Gesetzentwurf bereits im parlamentarischen Verfahren: vgl. Presseinformation vom 16.12.2021 des Ministeriums für Infrastruktur und Planung des Landes Brandenburg - [LINK](#); in Sachsen steht der Kabinettsbeschluss: vgl. mdr-Nachricht vom 19.01.2022 - [LINK](#).

Zudem wird den Ländern, die bereits Abstandsregelungen eingeführt haben - also Bayern und Nordrhein-Westfalen – überlassen, gegebenenfalls selbst ihre Regelungen einzuschränken oder ganz zurückzunehmen bis die Abschaffung auch bestehender Abstandsregelungen - ggf. zudem mit einer Übergangsvorschrift - im Rahmen des sog. Sommerpakets umgesetzt wird. Ob und gegebenenfalls wie dies tatsächlich geschieht, ist ungewiss. Nur ein jetziges konsequentes Handeln kann klar und deutlich Abhilfe schaffen, die Flächenbereitstellung kurzfristig erhöhen und damit den Ausbau der Windenergie beschleunigen.

Der BWE sieht keinen hinreichenden Grund dafür, die Abschaffung der Regelung in Bayern und NRW - wie in der Entwurfsfassung vorgesehen - hinauszuschieben und ggf. im Sommerpaket auch durch erneute Übergangsregelungen noch weiter in die Zukunft zu verlegen. Auch die Gesetzesbegründung gibt zu den vorgesehenen Übergangsregelungen keine Erklärung. **Es ist vielmehr erforderlich, Stellschrauben, die wir jetzt - im Sinne der Abwendung der Klimakatastrophe und der Schaffung von Energiesouveränität - drehen können, auch zu nutzen.**

Der BWE fordert daher, den § 249 Abs. 3 BauGB in der aktuellen sowie in der vor dem 14.08.2020 geltenden Fassung (Nutzung der Länderöffnungsklausel bis 31.12.2015) unverzüglich ohne Übergangsvorschrift mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Bereits erlassene Länderregelungen sind so ohne weitere Vollzugsschritte mit Inkrafttreten der Aufhebung nicht mehr anzuwenden.

Diese verschärfte Umsetzung ist nicht nur verfassungsrechtlich unbedenklich, sondern auch vor dem Hintergrund des Grundrechts der intertemporalen Freiheitssicherung und des Schutzes künftiger Generationen **verfassungsrechtlich geboten**.⁶ Insbesondere hat der Bund hier die entsprechende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 Grundgesetz (vgl. RefE: Allgemeiner Teil, Ziffer IV). Zwar bedürfte es mit Abschaffung der Länderöffnungsklausel rechtlich keiner Regelung zur Nichtanwendung erlassener Landesabstandsregelungen nach § 249 Abs. 3 BauGB (Bundesrecht bricht Landesrecht gem. Art. 31 GG). Der BWE hält die entsprechende Klarstellung aber für sinnvoll.

Konkret: § 249 Abs. 3 des RefE vom 01.04.2022 wird wie folgt geändert (**Text neu fett**):

„(3) Landesgesetzliche Regelungen, die auf der Grundlage einer vor dem [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 2 dieses Gesetzes] geltenden Fassung dieses Absatzes erlassen wurden, ~~gelten fort~~ sind mit in Kraft treten der Fassung dieses Absatzes vom [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 2 dieses Gesetzes] nicht mehr anzuwenden.“; wenn sie vor Ablauf des [einsetzen: Datum des Kabinettschlusses dieses Gesetzes] verkündet wurden. Die Länder können ihre in Satz 1 genannten landesgesetzlichen Regelungen nach Ablauf des [einsetzen: Datum des Kabinettschlusses dieses Gesetzes] einschränken oder ganz oder teilweise aufheben.“

Äußerst hilfsweise sollte zumindest das Risiko, dass Länder beschleunigt Regelungen auf den Weg bringen, um vor Kabinettschluss des RefE Fakten zu schaffen und so noch mehr Fläche blockiert wird, ausgeschlossen werden. Dazu sollte im RefE ein festes Datum als Frist genannt werden. Wir schlagen den 31.03.2022 vor. Zudem müsste dann auch das Ziel der Abschaffung der bestehenden Abstandsgesetze bereits deutlicher - mittels konkretem Stichtag für das Ende der Fortgeltung - in der Regelung angelegt werden. Wir schlagen hierfür den 01.08.2022 vor, da nach unserem Kenntnisstand

⁶ Vgl. Prof. Dr. Kurt Faßbender (2021): Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der sog. 10-H-Regelung in Art. 82 BayBO nach dem Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.03.2021 - [LINK](#).

bis Mitte August der Kabinettsbeschluss zum Sommerpaket und damit auch der Abschaffung bestehender Länderregelungen⁷ ergehen soll.

Konkret: § 249 Abs. 3 des RefE vom 01.04.2022 wird wie folgt geändert (**Text neu fett**):

*„(3) Landesgesetzliche Regelungen, die auf der Grundlage einer vor dem [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 2 dieses Gesetzes] geltenden Fassung dieses Absatzes erlassen wurden, gelten **bis zum 01.08.2022** fort, wenn sie vor Ablauf des **31.03.2022** [einsetzen: Datum des Kabinettschlusses dieses Gesetzes] verkündet wurden. Die Länder können ihre in Satz 1 genannten landesgesetzlichen Regelungen nach Ablauf des **31.03.2022** [einsetzen: Datum des Kabinettschlusses dieses Gesetzes] **bereits** einschränken oder ganz oder teilweise aufheben.“*

3 Weitere dringende Änderung zur verbesserten Flächennutzbarkeit

Der BWE fordert überdies die Aufnahme einer Regelung zur einheitlichen Bemessung der Flächen „Rotor-Out“ in § 249 Abs. 3 BauGB, um die tatsächliche Bebaubarkeit der Flächen für Windenergie sicherzustellen und nicht wie bisher - vollständig unnötig - äußerst umfangreiche, bedeutende Einbußen durch massive Einschränkungen in Genehmigungsverfahren und „Rotor-In“ Planungen zu riskieren.⁸

In vielen BImSchG-Verfahren verlangen die Genehmigungsbehörden, dass auch die Rotoren von Windenergieanlagen innerhalb des jeweils maßgeblichen Plangebiets der Raumordnung und/oder eines Flächennutzungsplans liegen. Diese Forderungen erheben die Genehmigungsbehörden oft rein vorsorglich und ohne entsprechende Anhaltspunkte in den Plänen. Dadurch verringert sich die planerische, nutzbare Fläche in einem hohen 2-stelligen Maße! Manche Flächen sind so schmal, dass sie mit modernen Anlagen überhaupt nicht mehr nutzbar sind und vollständig für eine Windenergienutzung entfallen! Wenn dies gewünscht ist, können wir gerne zahlreiche Beispiele hierfür aus verschiedenen Regionalplänen vorstellen.

Dieser Flächenverlust ist vollständig unnötig und reduziert die mögliche nutzbare Fläche nur künstlich. Er widerspricht allen Notwendigkeiten der Energiewende und den Zielen der Bundesregierung, mehr Flächen für die Windenergienutzung zu schaffen.

Eine eindeutige rechtliche Regelung hierzu fehlt bisher. Die Rechtsprechung sieht teils eine Wahrung der Gebietsgrenzen auch durch die Rotoren als erforderlich an, allerdings vor allem mangels einer gesetzgeberischen Regelung. Hier ist nun eine kraftvolle Entscheidung erforderlich, dass die Rotoren die Gebietsgrenzen überschreiten dürfen.

Ein Schaden entsteht hierdurch für niemanden. Eine solche Regelung würde in keiner Weise die sonstige Prüfung aller potenziell entgegenstehenden Belange präjudizieren. Insbesondere wären natürlich auch die immissionsbezogenen Anforderungen nach der TA Lärm zu prüfen. Deshalb würde diese Regelung

⁷ RefE des BMBSW „Entwurf eines [...]ten Gesetzes zur Änderung des Baugesetzbuchs“: Änderung des § 249 Abs. 3 BauGB, Stand vom 01.04.2022, 15:33, S. 6 (unter Punkt B. Besonderer Teil, zu Artikel 1).

⁸ Vgl. BWE (2022): Umsetzungsempfehlungen zum Koalitionsvertrag – Sommerpaket: Maßnahmen für mehr Fläche und zur Beschleunigung der Planungs- und genehmigungsverfahren für Windenergie an Land, S. 17 f. - [LINK](#).

den Genehmigungsbehörden und den Vorhabenträgerinnen Klarheit bringen, ohne das Schutzniveau für Anwohner*innen etc. in irgendeiner Weise abzusenken.

Auf gesetzgeberischer Ebene muss deshalb hier für Rechtssicherheit gesorgt und die - ohnehin viel zu wenigen - ausgewiesenen Flächen dürfen nicht zusätzlich durch eine übervorsichtige Auslegung als „Rotor-in“ beschränkt werden. Der BWE fordert daher, klarzustellen, dass **die Rotorfläche nicht innerhalb der ausgewiesenen Flächen liegen muss.**

Konkret: Ergänzung eines neuen Absatz 3 in § 249 BauGB:

„(3) (...) Die Grenzen von Gebieten für die Windenergienutzung durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung sind eingehalten, wenn die Mitte des Mastfußes der Windenergieanlage vollständig innerhalb des jeweiligen Gebietes liegt. Eine Überschreitung der Gebietsgrenzen durch die Anlagenteile von Windenergieanlagen jenseits der Mastfußmitte (Turm, Rotoren etc.) ist zulässig.“

Zusätzlich ist **unbedingt** eine Regelung in den entsprechenden Übergangsregelungen erforderlich, dass diese Regelung auch für **bestehende** Regional- und Flächennutzungspläne gilt. Nur so ist zu vermeiden, dass durch weitere jahrelange Unsicherheiten die Nutzbarkeit bestehender Gebiete in Regional- und Flächennutzungsplänen stark eingeschränkt und teilweise sogar zu bedeutenden Teilen ausgeschlossen wird.

