

Die Bedeutung des Klimaschutzes für das Bauplanungsrecht – Eine Betrachtung der Klimaschutznovelle 2011

Antonia Schlicht M.A., Köln*

Die Klimaschutznovelle 2011 hat das Baurecht an die Energiewende angepasst. Als eine „Novelle *light*“ belächelt, hat diese Gesetzesänderung in der Wissenschaft kaum Kontroversen ausgelöst. In der kommunalen Praxis ist sie hingegen begrüßt worden, weil sie sich an den Bedürfnissen der kommunalen Bauleitplanung im Bereich des Klimaschutzes orientiert. Obwohl sie zum Großteil aus Klarstellungen besteht und damit kein „weiter Wurf“ ist, wird sie den Intentionen des Gesetzgebers gerecht, der Energiewende auch mittels des Baurechts zur Durchsetzung zu verhelfen.

I. Einleitung

Eine der größten Aufgaben der *Weltrisikogesellschaft* des 21. Jahrhunderts wird es sein, die Ausmaße des Klimawandels zu begrenzen und mit seinen Folgen proaktiv umzugehen.¹ Dass Klima und Städtebau in Beziehung zueinander stehen, liegt auf der Hand.² Eine Stadt trägt aufgrund dichter und heterogener räumlicher Nutzung erheblich zur nationalen Energiebilanz bei.³ Zugleich bestimmt das Mikroklima einer Stadt die Lebensqualität der Bürger.⁴ Die Bauleitplanung ist also ein wichtiges Instrument für die Kommunen in Deutschland, um als Klimaschutzakteure aufzutreten.⁵ Sie gehen dabei mit großem Aktionismus vor.⁶ Das „Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden“ (fortan: Novelle) unterstützt sie dabei.

Der Gesetzgeber war bestrebt, die Energiewende⁷ auch mithilfe des Baurechts zu beschleunigen und zu flankieren.⁸ Dazu wurden eine Klimaschutzklausel sowie neue Darstellungs- und Festsetzungsmöglichkeiten in der Bauleitplanung eingeführt. Daneben treten Sonderregelungen für die Windenergienutzung (§ 249 BauGB) und freiwillige Klimaschutzmaßnahmen (§ 248 BauGB). Auch der städtebauliche Vertrag (§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4, 5 BauGB) sowie das besondere Städtebaurecht (§§ 154, 171 BauGB) wurden angepasst. Der städtebauliche Vertrag ist durch seinen konsensualen Ansatz ein Alternativmodell zur hoheitlichen Maßnahme und als Handlungsoption für den Klimaschutz besonders relevant.⁹ Die konfliktbewältigende Bauleitplanung bildet jedoch das „Kernstück des modernen Städtebaurechts“¹⁰ und offenbart durch ihren Anordnungscharakter zugrundeliegende Spannungsfelder im größeren Zusammenhang. Sie steht damit im Fokus der Untersuchung.

II. „Mikroebene“: Wirkungsweise und Umsetzung der Novellierung

1. Klimaschutzziel: § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB und § 1a Abs. 5 BauGB

a) Wirkweise

Die am meisten begrüßten Änderungen¹¹ im BauGB sind die Einführung des Klimaschutzes als „Planungsgrundsatz

* Studium der Rechtswissenschaften in Bonn, Paris und Berlin. Die Autorin hat einen Master in Politikwissenschaften. Dem Aufsatz liegt eine Seminararbeit zugrunde, die im Rahmen des Schwerpunktseminars zum Thema „Rechtsfragen des Klimaschutzes“ im Sommersemester 2015 angefertigt wurde.

¹ Beck, Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2007, S. 153 ff; Battis, Klimaschutz durch *Urban Governance*, in: Welzer/Soeffner/Giesecke (Hrsg.), Klimakulturen, 2010, S. 180 (180).

² Mitschang, Klimaschutz und Energieeinsparung als Aufgaben der Regional- und Bauleitplanung, in: Mitschang (Hrsg.), Stadt- und Regionalplanung, 2009, S. 15 (23 f), a.A., Schneider, Auswirkungen des Klimawandels auf das Bauplanungsrecht, 2013, S. 17 ff.

³ Wickel, UPR 2011, 416 (417); DIfU, Klimaschutz in Kommunen. Praxisleitfaden, 2011, S. 9.

⁴ Durch Belüftung, Verschattung o.Ä., bei Schneider, (Fn. 2), S. 18 f.

⁵ Kahl/Schmidtchen, Kommunaler Klimaschutz durch erneuerbare Energien, 2013, S. 11 f.

⁶ Repräsentativ dafür steht der Wettbewerb „European Green Capital“, <http://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/index.html>, Abruf v. 08.03.2015.

⁷ Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 3-5; zur deutschen Energiewende s. BMWi, Erneuerbare Energien in Deutschland. Das Wichtigste im Jahr 2013 auf einen Blick, 2015.

⁸ Die Novelle basiert auf der nationalen Klimaschutzstrategie und der Koalitionsvereinbarung vom 26.10.2009. Ursprünglich war sie zweigeteilt (Klimaschutz und Innenentwicklung), s. Krautzberger/Stüer, BauR 2011, 1416 (1417). Die Klimaschutznovelle wurde als ein herausgelöster Teil verabschiedet, die Innenentwicklungsnovelle folgte nach.

⁹ Gedanke „public-private-partnership“, Erbuth/Schubert, Öffentliches Baurecht mit Bezügen zum Umwelt- und Raumplanungsrecht, 2015, § 5 Rn. 182; Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 2014, S. 368; Mitschang, Städtebauliche Planung – eine Positionsbestimmung, in: Spannowsky, Willy/ Büchner, Hans (Hrsg.), FS-Birk, 2013, S. 94.

¹⁰ Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), Baugesetzbuch, 12. Aufl. 2014, § 1 Rn. 1.

¹¹ BMVBS, Berliner Gespräche zum Städtebaurecht. Band I: Bericht, 2010, S. 23; die Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN: „überfällig“, BT-Drs. 17/6357, S. 6; Wickel/Zengerling, BauGB-Novelle und kommunaler Klimaschutz, klimabuendnis.org, http://www.klimabuendnis.org/fileadmin/inhalte/dokumente/2011/Artikel_BauGB-Novelle_wickel_zengerling.pdf, Abruf v. 17.03.2015, S. 2.

und Berücksichtigungsklausel¹² in § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB und als „Klimaschutzklausel“¹³ in § 1a Abs. 5 BauGB. Die Bauleitplanung soll, anstatt „Verantwortung für den allgemeinen Klimaschutz“ zu haben, nun den „Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in der Stadtentwicklung“ fördern. Damit beendet die Novellierung den Streit, ob der Weltklimaschutz unter die zentralen, aber unbestimmten Rechtsbegriffe „städtebaulicher Grund“ (§ 9 Abs. 1 BauGB) bzw. „städtebaulich erforderlich“ (§ 1 Abs. 3 S. 1 BauGB) zu fassen ist, zugunsten der bejahenden Ansicht.¹⁴

Systematisch stehen die Änderungen bei den Grundsätzen der Bauleitplanung und daher „inmitten“ jeder Planung¹⁵. Die Normen am Anfang des BauGB dienen der „Einordnung“ der Bauleitplanung als Instrument mit Entwicklungs- und Ordnungsfunktion.¹⁶ § 1a BauGB ergänzt die Regelung aus § 1 Abs. 6 Nr. 7 BauGB durch Vorschriften zum Umweltschutz.¹⁷

Durch die Klimaschutzklausel wird die Unterscheidung zwischen vorbeugendem Klimaschutz (Mitigation) und Anpassung an den Klimawandel (Adaption) eingeführt.¹⁸ Die Formulierung des § 1a Abs. 5 BauGB orientiert sich an der Bodenschutzklausel (Abs. 2).¹⁹ Beiden Klauseln kommt kein Vorrang i.S.e. Optimierungsgebots zu.²⁰ § 1a Abs. 5 BauGB ist verfahrensrechtlich mit der Umweltprüfung in § 2 Abs. 4 BauGB verknüpft. Der Klimaschutz ist somit regelmäßig auch im Bauleitplanverfahren Bestandteil der vorsorglichen Überprüfung.²¹

Ebenso prominent platziert ist die Änderung des § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB. Seine Bedeutung ist nur im Kontext der Auslegungsdebatte um die Vorgängerregelung zu verstehen. Unsicher war, ob ein nur mit dem Schutz des Weltklimas begründeter Bauleitplan der städtebaulichen Anforderlichkeit genüge.²² Der Anforderlichkeitsgrundsatz ist nicht legal definiert, entscheidet aber über das „Ob“ einer planerischen Betätigung.²³ Sein Inhalt erschließt sich u.a. durch Berücksichtigung der aufgezählten Belange in § 1 Abs. 5, 6 BauGB und dem Bedürfnis nach Konfliktbewältigung.²⁴

Die h.M.²⁵ ging zwar davon aus, dass die Kommunen globalen Klimaschutz als Ziel der Bauleitplanung verfolgen könnten. Kritikern fehlte aber der durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG geforderte Ortsbezug.²⁶ Die uneindeutige Rechtsprechung²⁷ förderte die Unsicherheit ebenso wie der unklare Gesetzeswortlaut.²⁸ Jetzt ist die Formulierung eindeutig: Bauleitplanung, die zum Zweck des Weltklimaschutzes erfolgt, kann eine fehlende Erforderlichkeit nicht vorgeworfen werden.²⁹ Die Rechtslage ist ergänzt und geklärt worden.³⁰ Der Klimaschutz ist durch den Zusatz „sowie“ in § 1 Abs. 5 BauGB ein gleichberechtigtes³¹ Planungsziel.³² Zudem wird die gesteigerte Bedeutung des Klimaschutzes betont³³ und ins Bewusstsein der Planungsträger gerufen.³⁴ Die Gemeinde muss jetzt beide Ziele (Klimaanpassung und -vermeidung) in die Abwägung einbeziehen³⁵, da sie denkbar in Konflikt miteinander oder mit anderen Belangen geraten können.³⁶ Die gesetzliche Klarstellung stößt auf positive Resonanz.³⁷ Vor allem die Klimaschutzklausel sei eine „wichtige und konsequente Weiterentwicklung“³⁸.

¹² Kment, DVBl. 2012, 1125 (1125).

¹³ Ob nun beide Änderungen in §§ 1, 1a BauGB gemeinsam als „Klimaschutzklausel“ (so Battis et al., NVwZ 2011, 897 (898)) bezeichnet werden oder nur § 1a Abs. 5 BauGB (Battis, (Fn. 10), § 1a Rn. 37), kann dahinstehen.

¹⁴ Krumb, in: Rixner/Biedermann/Steger (Hrsg.), Systematischer Praxis-Kommentar, BauGB/BauNVO, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 17.

¹⁵ Kment, Neue Gestaltungsmöglichkeiten in der Bauleitplanung, in: Pielow (Hrsg.), Kommunale Energiewirtschaft und -politik im Koordinatensystem des neuen Energierechts, 2014, S. 25 (26).

¹⁶ Battis, (Fn. 10), § 1 Rn. 45.

¹⁷ Battis, (Fn. 10), § 1a Rn. 1.

¹⁸ Die begriffliche Aufteilung hat Verwirrung gestiftet, Fischer, Grundlagen und Grundstrukturen eines Klimawandelanpassungsrechts, 2013, S. 20; Kment, DVBl. 2012, 1125 (1126); Wickel, UPR 2011, 416 (417).

¹⁹ Wickel, UPR 2011, 416 (417).

²⁰ Krumb, (Fn. 14), § 1 Rn. 45.

²¹ Battis, (Fn. 10), § 1a Rn. 1; Fischer, (Fn. 18), S. 204; Mitschang, DVBl. 2012, 134 (135).

²² Wickel, UPR 2011, 416 (417); BMVBS, (Fn. 11), S. 23; 76% der Kommunen wünschten sich eine Klarstellung, Mitschang, BauR 2011, 189 (191).

²³ Bracher/Reidt/Schiller, (Fn. 9), S. 17.

²⁴ Krumb, (Fn. 14), § 1 Rn. 17.

²⁵ BMVBS, (Fn. 11), S. 24; DIfU, (Fn. 3), S. 36 f.; Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 118; Wickel, UPR 2011, 416 (417); schon in Battis/Kersten/Mitschang, Rechtsfragen der ökologischen Stadterneuerung, 2010, S. 65; BT-Drs. 15/2996, S. 62.

²⁶ Battis et al., NVwZ 2011, 897 (898); Krautzberger/Stüer, BauR 2011, 1416 (1418); i.R.v. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG wiederholt sich die Diskussion mit Bezug auf das Durchgriffsverbot aus Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 133.

²⁷ Ambivalent entscheidet BVerwGE 125, 68 (72 f); klar für den globalen Klimaschutz auf Gemeindeebene, BVerwGE 118, 33 (41); § 9 Abs. 1 BauGB bei einer Wassersparmaßnahme verneinend BVerwGE 115, 77 (83); das Ziel „Weltklima“ reiche nicht aus, OVG Lüneburg NVwZ-RR 2003, 174; OVG Münster BauR 1998, 981; Rojahn, Umwelt- und Klimaschutz zwischen kommunaler Bauleitplanung und fachbehördlicher Zuständigkeit – Abgrenzungsfragen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Mitschang (Hrsg.), Klimaschutz und Energieeinsparung in der Stadt- und Regionalplanung, 2009, S. 67 ff.

²⁸ Wickel, UPR 2011, 416 (417).

²⁹ Die Literatur ist noch immer uneinheitlich. Differenziert bei Fachkommission Städtebau: Muster-Einführungserlass zum Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden (BauGBÄndG 2011 – Mustererlass), http://www.mbwsv.nrw.de/service/downloads/Bauen/Muster_Einfuehrungserlass_2011/Muster-Einfuehrungserlass_BauGB_2011.pdf, Abrufv. 16.03.2015, S. 4. Die hiesige Formulierung ist von der Fachkommission inspiriert. Eindeutig auch u.a. bei Bracher/Reidt/Schiller, (Fn. 9), S. 16 f.; Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke, Städtebaurecht. Einführung und Handbuch, 5. Aufl. 2013, S. 143; Wickel, UPR 2011, 416; a.A. Krumb, (Fn. 14), § 1 Rn. 45; Dirnberger, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Öffentliches Baurecht, § 1a Rn. 41; Örtting, REE 2011, 125 (128); uneindeutig Krautzberger/Stüer, BauR 2011, 1416 (1418).

³⁰ Bunzel, ZfBR-Beilage 2012, 114 (116).

³¹ Kment, DVBl. 2012, 1125 (1126); Antweiler/Gabler, BauR 2012, 39 (41).

³² Es wird oft nicht klar zwischen Planungsziel, -leitlinie und -grundsatz unterschieden, Antweiler/Gabler, BauR 2012, 39 (41), die auf den Aufsatz von Hoppe, DVBl. 1994, 1033 (1134) verweisen.

³³ Fachkommission Städtebau, (Fn. 29), S. 3.

³⁴ Kment, JZ 2010, 62 (68); Fischer, (Fn. 18), S. 124.

³⁵ Krumb, (Fn. 14), § 1 Rn. 45; Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 130.

³⁶ Wickel, UPR 2011, 416 (416 f).

³⁷ Sprachliche Genauigkeit hätte sich Kment, DVBl. 2012, 1125 (1126) gewünscht; s. auch Fischer, (Fn. 18), S. 18-21.

³⁸ Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 128.

b) Vollzug

Die Gemeinde kommt mit den „neuen“ Regelungen bei der Planerstellung (§ 1 Abs. 3 BauGB) und der Abwägung (Abs. 7) in Kontakt. Besonders brisant für die kommunale Praxis ist die Abwägung – das „Wie“ der planerischen Konfliktbewältigung. Die Planungshoheit über die Bodennutzung gehört zu den gewichtigsten Aufgaben einer Gemeinde und ist Kernbestandteil des kommunalen Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.³⁹ Hier genießt sie weitestgehende Entscheidungsfreiheit,⁴⁰ welche jedoch durch eine dreifache Rechtsbindung begrenzt ist:⁴¹ erstens durch das Entwicklungsgebot aus § 1 Abs. 3 BauGB und zweitens durch die Bindung an zwingende gesetzliche Vorgaben, Abs. 4.⁴² Die Bauleitplanung solle diese „konkretisieren[,] nicht konterkarieren“⁴³. Zum dritten wird sie durch das Abwägungsgebot aus Abs. 7 begrenzt. Die öffentlichen und privaten Belange sind gegen- und untereinander gerecht abzuwägen. Keinem Planungsziel der Abs. 5, 6 kommt ein absoluter Vorrang zu.⁴⁴ Maßnahmen, die den Klimawandel verhindern, sind häufig der Vorsorge zugeordnet,⁴⁵ stellen oft aber auch einen Grundrechtseingriff dar. Die Abwägung wird hier mit einem erhöhten Begründungsaufwand konfrontiert: Das Risiko des Klimawandels und seiner Folgen lässt sich wegen der globalen und großen zeitlichen Zusammenhänge örtlich begrenzt nur schwer vorhersagen.⁴⁶ Die zu ergreifenden Maßnahmen sind also eher freiwilliger Natur und gemeinwohlorientiert.⁴⁷ Sie wirken generationenübergreifend.⁴⁸ In diesem Aufgabenfeld dominiert das Energiefachrecht, das bundeseinheitliche Vorgaben trifft, für deren Umsetzung örtliche Planung nötig wird. Innerhalb des dadurch gesetzten Rahmens haben Kommunen Spielräume.⁴⁹ Konkret muss die Gemeinde vor allem die örtlichen Bedürfnisse und Potentiale ermitteln.⁵⁰ In jedem Fall muss sie seit der Novelle mit erhöhtem Begründungsaufwand klären, inwieweit die Bauleitplanung zum Klimaschutz beitragen und die Energiewende lokal umsetzen kann.⁵¹

Adaption meint die Anpassung der Raumnutzung an die lokale Risikolage. Eine Handlungspflicht des Staates kann

hier durch Rückgriff auf den polizeirechtlichen Gefahrenbegriff⁵² und die Verpflichtung zum staatlichen Grundrechtsschutz konstruiert werden.⁵³ Zunächst muss die Kommune das örtliche Risiko ermitteln,⁵⁴ um dieses dann im Abwägungsprozess zu bewerten – als Risiko, dem mit Vorsorge zu begegnen ist oder als vernachlässigenswertes Restrisiko.⁵⁵ Der Bereich verwehrt sich einer „Patentlösung“, wie sie das Energiefachrecht im Mitigationsbereich bietet.⁵⁶ Schon nach BauGB a.F. war der Begründungsaufwand für Anpassungsmaßnahmen wegen des Orts- und Gefahrenbezugs geringer.⁵⁷ Dies dürfte sich durch die Novelle nicht deutlich geändert haben.

Die Bauleitplanung bietet die Chance, in einem komplexen Aufgabenfeld (zukunfts-)planerisch tätig zu werden.⁵⁸ Der Abwägungsprozess ist beim Klimaschutz in hohem Maße prognostisch.⁵⁹ Die Wissensgenerierung ist der erste Schritt einer eigenständigen Entscheidung. Die Novelle hat durch die Klarstellung nicht nur motivierende Wirkung, da das Bewusstsein für den Klimaschutz geschärft wird.⁶⁰ Sie ist auch eine gesetzgeberische Entscheidung für die Ausweitung des kommunalen Handlungsraums und nicht zu dessen Begrenzung durch Überfrachtung.⁶¹ Die empfundene Rechtsunsicherheit aufgrund des BauGB a.F. wirkte hemmend auf Kommunen.⁶² Dadurch sind sie hinter ihren Möglichkeiten zurück geblieben.⁶³ Im Planspiel wurde die Klarstellung daher begrüßt.⁶⁴ Die Novelle macht den Klimaschutz nun zur Auflage in der Abwägung. Die Planungspraxis ist häufig durch Personal- und Finanznöte auf die Pflichtaufgaben beschränkt,⁶⁵ sodass ein fakultativer Klimaschutz leerlaufen würde. Die Novelle zwingt den Kommunen die (schwierige) Auseinandersetzung mit dem Klimaschutz nachgerade auf.⁶⁶

2. Flächennutzungsplan: § 5 Abs. 2 Nr. 2 Lit. b), c) BauGB

a) Wirkweise

Laut Gesetzesbegründung soll den (informellen) Energie- und Klimaschutzkonzepten i.S.v. § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB mehr Gewicht beigemessen werden, indem sie letztlich

³⁹ Schmidt, T. I., Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, S. 22.

⁴⁰ Ziekow, in: Ziekow (Hrsg.), Handbuch des Fachplanungsrechts. Grundlagen – Praxis – Rechtsschutz, 2. Aufl. 2014, § 4 Rn. 2; BVerwGE 90, 329 (332 f); Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 108; Röhl, Kommunalrecht, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, S. 27.

⁴¹ Grüner, UPR 2011, 50 (51).

⁴² BVerwGE 90, 329 (331).

⁴³ o.A., Diskussion zu Kommunen und Energieplanung (Zusammenfassung), in: Pielow, Kommunale Energiewirtschaft und -politik im Koordinatensystem des neuen Energierechts, 2014, S. 57.

⁴⁴ Otting, REE 2011, 125 (128).

⁴⁵ Wickel, UPR 2011, 416 (417), der dafür das Beispiel aus § 5 Abs. 1 S. 2 und 3 BImSchG anführt. Hier sei ersichtlich die Vermeidung von Treibhausgasausstößen der Vorsorge zugeordnet.

⁴⁶ Fischer, (Fn. 18), S. 102.

⁴⁷ Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 6 f.

⁴⁸ Vgl. den Wortlaut von § 1 Abs. 5 S. 1 BauGB und Art. 20a GG.

⁴⁹ Fischer, (Fn. 18), S. 101.

⁵⁰ Bspw. Sonnenstunden, Windhöflichkeit.

⁵¹ Kment, DVBl. 2012, 1125 (1127); Antweiler/Gabler, BauR 2012, 39 (41 f).

⁵² Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, S. 188.

⁵³ Fischer, (Fn. 18), S. 63 f, 66.

⁵⁴ Fischer, (Fn. 18), S. 124 f; Kment, JZ 2010, 62 (68); Reese, ZUR 2015, 16 (22 f).

⁵⁵ Reese, ZUR 2015, 16 (23).

⁵⁶ Reese et al., Rechtlicher Handlungsbedarf für die Anpassung an die Folgen des Klimawandels. Analyse, Weiter- und Neuentwicklung rechtlicher Instrumente, 2010, S. 12 ff.

⁵⁷ Schmidt/Kahl/Gärditz, Umweltrecht, 9. Aufl. 2014, § 4 Rn. 48.

⁵⁸ Krebs, Baurecht, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, S. 480.

⁵⁹ Kment, JZ 2010, 62 (69); Reese, ZUR 2015, 16 (18).

⁶⁰ Fischer, (Fn. 18), S. 124, 131, 133, 159 ff; Köck, ZUR 2013, 269 (270).

⁶¹ Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 123.

⁶² Battis et al., NVwZ 2011, 897 (903); Wickel/Zengerling, (Fn. 11), S. 2.

⁶³ Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 12.

⁶⁴ Bunzel, ZfBR 2012, 114 (115 f).

⁶⁵ DfU, (Fn. 3), S. 11; Reese et al., (Fn. 56), S. 105 ff; Fischer, (Fn. 18), S. 133.

⁶⁶ Kment, JZ 2010, 62 (68); Fischer, (Fn. 18), S. 124.

in einen FNP integriert werden.⁶⁷ Dafür wurde § 5 Abs. 2 BauGB um einige Darstellungsvorschläge ergänzt.⁶⁸ Der FNP wurde als das passende Instrument „auserkoren“, um diese rechtsverbindliche Umsetzung zu ermöglichen.⁶⁹ Die Gemeinde hält im FNP ihre „entwicklungsplanerische Konzeption“⁷⁰ der nächsten 10-15 Jahre fest, setzt Raum- wie Fachplanung um und bewältigt Konflikte der Bodennutzung.⁷¹ Dadurch wird ein gebündelter Zusammenschluss von Einzelkonzepten in ein langfristiges Gesamtkonzept am ehesten ermöglicht.⁷²

Der veränderte § 5 Abs. 2 Nr. 2 Lit. b) BauGB beschreibt Mitigationsmaßnahmen. Alle möglichen Varianten von Erneuerbaren Energien (fortan: EE) werden erfasst.⁷³ Nr. 2 Lit. c) bezieht sich komplementär auf Anpassungsmaßnahmen.

Rechtlich haben die Ergänzungen der Novelle nicht zu einer Kompetenzerweiterung geführt. Der Katalog des § 5 Abs. 2 BauGB ist nicht abschließend. Dennoch ist die Gesetzesänderung begrüßt worden, da sie dem Klimaschutz größere Bedeutung beimisst, aber auf neue Pflichten verzichtet, die die kommunale Freiheit beschränken.⁷⁴ Die Novelle betont die steigende Bedeutung des FNP als Planungsinstrument.⁷⁵

b) Vollzug

Durch die Novelle soll eine erleichterte Integration informeller Energie- und Klimaschutzkonzepte⁷⁶ in den FNP ermöglicht und damit der kommunale Handlungsspielraum innerhalb der vorbereitenden Bauleitplanung erweitert werden.⁷⁷ Die in Eigeninitiative erstellten Konzepte enthalten zukunftsgerichtete Leitlinien kommunaler Klima- und Energiepolitik. Rechtlich erzeugen sie nur eine (unvollständige)⁷⁸ Selbstbindung oder allenfalls eine

Bindung über § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB i.R.d. Abwägung.⁷⁹ Der Gesetzgeber strebt eine Übertragung der informellen Konzepte in die formelle Planung an, da ihnen dort eine höhere Verbindlichkeit und Akzeptanz durch die formalisierte Bürger- und Behördenbeteiligung (§§ 3 ff BauGB) zukommt.⁸⁰

Änderungsbedarf rief die kommunale Praxis hervor, da Klimaschutz häufig über die informelle Planung koordiniert wurde.⁸¹ Die politischen Konzepte sind ein Fundus innovativer, ortsspezifischer Lösungsvorschläge.⁸² Sie sind auch deshalb so erfolgreich, weil viele Akteure⁸³ und Fachbereiche⁸⁴ eingebunden werden.⁸⁵ Um die Integration in die formale Planung zu erleichtern, orientieren sich die Änderungen sprachlich an den Konzepten.⁸⁶

Konkret können mittels des FNP zwei zentrale Klimaschutzmaßnahmen umgesetzt werden. Darunter zählt zum einen die Standortausweisung für EE. Durch die Wirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB können privilegierte Vorhaben, für die nur ein „gesetzlicher Ersatzplan“⁸⁷ besteht, parzellenscharf⁸⁸ reguliert und so EE gefördert werden.⁸⁹ Die Beteiligungsmöglichkeiten können zur Akzeptanz neuer Energieformen im Gemeindegebiet beitragen.⁹⁰ Bedeutung kommt dem FNP zum anderen bei der grundlegenden Planung der Siedlungs- und Freiflächenstruktur zu. Mit „Innenentwicklung versus Klimaschutz“⁹¹ kann das größte potentielle Konfliktfeld zwischen Adaption und Mitigation beschrieben werden: Durch eine Verdichtung mittels Innenentwicklung⁹² kann zwar der Wärmebedarf eines Viertels begrenzt werden (Mitigation). Eine lockere Siedlungsstruktur kühlt dagegen mit Kaltluftschneisen das Mikroklima (Adaption). Nur ein großflächig angelegter Plan (§ 5 Abs. 1 S. 1 BauGB) kann durch Ausgleichsflächen o.Ä. einen (klimaschützenden) Kompromiss finden. Die Aufzählung einzelner Festsetzungsmöglichkeiten im Gesetz soll „Anstoß- bzw. Signalwirkung“⁹³ entfalten. Die Gemeinden werden angehalten, die konfliktträchtige Pla-

⁶⁷ BR-Drs. 344/11, S. 13.

⁶⁸ Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 12. Aufl. 2014, § 5 Rn. 11; Mitschang, Novellierungsmöglichkeiten und Erfordernisse zu Klimaschutz und Klimaanpassung im Allgemeinen Städtebaurecht, in: BMVBS, Berliner Gespräche zum Städtebaurecht. Band II: Dokumentation Festveranstaltung/Materialien, 2010, S. 78.

⁶⁹ Guckelberger, DÖV 2006, 973 (981).

⁷⁰ Rabe/Pauli/Wenzel, Bau- und Planungsrecht, 7. Aufl. 2014, S. 67, 70; Mitschang, (Fn. 71), § 5 Rn. 1.

⁷¹ Mitschang, LKV 2007, 102 (102); der FNP treffe „grundsätzliche Bodennutzungsentscheidungen“, Rabe/Pauli/Wenzel, (Fn. 70), S. 65; a.A. ihm komme nur geringes Konfliktbewältigungspotential zu, Mitschang, (Fn. 71), § 5 Rn. 1; Ferner, in: Ferner/Kröninger/Aschke (Hrsg.), Baugesetzbuch mit Baunutzungsverordnung. Handkommentar, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 4.

⁷² Mitschang, (Fn. 71), S. 77; „Gegenstromprinzip“, Finkeldei, Anpassungsgebot und Gegenstromprinzip – Anforderungen und Planungspraxis, in: Mitschang (Hrsg.), Flächennutzungsplanung – Aufgabenwandel und Perspektiven, 2007, S. 55 f.

⁷³ Fachkommission Städtebau, (Fn. 29), S. 4.

⁷⁴ Antweiler/Gabler, BauR 2012, 39 (42); Bunzel, ZfBR 2012, 114 (115); BMVBS, (Fn. 11), S. 24.

⁷⁵ Battis et al., NVwZ 2011, 897 (899); Wickel, UPR 2011, 416 (419).

⁷⁶ Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 361.

⁷⁷ BT-Drs. 17/6067, S. 1; DIfU, (Fn. 3), S. 33 f.; Rabe/Pauli/Wenzel, (Fn. 70), S. 68; Jaeger, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Öffentliches Baurecht, § 5 Rn. 22; Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 112 f.

⁷⁸ Mitschang, (Fn. 9), S. 96.

⁷⁹ Die konzeptionelle Planung kann ein Planerfordernis begründen, Bracher/Reidt/Schiller, (Fn. 9), S. 16 f.; sie kann die Verhältnismäßigkeit beeinflussen, Wickel/Zengerling, (Fn. 11), S. 2; i.Ü. Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 357; Mitschang, (Fn. 9), S. 95 f.⁸⁰ BR-Drs. 344/11, S. 19; Jaeger, (Fn. 77), § 5 Rn. 46a.

⁸¹ Mitschang, (Fn. 9), S. 82; lediglich 26,4% der Kommunen gaben an, kein Klimaschutzkonzept erstellt zu haben, Rösler/Langel/Schormüller, Kommunaler Klimaschutz, Erneuerbare Energien und Klimawandel in Kommunen. Ergebnisse einer Difu-Umfrage, 2013, S. 3.

⁸² „[I]deen- und facettenreich um sich greifende Energieeffizienz- und Klimaschutzkonzepte auf Gemeindeebene“, Pielow, Vorwort des Herausgebers, in: Pielow (Hrsg.), Kommunale Energiewirtschaft und -politik im Koordinatensystem des neuen Energierechts, 2014, S. 9.

⁸³ „Klimaschutz als Gemeinschaftsaufgabe“, DIfU, (Fn. 3), S. 123.

⁸⁴ „Klimaschutz als Querschnittsaufgabe“, Gärditz, JuS 2008, 324 (325).

⁸⁵ Mitschang, (Fn. 9), S. 96.

⁸⁶ Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 116; kritisch Wickel/Zengerling, (Fn. 11), S. 2.

⁸⁷ Battis, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 6. Aufl. 2014, S. 55.

⁸⁸ Mitschang, (Fn. 71), § 5 Rn. 8, 1b; Wickel, UPR 2011, 416 (419).

⁸⁹ Mitschang, (Fn. 71), § 5 Rn. 7.

⁹⁰ DIfU, (Fn. 3), S. 34, 75 ff.

⁹¹ Mitschang, (Fn. 9), S. 94; Otto, ZfBR 2013, 434.

⁹² Die Innenentwicklungsnovelle 2013 hat dieses Konfliktfeld verstärkt.

⁹³ Bunzel, ZfBR-Beilage 2012, 114 (117).

nung auch im formellen Sinne vorzunehmen.⁹⁴ Dadurch wird der Privatwirtschaft Investitionssicherheit geboten.⁹⁵ In der Planungskette, ausgehend von verpflichtenden überregionalen Konzepten hin zu informeller Planung auf Gemeindeebene, nimmt der FNP daher eine wichtige Position für die Durchsetzung und Akzeptanz der Energiewende ein.⁹⁶

Trotz dieser Änderungen stellte *Mitschang* 2013 fest, dass zwar mehr informelle Planungen vorgenommen, sie aber kaum in rechtliche Planung integriert werden.⁹⁷ Das Klimaschutzpotential würde vornehmlich nicht in der Bauleitplanung gesehen⁹⁸ und größere Anlagen oft überregional geplant.⁹⁹

3. Bebauungsplan:

§ 9 Abs. 1 Nr. 12, 23 Lit. b), 9 Abs. 6 BauGB

a) Wirkweise

Die Änderungen in § 9 BauGB stehen gänzlich im Lichte der Energiewende. Die Bauleitplanung soll an das Energiefachrecht angepasst werden, um jenes bei der Umsetzung flankierend zu unterstützen.¹⁰⁰ § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB¹⁰¹ wurde dazu ergänzt und Nr. 23 Lit. b) ausdifferenziert. In Abs. 6 wurde die nachrichtliche Übernahme eines Anschluss- und Benutzungszwangs normiert.

Anders als der FNP enthält der BPlan rechtsverbindliche Festsetzungen für die städtebauliche Nutzung in Form einer Satzung, §§ 8 Abs. 1 S. 1, 10 Abs. 1 BauGB. Der Planaufsteller muss sich wegen der Funktion des BPlans als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums an gesetzlich normierte Darstellungsmöglichkeiten halten.¹⁰² Bei der Planaufstellung *müssen* fachrechtliche Anforderungen, insbesondere des Energiefachrechts, beachtet werden.¹⁰³ Nicht aus rechtlichen, sondern aus politischen Gründen findet sich daher der wiederholte Appell in den Gesetzgebungsmaterialien, die Bauleitplanung solle nicht in Konkurrenz zum Energiefachrecht treten.¹⁰⁴

Die Darstellungsmöglichkeiten des § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB wurden nicht erweitert.¹⁰⁵ Die explizite Nennung verschiedener Varianten, was als Versorgungsfläche festgesetzt werden kann, soll allerdings motivierend wirken.¹⁰⁶

Nr. 23 Lit. b) ist hingegen in zwei Richtungen ausgedehnt worden. Zum einen erfasst sie nun auch die Kraft-Wär-

me-Kopplung und verzichtet auf eine hervorgehobene Stellung der Photovoltaik.¹⁰⁷ Zum anderen können „sonstige technische Maßnahmen“ festgesetzt werden. Die Bedeutung dieses Begriffs erschließt sich durch den Hinweis, dass der Einsatz von EE eine Festsetzung technischer Maßnahmen erfordert. Die Kommune ist hier nicht auf Angebotsplanung beschränkt, sondern kann die Installation von Anlagen zur Erzeugung EE im Neubau verbindlich festsetzen.¹⁰⁸ Die Nutzung selbst ist als „Verhaltensanforderung mangels bodenrechtlichen Bezugs“¹⁰⁹ nicht festsetzbar.

§ 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. b) BauGB ist auf die „Errichtung von Gebäuden“ beschränkt. Dabei liegt im Gebäudebestand großes Energieeinsparungspotential.¹¹⁰ Auch wenn eine Ausweitung auf den Bestand in energetischer Hinsicht sinnvoll gewesen wäre,¹¹¹ sprechen die besseren Gründe gegen die Aufnahme, weil dies eine erhebliche Belastung für Eigentümer bei gleichzeitig nur geringer Steuerungsmöglichkeit bedeutet. Nach einer breiten Debatte wurde eine Aufnahme in das EEWärmeG deshalb abgelehnt.¹¹² Es ist nur konsequent, diese legislative Leitlinie im Baurecht weiterzuführen.¹¹³

Abs. 6 ermöglicht die nachrichtliche Übernahme eines Anschluss- und Benutzungszwangs zur Information der an der Planung Beteiligten und der Bürger.¹¹⁴

Den Ergänzungen des Katalogs in § 9 BauGB kommt größere Bedeutung zu als denen des (unverbindlichen) § 5 BauGB.¹¹⁵ Während die Änderung des § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB maßgeblich klarstellender Natur ist, hat die Ausweitung von Nr. 23 Lit. b) spürbare Auswirkungen. Die neuen Festsetzungsmöglichkeiten sind der Mitigation zuzuordnen. Im Bereich der Adaption wurde im Umkehrschluss kein Handlungsbedarf gesehen.

b) Vollzug

Die Kommune ist „zentraler Akteur der Energiewende“¹¹⁶. Mit der verbindlichen Bauleitplanung kann sie in verschiedenen Bereichen tätig werden.¹¹⁷ Wie im FNP können auch

⁹⁴ Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 112 f.

⁹⁵ DIfU, (Fn. 3), S. 80; Bunzel, ZfBR 2012, 114 (117).

⁹⁶ Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 345; Lerch/Scholl/Gründler, Kommunal-kongress 2014: „Energie wenden – Heimat wahren“, <http://www.kas.de/wf/de/33.39524/>, Abruf v. 23.03.2015.

⁹⁷ Bunzel, ZfBR 2012, 114 (117); Mitschang, BauR 2011, 189 (201).

⁹⁸ Mitschang, (Fn. 9), S. 94.

⁹⁹ Die Gemeinde ist gebunden, § 1 Abs. 4 BauGB.

¹⁰⁰ Mitschang, (Fn. 71), S. 78.

¹⁰¹ Entspricht § 5 Abs. 2 Nr. 2 Lit. b) BauGB; Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke, (Fn. 29), S. 255.

¹⁰² Krebs, (Fn. 58), S. 472-475.

¹⁰³ Schmidt/Kahl/Gärditz, (Fn. 57), § 6 Rn. 62, 81; Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke, (Fn. 29), S. 25 f.

¹⁰⁴ BMVBS, (Fn. 11), S. 10, 32; Mitschang, (Fn. 71), S. 78.

¹⁰⁵ Wickel, UPR 2011, 416 (419); Bunzel, ZfBR 2012, 114 (118).

¹⁰⁶ Bunzel, ZfBR 2012, 114 (118).

¹⁰⁷ Fachkommission Städtebau, (Fn. 29), S. 7.

¹⁰⁸ Das war nach BauGB a.F. umstritten BR-Drs. 344/11, 21 f; Wickel, UPR 2011, 416 (419); Mitschang, (Fn. 71), S. 81; zur n.F. s. Grigoleit, ZfBR-Beilage 2012, 95 (98); Krautzberger, in: Ernst et al. (Begr.), Baugesetzbuch, 115. EL, § 9 Rn. 110; Wickel, UPR 2011, 416 (419); warnen vor Belastung der Eigentümer und Mieter: DAV, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der klimagerechten Stadtentwicklung in den Gemeinden, 2011, S. 3; so auch MdB Beckmeyer (SPD), Bansen, Klimaschutz im Baurecht, Beitrag vom 16. Mai 2011, http://www.deutschlandfunk.de/mehr-klimaschutz-im-baurecht.697.de.htm?dram:article_id=78149, Abruf v. 19.03.2015; auch BR-Drs. 344/11, S. 22.

¹⁰⁹ Grigoleit, ZfBR-Beilage 2012, 95 (99).

¹¹⁰ DIfU, Planspiel zur Novellierung des Bauplanungsrechts. Endbericht, 2012, S. 56; Wickel, UPR 2011, 416 (419) f; o.A., (Fn. 45), S. 58.

¹¹¹ Klima-Bündnis e.V., Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der klimagerechten Entwicklung in den Städten und Gemeinden, 2011, S. 4 f; Krautzberger; DVBl. 2012, 69 (69).

¹¹² BMVBS, (Fn. 11), S. 25 f.

¹¹³ Anderes ergibt sich nicht aus Art. 13 Abs. 4 RL 2009/28/EG.

¹¹⁴ BR-Drs. 344/11, S. 22.

¹¹⁵ Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke, (Fn. 29), S. 255.

¹¹⁶ Portz/Richter, KommJur 2014, 2 (2).

¹¹⁷ Mitschang, (Fn. 71), S. 79; BMVBS, (Fn. 11), S. 25.

im BPlan Standortentscheidungen für den Einsatz EE getroffen¹¹⁸ oder eine optimale Ausrichtung der Baukörper über § 9 Abs. 1 Nr. 1, 2 Alt. 3 BauGB dargestellt werden.¹¹⁹ Weitere Handlungsoptionen bestehen bei der Versorgung eines Baugebietes mit Fernwärme, also der Feinsteuerung der Kraft-Wärme-Kopplung.¹²⁰ An Wärmenetzen ist eine Vielzahl Eigentümer und Nutzer beteiligt, weshalb der Netzausbau kommunal gelenkt werden muss. Nur im Baurecht ist parzellenscharfe Planung denkbar.¹²¹ Über § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB kann die Gemeinde den Standort für das Blockheizkraftwerk sichern. Den Benutzungszwang selbst kann sie aber nur über eine gemeindliche Satzung (§ 9 S. 1 GO NRW),¹²² einen privatwirtschaftlichen Vertrag (§ 11 BauGB) oder den Verkauf eines gemeindeeigenen Grundstücks vorschreiben.¹²³

Bei Festsetzungen von Wärmeschutzanforderungen im BPlan über Nr. 24 ist die Kommune unmittelbar mit dem Energiefachrecht konfrontiert. Da dieses nur teilweise abschließend ist, sind zusätzliche Festsetzungen möglich, § 3 Abs. 4 Nr. 2 EEWärmeG.¹²⁴ Dies gilt vor allem im baulichen Bestand, da das Energiefachrecht nur Neubauten betrifft.¹²⁵ Hiervon wird den Kommunen jedoch abgeraten – zu hoch seien technische Anforderungen¹²⁶ und jene an die Verhältnismäßigkeit.¹²⁷ Denn meistens umgehen BPläne auf der Basis des § 3 Abs. 4 Nr. 2 EEWärmeG die Technologieoffenheit des Gesetzes.¹²⁸ Das Fachrecht sei aber vor allem mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die grundrechtliche Schrankenfunktion¹²⁹ erprobt worden und damit „besser gerüstet“¹³⁰. Daher sei die Änderung des § 9 BauGB für die Umsetzung nicht zu überschätzen.¹³¹

Trotz der Konkurrenz zwischen Bodennutzungs- und Energiefachrecht überzeugt die Novelle aber dennoch, da die Bauleitplanung durch eine eigene, verpflichtende Energiepolitik überfrachtet würde.¹³² Der Klimaschutz ist kein vorrangiges Ziel, es bleibt der Gemeinde also frei, wie sie ihm gerecht wird.¹³³ Durch die „neuen“ Optionen

hat sie hierfür nun die nötigen Instrumente. 2013 gaben denn auch 70,9% der Kommunen an, Klimaschutzbelange in der Bauleitplanung zu berücksichtigen.¹³⁴ Ob allerdings Engagement der Größenordnung „Marburger Solarsatzung“¹³⁵ erwartbar ist, bleibt aufgrund der hohen Ansprüche an die Verhältnismäßigkeit zweifelhaft.

4. Windenergie: § 249 Abs. 1 S. 1 BauGB

a) Wirkweise

Die Sonderregelung soll den Windkraftausbau vorantreiben. Anknüpfend an die Konzentrationszonenregelung (§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB) stellt § 249 Abs. 1 S. 1 BauGB eine Vermutung auf, wenn zusätzliche Flächen ausgewiesen werden.¹³⁶

Windkraftanlagen gehören ob der von ihnen ausgehenden Emissionen in den Außenbereich. Gemeinden in windhöffigen Regionen können im FNP mit Wirkung von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die Entwicklung der Anlagen durch Bündelung steuern, indem sie Windparks vorsehen.¹³⁷ Die Privilegierung der Windenergie steht dann unter dem Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB.¹³⁸ Damit darüber eine Sperrwirkung entsteht, ist ein schlüssiges Plankonzept¹³⁹ erforderlich, das den Abwägungsanforderungen gerecht wird.¹⁴⁰ Die Ausweisung an einer Stelle muss mit der Prüfung einhergehen, ob das übrige Gemeindegebiet als Standort ausscheidet.¹⁴¹ So soll eine Verhinderungsplanung unterbunden werden, die der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB widerspricht.¹⁴² Eine Neuausweisung von Flächen ist im Zuge der Energiewende nötig, um die Windenergieproduktion zu erhöhen.¹⁴³ Vor der Novelle bestand für die Gemeinde die Gefahr, dass durch eine Neuplanung das „substantielle Raumgeben“ und die Schlüssigkeit der vorherigen Gesamtplanung infragegestellt werden konnten.¹⁴⁴ Sollte der Plan dadurch „gekippt“¹⁴⁵ werden, könnte die Kommune einen „Wildwuchs“¹⁴⁶ nur noch durch die Zurückstellung von Anträgen verhindern, § 15 Abs. 3 BauGB.¹⁴⁷

§ 249 Abs. 1 S. 1 BauGB enthält deshalb die Vermutung, dass eine Neuausweisung zusätzlicher¹⁴⁸ Flächen die Wir-

¹¹⁸Söfker, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Öffentliches Baurecht, § 249 Rn. 13.

¹¹⁹IVm BauNVO, DfU, (Fn. 3), S. 43, 55.

¹²⁰DfU, (Fn. 3), S. 33.

¹²¹Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 67; Schmidt/Kahl/Gärditz, (Fn. 57), § 6 Rn. 86 f; Brüning, Energieintelligente Steuerung mittels (sonstiger) Satzungen und Abgaben?, in: Pielow, Kommunale Energiewirtschaft und -politik im Koordinatensystem des neuen Energierechts, 2014, S. 37 (41).

¹²²Schmidt/Kahl/Gärditz, (Fn. 57), § 6 Rn. 87.

¹²³Bothe, in: Rixner/Biedermann/Steger (Hrsg.), Systematischer Praxis-Kommentar. BauGB/BauNVO, 2. Aufl. 2014, § 9 Rn. 126.

¹²⁴BT-Drs. 17/3629, S. 45; auch Schmidt/Kahl/Gärditz, (Fn. 57), § 6 Rn. 98.

¹²⁵Moser, Klimaschutz durch die Energieeinsparverordnung, 2011, S. 196.

¹²⁶Praktische Hilfestellung bei Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 66, 140.

¹²⁷DfU, (Fn. 3), S. 47; Battis, (Fn. 1), S. 185 f; Bunzel, ZfBR 2012, 114 (118); Wickel/Zengerling, (Fn. 11), S. 3.

¹²⁸Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 27 f, 403.

¹²⁹Prüfung von Art. 14 Abs. 1 GG bei Moser, (Fn. 125), S. 252 ff.

¹³⁰Zit. in: BMVBS, (Fn. 11), S. 22; für alles ebd., S. 21 f.

¹³¹So beteiligte Kommunen im Planspiel, Bunzel, ZfBR 2012, 114 (118).

¹³²Mitschang, (Fn. 9), S. 94; Stüer/Stüer, DVBl. 2011, 1117 (1118); Dirnberger, in: Jäde/Dirnberger/Weiß (Hrsg.), Baugesetzbuch. Baunutzungsverordnung, 7. Aufl. 2013, § 1 Rn. 35.

¹³³Wickel, UPR 2011, 416 (418); DfU, (Fn. 3), S. 73.

¹³⁴Rösler/Langel/Schormüller, (Fn. 81), S. 8.

¹³⁵Dazu DfU, (Fn. 3), S. 57 f.

¹³⁶Oder Auslegungsregelung, bei Wickel, UPR 2011, 416 (418).

¹³⁷Rabe/Pauli/Wenzel, (Fn. 70), S. 179.

¹³⁸Portz/Richter, KommJur 2014, 2 (3); Rabe/Pauli/Wenzel, (Fn. 70), S. 179; Scheidler, ZfBR-Beilage 2012, 76 (76 f).

¹³⁹Grundlegend in BVerwGE 117, 287 (295); Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Weiß (Hrsg.), Baugesetzbuch. Baunutzungsverordnung, 7. Aufl. 2013, § 35 Rn. 281.

¹⁴⁰Jäde, (Fn. 139), § 249 Rn. 2; Scheidler, ZfBR-Beilage 2012, 76 (76).

¹⁴¹BVerwGE 117, 287 (293 ff).

¹⁴²„Feigenblattplanung“, BVerwGE 117, 287 (295); Portz/Richter, KommJur 2014, 2 (3); Scheidler, ZfBR-Beilage 2012, 76 (77); Söfker, (Fn. 118), § 35 Rn. 113.

¹⁴³Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke, (Fn. 29), S. 192.

¹⁴⁴Fachkommission Städtebau, (Fn. 29), S. 13 f; Scheidler, ZfBR-Beilage 2012, 76 (77).

¹⁴⁵Battis et al., NVwZ 2011, 897 (903 f).

¹⁴⁶Rabe/Pauli/Wenzel, (Fn. 70), S. 179.

¹⁴⁷Scheidler, ZfBR-Beilage 2012, 76 (77 f); Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke, (Fn. 29), S. 300, 340.

¹⁴⁸Scheidler, ZfBR-Beilage 2012, 76 (78).

kung von § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für den ursprünglichen FNP nicht beeinflussen soll. Die Novelle hat für diese Gesetzesänderung viel Kritik erhalten.¹⁴⁹ Eine Gesetzesänderung sei nicht notwendig gewesen und eine Novelle allein zur Klarstellung könne problematische Folgen haben.¹⁵⁰ Schon im Gesetzgebungsverfahren wurde festgestellt, dass der Ausbau der Windkraft rechtlich vom BauGB a.F. gedeckt sei,¹⁵¹ da ein substantielles „Raumschaffen“ lediglich ein Mindestmaß darstelle. Die Gesetzesauslegung müsse im Einzelfall dem Anwender überlassen werden. Die Legislative könne diesen Schritt nicht vorwegnehmen.¹⁵² *Kment* führt daher verfassungsrechtliche Bedenken an, denn über die Rechtmäßigkeit eines FNPs könne nicht einfachrechtlich entschieden werden.¹⁵³ Mögliche Rückschlüsse aus § 249 BauGB auf andere Privilegierungen in § 35 Abs. 1 BauGB würden die Rechtssicherheit beeinträchtigen.¹⁵⁴ § 249 BauGB ist jedoch nicht in diesem Sinne zu verstehen. Es soll ein besonderer Einzelfall geregelt werden, „[d]ie Vorschrift heilt aber nicht eine aus anderen Gründen unwirksame (...) Konzentrationszonenplanung“.¹⁵⁵

Die Novelle war darüber hinaus auch notwendig: Zuvor verzichteten Kommunen aus „Angst“ vor Fehlern auf Neuausweisungen und behinderten so die Energiewende.¹⁵⁶ § 249 Abs. 1 S. 1 BauGB nimmt den Kommunen ihre Besorgnis. Die Änderung mag gesetzessystematisch unsauber in den Schlussvorschriften¹⁵⁷ oder sogar unnötig sein.¹⁵⁸ Für den Vollzug ist die Regelung aber von großer Bedeutung.

b) Vollzug

Die Energiewende erfordert viele Neubaumaßnahmen im Bereich der Stromerzeugung.¹⁵⁹ Bei der Planung wird zwischen harten und weichen Tabuzonen sowie Potentialflächen unterschieden.¹⁶⁰ Annahme und Ausschluss einzelner Zonen werden einem „gründlichen Abwägungsprozess“¹⁶¹ unterzogen.¹⁶² Die Entscheidung für oder gegen einen Standort wird nicht selten aus artenschutzrechtlichen

Gründen getroffen.¹⁶³ Dies belastet den Abwägungsprozess zeitlich wie finanziell. Schon in einfach gelagerten Fällen kann eine Ausweisung über ein Jahr dauern.¹⁶⁴ In diesen Verfahren fühlen sich die Kommunen „allein gelassen“¹⁶⁵. Durch das Zusammenspiel mit Investoren offenbaren sich im Planverfahren auch die ungleichen Machtpositionen der Beteiligten¹⁶⁶ – die generelle Streitanzahllichkeit des FNP verschlechtert die Situation weiter.¹⁶⁷ Oft sind die Kommunen bei der Standortwahl aber gar nicht frei, sondern an überörtliche Planung gebunden, in die sie teils wenig einbezogen werden.¹⁶⁸ Dadurch wird die kommunale Planungshoheit negativ beeinflusst.¹⁶⁹ Bei positiver Einstellung der Bürger gegenüber Windenergieanlagen können überregional zu wenige, bei kritischer Einstellung zu viele Vorrangflächen ausgewiesen werden.¹⁷⁰ In einigen Punkten hat der Gesetzgeber Rechtssicherheit geschaffen. Er kann den Abwägungsprozess jedoch nicht für einzelne Anlagen vorwegnehmen.¹⁷¹ Aufgabe der Gemeinden ist gerade, Konflikte der konkurrierenden Bodennutzung sachgerecht zu lösen, nicht zuletzt, um die Akzeptanz der Windenergie zu fördern.¹⁷² Insgesamt wird die Novelle aber auch aus dem Blickwinkel des Vollzugs der Intention des Gesetzgebers gerecht. Die Kommunen begrüßen daher die Änderungen im Bereich Windenergie trotz fortbestehender Widrigkeiten.¹⁷³

III. „Makroebene“: Bewertung der Novelle

1. Bewertung auf rechtlicher Ebene

Auf den ersten Blick erscheint die Novelle als „Novellierung *light*“.¹⁷⁴ Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch eine erheblich aufgewertete Klimaschutzprogrammatische.¹⁷⁵ Zentral ist die eindeutige Positionierung des BauGB im Streit um die städtebauliche Erforderlichkeit des Klimaschutzes, die die Planbegründung (§ 9 Abs. 8 BauGB i.V.m. § 2a BauGB) erleichtert.¹⁷⁶ Im Zuge dieser Klarstellung ist nun der Klimaschutz mit neuem Gewicht als Pflichtbestandteil in die Abwägung gelangt. Darüber hinaus hat die Novelle die Gestaltungsoptionen (für die Mitigation)¹⁷⁷ der

¹⁴⁹ *DAV*, (Fn. 108), S. 6; *Kment*, (Fn. 15), S. 31.

¹⁵⁰ *BMVBS*, (Fn. 11), S. 25.

¹⁵¹ Verweis auf Studie von BMU und DStGB 2009, *BMVBS*, (Fn. 11), S. 27 f.

¹⁵² *BMVBS*, (Fn. 11), S. 25.

¹⁵³ *Kment*, DVBl. 2012, 1125 (1128); *Wickel*, UPR 2011, 416 (419).

¹⁵⁴ *Kment*, DVBl. 2012, 1125 (1128).

¹⁵⁵ *Jäde*, (Fn. 139), § 249 Rn. 3.

¹⁵⁶ *Antweiler/Gabler*, BauR 2012, 39 (44); *Scheidler*, ZfBR-Beilage 2012, 76 (78).

¹⁵⁷ *Kment*, (Fn. 15), S. 35.

¹⁵⁸ *Kment*, (Fn. 15), S. 31.

¹⁵⁹ *o.A.*, (Fn. 45), S. 57.

¹⁶⁰ *Sander*, in: Rixner/Biedermann/Steger (Hrsg.), Systematischer Praxis-Kommentar. BauGB/BauNVO, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 109.

¹⁶¹ *Scheidler*, ZfBR-Beilage 2012, 76 (77); „normale Abwägungsentscheidung“, *Kment*, Vortrag am 6. September 2012 auf dem Symposium des Zentralinstituts für Raumplanung an der Universität Münster am 6. September 2012, <http://www.jura.uni-muenster.de/go/organisation/fakultaetsnahe-einrichtungen/zir/veranstaltungen/vergangene-veranstaltungen/symposium-2012.html>, Abruf v. 22.03.2015.

¹⁶² *Portz/Richter*, KommJur 2014, 2 (4); *Rabe/Pauli/Wenzel*, (Fn. 70), S. 179.

¹⁶³ Naturschutz als zentrales Konfliktfeld, bei *Anger/Gerhold*, ZfBR-Beilage 2012, 90 (90).

¹⁶⁴ *Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke*, (Fn. 29), S. 300.¹⁶⁵ *Repowering-InfoBörse*, Qualitative Analyse der Hemmnisse des Repowering von Windenergieanlagen, 2012, S. 23.

¹⁶⁶ *Kment*, BauR 2005, 1257 (1265 f); *Repowering-InfoBörse*, (Fn. 165), S. 21, 23.

¹⁶⁷ *Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke*, (Fn. 29), S. 300.

¹⁶⁸ „Zurückgeworfen auf das Reagieren“, *Repowering-InfoBörse*, (Fn. 165), S. 21; *Bringewat*, ZUR 2013, 82 (82); BR-Drs. 344/11, S. 32; *Krappel/Süßkind-Schwendi*, ZfBR-Beilage 2012, 65 (65).

¹⁶⁹ *o.A.*, (Fn. 45), S. 58.

¹⁷⁰ *Bringewat*, ZUR 2013, 82 (83).

¹⁷¹ *Bunzel*, ZfBR 2012, 114 (122).

¹⁷² *Djfu*, (Fn. 3), S. 77.

¹⁷³ *Bunzel*, ZfBR 2012, 114 (122).

¹⁷⁴ Eine „kleineren“ Novelle“ mit „einem nicht unerheblichen Anteil Klarstellungen“, die „leichtgewichtig, wenn auch wohlklingend“ sei, *Krautberger*, Entwicklungstrends der letzten 25 Jahre im Städtebaurecht, in: Spannowsky/Büchner (Hrsg.), FS-Birk, 2013, S. 5 (11-13).

¹⁷⁵ *Stüer/Stüer*, DVBl. 2011, 1126.

¹⁷⁶ *Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke*, (Fn. 29), S. 143.

¹⁷⁷ *Fischer*, (Fn. 18), S. 318, 320.

Kommunen sanft erweitert, ohne diese mit neuen Pflichten zu belasten. § 9 Abs. 1 Nr. 23 Lit. b) BauGB sticht heraus, da die Gemeinde hier über die Angebotsplanung hinausgehen kann. Durch die hohen Anforderungen an die Abwägung ist die praktische Bedeutung dieser Änderung gering. Die (erneute) Aufwertung des FNP im Außenbereich unterstreicht die gesetzeswidrige Einstufigkeit der Planung und damit einen Prozess der auch mit Einführung des § 13a Abs. 2 Nr. 2 BauGB und § 245a Abs. 3 BauGB für den BPlan zu beobachten ist.¹⁷⁸ Insgesamt wird die Novelle der Intention gerecht, durch Klarstellung Rechtssicherheit zu schaffen und die Kommunen zu Klimaschutzakteuren zu machen.¹⁷⁹

2. Bewertung auf Ebene der Umsetzung

Die erste Stufe von Risikobewältigung ist die Bewusstseinsschärfung und Wissensgenerierung.¹⁸⁰ Die Novelle schafft durch kleine Änderungen, dass die Gemeinden in jedem Abwägungsprozess prüfen müssen, welche Wechselwirkungen das Vorhaben mit dem Klimawandel hat.¹⁸¹ Das Weltklima ist bei weitem nicht das einzige Problem, das die Kommunen in ihrer Planung angehen müssen. Dass der Klimaschutz nun zum Pflichtteil der Abwägung geworden ist, wird dieser kommunalen Wirklichkeit gerecht. Das Zusammenspiel von Energiefachrecht und Bauleitplanung ist erleichtert worden.¹⁸² Das ist wichtig, da Mitigationsmaßnahmen häufig durch das Energiefachrecht geleitet sind. Hier sowie im Anpassungsrecht kommt den Kommunen die bedeutende Aufgabe zu, große Entwicklungen durch Feinsteuerung an die konkreten örtlichen Gegebenheiten anzupassen. Das Zusammenspiel beider Rechtsgebiete zeigt aber auch, dass „Klimaschutz (...) in ein Spannungsfeld zwischen staatlichen Vorgaben und kommunaler Selbstverwaltung [gerät]“.¹⁸³ Durch die Verwaltungsform „Planung“ kann die örtliche Konfliktbewältigung für das Energierecht übernommen, mittels des formellen Verfahrens Bürgerakzeptanz hergestellt¹⁸⁴ und durch die Langlebigkeit des Instruments Investitionssicherheit¹⁸⁵ gewährleistet werden. Von der Novelle geht eine motivierende Wirkung aus, sich dem Konflikt in der Bauleitplanung zu stellen.¹⁸⁶ Darüber hinaus ist es von gemeindlichem Engagement abhängig, wie viel Klimaschutz möglich ist.¹⁸⁷

IV. Schlussbetrachtung

Die Gesetzesänderung, die mit der Novelle von 2011 den Klimaschutz in das Zentrum der Bauleitplanung stellt, ermöglicht den Kommunen „allmählich in die ihnen (...) gemäß Art. 20a GG obliegende Verantwortung für eine (...) nachhaltige Entwicklung hineinzufinden.“¹⁸⁸ Beim Klimaschutzrecht handelt es sich um ein Mehrebenensystem und zugleich um einen Querschnittsbereich. Die Bauleitplanung soll nicht an die Stelle des dynamischen Energiefachrechts treten, sondern es begleitend flankieren.¹⁸⁹ Dafür wurde die Rolle der Kommune durch die Novelle neu beschrieben: Ihre Mitwirkung bei der Energiewende ist erforderlich, ein *Mitgestalten* aber durch bundesrechtliche Gesetzgebung und überregionale Planung nicht unterstützt.¹⁹⁰

¹⁷⁸Mitschang, (Fn. 9), S. 98 f; Mitschang, LKV 2007, 102 (108 f).

¹⁷⁹Hätte sich trotz positiver Bewertung „mehr“ gewünscht, Wickel, UPR 2011, 416 (421).

¹⁸⁰Kment, JZ 2010, 62 (68); Fischer, (Fn. 18), S. 124.

¹⁸¹Wickel, UPR 2011, 416 (421); Krebs, (Fn. 58), S. 480.

¹⁸²Mitschang, (Fn. 9), S. 94.

¹⁸³Moser, (Fn. 125), S. 196.

¹⁸⁴Battis, (Fn. 1), S. 182; Lerch/Scholl/Gründler, (Fn. 96).

¹⁸⁵Antweiler/Gabler, BauR 2012, 39 (46).

¹⁸⁶A.A. Kment, (Fn. 166), die Novelle reiche nicht, um die „Herkulesaufgabe Energiewende“ zu bewältigen.

¹⁸⁷I.d.S. auch Antweiler/Gabler, BauR 2012, 39 (46).

¹⁸⁸Kahl/Schmidtchen, (Fn. 5), S. 109.

¹⁸⁹Bunzel, DVBl. 2010, 1551 (1552).

¹⁹⁰Ähnlich Kahl, ZUR 2010, 395 (395).