



BVB / FREIE WÄHLER FRAKTION IM LANDTAG BRANDENBURG

## Antrag an den Landtag Brandenburg im Mai 2022

### Antrag

Kompetenzüberschreitung des Bundes bei der Festlegung von maximalen Mindestabständen für Windkraftanlagen im Baugesetzbuch entgegnetreten: Brandenburgspezifische Regelungen ermöglichen

### Beschlussvorschlag

Der Landtag möge beschließen:

Die Landesregierung wird aufgefordert,

das Bundesverfassungsgericht anzurufen, mit dem Ziel, die Unvereinbarkeit der Regelung des § 249 Absatz 3 Satz 2 BauGB mit Art. 70 Absatz 1 GG im Rahmen einer Normenkontrolle gemäß Art. 93 Absatz 1 Nr. 2 GG feststellen zu lassen.

### Begründung

Die Gesetzgebungskompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern ist im Baurecht wie folgt geregelt:

Gemäß Artikel 74 Absatz 1 Nr. 18 GG unterliegt das sogenannte Bodenrecht der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

*Zu dieser Materie gehören all jene Vorschriften, die Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung machen. (Haaß: Bauplanungsrechtliche Regelungen im Gewande bauordnungsrechtlicher Vorschriften NVwZ 2008, 252)*

Ihm kommt die Aufgabe zu, die rechtliche Qualität des Bodens und seine grundsätzliche Nutzbarkeit festzulegen. Es regelt damit die flächenbezogenen Anforderungen an ein Bauvorhaben. Zielsetzung ist die Sicherstellung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung.

Die Kompetenz des Bundes erwächst also aus der notwendigen bundeseinheitlichen Kodifizierung vom begrenzten Angebot des „Bodens“. Seine Einteilung, Klassifizierung und Zweckbindung soll bundeseinheitlich erfolgen. Ebenso sollen Bodenkonflikte gelöst werden. Die Aufgabe besteht darin, Gebiete unterschiedlicher rechtlicher und städtebaulicher Qualität klar abzugrenzen und ein planungsrechtliches Grundgerüst zu schaffen. Im ganzen Bundesgebiet sollen die Planungsabläufe im Mindestmaß vereinheitlicht, strukturiert und vorhersehbar sein. Einheitliche Begriffe wie zum Beispiel „Außenbereich“, „Innenbereich“ oder die Gebietstypisierungen in der BauNVO sind Grundpfeiler einer geordneten und bundesweit verlässlichen Planbarkeit von Bauvorhaben. Die Regelungen des Bauplanungsrechtes umfassen ferner die Regulierung bestimmter Verfahren, wie Bebauungsplan oder Planfeststellungsverfahren. Der Bund verfolgt also die Aufgabe, Konflikte in der Bodennutzung zu lösen.

Davon abzugrenzen sind die Regelungen des Bauordnungsrechts.

*Hierzu zählen neben der reinen Gefahrenabwehr im engeren Sinne auch weitergehende Regelungsbereiche, wie zum Beispiel die Regelung ästhetischer Belange oder solche der allgemeinen Wohlfahrt. Für den Bereich der Baugestaltung eröffnet dies dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit, über die Verunstaltungsabwehr hinaus auch positive Gestaltungsziele zu verfolgen (Haaß aaO)*

Während Planungsrecht aus bundespolitischen Gründen möglichst einheitlich sein muss, unterliegen die Gestaltung und Gefahrenabwehr keinen solchen Zwängen. Folgerichtig haben die Länder hier weiterhin eine uneingeschränkte Gesetzeskompetenz. Das ist in Anbetracht der unterschiedlichen Gebietstypen und Zielsetzungen in den Ländern auch folgerichtig. Stadtstaaten haben andere Bebauungsziele und Nöte als Flächenländer, flache Küstenländer haben andere Gefahren zu beachten als schneereiche oder gebirgige Binnenländer.

Regelungen wie zum Beispiel notwendige sozial- und Schutzabstände, Gebäudehöhen und -dichten regeln die Länder deshalb in Ausübung ihrer eigenen Gesetzgebungskompetenz. Durch § 35 Absatz 1 Nr. 5 BauGB hat der Bundesgesetzgeber Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie dienen, als privilegierte Vorhaben des Außenbereichs qualifiziert.

Mit dem Gesetz zur Einführung einer Länderöffnungsklausel vom 15. Juli 2014 erhielten die Länder die Möglichkeit, die grundsätzliche Zulässigkeit von solchen Vorhaben von Mindestabständen abhängig zu machen (§ 249 Absatz 3 BauGB a.F.).

Die Regelung wurde 2015 bereits kritisch hinterfragt. Abstandsrecht sei als Teil des Bauordnungsrecht Länderrecht und eine Länderöffnungsklausel schon deshalb grundrechtswidrig, weil sie eine gar nicht bestehende Grundrechtskompetenz vortäusche.

Durchgesetzt hat sich die Auffassung, die Regelung sei eine „Entprivilegierungsregel“ (Grüner, *Die Länderöffnungsklausel im BauGB (NVwZ 2015, 108) mwN*).

Technisch erhielten die Länder die Möglichkeit zugebilligt, den Außenbereich zum Teil für die bundesgesetzlich festgelegte Privilegierung der Windkraft zu begrenzen oder einzuschränken. Die Länder durften das zum Bundesrecht gehörende Bodenrecht modifizieren.

*Während eine bauordnungsrechtliche Abstandsvorschrift mit sicherheitsrechtlicher Komponente, wie etwa Belichtung und Belüftung, nach Art. 30, 70 I GG in den Zuständigkeitsbereich der Länder fällt, ist eine Abstandsregelung, die vornehmlich der Steuerung möglicher Nutzungskonflikte dient, als Ausfluss des Bodenrechts dem Kompetenzbereich des Bundes gem. Art. 74 I Nr. 18 GG zugewiesen (so Grüner aaO).*

Die Länder bekamen also die Möglichkeit, Nutzungsmöglichkeiten des Bodens nach eigener Auffassung zu definieren.

Bei Gefahrenabwehr und Sicherheit ist die Sachlage aber eine andere, denn bezüglich des hier einschlägigen Bauordnungsrechts haben die Länder nie ihre Gesetzgebungskompetenz verloren.

Da Windkraftanlagen potenzielle Gefahrenquellen für die Gesundheit der Anwohner, Wildvögel und Fledermäuse in der Umgebung sind, bedurfte es nach überwiegender Ansicht der Länder aber dieser Öffnungsklausel nicht, denn im Rahmen der Gefahrenabwehr konnte man die Abstände bauordnungsrechtlich ausreichend regeln. Einzig Bayern nutzte die Möglichkeit der Länderöffnungsklausel und damit der bauplanungsrechtlichen Lösung.

Mit dem Gesetz zur Vereinheitlichung des Energiesparrechts vom 13. August 2020 änderte der Bundesgesetzgeber die Ausgestaltung des § 249 Absatz 3 BauGB. Dieser lautete nunmehr wie folgt:

Absatz 3:

*„1 Die Länder können durch Landesgesetze bestimmen, dass § 35 Absatz 1 Nummer 5 auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung findet, wenn sie bestimmte Mindestabstände zu den im Landesgesetz bezeichneten zulässigen baulichen Nutzungen zu Wohnzwecken einhalten. 2 Ein Mindestabstand nach Satz 1 darf höchstens 1000 Meter von der Mitte des Mastfußes der Windenergieanlage bis zur nächstgelegenen im Landesgesetz bezeichneten baulichen Nutzung zu Wohnzwecken betragen.“*

Statt der bauplanungsrechtlichen Öffnungsklausel für die Länder, eine grundsätzliche Zulässigkeit einzuschränken, enthält der Satz nunmehr eine Verbotsnorm für die Länder, bauordnungsrechtliche Mindestabstandsregeln von mehr als 1.000 Metern zu erlassen. Dadurch greift der Bund in das Bauordnungsrecht der Länder ein.

Es liegt in der Natur der Sache, dass im Grenzbereich zwischen Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht Normen beide Sachgebiete berühren können. Und es ist auch möglich, dass eine Regelung des Bundes einen Sachverhalt (mit)regelt, der eigentlich der Gesetzgebungskompetenz der Länder unterliegt, die Zielrichtung der jeweiligen Regelung muss sodann aber der Lösung eines der eigenen Gesetzgebungskompetenz – dem Bauplanungsrecht – erwachsenen Konflikts dienen.

Durch die Festlegung eines Maximalabstands hingegen wird kein Bodenkonflikt gelöst.

Erklärtes Ziel des Bundesgesetzgebers ist die Förderung der Windkraft und der Schaffung von potentiellen Windkraftflächen. Der Zielkonflikt ist nicht bodenrechtlicher, sondern energiepolitischer Natur und damit nicht geeignet, im Grenzbereich Bodenrecht-Gefahrenabwehrrecht, die Gesetzgebungskompetenz der Länder hinsichtlich des Bauordnungsrechts einzugrenzen.

Mehr noch, das Verbot der eigenverantwortlichen Festlegung von Gefährdungsgrenzen greift in die Rechte der Länder unmittelbar ein. Den Ländern ist es dadurch ausdrücklich untersagt, aufgrund von Gefährdungsanalysen festzulegende eigene Grenzen zur Gefahrenabwehr festzulegen. Die Formulierung des Satzes 2 ist in seiner Absolutheit unmissverständlich. Festlegungen abhängig von der Turmhöhe, dem Generatortyp oder aufgrund von Erfahrungen und Mustergutachten sind nicht mehr möglich.

Mehr noch, aufgrund der Formulierung wird die Errichtung von jeglichen Windkraftanlagen bis zu einer Entfernung von 1.000 Metern zur Wohnbebauung ohne jede Gefährdungsanalyse erlaubt. Anderenfalls bedürfte es der Regelung gar nicht, denn eine Einschränkung der Bebaubarkeit des Außenbereichs ist eine bodenrechtliche Frage und wie der § 249 Absatz 3 BauGB a.F. zeigt, nur bei einer Öffnungsklausel durch die Länder regelbar.

Dass Windkraftanlagen in dieser Entfernung aber sehr wohl Grenzwerte für Lärm überschreiten und eine Gesundheitsgefahr darstellen können, hat 2019 eine Überprüfung solcher Anlagen in Bernau gezeigt. Im Ergebnis der Lärmmessung mussten die Anlagen gedrosselt werden, da trotz Abstandes von über 1.000 Metern zur Wohnbebauung eine Gesundheitsgefährdung nachgewiesen werden konnte. So erfordern die ständig höher werdenden Anlagen zur Sicherstellung eines angemessenen Schutzes aller Schutzgüter Abstände an vielen Stellen mitunter einen Abstand von mindestens 1.500 Metern.

Durch die Neufassung des Baugesetzbuches werden die Länder jedoch daran gehindert, geeignete Regelungen zur Gefahrenabwehr zu erlassen. Stattdessen legt der Bundesgesetzgeber die Entfernung nun willkürlich mit dem Ziel der Förderung der Windkraft fest. Dies widerspricht der grundrechtlichen Kompetenzverteilung.

Dieser Grundrechtsverstoß ist durch eine Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht zu überprüfen, da die Ungewissheit über die Wirksamkeit der Regelung sowohl Anwohner als auch Betreiber gesundheitlichen und wirtschaftlichen Gefahren aussetzt.

Daher solle die Landesregierung das Bundesverfassungsgericht anrufen, um die Regelung im Rahmen einer Normenkontrolle zu überprüfen.